

da L.Triolo (a cura di), Prassi giuridica e controllo di razionalità,
Giappichelli, Torino 2001

Francesco Viola
Ermeneutica e ragione giuridica

1. Non risponderò in maniera puntuale alle domande poste da Lucia Triolo, ma concentrerò la mia attenzione solo su un punto di carattere generale che, interessando direttamente i rapporti tra ermeneutica e diritto, spero che vada incontro in qualche modo alle aspettative. La questione che mi sta a cuore è quella del modo in cui l'ermeneutica possa contribuire ad una più adeguata concezione della ragione giuridica. Ma non intendo qui certamente neppure tentare di esplorare il mondo complesso della ragione giuridica, che comprende ovviamente tutta la problematica della scienza del diritto nelle sue varie configurazioni storiche. Più modestamente farò qualche osservazione sulla ragione giuridica nella fase dell'applicazione del diritto e della decisione giudiziale, cioè come ragione in esercizio o come "ragionamento". Riccardo Guastini dice che sono ossessionato dal caso concreto ed in effetti, per quanti sforzi faccia (in realtà non ne faccio molti), non riesco ad abbandonare l'idea che un'attività pratica si definisca per il suo fine o per l'obiettivo che vuole raggiungere. Tra i fini fondamentali del diritto c'è anche quello della risoluzione delle controversie e delle decisioni concrete. Mentre si può discutere se le norme siano o meno atti di volontà, non si può negare che le decisioni basate su norme debbano essere in qualche modo considerate come atti di ragion pratica, di una ragion pratica giuridica.

2. Mi sono sentito provocato principalmente da due affermazioni contenute nell'acuto intervento di José Juan Moreso. Da un punto di vista generale egli ha messo in qualche rilievo la tendenza relativistica dell'ermeneutica, legata al principio di effettività e ad una radicale storicità, mentre, in riferimento più specificatamente alla pratica giuridica interpretativa, ha notato la vicinanza dell'ermeneutica al realismo giuridico, a ciò che di fatto fanno i giudici, per orientarsi verso un orizzonte *particolaristico* dominato dall'adeguazione al caso concreto. Non sollevo alcuna obiezione sulla fondatezza di queste osservazioni, ma riconosco che esse sono fastidiose per chi voglia coniugare giusnaturalismo ed ermeneutica. In fondo il succo del discorso di Moreso è il seguente: sia l'ermeneutica sia la filosofia analitica possono supportare discorsi giuspositivistici, ma la seconda lo fa meglio ed è in grado anche di valorizzare tutto quello che c'è di buono nella prima. Senza voler per questo diminuire i meriti della filosofia analitica,

io penso che c'è qualcosa di buono nell'ermeneutica che la filosofia analitica non riesce ad introiettare.

Accennerò dapprima in modo vago alle radici filosofiche della mia interpretazione dell'ermeneutica e poi alla loro applicazione alla pratica della decisione giuridica. D'altronde possiamo dire che la filosofia ermeneutica è un'interpretazione dell'attività ermeneutica, dell'ermeneutica come arte, e che, pertanto, vi sono differenti filosofie ermeneutiche in relazione al differente modo di considerare l'uomo comprendente, la comunicazione e il linguaggio.

Per alcuni si tratta della liquidazione dell'istanza fondazionale e con essa della fine della filosofia con il risultato o dell'esaltazione della conoscenza scientifica (scientismo) o dell'assoluto relativismo. Il rifugio nell'etica è stato inteso come l'effetto della fine della metafisica occidentale e con essa del senso tradizionale del filosofare. La dissoluzione heideggeriana del soggetto (sia singolo sia comunitario) nell'anonimato del "si" ha effetti devastanti per lo stesso ambito pratico. L'etica si inoltra in un decisionismo senza soggetto responsabile e la politica – come ha notato Hannah Arendt – si traduce in termini poetici. Tuttavia v'è chi pensa possibile recuperare all'interno dell'etica l'istanza della fondazione attraverso il primato della comunità della comunicazione (Apel e Habermas). All'opposto si colloca la posizione di Rorty, che proprio sulle basi della comunità sociale sviluppa la contrapposizione tra la filosofia intesa come pretesa della verità e il racconto o la narrazione come istanza etica. Bisognerebbe, pertanto, sostituire la filosofia come conoscenza della verità con il compito estetico-etico di ricostruzione delle forme di vita. Questo però potrebbe portare ad un nuovo dogmatismo del fatto compiuto e dei giochi linguistici così come si trovano (Winch).

Il fondamento muore perché le condizioni che lo rendevano possibile si sono estinte (Vattimo). La critica radicale dell'intersoggettività conduce a fondare l'etica e la teoria dell'agire sul nichilismo. Il dovere, la decisione, il progetto, la storia e il tempo reintroducono il nulla come fondamento dell'essere e del divenire. La razionalità pratica è essa stessa espressione della volontà che il nulla sia e l'essere non sia.

Tutto ciò appartiene senza dubbio al lascito heideggeriano e, tuttavia, è possibile valorizzare anche altri filoni di ricerca ben presenti nella tradizione ermeneutica e in certo qual modo (anche se non sempre con coerenza) raccolti da Gadamer.

