

ENRICO MAESTRI

## Il giudice responsabile. Norme, valori e virtù nella pratica interpretativa

### ABSTRACT

The main idea that runs through this essay is that law consists of a comprehensive social practice. It is this author's opinion that law as social practice is comprehensive when the sense of law is understood not only in reference to the rules and social facts, but also and above all in reference to the universalizing values of commonality and co-existence and in reference to the virtues of *phrónesis* and of *judicial attention*.

### KEYWORDS

Legal Hermeneutics – Social Practice – Values – Ronald Dworkin – Virtues.

### 1. IL DIRITTO COME PRATICA SOCIALE «COMPREHENSIVE»

In uno dei suoi primi saggi, pubblicato nel 1946 sulla *Harvard Law Review*<sup>1</sup>, Lon Fuller analizza i problemi e i caratteri essenziali dell'interpretazione giudiziale<sup>2</sup>, proponendo al lettore un esperimento mentale consistente nell'immaginare un gruppo di naufraghi abbandonati su un'isola deserta. Ma scoprire quali possono essere i caratteri essenziali e i vincoli dell'interpretazione normativa (in questo caso, conoscitiva e decisoria) si configura come un problema piuttosto complicato. L'idea di Fuller consiste nel trasformare un problema complicato in uno più semplice. Questo è ottenuto attraverso la costruzione di una situazione ipotetica, in base alla quale Fuller intende dimostrare che il giudice-interprete sceglie il significato da attribuire alle disposizioni normative non secondo le proprie preferenze ideologiche ma secondo criteri ispirati alla realizzazione di obiettivi socialmente condivisi e al riconoscimento di valori *interni* al diritto. La combinazione di questi due aspetti dei criteri – ovvero: ciò che i consociati decidono che sia (*is*) una norma giuridica e ciò che una norma giuridica dovrebbe essere (*ought*) per appartenere-

1. L. L. Fuller, 1946, 376-95.

2. Sul tema dell'interpretazione in Fuller, dedica una parte del suo recente e approfondito lavoro A. Callegari, 2013, 107-31.

re ad un sistema che pretenda di essere giuridico – costituisce un'unica realtà della quale il diritto è espressione<sup>3</sup>. Non si può negare che questa combinazione produca una continua tensione dialettica tra *is* e *ought* (tra *fiat* e *reason*) di cui l'intero sistema giuridico è permeato; tuttavia, ad avviso di Fuller, non si deve trascurare il fatto che l'interpretazione giudiziale sia finalizzata a scoprire e ad applicare i principi idonei a promuovere quelle finalità umane che perseguono azioni collettive.

Per capire l'importanza della funzione giurisdizionale, da cui discende una complessa ricerca interpretativa e argomentativa, assiologicamente orientata ai principi della «moralità interna» del diritto, e da cui discende la necessità del *reperimento* delle fonti del diritto per *trarre* le norme da applicare ai casi, Lon Fuller invita il lettore ad immaginare, in un angolo sperduto della terra, l'esistenza di un gruppo di naufraghi isolati, colpiti da una amnesia collettiva che fa *tabula rasa* della loro anteriore esistenza sociale e della loro conoscenza di leggi, di precedenti giudiziari, di convenzioni e di consuetudini, garanti di una pacifica convivenza sociale.

Un *velo di ignoranza* (impressionante è qui la somiglianza con la tesi della *posizione originaria* teorizzata nel 1971 da Rawls, cioè venticinque anni dopo l'esperimento mentale di Fuller) cala sugli occhi dei naufraghi, in rapporto alle modalità giuridiche attraverso le quali assicurare un pacifico e un regolare sviluppo della vita associata. In una situazione del genere, cioè in una situazione di vuoto giuridico, ben presto sorgono controversie e conflitti tra i naufraghi; di conseguenza si rende necessario scegliere tra loro una persona capace di assumere il ruolo del giudice. Ad avviso di Fuller, questa scelta deve ricadere su colui che, oltre ad essere ragionevolmente intelligente, abbia dato dimostrazione di possedere un forte senso di responsabilità, finalizzato a garantire l'autoconservazione, lo sviluppo morale e il progresso sociale del gruppo, di cui egli stesso fa parte. Sarebbe un pura follia, secondo Fuller, permettere che le decisioni di un tale giudice fossero la mera espressione delle sue predilezioni. Piuttosto, sottolinea Fuller, dobbiamo immaginare questo giudice come un soggetto responsabile, cioè attento ad intuire che le sue decisioni potrebbero essere considerate dai naufraghi l'inizio di una serie di precedenti giudiziari, non appena uno schema ricorrente di ragionamento fosse individuato. Un tale giudice dovrebbe tenere in considerazione il fatto che le sue pronunce potrebbero, con il trascorrere del tempo, costituire un corpo di regole a cui obbedire; allo stesso modo, il nostro ipotetico giudice dovrebbe scoprire i principi *inerenti* di fondo che guidano la condotta sociale del gruppo. La comprensione dei modi del vivere insieme da parte degli uomini potrebbe rendergli chiaro che certe condotte devono essere punite se non conformi agli obiettivi che la comunità tende a preservare. In tutte

3. M. La Torre, A. Scerbo, 2003, 107-11.

queste circostanze è chiaro che il «giudice dei naufraghi» rappresenta una combinazione di *reason* e di *fiat*, cioè una combinazione di ordini legittimati e di ordini imposti. In breve, egli crederà, e sarà giustificato nel credere, che criteri esterni, inferibili dalle condizioni necessarie a garantire la continuità della vita del gruppo sociale, forniscono alcuni *standards* rispetto ai quali la *giustizia* delle sue decisioni dovrà essere ponderata.

