

ERMENEUTICA E COGNITIVISMO ETICO NELLA TEORIA ANALITICA DEL DIRITTO

CRISTÓBAL ORREGO

1. ERMENEUTICA E RELATIVISMO

Il nascere della coscienza ermeneutica sembra rappresentare un cambiamento nel pensiero e nel mondo. C'è stata un'evoluzione dal considerare l'ermeneutica come una scienza generale dell'esegesi — per esempio, come una riflessione sui principi e sulle regole per un'interpretazione «corretta» dei testi scritti — fino a considerarla come la spiegazione metafisica dell'essere umano come essere che, nella comprensione del suo essere nel mondo, unifica incessantemente il proprio mondo di esperienza con quelli di altri creatori di «testi», comprendendo adesso in un senso ontologico ciò che è un «testo», da sapere, ogni traccia e vestigio dell'essere passato, che perdura nell'essere presente e si dirige intenzionalmente ad altri esseri presenti creatori delle proprie vestigia intenzionali nel mondo. Una tappa intermedia è rappresentata dal considerare l'ermeneutica come fondamento di uno statuto epistemologico peculiare ed irriducibile delle scienze dello spirito o della cultura, in quanto diverse dalle, e addirittura contrapposte alle, scienze della natura. Il pensiero tedesco (Schleiermacher, Dilthey, Heidegger, Gadamer, Betti) ha fatto nascere la nuova «coscienza ermeneutica», con nozioni come la «comprensione» — in quanto diversa dalla «spiegazione» —, «pre-comprensione», «circolo ermeneutico», «distanza temporale», implicazione reciproca della ragione ermeneutica e autorità e tradizione, «esperienza ermeneutica», eccetera¹.

¹ Cfr. l'ampia esposizione di F. QUINTANA, *Interpretación, ratio iuris y objetividad*, Edeval, Valparaíso 1994.

Tutta l'ermeneutica pare tendere ad un ampliamento del senso del vero, opponendosi al riduzionismo scienziasta proprio del positivismo scientifico e del neopositivismo logico. Tuttavia, l'ampliamento del senso del vero potrebbe essere interpretato come una mera sostituzione della conoscenza ermeneutica — nell'ambito delle scienze dello spirito — intesa come «opinione» (*doxa*) alla conoscenza naturale intesa come «vera» e «certa». Questa interpretazione, prima di essere fondamento dello statuto conoscitivo delle scienze dello spirito, concorre a motivare la scissione empirista tra il mondo sensibile obbiettivamente conoscibile e il mondo umano come meramente «soggettivo». Si tratterebbe di un'interpretazione dell'ermeneutica — una tra le varie possibili — equivalente allo scavarsi la fossa e a ritornare al punto di partenza, solo che in questo ritorno finirebbe con relegare le stesse scienze naturali nel marasma del soggettivismo. Per evitare tale alternativa non possiamo che proporre interpretazioni dell'ermeneutica affermanti l'ampliamento e non la riduzione del senso del vero. In definitiva, l'ermeneutica come riscatto del senso dell'umanità ed anche come fondamento ontologico del modo umano di essere nel mondo, si salva solo se propone delle auto-interpretazioni che rifiutino il relativismo e lo scetticismo epistemologico, in quanto interpretazioni inesatte e riduttive dell'ampliamento del senso dell'essere. Il relativismo o il non cognitivismo, tanto per dirlo con un'espressione più completa², non è la conferma bensì l'annullamento di ogni possibile ermeneutica³.

² In questo lavoro parleremo del «cognitivismo» e del «non cognitivismo» nell'ambito normativo, intendendo che tali espressioni si riferiscono al fatto che si ammetta o meno che le espressioni normative sono suscettibili di verità o falsità. Includeremo sotto questo unico concetto le posizioni scettiche — tesi dell'impossibilità di conoscere o di dimostrare la verità — soggettivisti — tesi per cui il vero dipende da o è costruito dal soggetto che «conosce» — e relativisti — tesi per cui ci può essere la verità, però non esistono verità permanenti che non cambino in relazione all'angolo visuale dei soggetti conoscenti. Se uno legge con attenzione le esposizioni classiche sulla verità (v. gr., TOMMASO D'AQUINO: *De Veritate*) può constatare che, grazie al riconoscimento della varietà di sensi del vero, cioè grazie a ciò che adesso chiameremmo «coscienza ermeneutica», queste posizioni classiche ammetterebbero in un certo senso tutte queste tesi (non cognitivismo, scetticismo, soggettivismo, relativismo) come verità parziali sulla posizione dell'intendimento umano limitato di fronte all'inesauribile completezza del senso del vero; ma mai potrebbero adottare tali posizioni come parola chiave nella spiegazione del raggiungimento dell'intendimento umano.

³ Sulla nuova coscienza ermeneutica in rapporto alla filosofia del diritto, cfr. D'AGOSTINO, *Filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino 1996², 154-169.

Ci troveremmo davanti ad un'ermeneutica incompleta se l'ampliamento del senso del vero non ci portasse all'etica, o, detto in altre parole, se la coscienza ermeneutica si soffermasse su qualche punto delle discipline umanistiche (teologia, filosofia, diritto...) come fondamento del riconoscimento del proprio senso, rifiutandosi di abbracciare le proposizioni concernenti il buono, il meglio e il cattivo nell'ordine del libero agire umano. Dunque, pare ineludibile ed addirittura necessaria negli esseri umani questa tensione tra una coscienza ermeneutica che recupera il senso oggettivo dell'etica — con un valore di verità adattato alla natura dell'oggetto in questione — e che amplia il senso del vero, da una parte, e, dall'altra, l'interpretazione relativista o scettica o non cognitivista relativa alla comprensione del valore morale o dei principi e delle regole di ordine pratico. Infatti, la tensione è una conseguenza dello stesso ampliamento del senso del vero che pretende di prendere coscienza della limitazione dell'uomo come animale che conosce da un punto di vista e in un modo limitati e che arriva solo ad essere ciò che gli deriva dalla cultura, dalle tradizioni e da linguaggi concreti e limitati. È difficile vedere con chiarezza la pluralità di sensi della stessa ermeneutica, però non ci sarebbe alcun senso se accettassimo l'unica interpretazione fatale, che non c'è niente da interpretare in nessun senso vero od «oggettivo». In poche parole, com'è difficile riconoscere l'unità non dialettica della limitazione conoscitiva umana con la sua illimitata infinita apertura⁴!

La tensione e la difficoltà a cui ho accennato devono, quindi, essere evidenziate ovunque si prenda in considerazione il senso delle scienze umane e dove si rifiuti invece il riduzionismo del positivismo scientifico. È quanto è accaduto nell'ambito della filosofia analitica, in particolare a partire dal secondo Wittgenstein, e della filosofia analitica del linguaggio ordinario (J.L. Austin, G. Ryle). La filosofia analitica del diritto, tanto influenzata dal rinnovamento analitico della filosofia generale, specialmente a cominciare dall'attività accademica di H.L.A. Hart, manifesta chiaramente la tensione tra l'inclinazione naturale della nuova coscienza ermeneutica — l'ampliamento del senso del vero — e i vizi dello scientismo positivista presenti nell'interpretazione fatale, tipica anche del positivismo giuridico: il relativismo, lo scetticismo o il non cognitivismo etico. In questo

⁴ Cfr. F. D'AGOSTINO, *Ermeneutica e Diritto Naturale (dopo la critica heideggeriana alla metafisica)*, conferenza presentata all'Incontro Internazionale *Il Diritto Naturale Oggi* (Buenos Aires, 1996), *pro manuscripto*, 6-8.

lavoro cercherò di presentare il concetto di ermeneutica nella filosofia analitica del diritto, focalizzando l'attenzione su H.L.A. Hart — riconosciuto come il grande promotore della teoria giuridica anglosassone del secolo XX — e su alcuni autori che in qualche modo sono collegati al pensiero di Hart: Joseph Raz, John Finnis e Ronald Dworkin.

