

SIMONE PAJNO

## Internal point of view, *ragioni per agire e interpretazione costituzionale*

1. *Premessa* – 2. *L'aspetto interno delle norme, in generale* – 3. *Il punto di vista interno, in Hart* – 4. *Il punto di vista interno, oltre Hart* – 5. *L'equipollenza delle ragioni. Perché Hart viene criticato dagli hartiani* – 6. *Dove collocare il dibattito sulla normatività del diritto? Un tentativo di delimitare i confini tra ragionamento giuridico e ragionamento pratico generale* – 7. *Alcune considerazioni interlocutorie* – 8. *Le virtù dell'equipollenza delle ragioni (I)* – 9. *Le virtù dell'equipollenza delle ragioni (II)* – 10. *I limiti dell'equipollenza delle ragioni* – 11. *Il ragionamento pratico nel ragionamento giuridico* – 12. *Le ragioni per obbedire al diritto e l'interpretazione giuridica* – 13. *Una possibile obiezione e una replica* – 14. *Una rilettura di alcune teorie dworkinane sull'interpretazione. Alcune considerazioni preliminari* – 15. *Law as interpretation: una introduzione* – 16. *Law as interpretation e punto di vista interno* – 17. *Justice Siegfried in azione* – 18. *A proposito di pluralismo e interpretazione costituzionale* – 19. *Segue: traendo spunto dall'esperienza italiana* – 20. *Segue: alcune (prime) conclusioni* – 21. *La Moral Reading of the Constitution ed i suoi limiti.*

### 1. Premessa

L'obiettivo di questo saggio è quello di indagare alcuni aspetti teorici concernenti l'interpretazione costituzionale nell'ambito dei contemporanei ordinamenti costituzionali, caratterizzati da un alto grado di pluralismo e un forte dissenso circa la sorte di parecchie questioni di enorme importanza per la convivenza collettiva. Non è raro il rilievo secondo il quale le questioni accennate sono risolte dalle Corti costituzionali – ma anche dagli studiosi che si confrontano con esse – mediante la utilizzazione, nei frangenti decisivi delle proprie argomentazioni, di elementi valutativi a carattere morale. Questo rilievo talvolta assume le vesti di un disvelamento. In questi casi sovente chi lo propone intende squarciare il velo della apparente asetticità delle valutazioni compiute da giudici e studiosi per evidenziare che, nascoste tra le pieghe dei discorsi giuridici, stanno valutazioni morali che non dovrebbero essere presenti, o che, comunque, pongono non pochi problemi<sup>1</sup>. In altri casi,

<sup>1</sup> A. PINTORE, *I diritti della democrazia*, Laterza, Roma-Bari 2003.

invece, la presenza di giudizi morali nell'ambito delle valutazioni giuridiche viene nel complesso guardata con favore, magari alla stregua di un male minore rispetto alle possibili alternative, e giustificata alla luce delle virtù della democrazia costituzionale<sup>2</sup>. Talvolta, inoltre, la presenza dell'argomento morale nel discorso giuridico viene esplicitamente teorizzata<sup>3</sup>.

In questo saggio ci si chiederà quale sia, nel contesto accennato, il ruolo che sono chiamate a giocare le valutazioni morali dell'interprete. È bene precisare subito, peraltro, che nel far ciò si terranno da canto le pur importanti questioni di tipo epistemologico che sono sottese al problema accennato. In altre parole, si cercherà di capire se – prescindendo dalla generale questione della (a)valutatività della conoscenza (giuridica e non) – i giudizi morali degli interpreti siano destinati a ricoprire un qualche ruolo nella ricerca di soluzioni ai problemi giuridici compiute alla luce delle nostre costituzioni, e se questo ruolo sia in qualche modo peculiare, ossia se dipenda dalla particolare situazione costituzionale nella quale oggi ci troviamo.

È inoltre opportuno avvertire che il percorso qui proposto si colloca nell'ambito del contesto teorico del giuspositivismo di matrice hartiana, e che fa leva soprattutto sulla nozione di “punto di vista interno” – come è noto centrale nella elaborazione di Herbert Hart – e sul dibattito concernente le “ragioni per obbedire al diritto”. In conseguenza, le riflessioni proposte di seguito si collocano nell'ambito di questo contesto teorico senza discuterlo. È dunque evidente che ove si neghi la validità di quest'ultimo, il grosso delle tesi qui avanzate probabilmente non potrà essere condiviso.

Al fine di raggiungere (almeno in parte) l'obiettivo sopra accennato, nell'ultima parte di questo percorso prenderò in considerazione alcune teorie sull'interpretazione giuridica che si devono a Ronald Dworkin, e che, per il tramite delle considerazioni svolte in questo saggio, trovano una (per certi versi inaspettata) conferma, sia pure nell'ambito di un contesto teorico non poco differente da quello di origine e con alcune significative correzioni.

## 2. *L'aspetto interno delle norme, in generale*

Come è noto, con l'espressione “*internal point of view*” si fa riferimento ad un elemento del tutto centrale nella teoria hartiana del diritto. Tuttavia, nonostante

<sup>2</sup> Cfr. ad es. F. VIOLA, *La democrazia deliberativa tra costituzionalismo e multiculturalismo*, in *Ragion pratica*, 2003, 33 ss.; G. FIANDACA, *Uguaglianza e diritto penale*, in M. CARTABIA, T. VETTOR, *Le ragioni dell'uguaglianza*, Giuffrè, Milano 2009, 115 ss., part. 148, nonché, sia pure con una maggior quota di scetticismo, A. TESAURO, *Il bilanciamento degli interessi tra legislatore penale e Corte costituzionale: spunti per un'analisi meta-giurisprudenziale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2009, 143 ss.

<sup>3</sup> Cfr., ad es., G. PINO, *Diritti e interpretazione*, cit., 198, e 211 ss.

la cristallinità della esposizione hartiana, e la sostanziale condivisione – da parte di chi si riconosce nella tradizione di ricerca che da costui prende le mosse – delle linee fondamentali della sua opera, il modo in cui dovrebbe effettivamente essere configurato l'*internal point of view* è tutt'altro che chiaro e condiviso<sup>4</sup>.

Nelle pagine che seguono si proverà, innanzi tutto, ad individuare i diversi modi di pensare alla distinzione tra punto di vista interno e punto di vista esterno, facendo leva soprattutto sulle riflessioni di Hart e del suo allievo Neil MacCormick.

Esistono almeno quattro modi di presentare la distinzione tra punto di vista interno e punto di vista esterno che possono essere ricavati dalla lettura dei testi di questi due studiosi:

- i) il primo è quello che consente di distinguere chi comprende il fenomeno giuridico da chi non lo comprende;
- ii) il secondo è quello che consente di distinguere il partecipante al gioco del diritto dall'osservatore del medesimo;
- iii) il terzo è quello che consente di identificare, tra i partecipanti, coloro che adottano un comportamento linguistico tale da utilizzare il linguaggio normativo per qualificare determinati comportamenti in modo da suscitare aspettative sul comportamento proprio e altrui.

Fin qui ci muoviamo entro l'ambito dei significati che alla distinzione in questione possono essere ascritti in base ai testi hartiani. È bene però, per l'importanza che riveste nell'ambito di una compiuta teoria del diritto, studiare anche un'ultima variante, proposta da Neil MacCormick e fatta propria da non pochi studiosi:

- iv) il quarto modo di presentare la distinzione tra punto di vista interno e punto di vista esterno è quello che consente di distinguere – sempre tra i partecipanti – i soggetti che hanno una ragione morale per obbedire al diritto da quelli che non hanno una ragione morale per obbedire al diritto, ovvero – più in generale – coloro che desiderano che il diritto sia obbedito da coloro che non condividono questo desiderio.

Stipulativamente, per il prosieguo del presente scritto, essi possono essere denominati rispettivamente "*punto di vista interno (I)*", "*punto di vista interno (II)*", "*punto di vista interno (III)*" e "*punto di vista interno (IV)*".

Questi differenti modi di intendere la dicotomia tra punto di vista interno e punto di vista esterno sono spesso confusi tra loro, anche in scritti classici. È

<sup>4</sup> Il rilievo è diffuso. Ad es., cfr. G.J. POSTEMA, *Coordination and Convention at the Foundation of Law*, in *The Journal of Legal studies*, vol. 11, n. 1, 165 ss., part. 170-171.

invece importante studiarne le differenze. Non soltanto per una adeguata ricostruzione del contributo hartiano (e di chi si è posto nella tradizione di ricerca da costui inaugurata). Ma anche perché la griglia concettuale che in tal modo è possibile costruirsi risulta particolarmente utile per relazionarsi con alcuni problemi teorici del diritto e dell'interpretazione costituzionale. E a questo obiettivo è finalizzata la seconda parte del presente scritto.

### 3. *Il punto di vista interno, in Hart*

Osserviamo un po' più da vicino i significati che la distinzione tra punto di vista interno e punto di vista esterno assume nel pensiero di Hart.

#### a) *Il punto di vista interno (I)*

Il primo approccio menzionato è anche quello che offre meno profili problematici. Si tratta di una prospettiva derivata dalla considerazione secondo la quale il diritto è una pratica sociale, e dunque per comprenderlo è necessario non limitarsi ad osservare i comportamenti esteriori degli attori che lo praticano, ma capirne anche "le regole del gioco".

Questa prospettiva è bene illustrata dall'esempio di *Gulliver e l'orologio*, proposto da MacCormick.

Neil MacCormick fa riferimento all'episodio del classico di Swift in cui gli abitanti di Lilliput osservano attentamente i comportamenti del "gigante" con il suo orologio – che è per loro un oggetto sconosciuto – tanto da riuscire a descriverli minuziosamente. Tuttavia, non sono in grado di spiegarli correttamente, tanto che sono inclini a ritenerlo un oracolo o addirittura un dio in grado di guidare Gulliver nelle sue azioni.

Riferendo questo modo di ragionare al diritto, otteniamo la seguente conclusione. Anche l'osservatore esterno, se vuole porre in essere proposizioni descrittive dell'ordinamento giuridico studiato, deve adottare un punto di vista interno. Deve, cioè, capire quali sono le regole della pratica sociale "diritto". Il punto di vista esterno caratterizza soltanto chi osserva i fenomeni nella loro esteriorità senza comprenderli<sup>5</sup>.

In questo primo senso, essere caratterizzati dal punto di vista interno significa aver ben compreso le regole di funzionamento della pratica

<sup>5</sup> Non è detto che da questo punto di vista i discorsi svolti non possano sviluppare capacità predittive dei comportamenti oggetto di osservazione. Il prezzo che si paga è però quello del fraintendimento del senso di questi ultimi. Cfr. U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, Comunità, Milano 1965, 54.

sociale “diritto”<sup>6</sup>. Si tratta di quello che Neil MacCormick definisce “hermeneutic approach”<sup>7</sup>.

b) *Il punto di vista interno (II)*

In base a questa seconda impostazione una “pratica sociale” – il discorso può investire il gioco degli scacchi come il diritto – può essere osservata *sia da chi vi prende parte che da chi non vi prende parte*. In questo secondo caso l’osservatore ha un “punto di vista esterno”. L’“osservatore-non partecipante” ad una pratica sociale può, a sua volta, essere connotato da diverse peculiarità. Evidentemente, se la sua osservazione sarà limitata ai “fatti esteriori” materialmente osservabili, la sua posizione sarà caratterizzata dal “punto di vista esterno” secondo la prima delle definizioni qui individuate. Se invece l’osservatore comprenderà la logica di quella pratica sociale, andando oltre i comportamenti materiali, allora si sarà posto dal punto di vista interno, sempre in base alla prima definizione studiata<sup>8</sup>.

La distinzione tra punto di vista interno ed esterno studiata in questo paragrafo è quindi più esigente di quella sopra esaminata. In base a questa impostazione la posizione del soggetto da ultimo menzionato – l’osservatore che comprende le logiche di funzionamento del gioco osservato, senza però prendervi parte – deve essere descritto come avente un “punto di vista esterno”<sup>9</sup>. Solo chi partecipa al gioco degli scacchi, del calcio o del diritto in un dato ordinamento, è caratterizzato dal punto di vista interno.