Se questo ipotetico giudice facesse ritorno nella società civile, si constatterebbe che la sua funzione sarebbe resa complicata, sotto il profilo procedurale, dalla presenza di un complesso sistema giuridico, costituito da leggi, da precedenti, da tradizioni, da convenzioni e da valori. Tuttavia è importante notare che essenzialmente solo un nuovo fattore è stato introdotto nel suo modo di intendere il processo decisionale; questo nuovo fattore è dato dalla circostanza della reale forza consolidata delle istituzioni sociali che il giudice deve rispettare nel prendere le sue decisioni. Nonostante ciò, la natura dell'interpretazione giudiziale rimane la stessa: qual è la regola migliore? Quale regola rispetta strettamente i fatti della vita sociale degli uomini e tende a promuovere una efficace e soddisfacente vita in comune? Anche se si tende ad oscurare l'esistenza di queste domande, dando rilevanza al *fiat* nel ragionamento giuridico, non si evita che queste domande siano una costante dell'interpretazione giuridica.

Il «caso dei naufraghi» ha dato adito a numerose obiezioni (per tacere della nota disputa che ha visto su fronti contrapposti Hart e Fuller). Una di queste obiezioni, forse la più pertinente e la più pungente, è stata avanzata da Anthony D'Amato, il quale ha equiparato il «giudice dell'isola deserta» di Fuller alla figura (reale) del giudice Devlin<sup>4</sup>, secondo il quale una corretta ricostruzione interpretativa di una legge poggia, in ultima istanza, sull'apprezzamento degli scopi condivisi dall'uomo comune; pertanto il giudice deve conformare i suoi giudizi alle preferenze condivise dalla comunità. Se la «moralità positiva», condivisa dal gruppo sociale maggioritario, ritiene che l'omosessualità sia un reato punibile con la pena del carcere, allora il giudice dovrà conformare la propria decisione, anche se gli ripugna, al giudizio del gruppo. Contro questa critica si potrebbe obiettare che l'equiparazione del giudice di Fuller con il giudice Devlin è sbagliata laddove confonde la difesa del «moralismo giuridico» di Devlin con la difesa del «moralismo procedurale» di Fuller. La tesi del giudice Devlin avanza la pretesa che il diritto debba far proprie le valutazioni della morale positiva (condivisa dalla maggioranza della società), prestando loro l'assistenza della sanzione giuridica<sup>5</sup>; la tesi del giudice di Fuller afferma invece che il diritto positivo, per essere tale, deve corrispondere a quella *moralità interna* (coerenza, chiarezza, generalità ecc.) che *ogni* diritto deve recare

4. A. D'Amato, 1981, 216-8.

5. P. Devlin, 1959.

*sempre con sé*<sup>6</sup>. Non è questa la sede per approfondire ulteriormente le implicazioni e le problematiche dell'obiezione di D'Amato; quello che interessa qui è mettere in rilievo l'importanza del lavoro di Fuller per comprendere la natura e la funzione che gli *standards* normativi svolgono nella pratica interpretativa. Quando Fuller si appella al diritto naturale non indica con una semplice circonlocuzione la morale procedurale, ma indica un processo di interpretazione giuridica che letteralmente *fonde* l'ambito descrittivo con l'ambito normativo del diritto.

Il caso del «giudice sull'isola dei naufraghi» di Fuller dimostra che il diritto è una pratica sociale comprensiva (o ermeneutica)<sup>7</sup>, in cui le regole delle istituzioni esistenti devono essere considerate come meri dati d'ingresso forniti dal legislatore, da immettere e da sviluppare nella «comunità interpretativa» e da incorporare in un complesso di scopi, di valori e di finalità.

Il punto centrale della riflessione, qui proposta e difesa, consiste nell'articolare le pratiche giuridiche come pratiche sociali, iscrivendole in un rinnovato e «comprensivo» orizzonte di pensiero, che colloca la percezione della *giuridicità* in un luogo di senso in cui i rapporti con i giudizi di valore e con gli spazi politici non impediscono di coglierne le valenze e le specificità tecniche<sup>8</sup>.

Alla base dell'idea del diritto come pratica sociale «comprensiva» vi è una prassi interpretativa complessa, in cui, incessantemente, teoria e prassi, modello conoscitivo e modello applicativo risultano strettamente connessi, in cui la giustificazione giuridica si manifesta sia all'interno del linguaggio e sia all'interno della pratica sociale intersoggettiva e plurale, in cui l'elemento della ragionevolezza (*reason*), più di quello della volontà (*fiat*), fonda l'autorità e l'accettazione sociale del significato degli enunciati normativi<sup>9</sup>.

Nell'approccio ermeneutico i valori della ragionevolezza, della responsabilità, della terzietà, della imparzialità, della adeguatezza, della appropriatezza e della congruenza attengono al dominio dell'interpretazione giuridica; non sono elementi valutativi a cui l'interprete fa riferimento in base ad una scelta di

6. È opportuno sottolineare che alla tesi della *moralità interna del diritto* di Fuller, Hart obietto: «se questo è il significato della connessione necessaria fra diritto e morale, possiamo accettarlo. Esso è purtroppo compatibile con una grande iniquità». Cfr. H. L. A. Hart (1994, first edition 1961), trad. it. 2002, 241.

7. Uno degli elementi qualificanti il positivismo giuridico è quello di considerare il diritto come un insieme di pratiche sociali basate su convenzioni, su atteggiamenti condivisi e sull'efficacia obbligatoria di certi fatti sociali. A questa concezione sottile (*thin*) del diritto come pratica sociale, contrappongo e difendo una concezione spessa (*thick*) del diritto come «pratica sociale comprensiva», che non si riduce ad un mero *modus vivendi*, ma si espande fino a ricomprendere la concezione di ciò che è di valore nella vita umana, gli ideali di carattere personale, le visioni del mondo e i concetti morali *spessi* quali integrità, giustizia, saggezza, attenzione, responsabilità.