Questa ricerca non ha carattere linguistico o filologico, quindi questi autori non sono interessati all'uso del termine «ermeneutica». Piuttosto si riferiscono al *concetto* di ermeneutica, vale a dire, alla scoperta ed all'uso da parte della filosofia giuridica analitica dei concetti che costituiscono la base dello statuto epistemologico della filosofia pratica e delle scienze dello spirito in quanto statuto diverso da quello delle scienze della natura e purtuttavia «oggettivo». In particolar modo, ci interessa lo statuto epistemologico degli enunciati normativi giuridici e morali: possono essere considerati «oggettivi» oppure veri o falsi?

È bene chiarire che non ci sono punti di contatto espliciti e rilevanti tra la filosofia pratica di Hart e dei suoi seguaci e la filosofia ermeneutica continentale (Gadamer, Esser o Betti), salvo alcuni riferimenti marginali a Gadamer da parte di Dworkin quando espone la sua teoria del diritto come «interpretazione»⁵. Pertanto, i parallelismi che un conoscitore dell'ermeneutica filosofica continentale possa avvertire, richiedono una spiegazione, in parte di tipo storico-genetica, che questo lavoro non può fornire. Può essere, invece, più interessante constatare che la stessa natura della materia ha portato o dovrebbe aver portato, anche per fattori separati o paralleli, a rifiutare il riduzionismo positivista e la conseguente tesi del non cognitivismo etico⁶.

⁵ *Infra* n. 5.

⁶ È frequente la contrapposizione tra ermeneutica e filosofia analitica, e a questo proposito può essere utile consultare M. JORI (a cura di), *Ermeneutica e filosofia analitica. Due concezioni del diritto a confronto*, Giappichelli, Torino 1994. È mia intenzione evidenziare i punti di contatto prescindendo dalla critica, F. VIOLA, *La critica dell'ermeneutica alla filosofia analitica italiana del diritto*, in JORI (a cura di), *Ermeneutica e filosofia analitica*, cit., pp. 62-104, e G. ZACCARIA, *Tra ermeneutica ed analitica: dal contrasto alla collaborazione*, in *ivi*, pp. 105-147. Scrive in senso più comparativo che confrontazionale anche J.O. COFRÉ, *Racionalidad en el derecho. Una aproximación filosófica a la hermenéutica jurídica*, in «Revista Chilena de Derecho» 22 (1995), n. 1, pp. 41-59.

2. IL PUNTO D'INIZIO: LA METODOLOGIA «ERMENEUTICA» DI HART

La coscienza ermeneutica di Hart, la sua comprensione simultanea — anche se incompleta — della specificità della conoscenza di fenomeni come la morale ed il diritto, può essere osservata nei seguenti aspetti del suo pensiero: (i) la distinzione tra casi che rientrano nel nucleo centrale e casi che ricadono nell'ambito periferico dei concetti e dei termini, cioè il riconoscimento dell'analogia linguistica («tessitura aperta»); (ii) il rifiuto sia del formalismo giuridico sia dell'empirismo giuridico («realismo») o «scetticismo rispetto alle regole», basato sulla natura del linguaggio; (iii) il riconoscimento dell'interdipendenza tra le valutazioni precedenti e le descrizioni non-valutative posteriori, e (iv) la distinzione tra i punti di vista/enunciati «interni» ed «esterni», necessaria per comprendere i fenomeni normativi nella loro specificità rispetto ai fenomeni empiricamente descrivibili o misurabili.

I primi due aspetti (i e ii) hanno in comune il riconoscimento dell'analogia linguistica e, pertanto, della necessità di distinguere nel linguaggio differenti modalità di riferimento e la diversità dei referenti di uno stesso termine, di una stessa proposizione e di un discorso più o meno ampio. In relazione con i fenomeni del linguaggio e del diritto, Hart afferma il fondamento razionale dell'estensione dell'uso di uno stesso termine a vari casi (o dell'applicazione di una regola a vari casi che ricadono sotto di essa «chiaramente») e il carattere elettivo di quell'ampliamento dell'uso, quando ci sono già tante buone ragioni per farlo così come per rifiutarsi di farlo (o dell'applicazione di una regola a casi «dubbi»). In sintesi, Hart riduce l'interpretazione, sia linguistica che giuridica, a una combinazione di ragioni speculative e di scelta libera o discrezione, all'interno di margini tracciati razionalmente. In questo modo rifiuta sia il formalismo della «giurisprudenza meccanica», che crede nelle possibilità pratiche di una razionalità puramente deduttiva (teorica), come lo scetticismo rispetto alle regole del «realismo giuridico», che in definitiva riconosce come oggetto di riconoscimento solo i fatti esterni empiricamente descrivibili e dichiara *a priori* ogni «interpretazione» essere un atto volontario non controllato obbiettivamente. La coscienza ermeneutica di Hart, in un equilibrio senza fondamento ma vicino nelle sue conclusioni alla filosofia pratica classica, riconosce sia il carattere oggettivo della verità — il linguaggio riporta alla realtà, le regole guidano la decisione nei casi centrali — come

l'invenzione del soggetto con la volontà elettiva tra i sensi aperti o possibili, sia della parola che delle regole. Tuttavia, la coscienza ermeneutica di Hart è incompleta, perché divide i territori tra ragione e volontà nel processo interpretativo-applicativo-creativo delle regole del linguaggio e del diritto, quando in verità sembra che ogni conoscenza implichi le due dimensioni in un'unità inscindibile. Inoltre, la convinzione di Hart sul riferimento ontologico e il valore di verità del linguaggio si ammortizza notevolmente quando dubita del carattere cognitivo dei giudizi morali e — in ultima istanza — dei giudizi relativi al dovere giuridico.

Il riconoscimento dell'interdipendenza tra le valutazioni precedenti e le descrizioni non-valutative posteriori (iii) appare, nel pensiero di Hart, come una rettifica parziale della critica di Dworkin e di Finnis. Non ci soffermeremo, tuttavia, su questo punto. Osserviamo semplicemente che l'idea che le valutazioni guidano l'analisi e la comprensione dei fenomeni normativi — comprensivi di descrizione esterna — raccoglie nel suo nucleo ciò che i filosofi ermeneutici hanno denominato «precomprensione», l'inevitabile intervento dei «pregiudizi» al momento di interpretare la realtà per conoscerla. Comunque i filosofi analitici del diritto tendono a dare una spiegazione meccanica dei rapporti tra precomprensione e comprensione — o tra valutazione e analisi —, perché la concepiscono come una concatenazione di tappe consecutive che, oltre tutto, si retroalimentano; ma non considerano che la precomprensione è presente nella stessa conoscenza dell'oggetto interpretato. Inoltre, pare evidente che la precomprensione o i pregiudizi non si identificano esclusivamente con giudizi stimativi precedenti, ma con ogni tipo di giudizi precedenti — tutta una biografia — operanti nella comprensione presente. Queste differenze, a parte la sconnessione linguistica, rischiano di minare tutti i parallelismi; però è il caso di sostenere che sviluppi filosofici così eterogenei concorrono allo stesso aspetto della condizione umana. Per lo meno riportano sulla terra l'interpretazione ingenua del positivismo scientifico e dei suoi derivati nell'ambito della filosofia pratica.