In questo secondo senso, dunque, la distinzione studiata ci invita a distinguere l’osservatore dal partecipante.

Sul punto è bene svolgere due precisazioni.

Innanzitutto, occorre evidenziare che la similitudine, spesso utilizzata, tra i giochi ed il diritto rischia di nascondere una differenza tra i primi ed il secondo molto importante, che emerge proprio in relazione alla distinzione tra

<sup>6</sup> V. VILLA, *Il positivismo giuridico: metodi, teorie e giudizi di valore. Lezioni di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino 2004, 76, definisce il punto di vista esterno, in base a questa prima distinzione, «punto di vista esterno estremo», come quello di chi «si limita a descrivere i comportamenti, e ogni altro tipo di fatto empirico che risulti rilevante per questa descrizione».

<sup>7</sup> N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, Arnold, London 1981, 29. Ulteriori approfondimenti sono reperibili in Id., *Diritto, morale e positivismo giuridico*, in N. MACCORMICK, O. WEINBERGER, *Il diritto come istituzione*, trad. it., Giuffrè, Milano 1990, 157 ss., part. 163.

<sup>8</sup> H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, trad. it., Giappichelli, Torino 2002, 106.

<sup>9</sup> V. VILLA, *Il positivismo giuridico*, cit., 76, discorre al riguardo di «punto di vista esterno moderato». Si tratta di chi «nel descrivere i comportamenti di una comunità di *rule followers*, prende anche in considerazione le regole da essi seguite, e, più precisamente, tiene nel dovuto conto tutte quelle relazioni critiche, a carattere prevalentemente linguistico, per il tramite delle quali i partecipanti usano e menzionano regole per giustificare e criticare la propria e l’altrui condotta».

punto di vista interno e punto di vista esterno presentata in questa sede. In ambedue i casi si tratta di pratiche sociali basate sulla utilizzazione di regole. E in ambedue i casi ci sono alcune persone che adoperano quelle regole per criticare i comportamenti, propri e altrui, che si discostano dalle medesime. Ai giochi, però, partecipano *soltanto* questo tipo di soggetti. Partecipare ad un gioco vuol dire esattamente questo: prender parte ad una determinata pratica sociale adoperando le regole del gioco come parametro per la critica dei comportamenti propri ed altrui. Non è così, evidentemente, per il diritto. Al diritto partecipa anche chi si limita a “rigare dritto”, senza sviluppare quell’attività critica cui si accennava più sopra, o anche chi è parte di un ordinamento giuridico ma si limita a cercare di evitare di subire le sanzioni. Anche cercar di sfuggire alle sanzioni è partecipare al gioco del diritto.

In secondo luogo, è necessario avvertire che nei testi hartiani la distinzione tra osservatore e partecipante, nei termini appena accennati, non è chiara e lineare, presentando piuttosto una certa ambiguità e significativi margini di sovrapposizione con il modo di intendere la distinzione tra punto di vista interno e punto di vista esterno di seguito illustrata. In sintesi, non è chiaro se con l’espressione “partecipante” Hart facesse talvolta riferimento al “membro” dell’ordinamento giuridico, o (più specificatamente) a colui, tra i membri, che adotta il “comportamento critico-riflessivo”<sup>10</sup>. Ad ogni modo, a mio modo di vedere, e prescindendo da quale sia l’interpretazione filologicamente corretta del pensiero di Hart, in una teoria del diritto è necessario considerare anche il *punto di vista interno (II)*. Altrimenti, infatti, ci si priva di uno strumento analitico importante, sovrapponendo le situazioni di due classi di soggetti che, nei confronti del diritto, si trovano in posizioni molto diverse.

### c) Il punto di vista interno (III)

La distinzione tra punto di vista interno e punto di vista esterno sulla quale ci si concentrerà qui di seguito è quella di certo più nota, e risulta centrale nella elaborazione hartiana, ben più delle precedenti (che appaiono in una qualche misura accessorie) e della successiva (che non è accreditabile ad Hart ma piuttosto a MacCormick, ed anzi potrebbe forse essere ritenuta un “tradimento”, più che una “correzione”, del pensiero del primo).

Come è noto, il punto di partenza di Hart è la critica nei confronti della lettura imperativista del diritto, ossia di quella lettura che vede il diritto come un insieme di comandi assistiti da una sanzione. Il riferimento corre, evidentemente, a Bentham ed Austin<sup>11</sup>, ma anche a quella versione più raffinata e complessa di imperativismo elaborata da Hans Kelsen<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> Cf. H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., 135, nonché Id., *Poscritto*, in appendice alla seconda edizione di quest’ultima opera, 312 e 320.

<sup>11</sup> Per costoro le opere di riferimento sono ovviamente BENTHAM, *Introduzione ai principi della morale e della legislazione*, trad. it., UTET, Torino 1998, 444 ss.; ID., *On*

Secondo Hart la configurazione dell'ordinamento giuridico come un insieme di comandi assistiti dalla minaccia di una sanzione non riesce a rendere giustizia alle caratteristiche del fenomeno giuridico. In particolare non spiega le peculiarità degli imperativi giuridici rispetto ad altri imperativi<sup>13</sup>. Queste peculiarità sono testimoniate dai nostri usi linguistici relativi al diritto.

È incontrovertibile – dice Hart – che «dove esiste il diritto, il comportamento umano è reso in un certo senso non-facoltativo od obbligatorio»<sup>14</sup>. Da ciò possiamo concludere però soltanto che il diritto esprime imperativi. Non che questi imperativi siano della stessa specie dei comandi assistiti da una minaccia. Viceversa, esistono diversi tipi di imperativi, e quelli giuridici non hanno nulla a che vedere con questi ultimi. Ad esempio, noi diciamo che chi subisce una rapina è *obbligato*. Invece, diciamo che chi è soggetto ad una norma giuridica *ha un obbligo*. La situazione di quest'ultimo non può essere caratterizzata, seguendo Austin, «sulla base della *possibilità* o *probabilità* che la persona soggetta all'obbligo soffra una pena o un "male" da parte di altri in caso di disobbedienza»<sup>15</sup>. Viceversa, tale situazione sussiste quando esiste almeno una parte rilevante e qualificata del gruppo sociale in questione che adotta il punto di vista interno nei confronti del *pattern* di comportamento descritto dalla norma<sup>16</sup>.

Cosa vuol dire, in questa accezione, *punto di vista interno*?

In questo terzo caso il punto di vista interno comporta un atteggiamento critico-riflessivo, nel senso che chi è caratterizzato da questo punto di vista adotta le norme come criterio di condotta, per sé stessi e per gli altri, e in conseguenza matura aspettative circa il comportamento di questi ultimi. Viceversa, del punto di vista interno non sono «ragione necessaria, né sufficiente» i «sentimenti» che alcuni possono provare in relazione alle norme, ossia il «sentirsi obbligati». Né – ma su questo nodo si avrà modo di ritornare – le *ragioni soggettive* per le quali si pone in essere il comportamento conforme alla norma<sup>17</sup>. Ciò che conta è la *utilizzazione (soprattutto) linguistica* delle norme come regole di condotta. Chi condivide l'*internal point of view* nel senso qui considerato, dunque, «reagisce

*Laws in general*, The Athlone Press, London 1970; J. AUSTIN, *Delimitazione del campo della giurisprudenza*, trad. it., il Mulino, Bologna 1995.

<sup>12</sup> Cfr., tra i tanti "luoghi" che è possibile menzionare, H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, trad. it., ETAS, Milano 1974, 30 ss.

<sup>13</sup> H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., 21 ss. e 98 ss.

<sup>14</sup> H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., 98.

<sup>15</sup> H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., 100.

<sup>16</sup> In particolare, per Hart è necessario, ma anche sufficiente per l'esistenza di un ordinamento giuridico, che il punto di vista interno caratterizzi i funzionari del diritto (cfr. H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., 137.).

<sup>17</sup> Cfr. part. H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., 135 ss., nonché ID., *Poscritto*, cit., 330.

alle eventuali inosservanze di altri membri, ma anche alle proprie (in chiave auto-critica) (...) sviluppando delle critiche linguisticamente articolate, che menzionano il modello di comportamento da seguire e usano delle “espressioni normative”»<sup>18</sup>.

Può essere opportuno richiamare l'attenzione sin d'ora sulla circostanza secondo la quale ciò che conta perché esista l'*internal aspect* delle norme, e dunque, perché esista un ordinamento giuridico, è soltanto *la utilizzazione di uno schema di comportamento come regola di condotta*: il suo esser parte di una pratica sociale, la assunzione di un comportamento di critica nei confronti dei comportamenti devianti. Non le motivazioni che sostengono tale assunzione

Hart, dunque, ci ha insegnato che, per offrire una interpretazione soddisfacente del fenomeno giuridico, è necessario spiegare la differenza tra *essere obbligati* e *avere un obbligo* che viene invece trascurata dall'imperativismo. A questo fine serve la nozione di punto di vista interno. Come ha osservato Jules L. Coleman, invece, la teoria di Austin (ma anche quella di Kelsen) non va bene perché «è priva delle risorse necessarie per rendere intellegibile la pienezza del vocabolario normativo del diritto»<sup>19</sup>.

#### 4. *Il punto di vista interno, oltre Hart*

Deve a questo punto essere esposta una distinzione tra punto di vista interno e punto di vista esterno esplicitamente presentata come una (parziale) revisione della elaborazione di Herbert Hart. Essa porta la firma di uno dei suoi allievi più noti, ossia Neil MacCormick.

##### d) *Il punto di vista interno (IV)*

Secondo MacCormick la riflessione hartiana circa l'*internal aspect* delle norme resta fundamentalmente corretta, nonostante le critiche che le sono state mosse. Ciononostante sarebbe necessario sviluppare la teoria di Hart, che non sarebbe sbagliata, ma «only incomplete»<sup>20</sup>. Ciò in quanto Hart avrebbe peccato di superficialità non spiegando «what is denoted by rules being generally 'accepted', 'supported' by criticism, supported by 'pressure' for conformity and so on»<sup>21</sup>.

MacCormick, invece, si preoccupa di andare oltre. Secondo costui, infatti, il punto di vista interno caratterizzerebbe quelle persone che non si

<sup>18</sup> V. VILLA, *Il positivismo giuridico*, cit., 74.

<sup>19</sup> J.L. COLEMAN, *La pratica dei principi. In difesa di un approccio pragmatista alla teoria del diritto*, trad it., il Mulino, Bologna 2006, 165, nt. 26.

<sup>20</sup> N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, cit., 33.

<sup>21</sup> N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, cit., 34.



limitano ad utilizzare le norme quale guida della condotta, o quali schemi per la critica dei comportamenti devianti, ma che *desiderano* la conformazione ad esse dei comportamenti, perché le medesime incorporano “fini o valori” per essi molto importanti, e rispetto ai quali hanno anche un qualche coinvolgimento emozionale<sup>22</sup>. La differenza rispetto alla proposta hartiana, nonostante le dichiarazioni dello stesso MacCormick, non è poca. Nei prossimi paragrafi si cercherà di mettere in luce quanta distanza separa questo studioso dal suo Maestro.

##### 5. L'equipollenza delle ragioni. *Perché Hart viene criticato dagli hartiani*

È a questo punto necessario focalizzare l'attenzione su un aspetto particolarmente importante ed altrettanto controverso delle tesi di Hart.