8. F. Viola, G. Zaccaria, 2003, 206-7.

9. F. Viola, G. Zaccaria, 1999, 423.

carattere politico-ideologico<sup>10</sup>, svolgendo di volta in volta un'indagine sulle ideologie che hanno suggerito questa piuttosto che quella soluzione normativa<sup>11</sup> ma sono elementi valutativi *incorporati* in una pratica sociale e in una esperienza di *cooperazione* tra autori, interpreti e consociati in cui il contributo del giudice-interprete (o del giurista-interprete) è co-determinato in modo decisivo dai principi e dai valori della comunità degli interpreti. I valori che informano il ragionamento giuridico non rappresentano riduzionisticamente verità logiche, atte a rendere coerente il risultato interpretativo con un sistema giuridico dato. I valori interpretativi sono, nello stesso tempo, norme deontologiche (il *giusto* imparziale e le procedure razionali) e verità assiologiche (il *bene* e le identità), non assolute e non metafisiche ma intersoggettive, cioè incorporate in principi e in prassi che rendono il contesto interpretativo una *comunità intelligibile*, in cui i giudizi di valore sono valori *comuni*, valori *universalizzanti* (non universali)<sup>12</sup>, che rendono intelligibile ciò che *fa* l'umano, che vengono comunicati attraverso un linguaggio comune e che vengono costantemente precisati *dall'interno* di una pratica sociale<sup>13</sup>.

Oggi, molti teorici del diritto concordano, siano essi di indirizzo analitico o di indirizzo pragmatista o di indirizzo ermeneutico, nel ritenere che il diritto possa essere inteso come una pratica sociale. Vittorio Villa sostiene che il diritto è una pratica sociale eminentemente *interpretativa*<sup>14</sup> e, muovendo da premesse proprie della filosofia del diritto *post-analitica* contemporanea, ammette che l'odierna svolta a favore di concezioni giuridiche orientate verso la pratica rappresenta un vero e proprio «cambiamento di paradigma» che coinvolge orientamenti teorico-giuridici diversi, non tutti necessariamente riconducibili alla prospettiva neocostituzionalista<sup>15</sup>.

La svolta in favore del «diritto come interpretazione» e la peculiare centralità dell'interpretazione negli stati di diritto costituzionali valorizzano la pratica interpretativa fino a farla diventare «la caratteristica fondamentale del diritto stesso, il dato che viene selezionato come prioritario per rendere conto, in termini complessivi, dell'esperienza giuridica»<sup>16</sup>.

Problematico è capire che cosa s'intende, da un punto di vista ermeneutico, per «pratica sociale» e importante è distinguere tra pratica sociale «non comprensiva» e pratica sociale «comprensiva», dove quest'ultima coincide con la concezione ermeneutica del diritto.

10. G. Pino, 2013, 363.

11. N. Bobbio, 1994, 285.

12. F. Jullien (2008), trad. it. 2010, 186.

13. F. Viola, G. Zaccaria, 1999, 323.

14. In *Law's Empire*, Dworkin definisce il diritto come una pratica sociale a carattere argomentativo. Cfr. R. Dworkin (1986), trad. it. 1989, 19-20.

15. V. Villa, 2004, 183-200.

16. V. Villa, 2012, 10.

Una pratica sociale dal punto di vista ermeneutico è tale quando si realizza una forma di attività cooperativa con una azione comune, determinata da atti individuali che per la loro rilevanza sociale acquistano «un significato e una valenza che dipende dalle azioni e reazioni di altri soggetti, entrando in tal modo in un processo comune d'azione»<sup>17</sup>. Il diritto è una pratica sociale non perché è identificabile con i comandi del sovrano, con le istituzioni, con i rapporti tra soggetti, non perché pragmaticamente il diritto può servire a fare qualcosa, non perché il diritto è costituito da regole semantiche prestabilite che il giudice deve esplicitare<sup>18</sup>, ma perché esso appartiene alle condizioni di possibilità della vita comune e si esprime attraverso valori comuni ai partecipanti impegnati ad interpretarli e a realizzarli. Il diritto è una pratica sociale interpretativa perché il fine della interpretazione consiste nel senso comune che *precede* la disposizione normativa: «in tal modo l'identità della pratica non risiede nella sua dimensione esteriore o fattuale, ma nei concetti interpretativi di essa che si sono generati dal suo interno e nei modelli che si intende realizzare»<sup>19</sup>.

Il diritto è una pratica sociale interpretativa «comprensiva» perché il senso del diritto viene compreso non solo in riferimento alle norme<sup>20</sup>, all'effettività normativa dei fatti sociali<sup>21</sup> e agli argomenti interpretativi, ma anche e soprattutto in riferimento ai valori *universalizzanti* (che si riflettono attraverso molteplici sfaccettature sul contesto sociale) della comunanza e della convivenza e in riferimento alle virtù della saggezza (*phrónesis*), della responsabilità e dell'attenzione.

Diversamente dalla concezione «non comprensiva» che fa del diritto una pratica sociale che convenzionalmente e strumentalmente *serve* a qualcosa, la concezione «comprensiva» intende il diritto come una pratica sociale dotata di finalità intrinseche: la differenza concettuale tra «*servire* ad un fine» e «*avere* un fine» corrisponde alla differenza tra la concezione analitica «non comprensiva» e la concezione ermeneutica «comprensiva» di pratica sociale.

Le brevi riflessioni che seguono, prendono in considerazione tre versioni della concezione del diritto come pratica sociale «comprensiva».