Infine, la distinzione punti di vista/enunciati «interni» ed «esterni» (iv) è ciò che propriamente si è arrivati a denominare «metodo ermeneutico» nel pensiero di Hart. L'autore considerò necessario difendere l'analisi che adotta il punto di vista dei protagonisti del fenomeno indagato, proprio per poter spiegare — comprendere — l'aspetto «normativo» che sfugge alle spiegazioni

esterne-causali: «né il diritto, né nessun'altra forma di struttura sociale può essere compresa senza tenere conto di certe distinzioni cruciali tra due classi differenti di enunciati, che ho denominato «interni» ed «esterni» e che possono essere entrambi formulati quando esistono regole sociali osservate»⁷.

L'analisi dal punto di vista interno è essenziale per trovare il «caso che ricade entro il nucleo certo» del concetto di diritto, senza ridurlo a fenomeno meramente empirico: «La mia obiezione principale contro questa riduzione degli enunciati giuridici che sopprime l'aspetto normativo è che non riesce ad indicare né a spiegare la distinzione cruciale che esiste tra le semplici regolarità del comportamento umano e del comportamento-governato-da-regole. In questo modo rende marginale ciò che è vitale per la comprensione non solo del diritto, ma anche di ogni struttura sociale normativa. *Per comprendere questo, la metodologia delle scienze empiriche è inutile; ciò di cui c'è bisogno è un metodo "ermeneutico" che intende presentare il comportamento governato da regole così come appare ai suoi protagonisti*, i quali lo vedono come un conformarsi o uno smettere di conformarsi secondo determinati modelli. La mia spiegazione della distinzione che qui ho chiamato cruciale si riferisce all'idea di "accettazione" di modelli privilegiati di condotta come guide o modelli di critica, ed inoltre di un'attitudine verso il comportamento che denomino «punto di vista interno»⁸. Questa «accettazione» vuole considerare come giustificati i comportamenti, o le critiche alle deviazioni da essi, e quindi la regola è vista come «ragione per agire». Tuttavia, spiegata in questo modo la normatività del diritto, esistono molti punti di vista interni e dunque ci sono ulteriori ragioni per accettare le regole come ragioni. Hart evidenzia che tali ulteriori ragioni per adottare un punto di vista interno possono essere o non essere morali. In tal modo, Hart evita di attribuire alla conoscenza delle «ragioni morali per l'azione» un ruolo centrale e necessario nell'elucidazione del concetto di diritto.

L'elucidazione hartiana del diritto ricorre all'analisi «ermeneutica» — mettersi al posto dei protagonisti e riprodurre conoscitivamente i loro punti di vista «interni» — proprio per comprendere il diritto *come fenomeno normativo*, evitando nel contempo di ridurlo all'oggettività propria delle scienze empiriche.

⁷ H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford 1961, 1993.

⁸ H.L.A. HART, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford University Press, Oxford 1983, pp. 13-14, corsivo aggiunto.

La possibilità di una conoscenza «oggettiva» non empirica del diritto passa attraverso il riconoscimento della sua natura come un tipo di «giustificazioni» e di «ragioni» per l'azione. Inoltre, la conclusione a cui si potrebbe facilmente giungere è che le ragioni giuridiche per l'azione sono ragioni obiettive. In tal caso, quale statuto conoscitivo avrebbero queste altre *ulteriori ragioni* per «accettare» come «ragioni obiettive» le regole giuridiche, ulteriori ragioni che comprendono, tra l'altro, le ragioni morali?

Nell'approfondire le implicazioni dell'«analisi ermeneutica» Hart ha dovuto nuovamente porsi, tra le altre cose, la questione dello statuto conoscitivo dell'etica, cioè, se i giudizi morali siano «oggettivi» e «frutto di un atto cognitivo» o, invece, «non oggettivi» e «non passibili di conoscenza». Allora si verificò un fenomeno curioso. Hart aveva sempre sostenuto che la sua teoria giuridica, inquadrata, a suo dire, nella tradizione giuspositivista, fosse compatibile tanto con il cognitivismo etico quanto con il non-cognitivismo etico. Dunque, secondo Hart, se si accettasse una spiegazione cognitivista sia delle ragioni morali che delle ragioni giuridiche per l'azione «sarebbe difficile negare che il dovere giuridico è una forma di dovere morale [...]. Il tal caso, pertanto, sostenere che doveri morali e doveri giuridici sono concettualmente diversi implicherebbe la stravagante ipotesi che esistono due “mondi” indipendenti o congiunti di ragioni obiettive, uno giuridico e l'altro morale»⁹. Per questo, anche se lo stesso Hart in altri momenti sembra rifiutare la tesi dell'oggettività della conoscenza in ambito etico, adesso, al contrario, per coerenza con l'idea secondo cui questa questione è indipendente dalla spiegazione della natura del diritto, finisce col negare il carattere oggettivo delle ragioni giuridiche per l'azione: gli enunciati giuridici relativi a doveri significano solamente che una determinata azione «può essere correttamente richiesta o intrapresa [...] secondo regole o principi giuridici che regolano tali esigenze per l'azione»¹⁰, tuttavia non rimane che accettare «un'interpretazione cognitiva del dovere giuridico in termini di ragioni oggettive»¹¹.

L'«analisi ermeneutica» di Hart comincia ad accettare la razionalità tipica dell'ordine normativo giuridico per evitare il

⁹ H.L.A. HART, *Essays on Bentham*, Oxford University Press, Madrid 1982, p. 267.

¹⁰ *Ibid.*, p. 160.

¹¹ *Ibid.*, p. 159.

riduzionismo empirista, però esclude l'«oggettività» della decisione concreta dei casi «dubbi» e finisce col diluire l'«oggettività» anche delle regole «chiare» in quanto ragioni per l'azione, proprio per negare ogni legame tra ragioni giuridiche per l'azione e ragioni ulteriori per l'accettazione, che invece potrebbero essere morali. In fondo, si avverte quasi un timore a spostare la messa a fuoco ermeneutica fino ad analizzare lo statuto epistemologico di queste ragioni ultime che portano all'accettazione delle ragioni giuridiche in quanto «giustificate». Neil MacCormick dirà esplicitamente che i principi esterni ultimi di un discorso giustificativo non possono essere che «scelti» e non «conosciuti». Questa tesi è implicita all'analisi incompleta — volontariamente incompleta — dal punto di vista interno, che offre Hart. Pertanto, in definitiva, la coscienza ermeneutica di Hart, che comincia riscattando la peculiarità razionale del fenomeno normativo, finisce per riconoscere, nel migliore dei casi, solo una razionalità intermedia: la ragione speculativa operante tra la scelta dei primi principi e la scelta della decisione pratica finale. Nel peggiore dei casi — se prendiamo seriamente i suoi ultimi scritti —, Hart finisce col negare ogni oggettività della ragione nell'ambito normativo.

3. L'APPROFONDIMENTO NEL SENSO DEGLI ENUNCIATI INTERNI: JOSEPH RAZ

Gli scritti di Joseph Raz — molto più numerosi e dettagliati di quelli di Hart — permettono un'analisi dell'uso della metodologia «ermeneutica» in molti dei suoi aspetti. In questo lavoro tratterò solo i seguenti.

Raz segue Hart nell'affermare che lo studio del diritto richiede l'adozione di un punto di vista pratico, dell'uomo ordinario o del giudice in quanto giudice¹². Ciò implica che la teoria giuridica è orientata da valutazioni¹³ e che il ragionamento giuridico è una parte del ragionamento morale¹⁴, fino al punto che, anche quando

¹² Cfr. J. RAZ, *The Concept of a Legal System*, Oxford University Press, Oxford 1970, pp. 200-201; *Practical Reason and Norms*, Princeton University Press, Princeton 1990², pp. 170-177.