Come già detto, quest'ultimo configura il punto di vista interno come qualcosa che, in un certo senso, è “di più” rispetto al “sentirsi obbligato”, ai meri “sentimenti” reperibili nella «vita interiore del giudice»<sup>23</sup>, ma “di meno” rispetto alla “accettazione volzionale” della norma di riconoscimento secondo la proposta di MacCormick. Chi è dotato del *punto di vista interno (III)* nella prospettiva hartiana si limita a porre in essere pratiche normative, tra le quali quelle linguistiche hanno una speciale importanza. Il motivo per cui ciò avviene è esplicitamente escluso dall'orizzonte degli interessi di Hart<sup>24</sup>: sono tante le ragioni che possono sostenere la adozione di un atteggiamento critico-riflessivo, e tra queste non se ne trova una “privilegiata” rispetto alle altre<sup>25</sup>. In particolare, non importa se chi pone in essere le pratiche nelle quali prende forma la componente critica del punto di vista interno *desidera* la conformazione al contenuto dello *standard* in questione.

<sup>22</sup> N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, cit., 34. Cfr. ID., *Sull'“aspetto interno delle norme”*, in *Appendice a ID., Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, trad. it., Giapichelli, Torino 2001, 307 ss.

<sup>23</sup> L'espressione è di A. Ross, *Diritto e giustizia*, trad. it., Einaudi, Torino 1965, 37.

<sup>24</sup> H.L.A. HART, *Poscritto*, cit., 330.

<sup>25</sup> Ciò vale per la versione della teoria della *rule of recognition* offerta nella prima edizione di *The Concept of Law*. Per il *Postscript* pubblicato nel 1994, invece, la questione è significativamente diversa, poiché da alcuni passi sembrerebbe lecito desumere che Egli ritenga che una ragione necessaria, ma non sufficiente, perché si assuma il *punto di vista interno (III)* in relazione ad una data regola è che anche gli altri (almeno gli altri funzionari) facciano altrettanto. Cfr. sul punto, sia pure mettendo in evidenza come in altri passi Hart pare accreditare l'ipotesi di un convenzionalismo più forte, L. GREEN, *The Concept of Law Revisited*, in *Michigan Law Review*, vol. 94, n. 6, May 1996, 1687 ss., part. 1696; ID., *Positivism and Conventionalism*, 12 *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, (1999), 37 ss.

Questa tesi è usualmente definita tesi della *equipollenza delle ragioni* (d'ora in poi *ER*). Al riguardo sono particolarmente efficaci le parole di Andrei Marmor, secondo il quale «the concept of legal normativity simply does not depend on the kind of reason people have for their participation in the practice of law». La regola di riconoscimento definisce cos'è il “gioco del diritto”, ma «whether judges, other practitioners, or layman, have any moral or other reason to play the game or not, is a totally separate question»<sup>26</sup>.

Questa impostazione, come accennato, è stata però ritenuta insoddisfacente da molti studiosi. La critica a *ER* è stata avanzata da due differenti punti di vista, che spesso sono sovrapposti tra loro, ma che invece meritano di essere presi in considerazione separatamente.

I) Innanzi tutto, devono essere richiamati quegli approcci i quali ritengono che la questione sopra richiamata debba essere affrontata per capire perché, e fino a che punto, le norme giuridiche rappresentano una valida ragione per l'azione.

Al riguardo, di recente è stato perspicuamente affermato che «quel che (...) una teoria del diritto non può fare, pena la perdita di qualsiasi attrattiva, è evitare – consapevolmente o meno – di confrontarsi con la pretesa del diritto di essere autoritativo o normativo», poiché è proprio «l'espletamento di questa funzione a sancire la rilevanza pratica del diritto»<sup>27</sup>. Più in particolare, ci si interroga su come il diritto riesca ad influenzare i comportamenti umani, e se esso fornisca ragioni per agire diverse non solo dal timore della sanzione, ma anche dalla adesione

<sup>26</sup> A. MARMOR, *Positive Law and Objective Values*, Clarendon Press, Oxford 2001, 33.

La riconduzione di Marmor ad *ER*, tuttavia, è alquanto problematica, poiché se Egli rifiuta di porre alla base del *punto di vista interno (III)* senz'altro la adesione morale alla norma di riconoscimento (almeno da parte di alcuni tra i funzionari), afferma però di sposare un forma particolare di convenzionalismo (c.d. “*costitutivo di pratiche autonome*”) per il quale, comunque, tra le ragioni che chi pone in essere l'atteggiamento critico-riflessivo ha per farlo deve necessariamente annoverarsi il fatto che altri facciano altrettanto. Molto efficacemente, tuttavia, Julie Dickson nota al riguardo una certa ambiguità della elaborazione di Marmor (cfr. J. DICKSON, *Is the Rule of Recognition Really a Conventional Rule?*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 27, n. 3 (2007), 373 ss.). Sul punto si veda ad ogni modo il prossimo par. 9.

<sup>27</sup> A. SCHIAVELLO, *Perché obbedire al diritto? La risposta convenzionalista ed i suoi limiti*, ETS, Pisa 2010, 78.

Non è una posizione isolata, tutt'altro. Si vedano, ad esempio, G.J. POSTEMA, *Co-ordination and Convention at the Foundations of Law*, cit., 165, e M.C. REDONDO, *Sulla rilevanza pratica del diritto*, in *Ragion pratica*, 1999, 203 ss. Nel senso inverso – secondo cui l'indagine giuspositivista non deve occuparsi del “perché” obbedire al diritto – cfr. invece M. HARTNEY, *Dyzenhaus on Positivism and Judicial Obligation*, in *Ratio Juris*, 1994, 44 ss., spec. 48.

morale ai suoi contenuti. Ci si chiede, quindi, se dal diritto derivi un obbligo *specificamente giuridico*, cioè *autonomo* rispetto ad un eventuale obbligo morale di agire conformemente al contenuto delle norme.

Da questo punto di vista si ritiene che *ER* sia insoddisfacente, poiché non affronta il problema della normatività del diritto, che invece non può essere trascurato se si vuol tratteggiare in modo corretto il ragionamento pratico.

II) In secondo luogo, vanno menzionati quegli approcci che ritengono che una teoria della norma di riconoscimento la quale accolga anche *ER* sia insoddisfacente perché parziale. In particolare, essa fallirebbe perché ometterebbe di includere nella definizione di diritto un elemento essenziale, la cui assenza non consentirebbe di intendere in modo adeguato le caratteristiche di un ordinamento giuridico (e, in particolare, le sue differenze rispetto al modello austriaco del comando assistito dalla minaccia di sanzioni). Tale elemento dovrebbe essere individuato nella ragione (o nell'insieme di ragioni) per la quale coloro che utilizzano la norma di riconoscimento assumendo l'atteggiamento critico-riflessivo pongono in essere questo comportamento.

Da questo punto di vista, in sintesi, non si disporrebbe di un modello affidabile dell'oggetto "diritto" senza affrontare in modo soddisfacente questo nodo.

Come si vede, si tratta di due punti di vista che, pur avendo importanti tratti in comune, sono caratterizzati da approcci sensibilmente differenti. Da entrambi, peraltro, si muove per affermare la necessità di integrare la proposta hartiana o in una prospettiva convenzionalista, ovvero in una prospettiva che afferma l'indissolubilità del legame tra la forma giuridica e le assunzioni morali di almeno alcuni dei partecipanti al gioco del diritto.

La prima prospettiva – ove si volesse sintetizzarla in poche battute, con esiti però inevitabilmente grossolani – afferma che l'aspettativa di un agente della conformità al proprio comportamento di quello degli altri agenti determina il sorgere di un obbligo giuridico distinguibile, nell'ambito del ragionamento pratico generale, da quello morale, e che la medesima aspettativa rappresenta un elemento irrinunciabile per una descrizione accurata del fenomeno del diritto.

Nella seconda prospettiva la critica ad Hart ha assunto invece differenti forme.

La prima è più radicale. Essa afferma che «il processo di accettazione delle regole come guida della condotta» sarebbe stato configurato da Hart in modo «sbrigativo e lacunoso», poiché deve invece ritenersi che «la piena accettazione dei partecipanti è sempre, quanto meno all'interno degli stati di diritto costituzionali, eticamente orientata»<sup>28</sup>. Quindi sarebbe necessario

<sup>28</sup> V. VILLA, *Il positivismo giuridico: metodi, teorie e giudizi di valore*, cit., 83 (anche se il citato riferimento agli ordinamenti costituzionali potrebbe spingere a relativizzare le affermazioni di questo Autore).

ritenere senz'altro che alla base dell'atteggiamento critico-riflessivo sta il *punto di vista interno (IV)*.

Una seconda versione della critica ad *ER* è invece più blanda. Essa, in sintesi, sostiene che le persone contraddistinte dall'atteggiamento critico-riflessivo possono essere spinte da diverse motivazioni, ma che: *a) in ogni caso*, tra esse ve ne son alcune che condividono moralmente il diritto; *b) la prospettiva di queste ultime ha un ruolo particolarmente importante nell'economia delle vicende del diritto*, poiché i comportamenti degli altri vi faranno comunque sempre riferimento<sup>29</sup>. Ciò si esprime solitamente affermando che questi "altri" hanno un atteggiamento "parassitario" nei confronti di coloro che condividono moralmente il diritto.

In una diversa prospettiva, inoltre, è stato sostenuto<sup>30</sup>, con varietà di accenti, che il fenomeno giuridico deve essere letto come un fenomeno *convenzionale*, nel senso che, tra le ragioni che i soggetti caratterizzati dal *punto di vista interno (III)* hanno per adottare il comportamento critico-riflessivo sta *necessariamente*, tra le altre *anche* l'aspettativa di un comportamento uniforme da parte di altri soggetti<sup>31</sup>.

In tutti questi casi, come si vede, *ER* è negata perché o si ritiene che vi sia una ragione specifica a sostegno del *punto di vista interno (III)*, o comunque si ritiene che tra le ragioni possibili ve ne sia una dotata dello *status* "privilegiato" della *indefettibilità*, nel senso "sistemico" che almeno alcune delle persone che pongono in essere il comportamento critico-riflessivo ne sono caratterizzati (ragione morale), ovvero in un senso "individuale": ciascuna delle persone che pongono in essere il comportamento critico-riflessivo ne è caratterizzata (ragione convenzionalista).

Provando a sintetizzare le considerazioni sin qui svolte, è possibile evidenziare come i problemi sollevati invitino a rispondere a due gruppi di domande, rispettivamente corrispondenti ai punti di vista I) e II) più sopra brevemente illustrati.

Innanzitutto, si considerino le seguenti.

<sup>29</sup> A. SCHIAVELLO, *Perché obbedire al diritto?*, cit., 160 ss.; Anche Neil MacCormick è ascrivibile a questo secondo filone. Cfr. ad es. N. MACCORMICK, *Sull'"aspetto interno delle norme*, Appendice a ID., *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, trad. it., Giappichelli, Torino 2001, 307 ss., part. 322.

<sup>30</sup> Cfr., ad es., C. GANS, *The Normativity of Law and its Coordinative Function*, in *Israel Law Review*, vol. 16, n. 3, 1981, 333 ss.; G.J. POSTEMA, *Coordination and Convention at the Foundation of Law*, in *The Journal of Legal studies*, vol. 11, n. 1, 165 ss.; A. MARMOR, *Positive Law and Objective Values*, Clarendon Press, Oxford 2001. Su questo ultimo Autore ci si soffermerà *infra*, al par. 9.

<sup>31</sup> Si tratta di quello che A. SCHIAVELLO, *Perché obbedire al diritto?*, cit., 102, definisce "*convenzionalismo debole*".

1. Il diritto produce ragioni per l'azione ascrivibili alla famiglia degli obblighi, piuttosto che a quella delle ragioni prudenziali di sfuggire alla sanzione? E – nel caso in cui si risponda affermativamente – quest'obbligo è autonomo rispetto all'obbligo morale?

E, in secondo luogo:

2. È possibile offrire una descrizione più accurata del fenomeno giuridico aggiungendo alla struttura “neutrale” dell'impianto hartiano un elemento inerente le ragioni che sostengono la adozione dell'atteggiamento critico-riflessivo? E – in caso di risposta affermativa – questo elemento deve essere connotato in senso convenzionalista, ovvero nel senso di una condivisione morale del diritto? Oppure (comunque si risponda a quest'ultima domanda) è preferibile ritenere che in questo modo si ottiene l'obiettivo di una descrizione più efficace di alcuni sistemi giuridici (magari della maggior parte di essi) a costo, però, di rinunciare ad una descrizione in grado di ricomprenderli tutti?