Sebbene queste tre versioni adottino articolazioni argomentative diverse, in esse è comunque possibile rintracciare un comune denominatore. Questo si rileva quando la pratica interpretativa viene considerata una attività in cui l'interprete non volge lo sguardo soltanto all'indietro, per *scoprire* materiali normativi già sedimentati in leggi, in convenzioni e in consuetudini, ma spinge

17. F. Viola, 1990, 159.

18. E. Bulygin, 1992, 30.

19. F. Viola, 1990, 162.

20. J. Habermas (1992), trad. it. 2013, 284-92.

21. H. L. A. Hart (1994, first edition 1961), trad. it. 2002, 128-32.



lo sguardo anche in avanti, per *ricostruire* nuovi significati normativi, affidandosi alla concezione secondo la quale il diritto è un processo interpretativo avente finalità pratiche, che richiedono valori comuni, una storia comune e uno sforzo morale comune.

La prima versione di questa concezione è quella offerta dalla teoria interpretativa di Ronald Dworkin; la seconda versione è quella rappresentata dall'ermeneutica giuridica costruttiva e cognitivista; la terza versione, che concluderà questo contributo, proposta in forma di abbozzo, è quella che considera l'ermeneutica giuridica come una sorta di «giurisprudenza delle virtù».

## 2. DWORKIN: INTERPRETAZIONE E VALORE

La concezione analitica del diritto è caratterizzata, anche dopo la «svolta linguistica»<sup>22</sup> e la «svolta ermeneutica» iniziata da Hart<sup>23</sup>, dall'esigenza di una rigida distinzione tra analisi concettuale, descrizione empirica e valutazione nell'approccio al diritto<sup>24</sup>. Sul piano metodologico, il conseguente ridimensionamento dell'analisi dell'oggetto – cioè dell'aspetto giudiziale e dell'attività del giurista pratico – a una mera analisi logica ha prodotto un «confinamento semantico» dell'empiricità pratica del diritto. Per i filosofi analisti (neopositivisti e non), l'analisi del linguaggio giuridico non è una concezione del mondo, non è una *Weltanschauung*, ma è più banalmente un'attività circoscritta da regole predeterminate in anticipo: «l'attività, appunto, di analizzare il linguaggio, ossia di interrogarsi sul significato delle parole»<sup>25</sup>.

Più avvertitamente, oggi, le teorie interpretative *post-analitiche* del diritto e le teorie *post-giuspositivistiche* del diritto prendono una forte distanza dalle concezioni oggettualistiche del diritto e riconoscono, come dato epistemologico acquisito<sup>26</sup>, che l'esistenza del diritto è un processo mai concluso in cui le regole esistono solo in quanto inserite in una *pratica sociale normativa*<sup>27</sup>, in quanto cioè «vengono interpretate, usate, applicate, menzionate, considerate come base per critiche, giustificazioni, da parte dei membri di una comunità di *rule followers*, quei membri che adottano il punto di vista interno»<sup>28</sup>. Anche il

22. R. Rorty (1967), trad. it. 1994.

23. H. L. A. Hart (1994, first edition 1961), trad. it. 2002.

24. G. Zaccaria, 1990, 13 ss.

25. R. Guastini, 1994, 237.

26. M. N. Smith, 2006, 265-92.

27. Per Hart, una norma giuridica è uno *standard* che è stato identificato e selezionato come vincolante perché dipende da fatti sociali o da attività dei membri della società. La stessa *rule of recognition*, che costituisce il fondamento del sistema giuridico, deve la sua esistenza al fatto di essere *socialmente* accettata. Cfr. H. L. A. Hart (1994, first edition 1961), trad. it. 2002, 118-30.

28. V. Villa, 2012, 12.

dogma della *avalutatività*, in base al quale il giurista si accosta al diritto come se fosse un fatto da osservare e da descrivere, comincia a vacillare per la presenza assorbente di contenuti etici, di giudizi di valore all'interno del diritto positivo, con la conseguenza di rendere impossibile il preteso «atteggiamento di neutralità» richiesto dal giuspositivismo<sup>29</sup>.

Nonostante ciò, anche ammettendo che il diritto sia considerato una «pratica sociale normativa in senso forte» in quanto i valori o gli scopi, propri delle pratiche giuridiche, sono *istituzionalizzati* nella comunità di riferimento, si può, almeno per due ragioni, affermare di essere di fronte ad una «pratica sociale linguistica» e non ancora di fronte ad una adeguata pratica «comprensiva e interpretativa». La prima ragione induce a constatare che per l'indirizzo *post-analitico* il discorso interpretativo rimane pur sempre un meta-linguaggio, perché le interpretazioni sono prodotte dall'interprete da cui si differenziano in quanto oggetti. La seconda ragione induce a constatare (pur essendo l'interpretazione un problema centrale della teoria del diritto<sup>30</sup>) che il *post-giuspositivismo* ritiene insensato pensare che la prassi interpretativa abbia la potenzialità di recuperare la radicale co-appartenenza dell'esperienza giuridica all'ambito della ragion pratica: il rapporto tra diritto e morale può essere affermato sul piano *fattuale* oppure sul piano *etico-politico*, quando si stabiliscono i criteri morali a cui il diritto positivo deve ispirarsi<sup>31</sup>.