¹³ Cfr. J. RAZ, *Ethics in the Public Domain*, Oxford University Press, Oxford 1994) 192-193, 219 ss.

¹⁴ Cfr. *Ethics in the Public Domain*, cit., pp. 311-324.

la conoscenza del diritto non richiede di ricorrere alla morale¹⁵, per arrivare a una decisione, invece di ragionare giuridicamente, bisogna necessariamente ricorrere alla morale¹⁶. È chiaro che l'«analisi ermeneutica» delle questioni giuridiche porta ad affermare l'unità della ragione pratica (giuridica, etica e politica)¹⁷ e a negare l'autonomia del ragionamento giuridico.

Raz, nell'approfondire la natura degli enunciati normativi, opera una distinzione tra enunciati interni o «compromessi» — quelli di cui accetta la regola giuridica come obbligatoria —, enunciati «imparziali» — quelli di cui riproduce l'enunciato normativo senza accettarlo per sé (vedi, un professore che insegna) — ed enunciati semplicemente esterni (non normativi, bensì legati al fatto empirico nel quali altri credono e/o che si comportano in un determinato modo)¹⁸. Dunque, secondo Raz gli enunciati che, «dal punto di vista giuridico», sono imparziali dipendono dalle altre due forme, le quali suppongono il carattere centrale del punto di vista dei protagonisti¹⁹. In considerazione del fatto che il punto di vista giuridico è una mera riproduzione «imparziale» del punto di vista interno compromesso, Raz arriva coerentemente alla conseguenza che il concetto di «validità» giuridica usato dal punto di vista legale deve avere lo stesso significato del concetto di «validità» morale (la considerazione della regola come realmente giustificata)²⁰. Questa è una tesi semantica che non implica che, di fatto, i protagonisti debbano accettare il diritto per ragioni morali²¹, tuttavia i giudici, parlando di validità, devono conferirle questo significato morale e accettare, o almeno fingere di accettare, il diritto come moral-

¹⁵ Cfr. *Ethics in the Public Domain*, cit., pp. 192-193 e J. RAZ, *The Authority of Law*, Oxford University Press, Oxford 1979, 1983, pp. 37 ss.

¹⁶ Cfr. in modo particolare *Ethics in the Public Domain*, cit., pp. 319-324.

¹⁷ Cfr. *Practical Reason and Norm*, cit., pp. 10.

¹⁸ Cfr. *Practical Reason and Norms*, cit., pp. 146-148, 154, 162-177; *The Concept of a Legal System*, cit., pp. 200-201, 230-237 e *The Authority of Law*, cit., pp. 155-156.

¹⁹ Ciò non significa che i protagonisti debbano essere nel giusto vedendo le norme giustificate, bensì che la normatività di qualsiasi tipo di norma non può essere spiegata senza il riferimento a queste credenze (corrette o meno). Cfr. *Practical Reason and Norms*, cit., pp. 170-172.

²⁰ Cfr. *The Authority of Law*, cit., pp. 137, 150.

²¹ Cfr. *The Authority of Law*, cit., pp. 155-156 (il riconoscimento dal punto di vista interno non implica l'approvazione morale).

mente giustificato²². Per la stessa ragione, la pretesa di validità del diritto è la pretesa di obbligare moralmente o la pretesa di legittimità morale²³. Si tratta di una questione di logica, compatibile con il fatto che, in realtà, non esiste nessun obbligo morale generale di obbedire al diritto²⁴.

Infine, ricordiamo che Raz — sempre approfondendo le tesi di Hart — concepisce ogni norma come un tipo di «ragione per l'azione» e ogni autorità come «ragione escludente per l'azione», in modo che la considerazione dell'uomo come animale razionale lo porta ad ammettere non solo che le ragioni politiche, morali e giuridiche sono riunite nel ragionamento pratico, ma anche che le ragioni moralmente giustificate sono il caso centrale che serve da punto di riferimento per comprendere le ragioni che pretendono di essere legittime e non lo sono²⁵. Vale a dire che con spiegazione dell'autorità si intende quella dell'«autorità legittima»²⁶. Inoltre, secondo Raz, le «ragioni per l'azione» che vengono formulate da un punto di vista parziale, come il punto di vista giuridico — ragioni che, pertanto, non possono essere definitive «considerando ogni cosa» — presuppongono l'esistenza di un tipo di ragioni che non corrispondono a nessun punto di vista: ragioni dell'essere umano in quanto animale razionale, precedenti alla distinzione dei punti di vista. Queste ragioni devono far parte della morale perché non può esserci un punto di vista non-morale

²² Cfr. *The Authority of Law*, cit., pp. 28 ss., 155 note 13, 157-159. È importante distinguere in questa nota il pensiero di Hart rispetto a quello di Raz. Secondo Hart, i giudici devono accettare che la regola di riconoscimento è valida od obbligatoria, pur non accettandone il valore morale, dato che il significato di «validità», «obbligo», ecc., è diverso nell'uso giuridico o nell'uso morale. Secondo Raz, invece, posto che il significato dei termini normativi è lo stesso (per esempio: morale), il giudice che vuole imporre una decisione o una regola come dotata di autorità deve credere o fingere di credere che sia moralmente giustificata. Come Hart, anche Raz nega che di fatto l'accettazione o l'attitudine normativa giuridica debba essere fondata su ragioni morali (i giudici possono fingere). Si può vedere, su questo punto, J. RAZ, *Hart on Moral Rights and Legal Duties*, «Oxford Journal of Legal Studies», 4 (1984), pp. 123-131.

²³ Cfr. *The Authority of Law*, cit., pp. v, 11-12, 28-33.

²⁴ Infatti, Raz rifiuta l'idea di un obbligo morale *prima facie* di obbedire al diritto. Cfr. *The Authority of Law*, cit., pp. 233 ss.

²⁵ Ma naturalmente quest'ultimo aspetto non implica che le ragioni legali o giuridiche siano necessariamente ragioni morali o che debbano moralmente essere obbedite. Cfr. *Practical Reason and Norms*, cit., pp. 255, 162 ss.

²⁶ Cfr. *The Authority of Law*, cit., p. 29.

che richieda l'adozione del punto di vista morale, che è quello di maggiore importanza²⁷.

Questa rapida scorsa di qualcuna delle complesse tesi di Joseph Raz ha lo scopo di dimostrare che l'approfondimento dell'analisi ermeneutica, che vuole spiegare la nostra esperienza dal punto di vista dei protagonisti, lo porta a concepire la filosofia pratica non solo come una spiegazione dei fenomeni esterni ma come una spiegazione destinata a comprendere noi stessi. Senza questa autocomprensione non c'è comprensione del diritto, della politica o della morale²⁸. Comunque, Raz, come Hart, continua a concepire la razionalità pratica come «razionalità intermedia»: (i) non c'è motivo di basarsi su principi permanenti di razionalità, né su «valori ultimi» (si possono solo fare delle supposizioni che restano prive di giustificazione)²⁹, e (ii) non serve per giungere alla soluzione concreta: in ciascun caso bisogna operare una scelta. Raz concepisce l'etica in maniera fondamentalmente cognitivista, tuttavia non cerca di spingersi, nel fondare questa posizione, al di là del rifiuto di ogni forma di scetticismo³⁰. Egli stesso crede, inoltre, che i principi di moralità politica non possano avere una validità universale a causa dell'imprevedibile evoluzione delle circostanze³¹. In questo modo risulta evidente che l'oggettività delle ragioni (etiche o politiche) per l'azione non è sinonimo né di universalità né di immutabilità, dato che queste caratteristiche prevederebbero una dimostrazione dell'universalità o dell'immutabilità dei fatti che possono divenire ragioni per l'azione e su cui si possono basare i ragionamenti normativi. È la fiducia nell'oggettività delle ragioni che abbiamo per agire non procede parallelamente, in Raz, ad una filosofia morale concernente lo statuto gnoseologico dei primi principi della razionalità pratica. Dunque, rispetto alla necessità di «scelta» nel caso concreto, Raz sembra concordare con la posizione della filosofia classica, soprattutto per quanto riguarda la ragione speculativa su questioni pratiche (l'etica e la filosofia politica); però vede come

²⁷ Cfr. *Ethics in the Public Domain*, cit., pp. 312-314.