In questo scritto non si ritiene di poter rispondere al primo gruppo di domande. Sarà però importante individuare quali questioni pertengono ad esso, per distinguerle da quelle che invece sono relative al secondo gruppo. Si cercherà infatti di evidenziare come l'ambito proprio della posizione I) non sia quello della teoria del diritto, ma della filosofia pratica, e come dunque, mirando la tesi della equipollenza delle ragioni a collocarsi nella prima, non possa essere messa in discussione, in tale campo, dal punto di vista in questione.

In relazione alle domande del gruppo 2), invece, si proverà a difendere l'utilità della “neutralità” della originaria struttura hartiana, pur ritenendo di dover concedere qualcosa ai suoi critici, essenzialmente in relazione a quanto affermato appena più sopra, alla lett. b). In particolare, si sosterrà che *ER* vada tenuta ferma ove il discorso si mantenga nell'ambito della teoria generale del diritto, ma che, nel caso in cui si intenda porre in essere affermazioni circa il diritto vigente in un determinato ordinamento (o comunque quando ci si voglia riferire a classi omogenee di ordinamenti giuridici), sarà necessario prendere in considerazione le ragioni per le quali chi assume l'atteggiamento critico riflessivo adotta tale comportamento.

6. *Dove collocare il dibattito sulla normatività del diritto? Un tentativo di delimitare i confini tra ragionamento giuridico e ragionamento pratico generale*

Come accennato, il dibattito sulla normatività del diritto prova ad offrire una risposta alla domanda: *in che senso quest'ultimo crea ragioni*

*giustificative per l'azione?* Si è visto quali difficoltà hanno incontrato alcuni tentativi di rispondere a questa domanda in chiave convenzionalista. È però opportuno chiedersi, prima di addentrarsi nel ginepraio di questioni sopra accennate (ed anche per capire in che misura occorre farlo) se, e in che termini, è necessario affrontare il problema della normatività del diritto. In altre parole, *perché*, e *in quale contesto*, dobbiamo interrogarci su come il diritto – inteso come categoria generale – riesce a fornire ragioni per l'azione?

Uno degli argomenti più forti utilizzati per spingere le teorie filosofiche sul diritto ad occuparsi di questa domanda è quello della necessità di confrontarsi con il problema della c.d. «rilevanza pratica del diritto»<sup>32</sup>, ossia se e quale differenza fa l'esistenza di una norma giuridica nella adozione delle nostre decisioni. Le letture “convenzionaliste” di Hart, la elaborazione della teoria di MacCormick sul *punto di vista interno (IV)*, e più in generale le teorie che negano l'esistenza di un genuino obbligo giuridico indipendente dall'obbligo morale<sup>33</sup> (ma anche quelle che, invece, affermano l'esistenza di *doveri di diverso genere*, e dunque la necessità per ciascun soggetto chiamato a decidere nei casi concreti, di bilanciare le diverse ragioni per agire conformemente a ciascuno di essi<sup>34</sup>) sono interpretabili come tentativi di affrontare questo problema. La tesi della “equipollenza delle ragioni” è dunque rifiutata perché non si occupa della questione della rilevanza pratica del diritto.

Al riguardo è possibile osservare quanto segue.

La questione della rilevanza pratica del diritto è essenziale. Direi però che il problema se l'obbligo giuridico abbia un ruolo autonomo ovvero parassitario, nel ragionamento pratico, rispetto all'obbligo morale, non è un problema giuridico, ma un problema – appunto – di filosofia pratica. In questo senso, e da questo punto di vista, possiamo chiederci se, nel contesto della giustificazione pratica, sia invocabile l'obbligo giuridico quale ragione per l'agire prescindendo sia dall'obbligo morale che dalle ragioni prudenziali legate alla possibilità della sanzione.

L'indagine alla quale si è fatto cenno nelle pagine che precedono punta ad individuare le “ragioni giustificative” dell'obbedienza al diritto. È dunque una indagine di filosofia pratica, poiché si cerca di capire perché (e dunque in quali casi) l'obbedienza al diritto può essere qualificata corretta o giusta.

Così – semplificando – sarà possibile ritenere che il diritto può essere considerato una valida (giusta) ragione per l'azione soltanto intendendolo come *species* dell'obbligo morale; ovvero che sussistano delle valide

<sup>32</sup> M.C. REDONDO, *Sulla rilevanza pratica del diritto*, cit., 203 ss.; A. SCHIAVELLO, *Perché obbedire al diritto?*, cit., cap. II, par. 5.

<sup>33</sup> A. SCHIAVELLO, *Perché obbedire al diritto?*, cit.

<sup>34</sup> M.C. REDONDO, *Sulla rilevanza pratica del diritto*, cit., 210 ss.

ragioni per obbedire al diritto indipendenti da quest'ultimo. In tutti i casi, però, il discorso sviluppato non sarà un discorso giuridico, ma riposerà sul piano più generale del ragionamento pratico<sup>35</sup>.

Volendo utilizzare la schematizzazione sviluppata più sopra, è possibile osservare quanto segue.

Gli argomenti spesi per dimostrare l'autonomia dell'obbligo giuridico rispetto alla morale, o la sua dipendenza da quest'ultima, sono compiuti da un osservatore non caratterizzato dal *punto di vista interno (I)*. Da un osservatore, in altre parole, che non sia caratterizzato dall'*hermeneutic approach* nei confronti dell'ordinamento giuridico in concreto studiato. Ciò in quanto all'interno delle singole pratiche possono essere trattate dai partecipanti (o almeno da alcuni di essi) come *ragioni giustificative* ragioni che – nell'ambito del discorso pratico – si ritiene invece di relegare sul piano delle (mere) *ragioni esplicative*<sup>36</sup>. Ciò in quanto, come è stato evidenziato anche di recente, non è possibile separare una volta per tutte le ragioni valide per giustificare una azione dalle ragioni che non lo sono, e dunque le ragioni giustificative dalle ragioni esplicative. Soprattutto, ciò che è considerato in grado di giustificare una azione dipende dal contesto in cui ci si muove. Dipende, in particolare, dalla comunità di riferimento e da ciò a cui quest'ultima è disposta a prestare consenso. Una considerazione che nell'ambito di una determinata comunità viene ritenuta una ragione giustificativa, dunque, nel contesto di un'altra comunità potrà essere ritenuta, al più – se, cioè, se ne dà l'occorrenza fattuale – una ragione esplicativa. La distinzione sopra accennata, quindi, può essere considerata salda soltanto all'interno di determinati schemi di ragionamento pratico, nonché all'interno di un determinato sfondo epistemologico<sup>37</sup>.

Quanto detto equivale ad affermare che provare ad individuare ragioni per obbedire al diritto *valide in ogni caso*, e ritenere di spenderle nel discorso giuridico, non è possibile, poiché in questo modo ci si preclude la possibilità di capire il gioco giocato dai partecipanti al singolo ordinamento. Altrimenti si rischia un po' di fare come i lillipuziani e l'orologio<sup>38</sup>.

<sup>35</sup> Mi pare che sia interpretabile in tal modo anche il punto di vista di P. COMANDUCCI, *Diritto, morale e politica*, in ID., *Assaggi di metaetica due*, Giappichelli, Torino 1998, 3 ss., spec. 10. Del resto, anche chi sostiene la necessità di non eludere il problema della normatività del diritto lo intende come problema riferito alla sua «legittimità» (A. SCHIAVELLO, *Perché obbedire al diritto?*, cit., cap. IV, par. 6), evidentemente in base a parametri extragiuridici.

<sup>36</sup> Con la prima espressione si allude a quelle ragioni che sono considerate *valide* al fine di *credere* o (ed è questo secondo aspetto che qui interessa) *fare* qualcosa. Con la seconda, invece, a quelle ragioni che non possono essere ritenute ragioni "valide", e pur tuttavia spiegano *causalmente* la credenza o l'azione. Al riguardo si rinvia ad A. SCHIAVELLO, *Perché obbedire al diritto?*, cit., 23 ss.

<sup>37</sup> A. SCHIAVELLO, *Perché obbedire al diritto?*, cit., 23 ss.

<sup>38</sup> Più in generale, possiamo ritenere che qualunque tesi sul fondamento dell'obbligo

Ove il discorso intenda spostarsi su un piano più propriamente giuridico, dunque, è necessario adottare l'*hermeneutic approach*, e capire *come si gioca il gioco considerato*. Ma non soltanto, in generale, il "gioco-diritto": in specie, come si caratterizza la pratica sociale in questione nel singolo ordinamento osservato. Questo vuol dire assumere il *punto di vista interno (I)*, capendo *perché i partecipanti al singolo gioco ritengono che il diritto sia una buona ragione per agire*, e più in generale come, in nel contesto considerato, il diritto riesce ad orientare i comportamenti: il che è possibile anche senza essere effettivamente partecipanti al gioco, ossia senza assumere il *punto di vista interno (II)*.

### 7. Alcune considerazioni interlocutorie

Si potrebbe concedere a quanto appena esposto di aver dimostrato la necessità di separare, nei limiti più sopra precisati, il discorso giuridico dal discorso pratico, ma ritenere che – tutto considerato – esistano ancora buone ragioni per rifiutare *ER*. Ciò in quanto si ritiene di rispondere affermativamente alla prima delle domande rubricate *sub 2*<sup>39</sup> ad esempio ritenendo concettualmente necessaria la presenza – tra i soggetti caratterizzati dal *punto di vista interno (III)* – almeno di un nucleo di persone che condividono moralmente il diritto, ovvero collocandosi in una prospettiva convenzionalista.

Nonostante io ritenga che esistano numerose buone ragioni per respingere sia la prima che la seconda versione di questo punto di vista, qui non mi è possibile dedicarmi a questo tema come meriterebbe<sup>40</sup>. Mi limito dunque ad accennare a qualche *iter* di risposta alle obiezioni accennate.

### 8. Le virtù dell'equipollenza delle ragioni (I)

Quanto al primo punto, può essere utile prendere in considerazione la tesi secondo la quale l'accoglimento di *ER* condurrebbe – paradossalmente – ad

giuridico è esposta alla critica secondo la quale il diritto in alcuni casi è una ragione esplicativa per l'azione che non corrisponde ad una ragione giustificativa. In altre parole, ogni discorso che ricerchi "un" fondamento dell'obbligo giuridico può essere un valido discorso di filosofia pratica, ma non è spendibile senz'altro come discorso giuridico.

<sup>39</sup> Ossia: «È possibile offrire una descrizione più accurata del fenomeno giuridico aggiungendo alla struttura "neutrale" dell'impianto hartiano un elemento inerente le ragioni che sostengono la adozione dell'atteggiamento critico-riflessivo?». Cfr. il precedente par. 5.

<sup>40</sup> Sul punto mi permetto di rinviare al mio *Punto di vista interno e interpretazione costituzionale. Giudizi morali e pluralismo nel contesto delle costituzioni contemporanee*, in corso di pubblicazione, part. cap. III.



un “ritorno ad Austin” ed all’approccio imperativista che Hart aveva provato a confutare. Come è stato osservato, infatti, «si può ipotizzare il caso in cui tutti i partecipanti accettino il diritto per conformismo e, ove ciò accada, la differenza tra “avere un obbligo” ed “essere obbligato” perde di consistenza»<sup>41</sup>. Ciò anche sulla base della condivisibile considerazione secondo la quale il “conformista” «riga dritto» esclusivamente «per paura della riprovazione sociale», la quale «non è altro che una sanzione non istituzionalizzata»<sup>42</sup>.

Questa opinione non pare da condividere. Anzi, l’esempio evocato può utilmente essere utilizzato per approfondire il punto di vista in questa sede sommariamente esposto.