3. L'ermeneutica heideggeriana si pone in esplicito contrasto con la pretesa oggettività dei valori affermata dalla "filosofia dei valori". Secondo la lettura di Nietzsche, dietro questa oggettività sta la volontà di potenza, che nella sostanza è «volontà che pone valori». Questo senso dell'oggettività è l'erede ultimo della struttura epistemologica moderna per cui un oggetto è sempre qualcosa che è tale per un soggetto e dipende dalla capacità conoscitiva e volitiva di questo. Al contempo l'oggettività della filosofia dei valori misconosce il soggetto concreto nella

sua storicità e individualità, perché sottrae la determinazione dei valori dal ragionamento pratico e dall'esistenziale problematica della scelta morale. L'oggettività è, dunque, condannata in ragione della sua "soggettività" e dell'assenza di storicità. Due critiche per certi versi contraddittorie, ma conciliabili alla luce del concetto moderno di soggettività.

La concezione di Gadamer muta l'approccio al problema: ora la questione fondamentale è quella di comprendere lo statuto dei valori caratterizzato insieme dalla sua dipendenza da un *ethos* determinato e dalla sua pretesa di assolutezza, piuttosto che restare impantanati nel groviglio dei rapporti tra soggettività e oggettività (da cui non sempre la stessa filosofia analitica s'è riuscita a districare). Gadamer va alla ricerca del modo di render conto di uno statuto storico dei valori che non li condanni al mero relativismo culturale, pur tenendoli ben lontani da una prospettiva ontologica. L'istanza di fondo è, dunque, quella di perseguire un'oggettività non metafisica dei valori.

4. È importante rendersi conto del modo in cui l'ermeneutica considera la conoscenza della storia. Non si tratta di riprodurre il passato, perché non si può fare due volte la stessa esperienza. Si può comprendere un evento del passato, un testo, un'opera d'arte solo interpretandolo e lo si interpreta solo applicandolo, cioè facendolo diventare parte della nostra esperienza di vita. «Essere storico – ha scritto Gadamer – significa non poter mai risolversi in autotrasparenza». «La situazione è ciò entro cui ci troviamo, e la chiarificazione di essa è un compiuto incompiuto». Ciò significa che la storia per l'ermeneutica non è il fatto positivisticamente chiuso in se stesso, ma postula sia una presupposizione di unità sia il senso di un'ulteriorità. Heidegger ha espresso queste esigenze nel suo consueto modo, mistico e al contempo irritante, quando ha affermato che l'uomo manifesta la propria essenziale ermeneuticità rispondendo agli appelli che l'essere gli rivolge nel tempo. Finitudine e trascendentalità sono due caratteristiche essenziali dell'ermeneuticità umana.

Il circolo ermeneutico è nella sostanza questo infinito rinvio tra la presupposizione e l'ulteriorità. Se io mi chiedo – come fa Heidegger – che cosa è un'opera d'arte, mi occorre, per rispondere, sapere che cosa è l'arte, ma come posso sapere che cosa è l'arte se non ne riconosco le opere? Se non voglio far violenza a questa circolarità cognitiva, allora debbo pensare che si possa stare dentro il linguaggio senza per ciò stesso ridurre tutta l'esperienza al linguaggio. D'altronde, proprio questo è il modo aristotelico di considerare il linguaggio: un essere che ha il linguaggio conserva sempre una distanza di fronte a ciò che di volta in volta gli si presenta. Il linguaggio rende presente.

L'interpretazione cerca nel linguaggio un significato che non si riduce al linguaggio inteso come espressione. Il pensiero stesso non può ridursi all'espressione verbale, ma questa è il tentativo di dar corpo al pensiero. Questo tentativo può essere più o meno riuscito, proprio perché il pensiero non è il linguaggio. In

un testo noi cerchiamo di comprendere il pensiero del suo autore, il suo ambiente vitale, la forma di vita a cui appartiene il testo stesso, il messaggio del testo (che può non coincidere con l'intenzione consapevole dell'autore) e anche, attraverso il testo, noi cerchiamo di comprendere noi stessi. Per questo – a mio giudizio – è molto appropriata quella definizione filosofica dell'interpretazione che afferma che essa «è una conoscenza in cui l'oggetto si rivela nella misura in cui il soggetto si esprime»¹.

Certamente appartenere ad un ambiente linguistico significa essere interpellato dalla tradizione, dalla parola del passato. In questo senso anche l'ermeneutica s'inscrive dentro il "paradigma relativistico". Tuttavia tutti i grandi iniziatori dell'ermeneutica (Gadamer, Pareyson, Ricoeur) sono animati dall'esigenza di restituire dignità al pensiero filosofico. Si chiede Pareyson: «è possibile una concezione pluralistica ma non relativistica della verità? Quale è il punto di vista in cui può validamente collocarsi una affermazione di prospettivismo, che riesca a conciliare l'unicità della verità con la molteplicità delle sue formulazioni?»².

5. L'intento dell'ermeneutica – almeno nella versione che preferisco – è, dunque, quello di difendere l'universalità dei valori, pur restando nella storia. Niente di originale, in fondo, se non l'ennesimo tentativo di salvare capra e cavoli. Eppure non si tratta soltanto di soddisfare i nostri buoni sentimenti o le nostre aspirazioni metafisiche, si tratta anche di render conto di un'esperienza comune a tutti che altrimenti resterebbe inspiegata.