²⁸ Cfr. *Ethics in the Public Domain*, cit., pp. 219-221.

²⁹ Cfr. *Practical Reason and Norms*, cit., p. 12.

³⁰ Vedere, per esempio, i saggi da 1 a 4 di *Ethics in the Public Domain*. Affrontato il tema del «liberalismo relativista o scettico», è notevole l'argomentazione sostenuta da Raz per dimostrare che la democrazia si fonda non sul relativismo né sullo scetticismo, e neppure su ragioni minime di giustizia separate dall'etica, bensì sul valore positivo della libertà.

³¹ Cfr. *Ethics in the Public Domain*, cit., pp. 155-156.

alternativa solo l'«agonia» della scelta³², laddove i classici ponevano il comando anche come atto di prudenza o ragionevolezza pratica.

4. JOHN FINNIS: UNA CRITICA ALL'«ERMENEUTICA INCOMPLETA» NELLA TEORIA ANALITICA DEL DIRITTO

John Finnis conduce l'ermeneutica analitica ai suoi esiti oggettivistici in ambito etico. Mi limiterò qui a citare il processo da lui adottato, senza riportare i dettagli di un'argomentazione che è raccolta nella sua opera principale³³.

Finnis evidenzia il recupero analitico dell'analogia concettuale e linguistica. Mostra chiaramente l'interdipendenza tra valutazioni e descrizioni nelle scienze sociali, e specialmente nelle scienze concernenti fenomeni normativi. Di conseguenza, conclude che l'oggettività della conoscenza sociale descrittiva e della conoscenza giuridica può essere assicurata solo mediante una riflessione esplicita sui temi di tutta la ragion pratica (morale, politica e giuridica)³⁴. Secondo Finnis, portare fino alle ultime conseguenze l'analisi mediante la distinzione tra casi centrali e casi periferici di un concetto e l'idea di un «punto di vista interno» o «riconoscimento», comporta la formazione di un concetto del caso centrale del fenomeno giuridico, che includa la giustizia o la tensione verso il bene comune³⁵. In definitiva, Finnis accetta le principali tesi sia di Hart che di Raz per quanto riguarda l'aspetto interno delle regole e della necessità di interpretarle scegliendo tra alternative spesso aperte (non c'è un'unica risposta corretta)³⁶; tuttavia aggiunge che questa

³² Cfr. *The Authority of Law* vi ed *Ethics in the Public Domain*, cit., p. vi.

³³ Cfr. J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press, Oxford 1980, 1992; trad. it. *Legge naturale e diritti naturali*, Giappichelli, Torino 1996. Spero di potere in seguito esporre uno studio più approfondito su quest'argomento collegato a Finnis. Per questo motivo, e per evitare di dilungarmi in questo articolo, mi è sembrato conveniente limitarli a uno schema delle sue idee.

³⁴ Cfr. J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, cit., pp. 3-19; trad. it. cit., pp. 3-19

³⁵ Cfr. *Natural Law and Natural Rights*, cit., pp. 14-15 e 276 ss.; trad. it. cit. pp. 15-16 e 300 ss.

³⁶ Cfr. J. FINNIS, *Fundamentals of Ethics*, Oxford University Press, Oxford 1983, pp. 93-94: chiama «legalismo» la tesi di Dworkin sull'unica risposta cor-

metodologia (denominata da altri «ermeneutica») intende arrivare a valori fondamentali e a principi primi di ragionevolezza pratica non solo «oggettivi», ma anche (i) evidenti nel loro nucleo fondamentale e (ii) capaci di guidare l'agire «prudente» nella globalità del senso aristotelico del termine «prudente»³⁷. In questo modo, Finnis non si accontenta dell'affermazione di una ragionevolezza intermedia. Di certo, i principi primi non si giustificano: ma nemmeno «si scelgono» arbitrariamente. Allo stesso modo, l'azione non si «deduce» da principi teorici né dalla formulazione generale di principi pratici, e normalmente non c'è un'unica azione compatibile con la retta applicazione di tali principi; tuttavia la «scelta» è guidata dalla ragionevolezza pratica fino alla fine.

5. L'ERMENEUTICA INTEGRATIVA DI RONALD DWORKIN

Ronald Dworkin ha portato la coscienza ermeneutica nata tra i filosofi analitici del diritto alla massima coerenza disponibile in tale ambito³⁸. Offre una fenomenologia ed una interpretazione

retta. Cfr. anche, sulla libertà di scelta nel modo di realizzare i valori fondamentali, *Natural Law and Natural Rights*, p. 100; trad. it. cit. p. 108.

³⁷ Cfr. *Natural Law and Natural Rights* capitoli III, IV e V. In particolare le pagine 126-127 (trad. it. cit. pp. 135-136) spiegano che la morale nasce come conseguenza dell'operazione congiunta di tutte le esigenze obiettive (naturali o per natura) della ragionevolezza pratica (essere ragionevoli nell'azione).

³⁸ La teoria di Dworkin sul diritto come «integrità» e la sua difesa della continuità argomentativa ed interpretativa tra la considerazione dei principi giuridici, politici e morali, richiederebbe un'analisi più completa di quanto io qui possa fare. Dworkin continua a credere nella possibilità di conoscere il diritto in un senso preinterpretativo (questo sembra bastare a un positivista come Hart per negare la relazione concettuale tra diritto e morale: cfr. H.L.A. HART, «PostScript» in *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford 1994², pp. 241 ss. Il pensiero di Dworkin si avvicina più di quello degli autori precedentemente commentati a una piena coscienza ermeneutica, e in tal senso uno studio di Dworkin sarebbe senza dubbio il più adeguato per stabilire relazioni tra l'ermeneutica tedesca e la teoria analitica del diritto. Tuttavia lo sviluppo del suo pensiero si stacca molto dalla linea analitica classica, traendo forse le conseguenze del senso etico-politico legato al diritto (così come lo vede Raz) tanto da non considerarlo insieme ad autori che mantengono il linguaggio analitico (Hart, Raz, Finnis) e che non creano tutto un linguaggio e una storia del pensiero giuridico ex-novo. La mia opinione su questo punto è che la proposta di Dworkin è valida per ciò che suggerisce, ma non per il modo in cui mette in relazione il suo pensiero con quello dei suoi predecessori, spesso male interpretato.

delle pratiche connesse al momento del giudizio — centrali nel fenomeno giuridico — che hanno il proprio nucleo nel riconoscimento del diritto come realtà ermeneuticamente costituita, ossia — se è permessa questa lettura — come qualcosa che non esiste al di fuori della molteplicità di pratiche interpretative destinate a stabilire ciò che è corretto nella comunità politica³⁹. Dworkin, inoltre, trae coerentemente le conclusioni di un'attitudine ermeneutica presa sul serio: ha senso solo l'ermeneutica che riconosce il senso «obiettivo» dei giudizi teorici e pratici relativi al diritto, la politica e la morale. In seguito cercherò di mostrare la sua attitudine ermeneutica oggettivista o cognitivista, tenendo in considerazione i seguenti aspetti del suo pensiero: (i) adotta la prospettiva interna per la comprensione dei fenomeni normativi; (ii) spiega l'attitudine interpretativa e l'oggettività della conoscenza; (iii) difende la compatibilità tra l'interpretazione costruttiva e l'oggettività dell'interpretazione, sia nella morale che nel diritto, affermando che l'oggettività del «diritto come integrità» presuppone il cognitivismo etico. Il nucleo di tali idee appare nel pensiero di Dworkin ancora prima che in quello di Hart all'Università di Oxford. Nella sua difesa della completa continuità tra filosofia giuridica e filosofia politica ed etica⁴⁰, e nelle sue argomentazioni sui fondamenti morali di un giudizio che deve cercare l'unica risposta corretta per i casi difficili, sono già presenti, in un certo senso, le idee che espone più chiaramente in *Law's Empire*⁴¹. Ritorneremo su questa opera, e lo stesso Dworkin torna a parlarne anche in scritti posteriori.