È certamente possibile immaginare un ordinamento in cui tutti coloro che adottano l’atteggiamento critico-riflessivo lo fanno per “conformismo”. Non si tratta tuttavia di una ipotesi in grado di annullare la distanza tra l’impostazione hartiana e quella austiniana. Tutto all’opposto, essa rappresenta un ottimo modo per ribadire la differenza tra “essere obbligati” ed avere un obbligo. Chi si trova in una situazione di coercizione basata semplicemente su comandi assistiti dalla minaccia di sanzioni è *obbligato*. Viceversa, chi si trova in un sistema sociale in cui i precetti sono accompagnati dalla critica e dalla autocritica (almeno) da parte dei funzionari dei comportamenti difforni mediante l’uso del linguaggio normativo *ha un obbligo* (un sistema di obblighi). E in questo secondo caso non importa perché i funzionari pongono in essere l’atteggiamento critico riflessivo. Se ciò accade perché hanno timore di una sanzione, anche non istituzionalizzata, come la riprovazione sociale, o la minaccia di un sovrano occulto, *saranno loro ad essere obbligati*. Obbligati a rendere operante una norma di riconoscimento, e dunque un ordinamento giuridico. Ma ciò non toglie che i membri dell’ordinamento saranno nella condizione di *avere un obbligo*. Evitare di includere l’elemento volizionale di cui discorre MacCormick nella struttura della norma di riconoscimento è dunque importante perché in tal modo si dispone di un potente strumento analitico, che consente di distinguere situazioni diverse altrimenti destinate ad essere confuse.

Si consideri, del resto, che è possibile approfondire ulteriormente l’esperimento mentale richiamato più sopra, ed immaginare che tutti coloro che adottano il *punto di vista interno (III)* lo facciano per obbedire ai comandi di una sorta di “sovrano occulto”. In una circostanza siffatta saranno riconosciute come precetti giuridici quelle norme corrispondenti ai criteri adoperati dai funzionari, e non gli ordini, indirizzati in tal senso, a loro rivolti da quest’ultimo.

La situazione appena descritta è accostabile ad esempio a quella di uno Stato nel quale il diritto venga individuato ed applicato in un certo modo per effetto della coercizione esercitata da uno Stato estero. Nella prospettiva

<sup>41</sup> A. SCHIAVELLO, *Perché obbedire al diritto?*, cit., 160.

<sup>42</sup> A. SCHIAVELLO, *Perché obbedire al diritto?*, cit., 160.

austiniana vicende di questo tipo possono essere interpretate come se i due Stati fossero parte di un solo ordinamento giuridico, e i comandi del secondo al primo come parte di questo ordinamento, cinghia di trasmissione tra le sue componenti. Viceversa, l'impostazione qui accolta consente di cogliere un aspetto giuridico-formale molto importante: questi comandi non sono considerati, nell'ordinamento dello Stato "subordinato", alla stregua di norme giuridiche. È plausibile anzi l'ipotesi che essi non siano conosciuti dai membri dell'ordinamento. In relazione a questi comandi non si verifica alcuna pratica sociale che consente di affermare che questi ultimi *abbiano l'obbligo* di osservarli. Proprio l'ipotesi dalla quale si sono prese le mosse all'inizio di questo paragrafo consente dunque di sostenere che continuare a riferirsi allo schema hartiano – meno esigente, come si è visto, della svolta proposta dal suo allievo – consente di interpretare correttamente alcuni fenomeni<sup>43</sup>.

In questo scritto, tuttavia, non si intende sostenere che i motivi che spingono i soggetti caratterizzati dal *punto di vista interno (III)* ad adottare l'atteggiamento critico-riflessivo *non abbiano alcuna importanza* per la teoria giuridica. Prima però di affrontare tale nodo è necessario concentrarsi su un altro tipo di attacco – diverso da quello preso in considerazione in questo paragrafo – che è stato sferrato alla neutralità della struttura hartiana.

## 9. *Le virtù dell'equipollenza delle ragioni (II)*

Chi si relaziona alla questione dei caratteri essenziali degli ordinamenti giuridici da una prospettiva convenzionalista sostiene (almeno) che chi adotta il comportamento critico riflessivo ha, tra le ragioni per farlo, l'aspettativa di un comportamento uniforme da parte di altri soggetti.

<sup>43</sup> Del resto, anche ove ci si riferisca, ad esempio, all'istituzionalismo romaniano, la conclusione non è differente da quella accennata in questo paragrafo. Si vedano al riguardo le considerazioni che il giurista siciliano svolge in relazione alla "rilevanza" di un ordinamento per un altro: «essa non è da confondersi con l'importanza di fatto, che un ordinamento può avere per un altro». Viceversa, perché essa sussista è necessario che (per quel che qui interessa) «il *contenuto* (...) di un ordinamento sia condizionat(o) rispetto ad un altro ordinamento, e ciò in base ad un *titolo giuridico*» (S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, Sansoni, 1951, 118-119). L'esempio accennato nel testo non integra un caso di "rilevanza" dell'ordinamento estero per quello considerato. Ciò accadrebbe, nella prospettiva romaniana, solo ove vi fosse un "titolo giuridico" in grado di giustificare la circostanza secondo la quale il primo «determina, direttamente o indirettamente, il contenuto che deve avere» il secondo (*ibidem*, 132). La rinuncia all'elemento "volzionale" a là McCormick, dunque, è necessaria, perché altrimenti non si riesce a distinguere quelle situazioni che già Santi Romano differenziava, ossia l'*importanza di fatto* e la *rilevanza giuridica* di un ordinamento per un altro.

È bene precisare che, quando si affronta questo problema dal punto di vista qui assunto – ossia quello della individuazione dei caratteri concettualmente necessari del fenomeno giuridico – non importano considerazioni inerenti la probabilità “statistica” che tali caratteri ricorrono nei concreti ordinamenti giuridici. La questione, viceversa, riguarda la “pensabilità” di un ordinamento in loro assenza.

Al riguardo, è possibile osservare che gli ormai numerosi contributi convenzionalisti non sono probabilmente riusciti a provare la necessità concettuale dell’elemento sopra richiamato. Il punto può essere sinteticamente affrontato prendendo in esame l’elaborazione di Andrei Marmor, al quale si deve, a mio parere, la più interessante tra le proposte convenzionaliste. Al riguardo si volgeranno considerazioni che – debitamente ricalibrate – sono spendibili anche per altre teorie di matrice convenzionalista.

Secondo Marmor sia il diritto che i giochi sarebbero annoverabili tra le convenzioni costituite di pratiche (parzialmente) autonome. Con questa espressione Marmor allude a pratiche sociali che portano a valutare i comportamenti di coloro che vi prendono parte in base a valori *indipendenti* rispetto ai fini che le medesime sono volte a perseguire. Così, si può sostenere che il diritto è volto a garantire l’ordine sociale, e che la norma di riconoscimento si afferma come regola convenzionale proprio al fine di ottenere questo risultato. Analogamente, è possibile ritenere che l’insieme delle regole che definiscono il gioco degli scacchi si affermano e vengono seguite per prender parte ad una esperienza divertente ed intellettualmente stimolante. Le regole che in un caso e nell’altro sono imposte dalla pratica (ed i valori che esse incorporano), però, non rispondono direttamente ai fini menzionati. Sono, viceversa, in gran parte *intraee* alla pratica stessa. Anche se le regole degli scacchi prescrivessero di muovere l’alfiere in verticale ed orizzontale sarebbe possibile vivere in questo modo una esperienza stimolante. Non muoviamo l’alfiere in diagonale per vivere una esperienza interessante. Muoviamo l’alfiere in diagonale per prender parte al gioco degli scacchi. Altro problema è capire *perché* giochiamo agli scacchi. O – per restare al tema che qui specificamente interessa – perché giochiamo al diritto, adottando il *punto di vista interno (III)*<sup>44</sup>.

La prospettiva (esplicitamente) convenzionalista di Marmor lo porta a ritenere che almeno una delle ragioni che spingono a prender parte alle pratiche autonome uniformandosi alle relative regole è la considerazione del fatto che anche altri le seguano. Nella specie, dunque, un elemento imprescindibile del fenomeno giuridico sarebbe che tra le ragioni per seguire la regola di riconoscimento (in quanto regola sociale

<sup>44</sup> La precisazione è necessaria, poiché (come si è visto più sopra, al par. 3) si può “giocare al diritto” limitandosi ad assumere il *punto di vista interno (II)*.

convenzionale) sta la considerazione del fatto che anche altri la seguano<sup>45</sup>.

Vediamo cosa lascia perplessi di questa impostazione, utilizzando l'esempio (come si è visto, già di Marmor) del gioco degli scacchi.

Se qualcuno di noi viene costretto mediante la minaccia a muovere i pezzi degli scacchi secondo le regole di questo gioco, in risposta alle mosse compiute da un'altra persona, non diciamo che costui sta giocando a scacchi? E ancora, il computer che risponde alle nostre mosse in base al *pattern* di comportamento inscritto nella sua memoria non sta forse giocando a scacchi? Difficilmente saremmo disposti a rispondere negativamente a queste domande. Eppure nessuno di questi giocatori ha tra i suoi "moventi" la considerazione del comportamento di altre persone.

Un altro esempio di convenzione evocato da Marmor è quello dell'*opera*: una serie di valori sono specificamente "*operistici*" – per così dire – nel senso che non sono connessi ai "valori esterni" (di tipo estetico, ad esempio) che tramite le singole opere si desidera realizzare. Ciascuna istanza del genere "opera" deve dunque soddisfare anche questi "valori interni" che consentono alla medesima di essere ascritta a tale genere<sup>46</sup>. Ed è (anche) a causa della circostanza secondo la quale gli altri si aspettano che un'opera abbia determinate caratteristiche, e sono disposti a chiamare "opera" un componimento con queste caratteristiche, che chi scrive un'opera la conforma nel senso accennato.

Ora, è certamente plausibile l'idea secondo la quale chi scrive un'opera la compone in un determinato modo *anche* per rispettare i canoni "operistici". Non si vede però perché rifiutare l'ipotesi di un'opera composta con caratteri decisamente "operistici" esclusivamente perché l'autore li considera molto validi da un punto di vista estetico. Anzi, è plausibile l'ipotesi secondo la quale inizialmente i canoni in questione si siano affermati, nell'uso, in considerazione del valore estetico che era loro attribuito. In sintesi, noi chiamiamo un componimento "opera" per le sue caratteristiche, e non certo per le motivazioni che ha avuto il suo autore a dotarlo di queste caratteristiche.

Non sembra dunque che ci siano buone ragioni per ritenere che un elemento indefettibile delle pratiche autonome sia il loro carattere convenzionale (anche se in senso debole). Il sistema di regole che compone una pratica autonoma consente di riconoscere i singoli comportamenti come istanze di tali pratiche. Ma per identificare e ritenere esistente la pratica non c'è bisogno di considerare il motivo per il quale la medesima viene posta in essere. Allo stesso modo per identificare e ritenere esistente un ordinamento giuridico è necessario

<sup>45</sup> A. MARMOR, *Positive Law and Objective Values*, cit., 5.

<sup>46</sup> A. MARMOR, *Positive Law and Objective Values*, cit., 15.

fare riferimento al comportamento critico-riflessivo, che consente di distinguere questo fenomeno da quello di un mero sistema di minacce assistite da sanzioni. Ma non ci sono motivi per affermare che, necessariamente, tra le ragioni per le quali tale comportamento viene posto in essere c'è l'aspettativa di reciprocità, anche se ciò, ovviamente, nella prassi solitamente si verifica ed è ragionevole aspettarsi che si verifichi.

#### 10. I limiti dell'equipollenza delle ragioni

Alla luce di quanto evidenziato nelle pagine che precedono possiamo affermare quanto segue. Hart ci dice che il *punto di vista interno (III)* concerne soltanto la adozione di uno standard come criterio di comportamento, e la elaborazione di discorsi normativi conseguenti. Non riguarda invece le ragioni che ciascuno dei soggetti che condivide il *punto di vista interno (III)* ha per sviluppare questi tipi di comportamenti. Questa caratteristica nella prospettiva del discorso giuridico, lungi dall'essere un limite è piuttosto una virtù della teoria in questione, in quanto consente di disporre di un modello "astratto" del fenomeno giuridico spendibile per ciascuna istanza di quest'ultimo.