Noi parliamo di giustizia e di bellezza, ma in realtà incontriamo soltanto oggetti che chiamiamo belli o brutti e comportamenti che consideriamo giusti o ingiusti. Noi incontriamo la giustizia solo negli atti giusti, cioè nella storia. Possiamo immaginare che la giustizia esista come esiste la Nona Sinfonia di Beethoven, cioè solo nelle sue esecuzioni, solo nelle sue istanziazioni. Come noi parliamo di un'esecuzione musicale più o meno riuscita, più o meno fedele, allo stesso modo parliamo di scelte e decisioni più o meno giuste e spesso non concordiamo sulla loro valutazione. Eppure questi dibattiti hanno un senso e sappiamo che, se vi rinunciassimo del tutto, dovremmo anche rinunciare al valore stesso della giustizia una volta per sempre. Ed allora tutte le lotte per la giustizia nella storia umana diverrebbero prive di senso.

Poiché noi cogliamo i valori attraverso le loro applicazioni, allora il problema è quello di sapere se i singoli casi sono istanziazioni dello stesso valore, cioè se questo è dotato di adeguata determinatezza o identificabilità. Qui è in questione l'essenza del valore e non già la sua esistenza. Anche valori soggettivi quanto ad

¹ L. Pareyson, *Estetica: teoria della formatività*, Edizioni di Filosofia, Torino 1954, p. 26.

² L. Pareyson, *Filosofia dell'interpretazione*, Rosenberg & Sellier, Torino 1985, pp. 50-51.

esistenza (perché, ad esempio, sono le preferenze di un soggetto), possono essere "oggettivi" quanto ad identificabilità. Solo intorno a valori ben identificabili è possibile intrecciare un ragionamento pratico e, pertanto, sottoporli a critica razionale. I valori della filosofia dei valori sono – a ragione – accusati di essere vaghi e per questo di sottrarsi alla critica morale. La problematica della determinabilità dei valori è molto importante ai fini dell'interpretazione del diritto e dell'ethos dominante, ma la determinabilità ha a che fare con la storia e con i fatti sociali.

La determinatezza di per sé non è un mero fatto statico, ma propriamente un processo di progressiva specificazione. Nella misura in cui si ritiene che il diritto sia un processo di progressiva determinazione, cioè una pratica sociale di tipo interpretativo, questo modo d'intendere l'ermeneutica può dimostrare tutta la sua fruttuosità. Ed allora il percorso deliberativo sfociante nella decisione (legislativa o giudiziaria) non si dovrebbe collocare a monte, o comunque al di fuori, del diritto, ma è a tutti gli effetti un processo giuridico, e non solo per i vincoli formali che deve rispettare, bensì anche per i contenuti di valore che deve amministrare. La normatività giuridica è il risultato di un connubio tra la dimensione prescrittiva e quella argomentativa, tra un orientamento al valore e una procedura ragionevole da seguire per realizzarlo nella vita sociale.

I principi giuridici rappresentano l'atto di positivizzazione dell'orientamento al valore, sono il porsi dell'indeterminatezza che postula di essere determinata per divenire guida effettiva della vita sociale. Ma ciò sarebbe impossibile senza l'opera della ragion pratica giuridica. Ciò significa che il diritto come pratica sociale di tipo interpretativo è il risultato di una commistione tra ragione e volontà. Pertanto, se vogliamo rispettare quest'intreccio indissolubile, dobbiamo rivolgerci alle concezioni della ragion pratica di tipo non dicotomico. Per questo preferisco la ragion pratica di Aristotele e Tommaso d'Aquino a quella di David Hume e dei neo-humiani contemporanei. Non è qui il luogo per illustrare le ragioni filosofiche di questa preferenza, m'interessa soltanto notare che tra queste ragioni dovrebbe esserci anche quella della maggiore adeguatezza all'esperienza di vita che s'intende spiegare.

Nella pratica giuridica le tappe della progressiva determinazione debbono essere argomentate e, tuttavia, non sono cogenti in modo assoluto e lasciano spazio a diversi possibili percorsi tra cui scegliere nel modo più conveniente, cioè non arbitrario. Non voglio per nulla dire che è necessario ricorrere alla volontà perché la ragione è debole. Al contrario vi sono ragioni plurime, tutte dotate di rilevante peso, vi sono tanti modi legittimi di fare le cose e bisogna sceglierne uno. In verità le ragioni a senso unico mi sembrano più "deboli" (perché meno "ragioni") di quelle a risposta multipla. Tra la formazione della regola e la decisione di un caso concreto la pratica interpretativa è alla ricerca di se stessa, cioè del modo migliore di realizzare i fini e i valori per cui esiste. In quest'impresa spesso fallisce e deve incessantemente autocorreggersi.