(i) Ronald Dworkin rifiuta una riflessione sul diritto condotta da una prospettiva meramente esterna — attribuita a O.W.

Detto ciò, la teoria giuridica originale di *Law's Empire* è sommamente esplicativa; comunque, come sostiene Hart, non contraddice necessariamente le intuizioni basiche di Hart o di Raz. Per questa ragione la mia ricostruzione del pensiero di Dworkin non si occupa di tutto quello che è la sua ricostruzione del pensiero di altri, bensì di ciò che sono i suoi apporti positivi che riflettono la nuova coscienza ermeneutica.

³⁹ Questo è il nucleo, secondo il mio modo di vedere, della tesi di Dworkin per cui lo «scetticismo esterno», che semplicemente nega l'esistenza del diritto come qualcosa di metafisico o «che è lì fuori nella costituzione dell'universo», è compatibile con una teoria etica cognitivista. Cfr. R. DWORKIN, *Law's Empire*, Fontana Press, Londra 1986; trad. it. *L'impero del diritto*, Il Saggiatore, Milano 1989.

⁴⁰ Cfr. R. DWORKIN, *Foundations of Liberal Equality*, University of Utah Press, Salt Lake City 1990.

⁴¹ Cfr. R. DWORKIN, *Law's Empire*, Fontana Press, Londra 1986.

Holmes — ed adotta la «prospettiva interna», «il punto di vista interno, quello dei partecipanti»⁴². Lo scienziato sociale deve partecipare alla pratica che vuole conoscere; deve essere per lo meno «un partecipante virtuale»⁴³. La «comprensione» (*Verstehen*) si distingue dalla mera spiegazione grazie alle relazioni causa-effetto; però Dworkin suggerisce che l'alternativa spiegazione/comprendimento è incompleta, poiché esistono molti modi e tipi di interpretazione⁴⁴. In ogni caso, egli continua su questo punto per la via del recupero della razionalità ermeneutica del diritto, la quale permette di considerarlo come fenomeno normativo irriducibile a «fatti» esterni. Inoltre, Dworkin attribuisce un'importanza centrale, tra tutte le prospettive interne, a quella del giudice.

(ii) L'attitudine interpretativa è proprio l'attitudine appropriata per comprendere quelle realtà che consistono in qualcosa di più che in pratiche esterne. Secondo Dworkin, quest'attitudine interpretativa presenta due aspetti: (a) da una parte, dice che la pratica o la regola esistono ed hanno un valore, e cioè rispondono a un principio che spiega perché esiste la pratica (la sua ragione di essere o il senso del suo essere), e (b) dall'altra parte, riconosce che le esigenze della pratica o della regola sono sensibili al senso da esse posseduto, cioè possono essere comprese solo alla luce di tale senso, applicate, estese, ecc. Di qui l'attitudine interpretativa a sapere ed a stabilire perché esiste una regola e che cosa essa ci richiede *adesso*⁴⁵. Ci sono molti tipi di interpretazioni: dalla semplice conversazione all'interpretazione di un'opera d'arte, passando attraverso l'interpretazione giuridica. In ogni caso, i diversi tipi di interpretazione hanno un carattere «oggettivo» differente. L'oggettività si fonda sul fatto che interpretare vuol dire sempre vedere l'oggetto interpretato sotto la sua luce migliore o «rendere l'oggetto il migliore possibile»⁴⁶ dal punto di vista del tipo di interpretazione di cui si tratta (per esempio, il migliore in quanto opera d'arte o opera letteraria). Alla fine, l'oggettività dell'interpretazione dipenderà totalmente dall'oggettività dei valori, dei

⁴² *Law's Empire*, cit., pp. 23-24.

⁴³ Cfr. *ivi*, pp. 50 e 293-294 nota 14. Dworkin rinvia ad Habermas.

⁴⁴ Cfr. *ivi*, p. 292 nota 2, Dworkin cita in questo contesto, senza esporsi troppo, il concetto di «comprensione» e di «coscienza storica» in Dilthey e in Gadamer, secondo il quale è impossibile una «coscienza storica» senza pregiudizi.

⁴⁵ Cfr. *ivi*, pp. 45-46.

⁴⁶ Cfr. *ivi*, p. 49. Sulla varietà di interpretazioni, cfr. *ivi*, pp. 47 ss.

principi, delle ragioni che costituiscono il «senso» dell'oggetto interpretato. Ritengo, pertanto, che Dworkin veda con ragion di causa che l'attitudine interpretativa permette di far evolvere le interpretazioni concrete, in quanto fedeli a un senso permanente, scoperto come «il perché» della regola o dell'oggetto interpretato, e, d'altro canto, allo stesso tempo richiede di affermare l'oggettività della comprensione del senso della regola o dell'oggetto. Le cose stanno ovviamente così nel caso dell'interpretazione di una «conversazione», ma anche nell'interpretazione «costruttiva»⁴⁷.

(iii) L'interpretazione di una «conversazione» ha lo scopo di comprendere l'intenzione di colui che parla, di colui che produce l'oggetto interpretato (il discorso, le parole). Il diritto, invece, non è assolutamente legato ad intenzioni storiche che molte volte sono conosciute e risultano dalla confluenza di molte volontà. Dworkin parla, quindi, del diritto come fenomeno interpretativo «costruttivo». È difficile comprendere la compatibilità di questo aspetto del suo pensiero con la tesi dell'«oggettività» delle ragioni etiche, politiche e giuridiche — in definitiva: dei principi giustificanti — che lo stesso Dworkin afferma. Tuttavia, credo che Dworkin, adeguatamente inteso, abbia ragione. Sostiene che «il ragionamento giuridico è un esercizio di interpretazione costruttiva»⁴⁸ nel seguente senso. L'interpretazione creativa, costruttiva, è determinata dal proposito dell'interprete (non dell'autore), ma è limitata dalla storia: c'è un'«interazione tra proposito e oggetto»⁴⁹ proprio perché l'interprete costruttivo è un buon interprete (per esempio, un pianista o un giudice) nella misura in cui si preoccupa di «rendere un oggetto il migliore possibile»⁵⁰. Quindi, nell'interpretazione come «conversazione» pare evidente che non può essere un buon interprete colui che non comprende l'intenzione «storica» di chi parla e, quando l'ha compresa o crede di comprenderla, la utilizza come senso unificante del testo ricevuto. Invece, nell'interpretazione costruttiva si può distinguere tra l'intenzione storica dell'autore e l'intenzione o proposito come

⁴⁷ Secondo me, Dworkin introduce una distinzione inadeguata, salva la sua utilità per rivelare e rifiutare una comprensione meccanica o ingenua di ciò che è «interpretare». In realtà ogni interpretazione è costruttiva nel senso che egli attribuisce all'interpretazione letteraria o giuridica.