Ciò in cui il percorso di Hart non è condivisibile, è in ciò: che i motivi per la accettazione della norma di riconoscimento sono considerati dal punto di vista del ragionamento giuridico *del tutto irrilevanti*, come è mostrato, del resto, anche dalla sua teoria dell'interpretazione. Essi, infatti, se non possono servire per spiegare, in generale, l'esistenza del fenomeno del diritto, sono invece importanti ad altri fini.

È diffuso, nel dibattito giusfilosofico, il convincimento che il fine del diritto sia quello di orientare le condotte umane<sup>47</sup>. Di rappresentare una *ragione per l'azione*. Del pari diffusa è l'affermazione secondo la quale per svolgere assunzioni circa ciò che è richiesto da una pratica sociale in un determinato caso, dobbiamo tener conto delle finalità perseguite da quella pratica<sup>48</sup>. Scendendo più nello specifico, è possibile affermare che per svolgere asserzioni circa ciò che è richiesto in un determinato caso nell'ambito di una *determinata* pratica sociale, dobbiamo tener conto delle

<sup>47</sup> M.C. REDONDO, *Reglas "genuinas" y positivismo jurídico*, in *Analisi e diritto* 1998, 243 ss.; A. SCHIAVELLO, *Perché obbedire al diritto?*, cit., 78 ss.

<sup>48</sup> M. Moore, *Interpreting Interpretation*, in A. MARMOR (a cura di), *Law and interpretation. Essays in Legal Philosophy*, Clarendon Press of Oxford University Press, 1995, 1 ss.

Sul punto, si può richiamare anche R. Dworkin, secondo il quale «a participant interpreting a social practice (...) proposes values for the practice by describing some scheme of interests or goals or principles the practice can be taken to serve or express or exemplify» (così in *Law's Empire*, Fontana Paperbacks, London 1986, 52).

modalità tramite le quali *quella determinata pratica* raggiunge i propri obiettivi. Queste asserzioni subiscono un vincolo di coerenza rispetto a tali modalità. I motivi per la accettazione della norma di riconoscimento sono importanti proprio in quest'ottica. Se per porre in essere asserzioni circa ciò che è richiesto dal diritto in un determinato caso dobbiamo considerare che la finalità del diritto è quella di orientare la condotta umana, i medesimi sono rilevanti in quanto ci danno informazioni circa il modo in cui *lo specifico sistema giuridico considerato* riesce ad orientare la condotta umana.

Queste ragioni per l'azione, dunque, non dispiegano la loro efficacia soltanto "a valle" della identificazione del diritto vigente. Esse costituiscono anche delle ragioni in grado di orientare l'interpretazione delle disposizioni giuridiche, e dunque hanno un ruolo nello stesso processo di identificazione del diritto vigente.

È possibile, a questo punto, attirare l'attenzione di chi legge su una prima e provvisoria conclusione, che deriva da quanto appena detto:

- i) affermare che per svolgere discorsi sul diritto vigente in un determinato sistema giuridico – anche se non si è partecipanti al medesimo – è necessario conoscere le ragioni per le quali coloro che vi partecipano obbediscono al diritto, equivale ad affermare che studiare perché il diritto è considerato una valida ragione per l'azione in un determinato sistema giuridico è necessario per l'interpretazione del diritto di quel sistema.

Questa tesi, riformulata con le espressioni convenzionali utilizzate in questo saggio, suona così:

- ii) chi interpreta il diritto può limitarsi ad essere un osservatore dello specifico sistema giuridico considerato, ma deve necessariamente comprendere il modo in cui chi è caratterizzato dal punto di vista interno (II) intende la propria partecipazione a tale sistema.

Tale formulazione, tuttavia, è ancora molto insoddisfacente, poiché:

- a) tra coloro che condividono il *punto di vista interno (II)* dobbiamo distinguere coloro che sono caratterizzati dal *punto di vista interno (III)* e coloro che non lo sono;
- b) dobbiamo individuare *per quali ragioni* chi è caratterizzato dal *punto di vista interno (III)* in un dato ordinamento ritiene di obbedire al diritto;
- c) soprattutto, *non è detto che tutti coloro che hanno il punto di vista interno (III) pongano in essere l'atteggiamento critico riflessivo per i medesimi motivi.*

## 11. Il ragionamento pratico nel ragionamento giuridico

Al fine di approfondire quanto appena rilevato, è possibile servirsi degli studi di Frederick Schauer<sup>49</sup>.

Questo studioso parte dalla premessa secondo la quale l'espressione "accettazione" di una regola, utilizzata da Hart, non può essere intesa nel senso della condivisione del contenuto della medesima, giacché in tal modo si renderebbe «non significativa» la accettazione della stessa regola, in quanto la condivisione del suo contenuto rappresenta una autonoma ragione per l'azione. Viceversa, se si intende in modo diverso dalla condivisione del contenuto della regola, allora l'idea di accettazione non riesce a fornire alcun elemento ulteriore rispetto all'idea di "interiorizzazione" – anch'essa suggerita da Hart – ossia all'idea secondo la quale l'agente tratta la regola come una ragione per l'azione<sup>50</sup>.

Ma perché – si chiede Schauer – un agente «dovrebbe ritenere (o ritiene) l'esistenza di una regola come una ragione per l'azione»<sup>51</sup>? Si noti che questa domanda assume rilievo, nell'ottica appena accennata, soltanto quando l'agente, in assenza della regola, potrebbe ritenere esistente una ragione per l'azione orientata in senso diverso da quello verso il quale spinge quest'ultima. Si noti ancora che in questa analisi non deve essere considerato il caso in cui l'agente si risolve ad agire conformemente alla regola esclusivamente per il timore della sanzione, poiché in tale circostanza *non è direttamente la regola a rappresentare la ragione per l'azione*: piuttosto, è la ragione prudenziale che spinge l'agente a voler evitare la sanzione. In altre parole, Frederick Schauer si chiede se oltre alle ragioni morali e a quelle prudenziali legate al timore della sanzione ve ne possano essere altre a spingere ad adottare un comportamento conforme alla regola.

La risposta è positiva. La regola in quanto tale infatti, rappresenta secondo Schauer una ragione per l'azione indipendente dal suo contenuto in tutta una serie di circostanze, tra le quali – per quel che qui interessa – possiamo menzionare l'argomento dell'efficienza, la "deferenza epistemica", la "deferenza morale", la soluzione di problemi di coordinazione sul modello del dilemma del prigioniero<sup>52</sup>.

L'argomento dell'efficienza si riferisce alla circostanza secondo la quale in talune (frequenti) circostanze per il decisore è molto più conveniente non dover ripetere in proprio il complesso processo valutativo necessario ad adottare una decisione in una determinata circostanza. Ciò «dà la possibilità al

<sup>49</sup> Cfr., in part., F. SCHAUER, *Le regole del gioco. Un'analisi filosofica delle decisioni prese secondo le regole nel diritto e nella vita quotidiana*, trad. it., il Mulino, Bologna 2000, 198 ss.

<sup>50</sup> F. SCHAUER, *Le regole del gioco*, cit., 197-198.

<sup>51</sup> F. SCHAUER, *Le regole del gioco*, cit., 198.

<sup>52</sup> F. SCHAUER, *Le regole del gioco*, cit., 200 ss., 229-234 e 252 ss.

decisore di fare altre cose e, nell'ottica più ampia dell'intero ambiente decisionale, evita una moltiplicazione di sforzi»: affidarsi ad una regola può dunque essere vantaggioso<sup>53</sup>.

L'espressione "*deferenza epistemica*" allude a quelle circostanze nelle quali il decisore ha maggior fiducia nella capacità valutativa, dal punto di vista conoscitivo, del soggetto che ha posto la regola, mentre l'espressione "*deferenza morale*" – per la verità non utilizzata, diversamente dalla precedente, da Schauer – si riferisce ai casi in cui il decisore confida più in chi pone la regola che in sé stesso dal punto di vista morale<sup>54</sup>.

L'evocazione della *soluzione di problemi di coordinazione*, infine, per certi versi rimanda alle riflessioni volte a leggere in questa chiave l'obbligo di obbedire al diritto alle quali ci si è riferiti più sopra. Con una significativa differenza, però. In quei casi la prospettiva convenzionalista tentava di fornire una risposta valida in generale circa le ragioni giustificative dell'obbedienza al diritto. L'affermazione che la accettazione di una regola – e, per quel che ci riguarda, l'accettazione della regola di riconoscimento – possa essere sostenuta dall'esigenza di risolvere un problema di coordinazione, infatti, nella ipotesi che si sta valutando non è spesa per sostenere in generale la giustezza dell'argomento nell'ambito del ragionamento pratico, ma per affermare la razionalità di una simile prospettiva dal punto di vista dell'agente che abbia determinate caratteristiche.

In particolare, un agente potrà razionalmente trattare la regola come una ragione per l'azione anche se non ne condivide il contenuto, in quanto realizza la soluzione di un problema di coordinazione, innanzi tutto ove:

- a) sia caratterizzato dalla indifferenza morale nei confronti del modo in cui viene risolto il problema di coordinazione, ma ritiene necessario che questo problema venga risolto.

Più sopra si è evidenziato come la possibilità di interpretare il diritto alla stregua della soluzione di un problema di coordinazione sia stata criticata ritenendo altamente implausibile che la scelta della norma di riconoscimento per il cui tramite risolvere tale problema possa essere caratterizzata da quella indifferenza tra le diverse possibili opzioni che caratterizza la struttura di un problema di coordinazione. Ed in effetti, considerando che chi si ritrova nella posizione *sub a*) può a buon diritto

<sup>53</sup> F. SCHAUER, *Le regole del gioco*, cit., 201 e 229 ss. Le parole citate nel testo si trovano alla pagina 230.

<sup>54</sup> F. SCHAUER, *Le regole del gioco*, cit., 201 e 203.



essere ascritto al c.d. “giuspositivismo ideologico” teorizzato da Bobbio<sup>55</sup>, tale posizione non può certo essere considerata paradigmatica dei partecipanti al gioco del diritto.

La questione merita però una considerazione un po’ più analitica.

Traendo spunto da Andrei Marmor, il quale osserva efficacemente che la nozione di “arbitrarietà” che deve caratterizzare le convenzioni è graduabile in funzione delle preferenze dei partecipanti<sup>56</sup>, è plausibile ritenere che una regola potrà essere accettata come ragione per l’azione anche ove il decisore:

- b) non sia caratterizzato da tale indifferenza morale, non condividendo il modo in cui la regola di riconoscimento risolve il problema di coordinazione, ma ritiene preferibile che questo problema sia comunque risolto (in qualunque modo) rispetto all’ipotesi in cui il problema non sia risolto affatto.

Anche questa posizione può forse essere ricondotta ad una forma di giuspositivismo ideologico, seppur decisamente più blanda della precedente<sup>57</sup>. È però possibile andare oltre. Approfondendo il modo di ragionare accennato, è possibile immaginare un decisore che:

- c) non aderisca moralmente alla regola di riconoscimento, e non sia disposto a seguire una qualsiasi regola di riconoscimento, ma ritiene preferibile, tutto considerato, che si segue quella regola di riconoscimento anziché che non se ne segua alcuna.

In tale circostanza il decisore che (ad esempio) ritiene moralmente riprovevole la regola di riconoscimento considerata annette alla medesima un disvalore inferiore rispetto a quelle di *altre* regole di riconoscimento. Inoltre connette all’ipotesi della assenza di *una qualsiasi* regola di riconoscimento un disvalore inferiore all’esistenza di queste ultime, ma superiore all’esistenza della regola di riconoscimento considerata.

In tutti questi casi l’agente tratterà la regola di riconoscimento come una ragione per l’azione, senza però dividerne moralmente il contenuto.