6. Nel rapporto tra regola e caso concreto – se vogliamo continuare ad usare questo schema tradizionale che invero mi sembra già sorpassato – si possono ipotizzare tre figure principali: la regola come già compiutamente formata prima del caso concreto, la regola che si forma in presenza del caso concreto e in relazione a questo, e la regola che s'individua dopo che il caso concreto è stato risolto sul piano giuridico (saranno le decisioni future a dirci quale regola allora è stata effettivamente applicata). Il tempo del diritto è quello del passato, quello del presente o quello del futuro? È facile rendersi conto che queste tre figure del rapporto tra regola e caso s'incarnano in tre momenti cruciali del pensiero giuridico.

La dogmatica giuridica tradizionale guarda al passato: è interpretazione di norme preesistenti in cui sussumere i casi del presente. L'ermeneutica giuridica guarda al presente: considera il diritto del passato come un materiale vincolante da cui trarre la regola del caso concreto ed è propensa ad identificare interpretazione e applicazione o attualizzazione del diritto. Il diritto della postmodernità e del decostruzionismo, verso cui inclina la teoria narrativa del diritto, guarda al futuro: si volge alle decisioni del passato per individuare la regola che è stata effettivamente seguita e che solo nel futuro viene individuata per quella che è.

Certamente, se mettiamo così le cose, allora c'è ben poco da scegliere. La dogmatica giuridica tradizionale è obsoleta per quanto riguarda i suoi presupposti filosofici e teorici, inadatta ad affrontare la trasformazione in atto della società, incapace di rispondere alle istanze presenti di giustizia. Da parte sua il decostruzionismo della regola giuridica mette seriamente in pericolo alcune conquiste irrinunciabili dello Stato di diritto, vanifica la possibilità di distinguere un'interpretazione corretta da quella che non lo è, e induce il diritto ad abbandonare il suo incessante tentativo di limitare il potere, cosa che costituisce la sua perenne ragion d'essere. Tuttavia ammetto che anche l'ermeneutica giuridica ha contorni incerti e problematici. Da parte mia coltivo la speranza che possano essere in buona parte chiariti. A questo fine accennerò soltanto al modo in cui in un'ottica ermeneutica si dovrebbe affrontare la problematica della discrezionalità del giudice.

7. L'inadeguatezza della teoria della discrezionalità di Dworkin non sta nella tanto contestata *one right answer thesis*, quanto piuttosto nel fatto che Dworkin condivide ancora l'assunto kelseniano: il potere è per definizione fornito di discrezionalità forte, cioè di arbitrarietà nel senso della libertà di scegliere ciò che vuole scegliere, di comandare ciò che vuole comandare, senza alcun vincolo. Se questo potere è legale, allora avrà vincoli di competenza, ma resta potere vero e proprio solo se è libero di scegliere ciò che vuole, pur se all'interno di un recinto stabilito. Così "discrezionalità" è volontà e non ragione, volontà senza ragione. Questa precomprensione della discrezionalità è comune a Kelsen, Hart e Dworkin, che proprio per questo la combatte nella sua applicazione all'opera del giudice. Da questo punto di vista il loro pensiero differisce solo per il modo di concepire il ruolo del giudice.

È noto che il dibattito si muove nella sostanza all'interno di tre possibili modelli di giudice: 1) il *modello sociale* di giudice, per cui l'imparzialità è intesa come neutralità nei confronti dei valori socialmente prevalenti (il giudice come organo della società); 2) il *modello politico* di giudice, per cui l'imparzialità è intesa come autonomia nella determinazione delle scelte interpretative (il giudice come legislatore supplente); 3) il *modello morale* di giudice, per cui l'imparzialità è intesa come indipendenza a difesa dei diritti dalle scelte collettive e a custodia dell'autonomia del cittadino (il giudice dei diritti).

La differenza tra Hart e Dworkin consiste principalmente nel modo d'intendere la moralità positiva. Per Hart essa è una pratica sociale, ma non è propriamente "morale", cosicché il modello hartiano di giudice è quello sociale e, nel caso di interpretazioni confliggenti, si trasforma in quello politico. Per Dworkin, invece, la moralità positiva ha una sua giustificazione normativa legata al bene interno della pratica giuridica. Ciò spiega la sua obiezione ad Hart: la regola sociale non può spiegare i casi in cui è dovere del giudice prendere posizione sul conflitto interno alla moralità sociale. Non sempre i membri della società traggono le stesse regole da una prassi sociale uniforme e, tuttavia, se essa, considerata nel suo complesso, ha una sua identificabilità (*integrità*), allora dovrà essere possibile argomentare a favore di un'interpretazione a preferenza di un'altra. Non è vero che nei casi controversi non esistano doveri.

Dworkin tratta, dunque, la moralità positiva come qualcosa non meramente fattuale, avvicinandosi all'ottica ermeneutica della ragion pratica. Dworkin considera la storia istituzionale come un immenso serbatoio di materiali giuridici ordinabili in riferimento ai diritti. La varietà dei principi e delle politiche, che essa contiene, non la rende una massa caotica, da cui si può trarre la giustificazione di qualsivoglia decisione. Qui pensiamo al "presupposto della perfezione" di Gadamer per cui ci dirigiamo verso ciò che è comprensibile considerandolo come costituente una compiuta unità di senso³. Ma quale razionalità si potrà mai attribuire ad una storia istituzionale che si forma in modo spontaneo ed irreflesso?