Una concezione comprensiva e interpretativa della pratica sociale del diritto è rappresentata dalla costruzione teorico-giuridica di Ronald Dworkin. In *Taking Rights Seriously* (1977), egli difende per la prima volta la posizione teorica nota come «interpretivismo» (*interpretivism*), in forza della quale si sosteneva che il diritto e la morale non erano discorsi pratici completamente indipendenti. Più precisamente, Dworkin sostiene che «il diritto include non solo le regole specifiche promulgate in conformità con le pratiche accettate della comunità, ma anche i principi che forniscono la migliore giustificazione morale per le regole che sono promulgate»<sup>32</sup>. Quasi dieci anni dopo questa difesa dell'*interpretivismo*, in un'opera dal titolo *Law's Empire* (1986) e soprattutto dopo quasi quarant'anni, nella sua ultima opera *Justice for Hedgehogs* (2011), Dworkin si rende conto che la sua argomentazione a sostegno dell'*interpretivismo* era incorsa in un «difetto fatale». Egli aveva sostenuto la tesi secondo la quale il diritto si compone di regole e di principi giustificativi; aveva difeso la sua tesi giustificandola all'interno di un quadro concettuale «ortodosso», in base al quale il diritto e la morale sono due sistemi diversi di norme. Questa dicotomia mette in luce l'errore

29. V. Villa, 2006, 119.

30. M. Barberis, 2011, 210.

31. M. Jori, A. Pintore, 1995, 202-3.

32. R. Dworkin (2011), trad. it. 2013, 456.



fatale di Dworkin, cioè la sua adesione ad uno schema concettuale rivelatosi un quadro tautologico.

Ad avviso di Dworkin, infatti, se vediamo il diritto e la morale come sistemi di norme indipendenti, non ci sarà alcun «punto di vista neutrale» da cui poter vagliare le connessioni fra questi due sistemi che si suppongono separati.

Senza una teoria su come leggere il materiale giuridico, la domanda finalizzata a stabilire se un determinato materiale giuridico dimostri o neghi una connessione tra diritto e morale, risulta viziata da tautologia.

Scriva Dworkin:

When we ask whether the legal material demonstrates or denies a connection between law and morality, do we suppose that the material includes not only rules with a pedigree in conventional practice but also the principles necessary to justify those rules? If not, then we have built positivism in from the start and must not feign surprise when positivism emerges at the end. But if we do include justifying principles, then we have built in interpretivism<sup>33</sup>.

A partire da questo difetto fatale, a cui dover porre rimedio, Dworkin traccia una teoria idonea a dimostrare che il diritto è una prassi interpretativa. Il diritto non può essere visto come un dato oggettivo (*plain fact view*) rispetto al quale le teorie semantiche del diritto hanno il compito di descriverlo e di ascrivergli un significato preesistente che la disposizione già possiede<sup>34</sup>. Piuttosto, ad avviso di Dworkin, una adeguata teoria del diritto, in contrapposizione con la visione oggettualistica, deve tener conto sia degli aspetti *descrittivi* sia degli aspetti *prescrittivi*: questa idea si traduce «in una identificazione del diritto che ha quale punto di partenza la determinazione dei suoi contenuti (individuazione del concetto), che richiede, poi, l'interpretazione costruttiva dei suoi valori di riferimento»<sup>35</sup>.

Il diritto è un concetto interpretativo: lo scopo dell'interpretazione, in generale, è quello di raggiungere la verità circa il significato di un determinato oggetto; una adeguata interpretazione del diritto è quella che moralmente realizza *al meglio* i propositi assegnati correttamente alla prassi interpretativa, identificata come pertinente<sup>36</sup>.

L'interpretazione, per raggiungere lo scopo di mostrare il proprio oggetto *nella luce migliore*, deve possedere il requisito della *appropriatazza* e della *rispondenza* ad un valore. Fra le interpretazioni più adeguate, la ricerca di quel-

33. R. Dworkin, 2011, 403. Il rimando al testo originale si rende necessario, in quanto la traduzione italiana (2013, 457) non restituisce fedelmente il significato dell'argomento di Dworkin.

34. Un'approfondita analisi critica di questi aspetti, si trova in A. Schiavello, 1998.

35. G. Bongiovanni, 1999, 257.

36. R. Dworkin (2011), trad. it. 2013, 155.

la migliore può essere condotta solo in base all'adesione ad una rete di valori (piuttosto che una catena di valori). L'interpretazione diventa pervasivamente *olistica*, perché intreccia valori e assunti, ricavati da tipi di giudizio o di esperienza molto diversi; «e la rete di valori che figura nella giustificazione di un'interpretazione non accetta alcuna gerarchia di dominio o subordinazione»<sup>37</sup>.

Quando la dimensione interpretativa si rivolge ad una pratica sociale, si dispiega lungo tre livelli: (1) interpretiamo le pratiche sociali quando le individuiamo, (2) interpretiamo quando attribuiamo un insieme di propositi al genere o al sottogenere che giudichiamo come pertinente e (3) quando proviamo a identificare la migliore realizzazione di quell'insieme di propositi, avvenuta in qualche occasione particolare. L'ultimo di questi livelli concretizza una «teoria basata sul valore» in quanto la pratica si orienta in base ad un valore che può essere affermato *indipendentemente* dalle regole che costituiscono quella pratica e i comportamenti devono essere *sensibili* ai valori che orientano la pratica stessa<sup>38</sup>.

Per Dworkin, il diritto è un esempio di pratica sociale interpretativa basata sul *valore indipendente*:

ricostruiamo un'interpretazione distinguendo tre elementi espliciti o nascosti al suo interno: primo, l'identificazione preliminare di una prassi o tradizione ai quali l'interpretazione appartiene (interpretazione della legge o della costituzione); secondo, un insieme di assunti su quale sia l'obiettivo di quella prassi (una teoria della democrazia che divide il potere tra parlamento e giudici); e terzo, la tesi che l'interpretazione offerta realizza meglio quegli assunti sullo scopo rispetto a ogni altra interpretazione possibile<sup>39</sup>.

Sia in *Law's Empire* sia in *Justice for Hedgehogs*, il collegamento con la prospettiva ermeneutica «comprensiva» diventa esplicito e fondante l'intera concezione del diritto, che assume la fisionomia di un concetto strutturalmente interpretativo.