Questa lunga parentesi ha consentito di mostrare che la posizione di chi pone in essere il comportamento critico-riflessivo nel quale si sostanzia il *punto di vista interno (III)* – di chi tratta la regola di riconoscimento come una ragione per l’azione – non è sovrapponibile alla posizione di chi è caratterizzato

<sup>55</sup> N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Comunità, Milano 1977, 110 ss. Sul punto si veda anche F. MODUGNO, *Validità (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, vol. XLVI, Giuffrè, Milano 1993, 7.

<sup>56</sup> A. MARMOR, *Positive Law and Objective Values*, cit., 10 ss.

<sup>57</sup> Cfr. ancora N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., 110, il punto 2) ivi considerato.

dal *punto di vista interno (IV)*, ossia di chi condivide moralmente il contenuto della regola e si adegua ad essa in virtù di questa considerazione.

Alla luce di queste considerazioni è possibile proporre una ulteriore riformulazione della tesi sull'interpretazione giuridica proposta più sopra:

- iii) chi interpreta il diritto può limitarsi ad essere un osservatore dello specifico sistema giuridico considerato, ma deve necessariamente procedere ad una mappatura delle ragioni che chi è caratterizzato dal *punto di vista interno (II)* ha per obbedire al diritto e chi è caratterizzato dal *punto di vista interno (III)* ha per adottare l'atteggiamento critico riflessivo.

## 12. *Le ragioni per obbedire al diritto e l'interpretazione giuridica*

Nelle pagine precedenti si è cercato di mostrare come *ER* abbia buone carte da giocare come tesi generale circa il diritto. Si è visto però come ciò non pregiudichi una diversa analisi sul fronte del ragionamento pratico, e come fare riferimento a quest'ultimo sia invece importante nell'ambito del discorso giuridico concernente specifici ordinamenti. In particolare, per porre in essere proposizioni interpretative del diritto in essi vigente. Più avanti questa tesi verrà studiata in modo più approfondito, con particolare riferimento ai moderni ordinamenti costituzionali caratterizzati da un forte pluralismo. Ciò che però è necessario mettere in evidenza sin dall'inizio è che non tutte le ragioni per obbedire al diritto operano allo stesso modo nel fornire ragioni per interpretare le disposizioni vigenti.

Al riguardo – procedendo sinteticamente e con inevitabili semplificazioni – è possibile affermare quanto segue.

Il partecipante che non pone in essere le pratiche di accettazione del diritto – dunque, un soggetto che sia caratterizzato dal *punto di vista interno (II)* ma non dal *punto di vista interno (III)* – ha quale ragione per obbedire al diritto il timore della sanzione. Dunque i suoi processi interpretativi saranno guidati esclusivamente dal fine di evitare tale conseguenza. Essi saranno “parassitari” rispetto a quelli sviluppati da coloro che hanno il *punto di vista interno (III)*. Nel senso che la direzione da essi prescelta dipenderà da quella prescelta dai primi, poiché il fine di questi processi interpretativi è quello di individuare il miglior modo di sfuggire alle sanzioni comminate da chi ha il *punto di vista interno (III)*<sup>58</sup>.

<sup>58</sup> Per “parassitarietà”, in questa sede, si intende dunque qualcosa di significativamente diverso dal senso in cui questa parola è sovente utilizzata nel dibattito giusfilosofico. Si veda, ad es., A. SCHIAVELLO, *Perché obbedire al diritto*, cit., 162, ove si afferma che «tutti gli atteggiamenti che si possono immaginare in relazione alle norme sono (...) “parassitari” rispetto a quello di coloro i quali ritengono le norme adeguate da un punto di vista morale», in quanto «mentre è possibile

All'interno di questa classe di soggetti è necessario distinguere tra coloro che condividono moralmente la norma di riconoscimento e coloro che non la condividono, ma hanno ragioni diverse dalla adesione morale per trattarla come una ragione per l'azione. Queste ragioni spingeranno costoro ad avere un obiettivo parzialmente comune ai soggetti caratterizzati dal *punto di vista interno (IV)*, ma connotato in senso più blando rispetto ad essi. Ad esempio, è possibile affermare che i primi ritengono desiderabile un sistema giuridico *in quanto tale*, mentre i secondi ritengono desiderabile *lo specifico sistema giuridico fondato dalla norma di riconoscimento considerata*.

Se si condivide quanto affermato sin qui, è agevole la conclusione secondo la quale le ragioni per obbedire al diritto di chi condivide solo il *punto di vista interno (III)* non stanno sullo stesso piano di quelle di chi condivide anche il *punto di vista interno (IV)*. Le prime, infatti saranno parassitarie nei confronti delle seconde, nel senso indicato più sopra.

### 13. Una possibile obiezione e una replica

È necessario, a questo punto, prendere in considerazione una obiezione che potrebbe essere avanzata nei confronti della ricostruzione sin qui proposta.

Questa obiezione potrebbe essere articolata come segue. Si potrebbe osservare che, ad onta di tutte le differenze che si sono volute segnalare, le argomentazioni proposte nel paragrafo precedente conducano comunque alla negazione della tesi della “equipollenza delle ragioni”. Quantomeno, alla versione moderata della critica a quest'ultima: versione che non nega la possibile esistenza di più ragioni per accettare il diritto, ma che conferisce tra queste un “privilegio” alla condivisione morale della norma di riconoscimento, affermando che ogni altra ragione non può che essere “parassitaria” nei suoi confronti.

Al riguardo, è possibile evidenziare come la bontà della proposta hartiana – almeno nella sua versione originaria, prima della c.d. “svolta convenzionalistica” – consista proprio nella sua assoluta “neutralità”. Hart ci consegna uno strumento in grado di svolgere (tra gli altri) due importanti compiti: *a)* innanzi tutto, quello di *identificare* gli ordinamenti giuridici, e dunque di distinguerli da fenomeni sociali differenti, mediante un criterio “universale”<sup>59</sup>; *b)* in secondo luogo di spiegare l'errore della prospettiva austriana, evidenziando la differenza tra “avere un obbligo” ed “essere obbligati”.

ipotizzare il caso in cui una norma sia accettata in senso forte da tutti, non è pensabile invece che il comportamento prescritto da una regola non sia effettivamente approvato da alcuno». Cfr., ad ogni modo, quanto si è avuto modo di evidenziare *supra*, al par. 5.

<sup>59</sup> Il punto è efficacemente illustrato ed argomentato da J. DICKSON, *Is the Rule of Recognition Really a Conventional Rule?*, cit., 373 ss.

Per svolgere il primo di questi compiti la struttura dell'impianto hartiano non può che essere rigorosamente neutrale, e rinunciare a formulare affermazioni concernenti le *ragioni* per le quali coloro che pongono in essere l'atteggiamento critico riflessivo adottano questo comportamento. Se così non fosse – come si è già argomentato più sopra – ci si precluderebbe la possibilità di leggere come fenomeno giuridico ordinamenti di collettività che non condividono con noi lo stesso catalogo di ragioni (giustificative) per l'azione. Se così non fosse, inoltre, ci si precluderebbe la possibilità di comprendere il funzionamento di sistemi giuridici caratterizzati soltanto dall'esistenza del *punto di vista interno (III)*. L'esempio già più volte evocato dell'ordinamento in cui tutti i funzionari riconoscono il diritto in un determinato modo perché costretti da uno Stato straniero è particolarmente utile al riguardo.

Sul punto è necessario essere chiari. L'importanza della neutralità della struttura hartiana è connessa alla sua universalità. Il suo dominio è il settore più generale della teoria del diritto. Essa consente di identificare il fenomeno giuridico, ovunque si presenti, e di distinguerlo da altri fenomeni. Ciò non toglie, tuttavia, che spostandoci sul terreno della filosofia pratica sarà possibile interrogarsi sulle condizioni che rendono valide ragioni giustificative per l'azione una norma di riconoscimento, né che – studiando più da vicino gli ordinamenti giuridici di cui abbiamo (maggiore) esperienza – sarà possibile ritenere che in essi non manchi mai una classe di soggetti caratterizzata dal *punto di vista interno (IV)*. Evidentemente, infine, in questo secondo caso, sarà legittimo porre in essere affermazioni circa la il maggiore rilievo nelle relazioni infraordinamentali della posizione di chi pone in essere l'atteggiamento critico-riflessivo prendendo le mosse da questo punto di vista. Ma ciò non toglie che la sede di questo discorso non sarà quella dei discorsi concernenti i caratteri “definitivi” di un ordinamento giuridico, ma quella di una classe, seppur estremamente vasta ed importante, di ordinamenti.

Nelle pagine che seguono proverò a mettere a frutto le tesi più sopra abbozzate per trarre qualche conclusione circa l'interpretazione costituzionale nei moderni ordinamenti pluralistici. A questo fine, tuttavia, sarà necessario fare riferimento alle riflessioni di Ronald Dworkin, alle quali è opportuno ora dedicare un po' di attenzione.

#### 14. *Una rilettura di alcune teorie dworkinane sull'interpretazione. Alcune considerazioni preliminari*

Ronald Dworkin è molto noto, tra l'altro, per una serie di tesi, concernenti l'interpretazione giuridica, portatrici di una indubbia carica di innovatività rispetto al dibattito preesistente. Queste tesi – talvolta anche vivamente contestate – hanno inoltre influito fortemente nel dibattito successivo. È

dunque difficile sopravvalutarne la portata. Ad ogni modo, tra i meriti più significativi di questo Autore è certamente collocabile quello di aver attirato l'attenzione sulla centralità dell'interpretazione nel fenomeno giuridico.

In questo e nei successivi paragrafi saranno richiamate sommariamente e schematicamente alcune di queste tesi, per mostrare come esse possano trovare, alla luce del percorso sin qui svolto, una certa conferma, sia pure in un contesto teorico molto differente e nonostante diverse precisazioni e modifiche di non poco conto.

Al riguardo, è possibile prendere le mosse da una questione che più sopra è stata deliberatamente messa da canto. Essa riguarda la possibilità o la impossibilità di descrivere un sistema giuridico (o alcune norme di questo sistema giuridico) senza impegnare il proprio sistema di valori. In quanto precede è stato dato per scontato che ciò possa accadere, e su questo presupposto sono state elaborate le tesi ivi sostenute. La questione deve essere ora affrontata un po' più da vicino.

Le posizioni che negano questa possibilità devono a loro volta essere suddivise in tre differenti filoni.

1) Innanzi tutto, si può ritenere impossibile realizzare processi di conoscenza giuridica senza impegnare il proprio apparato valoriale in base ad una posizione epistemologica che neghi la valutatività della conoscenza scientifica. Da questo punto di vista, la tesi in questione non rappresenta che la spendita, in un campo specifico, di una tesi filosofica generale<sup>60</sup>. In conseguenza, la sua importanza per l'indagine condotta in questa sede può essere relativizzata. È infatti possibile ritenere che anche l'osservatore metta in gioco le proprie premesse valutative nel relazionarsi al diritto vigente in un ordinamento al quale non prende parte, senza però negare la distinzione della sua posizione rispetto ad un soggetto che vi partecipi, ad uno che partecipi del *punto di vista interno (III)*, e – a più forte ragione – di coloro che adottano l'atteggiamento critico riflessivo per adesione morale alla norma di riconoscimento. In altre parole, la pur importante questione della (a)valutatività della conoscenza scientifica non pregiudica quella concernente la necessità o meno di dare la propria lettura assiologicamente orientata dei principi che stanno alla base di un ordinamento. L'osservatore non partecipante – seguendo il percorso tracciato sin qui – dovrà porre in essere processi di interpretazione

<sup>60</sup> V. VILLA, *Teorie della scienza giuridica e teorie delle scienze naturali: modelli ed analogie*, Giuffrè, Milano 1984, *passim*. Di questa tesi è possibile anche fornire una versione più debole, secondo la quale non può essere escluso che alla attività di conoscenza scientifica partecipino anche giudizi di valore, ma ciò deve essere verificato di volta in volta. Sul punto cfr. ancora V. VILLA, *I giudizi di valore nella conoscenza giuridica*, in S. PAJNO, G. VERDE (a cura di), *Alla ricerca del diritto ragionevole. Esperienze giuridiche a confronto*, Giappichelli, Torino 2004, 287 ss., spec. 325.

giuridica cercando di conoscere le ragioni che spingono i partecipanti ad obbedire al diritto, anche se – ove si accolga la prospettiva epistemologica sopra accennata – questi processi conoscitivi verranno inevitabilmente filtrati dalla propria prospettiva valutativa.