8. Uno dei limiti della posizione di Dworkin risiede – a mio parere – nell'aver troppo enfatizzato il ruolo del giudice come soggetto principale della ragion pratica giuridica.

In relazione ad un sistema normativo gli atteggiamenti possibili possono assumere tre configurazioni. Possono essere di accettazione piena dei valori e delle regole in esso contenuti (*committed judgment*), possono essere una descrizione dall'esterno dei valori e delle regole che sono di fatto accettati dai partecipanti alla prassi giuridica (*external judgment*) e possono anche configurarsi come un'accettazione distaccata delle norme (*detached judgment*), cioè come l'assunzione

³ Per uno sviluppo di questi temi rinvio al mio *Autorità e ordine del diritto*, Giappichelli, Torino 1987, pp. 181-224.

del punto di vista interno dei partecipanti senza però impegnare in esso il proprio giudizio personale. Quest'ultima possibilità è stata evidenziata da Raz e attribuita ai giuristi e agli operatori giuridici (tra cui non mi sembra che si possano escludere i giudici)⁴.

Il punto di vista dei funzionari del diritto è *istituzionale* e, per ciò stesso, distaccato dai giudizi di valore personali sul modo di risolvere i problemi di coordinazione giuridica. Il punto di vista del giudice è già "pratico", perché implica certamente l'impegno di porsi nell'ottica dei principi fondamentali del sistema giuridico e di applicarne con fedeltà le regole, ma è l'accettazione del cittadino che supporta dall'interno questi principi e costituisce la giustificazione ultima della normatività positiva. In fondo la finalità generale dell'impresa giuridica è quella di coordinare le azioni dei cittadini e solo strumentalmente e subordinatamente quelle degli organi pubblici. Di conseguenza il cittadino è coinvolto sul piano pratico in modo non assimilabile a quello dei funzionari pubblici. In particolare, non si può affermare che il punto di vista interno del cittadino possa essere distaccato dalle valutazioni personali. Nell'ottica del cittadino il punto di vista pratico si presenta come un punto di vista "morale" in senso stretto. Ma quest'affermazione deve essere ben spiegata per evitare equivoci e ciò è possibile alla luce della problematica dei principi di diritto.

Anche quello di "cittadino" è un ruolo istituzionale simile a quello di "legislatore" o di "giudice". I singoli partecipanti alla pratica giuridica hanno le più disparate ragioni per accettarla. Sarebbe ingenuo pensare che ognuno di loro sia mosso dalla convinzione del valore morale dei principi e delle regole giuridiche o dalla loro giustizia. Non è facendo ricorso ad un'analisi degli stati mentali dei singoli partecipanti alla pratica giuridica che si può risolvere il problema del punto di vista del cittadino. Esso è il risultato di una costruzione interpretativa e non già la presa d'atto di uno stato di fatto.

A proposito dell'interpretazione della costituzione Dworkin ha osservato: «La questione importante per la teoria costituzionale non è se l'intenzione degli autori della costituzione dovrebbe contare, ma piuttosto che cosa dovrebbe valere come intenzione dei costituenti»⁵. È necessaria, dunque, una tesi interpretativa di ciò che deve contare come intenzione del legislatore, applicando la quale si perverrà a sua volta all'elaborazione di criteri interpretativi per identificare i significati veicolati dalla pratica giuridica. Non è possibile scegliere il metodo più appropriato d'interpretazione costituzionale senza avere una teoria di ciò che la costi-

⁴ Cfr. J. Raz, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Clarendon Press, Oxford 1979, capp. VII e VIII e anche H.L.A. Hart, *Essays on Bentham*, Clarendon Press, Oxford 1982, capp. VI e X.

⁵ R. Dworkin, *Questioni di principio*, a cura di S. Maffettone, Il Saggiatore, Milano, 1990, p. 68 ed anche il mio *Intenzione e discorso giuridico: un confronto tra la pragmatica linguistica e l'ermeneutica*, in "Ars interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica", 2, 1997, pp. 53-73 (versione italiana) e pp. 295-304 (versione inglese).

tuzione è. Allo stesso modo dovremmo chiederci: che cosa deve valere per "partecipazione" del cittadino alla pratica giuridica? Le carte costituzionali sembrano facilitare questa ricerca, perché esprimono i principi e i valori fondamentali a cui debbono conformarsi le regole del sistema giuridico. Si deve presumere che il partecipante alla pratica giuridica aderisca in qualche modo a questi principi. Ma il punto in questione è se questi principi, per la loro particolare posizione nel sistema, per il loro ruolo interpretativo e per il loro stesso contenuto, non esigano un'adesione che non può essere omologata a quella richiesta dalle altre norme del sistema.