Abbandonando la vecchia immagine che considerava il diritto e la morale come due sistemi separati e accogliendo la nuova immagine che considera il diritto come un concetto interpretativo basato sul valore, è possibile formulare una concezione del diritto, trovando una giustificazione alle pratiche politiche, sociali ed economiche all'interno di una rete più ampia e organica del valore politico. Il diritto come «integrità» è parte della morale politica ed emerge quale valore politico in relazione agli ideali di una struttura politica, in relazione alle virtù dell'equità, della giustizia e del *procedural due process*<sup>40</sup>.

37. Ivi, 180.

38. P. Marrone, 1996, 129.

39. R. Dworkin (2011), trad. it. 2013, 158-9. Cfr. anche R. Dworkin (1986), trad. it. 1989, 204.

40. Ivi, 120-1.

Ricorrendo alla metafora mitologica, il giudice-interprete di Dworkin è un giudice che si rifà alla figura di Ercole: come l'eroe riconnette forza all'astuzia così il giudice virtuoso riconnette tutto il materiale legislativo e giurisprudenziale ad una teoria etico-politica generale, mutevole in relazione alla prassi<sup>41</sup>.

### 3. ERMENEUTICA ETICA E GIURIDICA

La prospettiva ermeneutica presente nella teoria del diritto attuale, fin dal suo costituirsi, si è posta questi problemi: *come e in quale misura* i giudizi di valore possono legittimamente rilevare nell'attività interpretativa, in particolare nell'interpretazione giudiziale, e quali possono essere le conseguenze per lo statuto dell'interpretazione medesima<sup>42</sup>.

Se le leggi devono essere applicate e le controversie risolte, il momento dell'interpretazione è dunque ineliminabile. Fermo restando che il ragionamento giuridico non deve contraddire le leggi della logica formale, l'approccio ermeneutico enfatizza la natura dialettico-deliberativa del ragionamento giuridico. Infatti, una delle caratteristiche profonde e costanti dell'argomentazione, che ha il compito di fornire ragioni giustificative all'interpretazione stessa, deve essere rappresentata dalla ragionevolezza, che implica rispetto della ragion pratica, delle regole della giustificazione pratica e che richiede «l'accettabilità ideale della decisione o dell'interpretazione proposta, con riferimento alla precisa forma di vita ed ai valori sostanziali di giustizia espressi da una comunità storica»<sup>43</sup>.

Con questa visione, un'ermeneutica giuridica fondata sulla *descrittività* non è attuabile; seguendo indirettamente il disegno teoretico gadameriano<sup>44</sup>, la realtà interpretativa conduce a concepire un'ermeneutica giuridica fondata sulla *prescrittività* e sull'etica.

L'interpretazione non è giuridica perché si dirige verso certi oggetti; al contrario, questi oggetti sono giuridici perché appartengono ad una prassi interpretativa che chiamiamo diritto<sup>45</sup>. In questo senso, il linguaggio giuridico è esso stesso possibilità ed espressione della normatività; allo stesso modo si

41. La tesi del diritto come integrità presuppone necessariamente un giudice-modello come quello di *Hercules*. Affidandosi ad un argomento controfattuale, Dworkin tenta di dimostrare che anche un ipotetico giudice (chiamato *Siegfried*) appartenente ad un «ordinamento giuridico malvagio» cercherà di essere *Hercules*, se si concorda con la tesi di fondo secondo la quale per interpretare il diritto si deve sempre cercare la lettura morale che lo presenti nella luce migliore.

42. G. Zaccaria, 2012, 204.

43. F. Viola, G. Zaccaria, 2003, 230.

44. H.-G. Gadamer (1960), trad. it. 1983.

45. F. Viola, 1996, 185.

può dire del concetto di tradizione<sup>46</sup>. Il linguaggio, per Gadamer, è la condizione stessa del costituirsi di una tradizione, del contesto di una comunità linguistica e di un universo storico-esistenziale<sup>47</sup>. Il linguaggio non costituisce un mezzo o un metodo, appartiene esso stesso alla pratica del diritto. Ogni componente della comunità interpretativa deve poter scoprire nella decisione del giudice l'obiettivazione dei principi e dei valori che per la comunità stessa sono rilevanti. La modalità discorsiva dà all'interprete-giudice un potere d'iniziativa, atto a mettere in moto un processo d'azione che genera un senso di comunicazione e di cooperazione. È importante decidere – interpretare significa al tempo stesso applicare<sup>48</sup> –, è importante pervenire ad una decisione, pronunciare un verdetto<sup>49</sup>, ma non bisogna mai perdere di vista il fatto che l'obiettivo primario del diritto è quello di offrire *standards* comuni di azioni per la realizzazione dell'interazione sociale<sup>50</sup>.

Il vero problema dell'ermeneutica è quello della comprensione di un senso comune tra il nostro mondo e quello a cui appartiene il testo da comprendere. Ciò che è comune non si rinviene attraverso algoritmi generali e regole astratte ma attraverso il fine pratico, cioè attraverso la rilevanza e il senso del testo rispetto all'azione da compiere: «se non si entra nell'ottica della conoscenza pratica non è possibile afferrare le istanze della filosofia ermeneutica»<sup>51</sup>.

L'azione da farsi è sempre concreta: le azioni debbono essere compiute per tutelare le aspettative legittime e per risolvere le controversie. La decisione finale conserva sempre la sua creatività, perché è un atto della ragion pratica, della facoltà che riflette quella «giustizia-giustezza» in cui si trova il senso del diritto.

Dunque, nella prospettiva ermeneutica, il diritto non è una tecnica per raggiungere scopi sociali ma è un contenitore di valori morali la cui accettazione deve essere giustificata secondo una pretesa di ragionevolezza e di correttezza.