⁴⁸ *Ivi*, p. 11.

⁴⁹ *Ivi*, p. 49.

⁵⁰ *Ibidem*.

«struttura formale» che è in ogni interpretazione⁵¹, in modo che possa esistere una distanza tra l'intenzione concreta, storica, dell'autore e l'intenzione che deve adottare l'interprete, al fine di dare un senso al diritto qui e adesso. Quest'ultima intenzione ha a che fare sia con qualcosa di presente nell'intenzione storica — da qui le restrizioni storiche a tutte le interpretazioni possibili — sia con i propositi del possibile interprete o dei possibili interpreti. La tesi di Dworkin — certa anche secondo me — è che l'unica «intenzione» come «struttura formale» che unifica le interpretazioni del diritto nel corso del tempo deve essere l'intenzione di realizzare la giustizia, in modo tale da essere oggettiva e, nel contempo, da implicare la convinzione soggettiva dell'interprete e da essere controllata intersoggettivamente per evitare l'arbitrarietà politica. Questa idea, a mio avviso, è avvicinabile alla tesi classica per cui il fine delle leggi è la giustizia generale non come ideale preesistente, ma come uno stato di cose che esiste solo nella misura in cui è costituito dalla pratica. Si tratta di pratiche interpretative costruttive, che comportano l'oggettività dei principi di giustizia. Il difficile, naturalmente, è stabilire conoscitivamente l'oggettività di questi principi materiali e di questa soluzione concreta. Tale difficoltà è proprio ciò che si rende necessario per stabilire istituzioni politico-giuridiche complesse, perché «oggettività» non è — non può essere e mai lo è stata nell'opinione classica — sinonimo di evidenza istantanea di tutti i principi pratici e neppure delle soluzioni concrete.

L'«interpretazione costruttiva» può essere, e deve necessariamente essere, «oggettiva» o «vera» allo stesso tempo. Il processo di interpretazione presenta tre fasi: (a) la fase «pre-interpretativa» (tra virgolette perché in realtà suppone un'interpretazione che, per il grado di consenso sul suo risultato, passa inavvertita), nella quale sono determinati gli oggetti da interpretare (il libro *Hamlet* come diverso da altri libri o il testo di una legge scritta); (b) la fase interpretativa, nella quale troviamo la miglior giustificazione generale per la regola o le regole interpretate, e quindi anche i principi etici di giustizia ed altri principi politici che permettono di ricostruire l'oggetto, ponendolo nella sua luce migliore qui e adesso (non necessariamente secondo l'opinione storica passata dell'autore o degli autori di determinate decisioni politiche che devono essere tenute in considerazione nell'interpretazione presente); e (c) la fase post-

⁵¹ Cfr. *ivi*, pp. 52-55.

interpretativa, che in un certo senso è «riformatrice» perché modella l'interpretazione per meglio adeguarla alla giustificazione generale⁵². In questo modo il diritto non viene «collocato» al principio, bensì sempre in fondo al processo interpretativo presente. Per questo i giudici «creano diritto» — afferma Dworkin — in un senso «banale», dato che stabiliscono una risposta per un nuovo caso che non si era mai verificato prima⁵³. Però, i giudici non «creano» diritto nel senso che scelgono una risposta tra varie risposte possibili «indifferenti», come se non ci fosse nessuna «risposta corretta» od «oggettivamente corretta»⁵⁴. Infatti, il giudice concepisce se stesso come colui che ricerca una risposta corretta per il caso, proprio perché «interpretare» è rendere l'oggetto il migliore possibile, ossia, nel caso del diritto, «costruire» per il caso presente — non importa quanto sia nuovo — la risposta richiesta dal senso del diritto. Secondo Dworkin, «il nostro diritto consiste nella migliore giustificazione delle nostre pratiche giuridiche considerate nel loro insieme, in una giustificazione costituita dalla storia narrativa che trasforma queste pratiche in ciò che di meglio possono essere»⁵⁵.

A mio giudizio, queste conclusioni oggettiviste sull'interpretazione sono inevitabili, se si adotta il punto di vista del giudice in quanto giudice. Un altro caso è quello del giudice che guarda se stesso da una prospettiva teorica o esterna. H.L.A. Hart osservò, di fronte al realismo giuridico, che il punto di vista del giudice rifiuta ogni scetticismo; tuttavia, lo stesso Hart accetta lo scetticismo della regola per i casi che cadono ai «margini» della tessitura aperta di quest'ultima. Hart cambia punto di vista perché sostiene che il punto di vista del teorico del diritto «riproduce» ma non accetta il punto di vista del giudice. Dworkin, invece, porta alla massima coerenza l'adozione del punto di vista interno paradigmatico — quello del giudice che vuole fare giustizia secondo diritto —, cosicché giunge necessariamente ad una conclusione che è pienamente ermeneutica — la soluzione si costruisce solo nel processo interpretativo — e al tempo stesso sommamente oggettivista: «nei casi più difficili la ragione e

⁵² Cfr. *ivi*, pp. 57-59.

⁵³ Cfr. *ivi*, p. 18.

⁵⁴ Cfr. *ivi*, pp. 66 ss.

⁵⁵ *Ivi*, p. 11.

l'immaginazione» — cioè: lo sforzo ermeneutico di ricostruzione del diritto presente «deve cercare le risposte corrette»⁵⁶.

Quindi, i principi che danno il senso all'interpretazione costruttiva del diritto sono di tipo politico e morale. Di conseguenza, l'oggettività del punto di vista interno del giudizio richiede anche di affermare l'oggettività di tali principi. Da qui la polemica di Dworkin nei confronti dello scetticismo o del non cognitivismo etico affinché non resti una postilla alla sua teoria del diritto, ma un'esigenza *sine qua non* onnipresente nella sua produzione giusfilosofica. Non è possibile avere convinzioni morali che fondino l'interpretazione giuridica senza accettare l'oggettività in ambito etico, pertanto è necessario rifiutare ogni «scetticismo interno», cioè la tesi secondo cui non possiamo conoscere una verità morale concreta. Secondo Dworkin, sostenere il carattere «oggettivo» di un giudizio morale equivale a ripetere la stessa affermazione enfatizzando che non si tratta di un mero «gusto soggettivo» (come la preferenza per un gusto di gelato), ma di un giudizio morale valido universalmente, a prescindere dal fatto che sia possibile dimostrarlo oppure no⁵⁷. Dworkin non crede che l'«oggettività» sia equivalente all'«evidenza per tutti» o all'effettivo convincimento o accordo di tutti sul giudizio in questione⁵⁸. La tesi dell'oggettività in ambito etico si oppone semplicemente allo scetticismo etico, e le due tesi devono competere con argomenti nell'ambito del discorso etico. In ogni caso, Dworkin non accetta che il relativismo morale (ma anche il relativismo culturale) possa essere dichiarato vincitore per il solo fatto che i problemi sono difficili e ci sono buoni argomenti da entrambe le parti. Inoltre, fa notare che la maggioranza degli scettici possiedono e difendono convinzioni etiche, come se non fossero scettici. Dworkin non accetta una così palese incoerenza: non si può essere scettico nei momenti di tranquillità filosofica e poi sostenere convinzioni morali.

⁵⁶ Ibid. 12 e 191.