L'accettazione del metodo del *rule of law* è pur sempre supportata da ragioni che si possono considerare in senso lato "moralì". Indipendentemente dai motivi personali si deve ritenere che i partecipanti alla pratica giuridica condividano una valutazione del genere: «è cosa buona che le conseguenze giuridiche delle azioni siano prevedibili e questo è possibile se si applicano regole ben identificabili in conformità ai criteri condivisi di riconoscimento». L'accettazione dello Stato costituzionale di diritto richiede un impegno ulteriore dal punto di vista morale, perché implica che tra questi criteri di riconoscimento vi siano i principi fondamentali e che questi siano ritenuti giusti ed equi. Non avrebbe, infatti, alcun senso vincolare le future decisioni al rispetto assoluto di determinati valori se essi non fossero ritenuti degni di considerazione morale. Questi principi appaiono desiderabili non già perché intorno ad essi c'è di fatto un accordo, ma perché permettono di formulare regole in qualche senso "giuste" (eque, corrette, accettabili) per decisioni future e di prendere decisioni in qualche senso "giuste" (eque, corrette, accettabili). Inoltre, questi principi sono "moralì" per la loro materia, sia perché limitano l'esercizio dei pubblici poteri in nome di valori superiori, sia perché permettono a certe condizioni la restrizione della libertà degli individui⁶.

Quando sostengo che la partecipazione del cittadino allo Stato costituzionale di diritto richiede un impegno morale, mi riferisco ovviamente pur sempre alla moralità positiva, perché gli stessi principi costituzionali non possono certamente essere sottratti alla critica morale. Qui però è importante sottolineare che l'adesione a questi principi da parte dei cittadini non può che essere propriamente "morale", sia perché implica un impegno personale, sia perché vincola a criteri la cui validità è indipendente dagli interessi personali. Quando si dice che i principi supremi costituiscono il dover essere interno del diritto positivo, non si fa altro che confermare l'esistenza di questa dimensione morale interna al diritto contemporaneo. Occorre anche precisare che quest'adesione morale ai principi fondamentali non implica per nulla l'accordo sull'interpretazione del loro contenuto e sulle modalità della loro applicazione. Tutta la pratica giuridica risulta segnata dal conflitto sull'interpretazione dei principi ed è per questo che non può essere

⁶ Cfr. J. Finnis, *Is Natural Law Theory Compatible with Limited Government?*, in R.P. George (ed.), *Natural Law, Liberalism, and Morality. Contemporary Essays*, Clarendon Press, Oxford 1996, pp. 1-26.

rappresentata come una pratica sociale uniforme, a cui applicare la *social rule theory* di Hart. Il fatto che i principi siano intesi e applicati in un certo modo non può essere un argomento decisivo a favore di quest'interpretazione, mentre può esserlo per le regole, come dimostra l'importanza di una giurisprudenza consolidata. I principi si difendono con argomenti basati sulla ragionevolezza e non con l'argomento dell'effettività.

Se l'impegno del cittadino è morale a tutti gli effetti, allora per il giudice la moralità positiva non sarà soltanto un fatto sociologico, ma sarà dotata di un senso interno, come ce l'ha un testo. Ogni attività ha un significato solo all'interno di una totalità di senso. Se la pratica giuridica ha un senso generale, allora la precomprensione del senso è una precondizione per tutte le attività che si svolgono al suo interno. L'ermeneutica sottolinea l'importanza di questa consapevolezza del senso generale di ciò che si sta facendo e dei discorsi pratici.

9. Vorrei ora fare qualche osservazione sul modo d'intendere la ragione giuridica in una prospettiva ermeneutica.

Il *soft positivism*, di cui però esistono già molteplici versioni, sta tentando di introiettare gli argomenti morali nel diritto nella misura in cui essi abbiano un carattere descrittivo, carattere considerato come necessario per un discorso di verità e di razionalità. Si separa così l'oggettivismo morale dal realismo morale, distinzione che mi sembra più che opportuna, ma s'intende l'oggettivismo morale come descrizione delle valutazioni presenti in contesti sociali determinati. La discrezionalità sarebbe, pertanto, limitata a quei casi in cui vi sono differenti concezioni di moralità positiva e i giudici debbono operare scelte e valutazioni. In questi casi soltanto ci sarebbe discrezionalità e quindi non-diritto, cioè non standards preesistenti. La mia difficoltà nei confronti di quest'orientamento è tra l'altro la persistenza in essa di un modello di ragione giuridica che separa il diritto dalla ragion pratica in generale.

Da parte mia credo che il fatto contingente del legame tra diritto e standards morali nei termini attuali del costituzionalismo sia una prova indiziaria dell'ineadeguatezza di due concezioni tipiche della ragione giuridica, quella che intende separarla dalla ragione pratica in generale e quella che intende identificarla *tout-court* con questa.

Ricondurre la ragione giuridica nell'ambito della ragion pratica significa riconoscerle due caratteristiche: 1) il suo rapporto necessario con la motivazione (una ragione che sia pratica deve essere capace di motivare l'agente, di essere guida effettiva dell'azione); 2) il suo rapporto necessario con il valore in quanto fine (la ragione per cui un agente compie un'azione è basata sul fatto che tale azione è giudicata come buona in qualche senso del "bene", cioè corretta, opportuna, giusta, conveniente...).