I giudizi di valore anticipati e ancora ipotetici, fino all'individuazione della decisione, devono identificarsi con le garanzie di giustezza: «è nel linguaggio che possediamo in modo duplice la chiave per la garanzia di giustezza delle decisioni: attraverso l'adeguata comprensione di un mezzo linguistico da parte del giudice e attraverso un'adeguata motivazione della sua decisione di fronte all'ambiente»<sup>52</sup>. Per «adeguato», Josef Esser intende

46. Sull'importanza del concetto di tradizione nell'ambito della prassi giuridico-interpretativa, si veda il lavoro di B. Pastore, 1990.

47. G. Rossini, 2005, 18.

48. H.-G. Gadamer (1960), trad. it. 1983, 358 ss.

49. B. Pastore, 2013, 61-86.

50. F. Viola, G. Zaccaria, 1999, 454, 459.

51. Ivi, 453.

52. J. Esser (1972), trad. it. 1984, 130.

l'inclusione di quei giudizi di valore che guidano e che controllano il processo di scelta di ciò che è giuridicamente rilevante nella pratica interpretativa. Dunque, nel linguaggio inteso come prassi d'azione comune, norme e valori si fondono: «nel linguaggio, cioè nella comunicazione di motivi ragionevoli, si trova anche il superamento della soggettività e del pericolo dell'arbitrio nell'atto di ordinamento»<sup>53</sup>.

#### 4. ERMENEUTICA E VIRTÙ

La terza versione (che qui viene appena abbozzata) della concezione del diritto come pratica sociale «comprensiva» fa leva sull'etica delle virtù. Se si considera il diritto come una pratica sociale comprensiva, allora le classiche dicotomie che regolano l'attività interpretativa di indirizzo analitico – norme e valori, ragioni e valori, universale e particolare, «il giusto» e «il bene», diritto e morale – perdono la loro ragion d'essere: infatti, ciò che unisce materiali giuridici eterogenei non può essere l'uniformità o l'universalità logico-procedurale, ma «l'affinità di contenuti e la loro comunanza assiologica derivata dall'appartenenza ad una stessa tradizione culturale»<sup>54</sup>.

La concezione del diritto come pratica sociale comprensiva dimostra che le questioni interpretative non hanno natura meramente logica e che il ragionamento giuridico non consiste semplicemente in una catena di sussunzioni volte a «riportare» i singoli atti sotto principi o sotto regole generali. Il ragionamento giuridico di indirizzo normativista o di indirizzo consequenzialista non si cura della particolarità e dei beni in gioco nella procedura di scelta. Trattare dall'esterno il diritto come pratica sociale significa non essere in grado di cogliere, da un punto di vista genuinamente interno, i beni relazionali di comunità, di tradizione, di attenzione, di saggezza di cui il diritto è intessuto. Il problema dunque non è quello di rifiutare la razionalità, ma è piuttosto quello di considerare la razionalità come l'interpretazione di questa o quest'altra cosa nella vita pratica<sup>55</sup> – l'interpretazione nella vita pratica di qualche fatto, o persona o tradizione o principio<sup>56</sup>.

Pertanto, la comprensione dei materiali normativi richiede un'attività interpretativa universalizzante: ciò che è universale lo è nella misura in cui opera attraverso la sua contestualizzazione<sup>57</sup>.

L'attività interpretativa richiede l'esercizio della *phrónesis*, cioè di quella virtù ermeneutica che si colloca tra l'universalità del testo e la particolarità

53. *Ibid.*

54. F. Viola, 1990, 128.

55. M. Kriele (1979), trad. it. 2006, 110 ss.

56. I. Murdoch, 1993, 11.

57. B. Pastore, 2003, 170.

della singola interpretazione, come modo di comprendere, in cui «è lo stesso sapere che deve rispondere alle esigenze della situazione del momento»<sup>58</sup>.

Nei contesti giuridici, in particolare in quelli giudiziali, le norme giuridiche non si limitano a determinare la rilevanza di certi fatti; i testi non si lasciano interpretare se non ponendoli in relazione con un problema pratico, cioè con una corretta ed efficace soluzione del caso affinché «sia fatta giustizia». Reperire il senso delle azioni sociali, comprendere «la relazione tra il determinante e l'azione non è una relazione di implicazione logica, né di necessità causale. È una relazione *sui generis*, che collega l'azione ad altri fattori di natura interna (intenzioni, credenze) o esterna (simboli, regole). La connessione è resa possibile grazie ad una relazione di *adeguatezza*»<sup>59</sup>. Questa relazione è messa in atto da una virtù, che Iris Murdoch chiama virtù di *attenzione* (cioè virtù intesa ad esprimere l'idea di uno sguardo giusto): la virtù dell'attenzione congiunta a quella della ragionevolezza (cioè dello sguardo giudizioso) permette all'interprete-giudice di poter scegliere solo *all'interno* del mondo che vede, «nel senso morale di *vedere*, che implica che la visione chiara è il risultato dell'immaginazione morale e dello sforzo morale»<sup>60</sup>.

## RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- BARBERIS Mauro, 2011, *Manuale di filosofia del diritto*. Giappichelli, Torino.
- BOBBIO Norberto, 1994, «Ragionamento giuridico». In Id., *Contributi ad un dizionario giuridico*, 281-94. Giappichelli, Torino.
- BONGIOVANNI Giorgio, 1999, «La teoria “costituzionalistica” del diritto di Ronald Dworkin». In *Filosofi del diritto contemporanei*, a cura di Gianfrancesco Zanetti, 247-85. Raffaello Cortina, Milano.
- BULYGIN Eugenio, 1992, «Sull'interpretazione giuridica». In *Analisi e diritto 1992. Ricerche di giurisprudenza analitica*, a cura di Paolo Comanducci, Riccardo Guastini, 11-30. Giappichelli, Torino.
- CALLEGARI Alessandra, 2013, *Liberalismo, Rule of Law. Diritto nel pensiero di Lon L. Fuller*. Aracne, Roma.
- D'AMATO Anthony, 1981, «Lon Fuller and Substantive Natural Law». *Northwestern University School of Law, Faculty Working Papers*, 131: 202-18.
- DEVLIN Patrick, 1959, *The Enforcement of Morals*. Oxford University Press, Oxford.
- DWORKIN Ronald, 1986, *Law's Empire*. Harvard University Press, Cambridge (trad. it. *L'impero del diritto*, il Saggiatore, Milano 1989).
- ID., 2011, *Justice for Hedgehogs*. Harvard University Press, Cambridge (trad. it. *Giustizia per i ricci*, Feltrinelli, Milano 2013).
- ESSER Josef, 1972, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis*. Athenäum Verlag,