⁵⁷ In *Law's Empire* Dworkin sembra difendere l'obiettività dei giudizi etici insieme ad una certa universalità. In altri momenti sembra dire che i giudizi potrebbero essere obiettivi ma variabili a seconda dei casi (una specie di etica della situazione). Ciascuna delle due posizioni è compatibile con la tesi classica dell'obiettività della verità pratica o del carattere cognitivo dei giudizi sul buono, nonostante sia classica anche la tesi dell'universalità dei principi etici più importanti.

⁵⁸ Cfr. *ivi*, pp. 67-70 e 12.

Il giudice e chiunque altro segua la pratica giuridica di tipo argomentativo e interpretativo possono vedere il diritto «sotto la sua migliore luce» solo se cercano di costruire un'interpretazione fondata su principi di moralità politica. Questi determinano la preesistenza di diritti che il giudice deve sforzarsi di riconoscere nel giudizio. Tuttavia la preesistenza di «diritti» non è «pre-interpretativa», ma «post-interpretativa». In altre parole, il lavoro ermeneutico del giudice si traduce nel cercare di determinare i diritti proprio come unica risposta unica corretta, quale risultato di un'interpretazione che concepisce se stessa come la migliore interpretazione possibile ed è guidata dai principi veri di moralità politica, unificati in ogni caso nella maniera più coerente possibile. I principi della legislazione e del giudizio hanno il senso di rendere possibile la coerenza del diritto da una prospettiva morale⁵⁹. Infatti, la prospettiva morale fornisce le norme ultime oggettive capaci di mostrare il diritto, specialmente nel momento del giudizio definitivo, nel miglior modo possibile.

Il diritto come «integrità» vuole, pertanto, fornire risposte corrette ai casi difficili. Questa concezione è incompatibile con ogni scetticismo nel diritto, nel senso che non ci sono più risposte «indifferenti». Questa tesi può essere male interpretata, se affermiamo che la decisione del giudice non si possa trovare di fronte a più risposte possibili, questione che Dworkin non accetterebbe. Al contrario, egli sostiene che, di fatto, nella pratica giuridica argomentativa, si può arrivare ad una molteplicità di interpretazioni possibili e concorrenti. Però non accetta il passo successivo, consistente nell'affermare che tali risposte sono «indifferenti» e che alla fine non ci rimane che scegliere. Non è questa la visione ermeneutica paradigmatica del giudice in quanto giudice. Il giudice deve cercare di vedere il diritto come un tutt'uno coerente e strutturato che gli fornisca una sola risposta⁶⁰, e precisamente «la migliore»: ecco cosa significa interpretare costruttivamente il diritto.

L'integrità nell'interpretazione, fondata su principi etici e politici «oggettivi», è «pura» solamente quando considera i principi di giustizia che offrono la migliore interpretazione del diritto attuale. Questa interpretazione migliore secondo l'integrità «pura» può servire come critica esterna per migliorare il diritto, perché di fatto i giudici devono interpretare il diritto secondo l'«integrità

⁵⁹ Cfr. *ivi*, p. 132.

⁶⁰ Cfr. *ivi*, p. 281.

inclusiva», la quale perviene ad una risposta corretta che non necessariamente è la più giusta secondo i principi di giustizia puri (da qui emerge come la stessa tesi della risposta corretta abbia molteplici sensi). Infatti, l'integrità inclusiva tiene conto delle restrizioni poste dai principi di «equità» e di «giusto processo», al fine di fornire la soluzione più giusta possibile, non arbitraria sotto il profilo dei principi politici e coerente con la storia precedente⁶¹. Il controllo politico della sottomissione del giudice al diritto, non evita, nonostante tutto, che il giudice raggiunga un'integrità sostanzialmente orientata dalle sue convinzioni morali. Il giudice non è legato alle intenzioni storiche concrete degli autori delle regole del diritto, ed in particolare della Costituzione, anche se tali regole e tale Costituzione implicano certamente una restrizione oggettiva precedente all'interpretazione giudiziale, una restrizione che sta dentro l'integrità inclusiva. Lo «storicismo» — così chiama Dworkin la tesi che lega il giudice alle intenzioni storiche concrete degli autori di un testo giuridico costituito da una decisione politica passata — equivale a «negare che la Costituzione esprima principi, e che tali principi rimangano legati al tempo, all'immaginazione ed all'interesse di un governante storico. La Costituzione prende sul serio i diritti; lo storicismo no»⁶². Di nuovo possiamo notare che la coscienza ermeneutica di Dworkin lo porta a riconoscere l'oggettività di alcuni principi recuperati nel diritto passato, principi la cui pienezza di senso trascende la comprensione dei protagonisti passati del diritto e rende possibile la migliore interpretazione del diritto presente, effettuata sulla base di tali principi, anche a costo di allontanarsi da alcune intenzioni storiche concrete. Si afferma l'oggettività del diritto attuale; un'oggettività fondata sull'oggettività di principi esplicativi del diritto passato e di quello presente; però non si crede possibile l'identificazione del diritto attuale con un diritto rigidamente preesistente. Il diritto viene *dopo*, o meglio, il diritto viene sempre adesso nel caso concreto: il diritto sta *in fondo*.

⁶¹ Cfr. *ivi*, pp. 281 ss.

⁶² *Ivi*, pp. 254-260.

CONCLUSIONE

La filosofia analitica del diritto è approdatata agli stessi tipi di problemi affrontati dall'ermeneutica. Le angolature cambiano e, generalmente, tendono a rimanere entro una razionalità intermedia, che non afferma l'oggettività dei giudizi normativi primi né la correttezza o la verità pratica delle decisioni ultime. In questo modo, la coscienza ermeneutica nella filosofia analitica tende ad essere sempre imprigionata nei pregiudizi del (neo)positivismo scientifico, riscattando un'area esigua del ragionamento pratico, per affermare solo in rapporto ad essa una giustificazione necessariamente «relativa». Tuttavia, almeno due autori conducono la coscienza ermeneutica alle sue conclusioni naturali. Da una parte John Finnis riscatta la tesi classica di un uso dei principi primi pratici «oggettivi» e fondamentali non giustificati (*per se nota*) e di una virtù della ragionevolezza pratica che arriva fino all'ultima decisione libera (*prudentia*). D'altra parte, Ronald Dworkin difende l'oggettività dei principi etici proprio come conseguenza della comprensione del diritto inteso come interpretazione dal punto di vista del giudice, che cerca di risolvere adeguatamente un caso e non semplicemente di «scegliere» tra possibilità indifferenti. La connessione tra ermeneutica ed oggettività operata da Dworkin è, a mio avviso, più che certa. Tuttavia Dworkin vede la necessità di unire i due estremi e non sa come riuscirci. Gli mancano tre pezzi chiave in ogni ermeneutica che si faccia carico della costitutiva limitazione dell'essere umano (non siamo Ercole): (i) il riconoscimento di principi primi pratici dati — fondamento di tutte le interpretazioni possibili e non costruiti per esse —; (ii) l'articolazione dell'interpretazione costruttiva non come atto della ragione speculativa che cerca «il meglio» nella pratica (in realtà è «la perfezione»), ma come atto della ragione pratica che discerne «il-miglior-possibile-data-la-necessità-di-operare-qui-e-ora» e lo ordina; e (iii) il riconoscimento del fatto che la precondizione fondamentale di ogni interpretazione costruttiva «obiettivamente giusta» non si trova né nella ragione speculativa né nella ragione pratica, ma primariamente nella volontà: perché il giudizio è opera della giustizia, della volontà già sorretta dalla virtù. Per questo le garanzie di oggettività giudiziale non si possono trovare né in metodologie perfette, né in esigenze legali di fondamento dottrinale delle sentenze, ma primariamente nell'azione politica orientata ad avere buoni giudici.