A questo proposito per la ragione giuridica il punto delicato è il modo di trattare la problematica dell'autorità, che è un elemento essenziale della logica

del diritto. Se "autorità" significa puramente e semplicemente discrezionalità in senso forte, pur se circoscritta dalla competenza (come pensano Kelsen e Raz), allora non c'è posto nella ragion pratica per la ragione giuridica. Ma nel diritto non c'è solo l'autorità, ma anche la presenza dei principi generali della ragionevolezza pratica. Si può dire che nella ragione giuridica ci sono due forme di autorità: quella della forza autoritativa dei principi e quella della forza autoritativa delle decisioni emanate da organi legittimi. Il modo di trattare il rapporto tra queste istanze autoritative segna – com'è noto – la differenza tra le diverse concezioni del diritto.

In relazione al diritto questi principi generali della ragionevolezza pratica debbono distinguersi in due categorie: vi sono istanze interne alla ragione giuridica (ad es., il principio di eguaglianza) e vi sono principi riguardanti le ragioni generali per cui è meglio che vi sia il diritto piuttosto che non esserci (penso qui al principio di cooperazione e alla tematica della coordinazione delle azioni).

L'impresa giuridica appartiene, dunque, a quella più generale e comprensiva volta a stabilire quale azione deve essere compiuta e sotto quali condizioni. Il diritto – come si sa – si sforza di sottrarre il più possibile il ragionamento pratico all'incertezza e all'indeterminazione. A questo scopo stabilisce delle condizioni specifiche di esercizio a cominciare dalla problematica della validità delle regole che debbono valere come diritto. Come ha precisato Alexy, l'argomentazione giuridica è sottoposta a limitazioni tecniche, quali il vincolo di legge, la considerazione dei precedenti, il riferimento alla dogmatica giuridica e i limiti posti dalle regole processuali. Tutto ciò è giustificato dalle ragioni per cui è bene che vi sia il diritto. Tuttavia questi vincoli non devono essere intesi come una chiusura del ragionamento giuridico nei confronti di ragioni normative provenienti dal ragionamento pratico generale. Il ragionamento giuridico è un processo argomentativo controllato, ma non è blindato. Non lo può essere anche per il semplice fatto che a volte l'identificazione stessa del diritto e la preparazione delle premesse normative del ragionamento stesso richiedono il ricorso a ragioni che sono ritenute rilevanti dalla società e che possono avere varia natura (e quindi anche un carattere morale).

Ciò significa che ogni discorso pratico compreso quello giuridico è sottoposto al controllo generale di ragionevolezza. Quale sia il contenuto di questa "ragionevolezza" è indeterminato. Tuttavia esso riposa sull'esigenza che le decisioni dell'autorità possano in qualche modo essere giustificate da ragioni normative sottostanti. Queste ragioni non sono precostituite e restano aperte al dibattito, anche se ci possono essere tentativi di codificazione o di costituzionalizzazione. Attraverso il continuo rimando dall'interpretazione all'argomentazione e da quest'ultima alla prima una comunità politica edifica il suo senso della ragionevolezza. Ed oggi assistiamo al processo di allargamento dei confini della ragionevolezza giuridica e politica nella misura in cui aumentano le interdipendenze transfrontaliere.

Ed allora il problema di fondo non è tanto quello del nuovo rapporto tra diritto e morale. Questa è una preoccupazione di bottega che angustia in particolare il

giuspositivismo tradizionale. Lasciatemi dire che, se proprio si deve essere positivisti, continuo a preferire quelli "esclusivisti". Il vero problema è quello del peso sempre maggiore che i criteri contenutistici di ragionevolezza hanno all'interno delle procedure giuridiche. Quando una forma di vita è consolidata – come presume la *social sources thesis* –, allora si può ben essere formalisti e seguaci del puro proceduralismo giuridico. Ma, quando la forma di vita comune non si può presupporre come ben definita ed è in via di costruzione (e credo che oggi ci avviamo verso la possibilità che ogni consolidazione sia altamente provvisoria), allora il discorso giuridico deve attrezzarsi al dialogo continuo con il discorso pratico generale.

La tesi per cui il discorso giuridico deve essere considerato come un *caso speciale* del discorso pratico generale non deve essere intesa come la concessione di una deroga alla ragione giuridica rispetto al modello ideale di discorso pratico (Habermas). In realtà tutti i discorsi pratici hanno le loro condizioni di esercizio dettate da ciò che s'intende realizzare e raggiungere attraverso gli eventi linguistici. In quanto "eventi" bisogna prenderli così come sono e non già misurarli in base ad un dover essere ideale. Al contrario Gadamer intende il discorso giuridico come un *caso esemplare* di discorso pratico e della stessa ermeneutica filosofica. E ciò per il fatto che esso non serve soltanto a comunicare le intenzioni dei partecipanti, ma soprattutto a tessere una forma di vita comune. Oggi, se da una parte il discorso giuridico s'è liberato dalla sua dipendenza servile dal discorso politico, non per questo è autonomo o autosufficiente, perché ora è chiamato ad interagire sempre più strettamente con i discorsi etici e, soprattutto, con quelli economici.