58. H.-G. Gadamer (1960), trad. it. 1983, 665.

59. G. H. von Wright (1980), trad. it. 1984, 93.

60. I. Murdoch (1964), trad. it. 2006, 329.



- Frankfurt am Main (trad. it. *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto. Fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1984).
- FULLER Lon L., 1946, «Reason and Fiat in Case Law». *Harvard Law Review*, 59: 376-95.
- GADAMER Hans-Georg, 1960, *Wahreit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*. Mohr, Tübingen (trad. it. *Verità e metodo*, Bompiani, Milano 1983).
- GUASTINI Riccardo, 1994, «Tre domande a Francesco Viola». In *Ermeneutica e filosofia analitica. Due concezioni del diritto a confronto*, a cura di Mario Jori, 219-40. Giappichelli, Torino.
- HABERMAS Jürgen, 1992, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main (trad. it. *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Laterza, Roma-Bari 2013).
- HART Herbert L. A., 1994 (first edition 1961), *The Concept of Law, With a Post-script*. Clarendon Press, Oxford (trad. it. *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino 2002).
- JORI Mario, PINTORE Anna, 1995, *Manuale di teoria generale del diritto*. Giappichelli, Torino.
- JULLIEN François, 2008, *De l'universel, de l'uniforme, du commun et du dialogue entre les cultures*. Fayard, Paris (trad. it. *L'universale e il comune. Il dialogo tra culture*, Laterza, Roma-Bari 2010).
- KRIELE Martin, 1979, *Recht und praktische Vernunft*. Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen (trad. it. *Diritto e ragione pratica*, Editoriale Scientifica, Napoli 2006).
- LA TORRE Massimo, SCERBO Alberto, 2003, *Una introduzione alla filosofia del diritto*. Rubbettino, Soveria Mannelli.
- MARRONE Pierpaolo, 1996, *Consenso tacito. Modelli etici nel liberalismo filosofico americano*. La Rosa Editrice, Torino.
- MURDOCH Iris, 1964, «The Idea of Perfection». In Id., 1999, *Existentialists and Mystics: Writings on Philosophy and Literature*, 299-336. Penguin Books, London (trad. it. «L'idea di perfezione». In Id., *Esistenzialisti e mistici. Scritti di filosofia e letteratura*, 301-35. Il Saggiatore, Milano 2006).
- ID., 1993, *Metaphysics as a Guide to Moral*. Allen Lane/Penguin Press, New York.
- PASTORE Baldassare, 1990, *Tradizione e diritto*. Giappichelli, Torino.
- ID., 2003, *Per un'ermeneutica dei diritti umani*. Giappichelli, Torino.
- ID., 2013, *Decisioni e controlli tra potere e ragione. Materiali per un corso di filosofia del diritto*. Giappichelli, Torino.
- PINO Giorgio, 2013, «Di interpretazione e interpreti della Costituzione. Note a margine a "Interpretazione e Costituzione" di Aljs Vignudelli». *Diritto e Società*, 2: 353-73.
- RORTY Richard (ed.) (1967), *The Linguistic Turn*. Chicago University Press, Chicago (trad. it. *La svolta linguistica*, Garzanti, Milano 1994).
- ROSSINI Germano, 2005, *L'ermeneutica giuridica di Gadamer. Un confronto con Betti e la filosofia analitica italiana*. Gedit, Bologna.
- SCHIAVELLO Aldo, 1998, *Diritto come integrità: incubo o nobile sogno? Saggio su Ronald Dworkin*. Giappichelli, Torino.
- SMITH Matthew N., 2006, «The Law As Social Practice: Are Shared Activities at The Foundations of Law?». *Legal Theory*, 3: 265-92.

- VILLA Vittorio, 2004, «La svolta verso la teoria del diritto come pratica sociale nella filosofia giuridica analitica». *Discipline giuridiche*, 1: 183-200.
- ID., 2006, «L'interpretazione giuridica fra teorie del significato e teorie della verità». In *Interpretazione giuridica e retorica forense. Il problema della vaghezza del linguaggio nella ricerca della verità processuale*, a cura di Maurizio Manzin e Paolo Sommaggio, 117-32. Giuffrè, Milano.
- ID., 2012, *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica*. Giappichelli, Torino.
- VIOLA Francesco, 1990, *Il diritto come pratica sociale*. Jaca Book, Milano.
- ID., 1996, «Ermeneutica e diritto». *Ars Interpretandi*, 1: 181-90.
- VIOLA Francesco, ZACCARIA Giuseppe, 1999, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*. Laterza, Roma-Bari.
- IDD., 2003, *Le ragioni del diritto*. il Mulino, Bologna.
- WRIGHT von Georg H., 1980, *Freedom and Determination*. The Philosophical Society of Finland, Helsinki (trad. it. *Libertà e determinazione*, Pratiche Editrice, Parma 1984).
- ZACCARIA Giuseppe, 1990, *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*. Cedam, Padova.
- ID., 2012, *La comprensione del diritto*. Laterza, Roma-Bari.