In quest'ottica la discrezionalità giuridica non può essere intesa come pura e semplice creatività. Se il processo di attualizzazione di un diritto per definizione indeterminato non fosse governato dalla ragionevolezza, allora sarebbe vano continuare a parlare di un diritto preesistente. Non è possibile affrontare la problematica dell'indeterminatezza se non nell'ottica della cooperazione tra ragione e volontà. Il giudice deve argomentare le proprie decisioni, ma queste restano propriamente "scelte", cioè soluzioni tra alternative possibili e tutte legittime. L'indeterminatezza non è la lacuna o il vuoto, ma un orientamento incompiuto, un qualcosa da attualizzare nello spirito del suo principio.

Per questo non bisogna identificare la distinzione tra diritto e non-diritto con quella tra diritto attuale e diritto potenziale. Il diritto già esistente è quello via via attualizzato e riconosciuto dall'opera del legislatore e dei giudici, mentre quello in potenza è ancora nascosto nei materiali appartenenti alla storia istituzionale. La risoluzione dei casi controversi permette di distinguere l'uno dall'altro e mette in moto il processo incessante di riordinamento del diritto. Il diritto si compone, pertanto, di strati sempre più determinati: le norme sono più determinate dei principi e le decisioni giudiziali sono più determinate delle norme. Ma ciò che è decisivo è il fatto che l'identificazione dell'ordinamento giuridico non riposa affatto sulle norme o sulle decisioni, che sono frutto d'interpretazioni e di argomentazioni, ma sui principi.

Per l'ermeneutica si tratta, dunque, di trovare una strada intermedia tra la discrezionalità forte e quella debole, tra il volontarismo giuridico e il razionalismo, tra l'arbitrio e la necessità. Questo è possibile solo se intendiamo la ragione giuridica come ragion pratica e la stessa pratica di attualizzazione del diritto come segnata dalla ragionevolezza. D'altronde l'autorità è sopportabile quando c'è la stabilità delle regole sociali, ma non basta più (e diventa oppressiva e intollerabile) quando i fatti sociali diventano complessi e di controversa interpretazione. Ed allora è venuto il tempo della ragione e della ragionevolezza, cioè di riconsiderare i fini della giuridicità e i principi che la guidano. È necessario un nuovo giusnaturalismo per dar vita ad un nuovo giuspositivismo⁷.

10. In conclusione, vorrei semplicemente elencare alcuni caratteri della teoria ermeneutica dell'interpretazione giuridica che la rendono – a mio parere – più adeguata ad assolvere i compiti che oggi il diritto è chiamato ad affrontare.

a) Ogni interpretazione è un'applicazione. Questo è il principio ermeneutico fondamentale che postula l'ottica del conoscere *per agire*.

b) La centralità dell'interpretazione nel diritto non è giustificata tanto dal rispetto dell'autorità e della sua volontà quanto piuttosto dal suo carattere pratico, cioè dall'esigenza di dar senso alle azioni sociali. Da questo punto di vista il diritto è più vicino alla morale che all'arte e alla letteratura⁸.

c) Non è possibile interpretare senza al contempo argomentare e non è possibile argomentare senza al contempo interpretare.

d) L'interpretazione è l'attività che mette in comunicazione culture e forme di vita differenti. Il ruolo dell'interpretazione giuridica è quello di tradurre pretese normative che provengono dalle forme di vita del passato nel presente. Ciò sarebbe impossibile se i contesti storici fossero incomunicabili e chiusi in se stessi, ma allora sarebbe impossibile anche il diritto nel suo concetto normativo. In un certo senso la normatività è ciò che non proviene dal nostro stesso mondo e ne mette in crisi la "normalità". Questa è la tesi ermeneutica gadameriana della fusione degli orizzonti culturali.

e) Una differenza tra l'approccio giuspositivistico e quello ermeneutico consiste nel fatto che per il primo tutto il senso è immanente e racchiuso nel testo. Il giuspositivismo sostiene lo "stare in se stesso" del diritto positivo, cioè l'auto-legittimazione del testo. Nella prospettiva ermeneutica non è un testo ad avere un senso, ma è un senso ad avere uno o più testi.

f) L'interpretazione-argomentazione è un'attività volta a determinare una scelta e una decisione, che è sempre concreta. La finalità è quella di determinare

⁷ Cfr. F. Viola e G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2000², p. 407.

⁸ In questo non concordo con J. Raz, *Why Interpret?*, in "Ratio Juris", 9, 1996, 4, pp. 349-363.

l'azione giusta, cioè quella che deve essere compiuta. La giustizia dell'azione dipende da una lunga preparazione che comincia da lontano: le istituzioni politiche, l'assetto sociale, il sistema normativo, l'apprezzamento dei valori, le aspettative maturate, le pratiche giurisprudenziali, i concetti giuridici, etc. Ma in ultima istanza la decisione finale conserva sempre in qualche modo la sua creatività, perché è un atto della ragion pratica⁹. È questo propriamente il luogo di quella giustizia a cui si rivolge il senso del diritto. Ed è per questo che una filosofia ermeneutica del diritto, mentre difende il primato della comprensione, vede nell'interpretazione-applicazione il luogo della realizzazione del senso del diritto. Il diritto richiede l'interpretazione perché tende alla giustizia, non solo e non tanto perché è il prodotto della volontà di un'autorità legittima.

⁹ Cfr. J. Esser, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo d'individuazione del diritto*, trad. it. di S. Patti e G. Zaccaria, Esi, Napoli 1983.