2) Una ragione per ritenere imprescindibile la compromissione valutativa nei processi di interpretazione giuridica può inoltre essere individuata nella circostanza che, in tale attività, si ha a che fare con “valori”. E – come ormai sovente si afferma – «c’è bisogno di valori per trattare con valori»<sup>61</sup>. Anche questo è un tema molto importante, ma anch’esso ha probabilmente una incidenza limitata sulla questione che qui si sta specificamente trattando. Chi sostiene questa tesi non ritiene che sia possibile “trattare valori come fossero fatti”<sup>62</sup>. Da questo punto di vista è possibile sostenere la necessità della compromissione valutativa della conoscenza giuridica a causa di quella che può essere chiamata la ineliminabile sottodeterminazione dei valori (o dei sistemi di valori). Quand’anche essi vengano presi in considerazione senza aderirvi, quali dati offerti dall’osservazione, la loro specificazione necessita infatti di un ulteriore giudizio di valore<sup>63</sup>.

3) Da ultimo, vanno menzionate le tesi di Dworkin, che avanzano pretese molto più esigenti circa la compromissione valutativa dell’interprete del diritto, ed in particolare del giudice.

In particolare, tra esse è possibile menzionare le seguenti, che sinteticamente possiamo indicare mediante l’espressione dworkiniana “*Law as interpretation*”<sup>64</sup>:

- a) la teoria interpretativa del diritto, che afferma che il diritto è una pratica sociale per la comprensione della quale è necessario fornire una

<sup>61</sup> Cfr., ad es., V. VILLA, *I giudizi di valore*, cit., 327. Questa prospettiva è vivamente criticata, invece, da M. BARBERIS, *Diritto: com’è / come deve essere. Hart, Dworkin e la teoria del diritto*, in *Ragion pratica*, 2003, 325 ss., spec. 342.

<sup>62</sup> Così V. VILLA, *Storia della filosofia del diritto analitica*, il Mulino, Bologna 2003, 94. Nell’ottica contestata da questo Autore, per dirla con Hart, «la descrizione rimane tale, anche quando ciò che viene descritto consiste in una valutazione» (H.L.A. HART, *Poscritto*, cit., 314).

<sup>63</sup> In altre parole, è certamente possibile procedere alla conoscenza di valori giuridici senza dividerli. Nella applicazione concreta di tali valori, tuttavia, sarà necessario scegliere tra più possibili letture di quel valore, e tale scelta sarà a sua volta frutto di un giudizio di valore (cfr. in tal senso – se si è ben inteso – V. VILLA, *I giudizi di valore*, cit., 329). Ancora (ma le due motivazioni non sono alternative), sarà necessario compiere una opzione circa la concreta lettura di uno specifico valore quando sarà necessario coordinarlo con altri presenti nel medesimo ordinamento (Id., *Conoscenza giuridica e concetto di diritto positivo. Lezioni di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino 1993, 237-238).

<sup>64</sup> R. DWORKIN, *Law’s Empire*, cit., 45 ss.; Id., *Law as interpretation*, in *Critical Inquiry*, vol. 9, No. 1, *The Politics of Interpretation* (Sept., 1982), 179-200.

- interpretazione della pratica stessa, e che assegna al giudice il ruolo di mettere in gioco la propria concezione del diritto e portare argomenti (anche) di natura morale per difendere la propria scelta negli *hard cases*<sup>65</sup>;
- b) la teoria dell'interpretazione giuridica come interpretazione creativa, che afferma che l'interprete deve mettere in gioco la propria personale visione di come valorizzare al meglio il materiale che interpreta, in modo non dissimile dal critico letterario.

È evidente che queste tesi – ed in particolare la seconda – hanno una propria specificità ove con esse si voglia alludere ad un ruolo delle valutazioni nel processo di interpretazione giuridica che va oltre quello legato all'approccio epistemologico sopra accennato, che sostiene le tesi *sub* 2) e 3). Ed in effetti, nella prospettiva dell'allievo statunitense di Hart, la compromissione valoriale dell'interprete non è legata ad un irrinunciabile filtro valutativo in qualunque operazione di conoscenza, né alla ineluttabilità di ciò quando quel che si deve “conoscere” è costituito da valori. Piuttosto, dipende dalle caratteristiche dell'oggetto-diritto.

Al riguardo – prima di dedicarci specificamente a *Law as interpretation* – è possibile osservare quanto segue.

Le tesi 1), 2) e 3) sono analiticamente distinguibili, e possono – almeno in parte – essere accettate anche disgiuntamente. In particolare, è possibile ritenere che sussista una specificità della conoscenza dei valori che implichi una particolare compromissione valutativa (2) senza sposare la più generale tesi della necessaria valutatività della conoscenza scientifica (1), né quella del peculiare ruolo dell'interprete e del giudice nel gioco del diritto (3). Allo stesso modo, la tesi 3) non deve necessariamente accompagnarsi ad una prospettiva epistemologica che accolga la 1) e la 2). Viceversa, ove si accolga la tesi epistemologica generale (1), deve condividersi anche la tesi 2), che rappresenta un caso particolare della medesima.

Un eventuale rifiuto delle tesi dworkinane, dunque, non comporta per ciò solo una acritica adesione alla netta (e classica) separazione tra il *diritto come è* e il *diritto come deve essere*. In altre parole, la generalissima tesi secondo la quale l'interprete partecipa, anche tramite le proprie opzioni di valore, alla creazione dell'oggetto della sua attività mentre lo conosce non è sostenibile soltanto dalla specifica prospettiva offerta da *Law as interpretation*. È quindi necessario procedere analiticamente. Guardiamo Dworkin un po' più da vicino.

<sup>65</sup> «Secondo le teorie interpretative, in altre parole, è possibile dire qual è il diritto in un caso concreto attraverso un confronto argomentativo fra i sostenitori di concezioni giuridiche diverse» (A. SCHIAVELLO, *Diritto come integrità: incubo o nobile sogno? Saggio su Ronald Dworkin*, Giappichelli, Torino 1997, 122).

### 15. Law as interpretation: *una introduzione*

Per Ronald Dworkin il diritto è un “concetto interpretativo”. Con questa espressione il noto studioso statunitense intende affermare che non è possibile comprendere il diritto se non mediante un “approccio interpretativo” che consta di due aspetti: *i*) la supposizione dell’esistenza di valori e finalità serviti dalla pratica giuridica considerata; *ii*) la supposizione che i comportamenti ammessi o vietati dal diritto «non sono sempre necessariamente o esclusivamente identici in ogni tempo ma dipendono invece dalla percezione della loro finalità a tal punto che queste rigide regole devono essere comprese o applicate, estese o modificate, specificate o limitate in base di quella finalità»<sup>66</sup>.

Ciò comporta che, quando si cercherà di capire cosa il diritto impone nei casi concreti, chi decide dovrà spendere il proprio atteggiamento interpretativo sia nei confronti del punto *i*), che nei confronti del punto *ii*). Da qui quello che Dworkin chiama “disaccordo teoretico” nel diritto: ossia la situazione in cui si trovano più partecipanti al medesimo ordinamento giuridico che non concordano su quanto prescrive il diritto nel caso concreto perché dissentono sulla interpretazione di quanto indicato al primo punto, di quanto indicato al secondo punto, o di quanto indicato in ambedue.

È necessario a questo punto focalizzare l’attenzione su cosa si intende per *interpretazione*, ed in particolare su come debba essere configurata l’interpretazione giuridica.

Per Ronald Dworkin esiste un parallelo tra questo tipo di interpretazione e l’interpretazione di un’opera d’arte. L’interprete di un’opera d’arte non cerca di “scoprire” l’esatto modo in cui l’autore intendeva quest’ultima. Viceversa, cerca di presentare ciò che deve “interpretare” nella sua luce migliore, in base (anche) al modo in cui egli intende la forma artistica considerata, e dunque in base alle sue assunzioni di valore circa quest’ultima.

Allo stesso modo, l’interprete di una pratica sociale come il diritto dovrà attribuire «un determinato valore in base agli interessi, agli scopi o ai principi che (il diritto) potrebbe servire, esprimere o esemplificare»<sup>67</sup>. Nel far ciò

«each interpreter’s choice must reflect his view of which interpretation proposes the most value for the practice—which one show it in the better light, all things considered»<sup>68</sup>.

<sup>66</sup> R. DWORKIN, *Law’s Empire*, cit., 47. La traduzione è quella de *L’impero del diritto*, trad. it., il Saggiatore, Milano 1989, 50.

<sup>67</sup> R. DWORKIN, *Law’s Empire*, 52. La traduzione è quella de *L’impero del diritto*, cit., 54. Nel testo la proposizione citata si riferisce non specificamente al diritto, ma più in generale ad ogni «usanza sociale».

<sup>68</sup> R. DWORKIN, *Law’s Empire*, 52-53.



Questo tipo di attività interpretativa non è sovrapponibile a quello che Dworkin chiama “conversazionale”, e che consisterebbe (nel caso del diritto) nel cercare di intendere cosa ciascuno, o qualcuno, dei partecipanti all’ordinamento considera diritto vigente nei casi concreti<sup>69</sup>. Lo studioso che voglia interpretare il diritto dovrà andare oltre, e «usare i metodi di cui si servono» questi ultimi «per formulare le loro opinioni in merito a ciò che (il diritto) impone effettivamente»<sup>70</sup>. A questo fine «deve *prender parte* alla pratica che si è proposto di studiare»<sup>71</sup>: in tal modo,

«le sue conclusioni non saranno (...) semplici resoconti neutrali su ciò che pensano i cittadini (...) bensì affermazioni (...) che possono *porsi in competizione* con quelle degli altri cittadini»<sup>72</sup>.

Per evidenziare il ruolo delle proposte interpretative che si contendono legittimamente il campo in un determinato sistema giuridico Dworkin utilizza la distinzione tra *concetto* e *concezioni*. Il primo è individuato dalle affermazioni più “generalì” e “astratte” su cosa prevede il diritto, che deve essere necessariamente condiviso da tutte le ricostruzioni in competizione. Queste sono le “*concezioni del concetto*”<sup>73</sup>. La “scelta interpretativa” tra le diverse concezioni che legittimamente si possono contendere il campo è guidata da assunzioni di *political theory*, in base alle quali è possibile porre l’oggetto dell’interpretazione in quella che, secondo l’interprete, è “la miglior luce possibile”<sup>74</sup>. Secondo *Law as interpretation*, dunque, gli interpreti (della Costituzione, ma non solo) sono

<sup>69</sup> Su questo modo di concepire l’interpretazione giuridica, problematicamente, cfr. B. Celano, *Ragionamento giuridico: tre questioni chiave, e cosa (non) può fare la filosofia al riguardo*, in *Differenza culturale e minoranze nello spazio pubblico europeo. Quaderni di Diritto & Questioni pubbliche*, duepunti edizioni, Palermo 2007, 111 ss.

<sup>70</sup> R. DWORKIN, *Law’s Empire*, 64, nella traduzione più volte citata, 65.

<sup>71</sup> R. DWORKIN, *Law’s Empire*, 64. L’originale inglese recita «*join the practice*», che non è reso adeguatamente dalla traduzione italiana in commercio, ove si legge, invece, che interprete deve «*condividere* l’usanza che si è proposto di studiare». È evidente – alla luce delle riflessioni svolte in questa sede sulla nozione di “punto di vista interno” – che quel “condividere” è carico di ambiguità non presenti nel testo originale.

<sup>72</sup> R. DWORKIN, *Law’s Empire*, 64, nella traduzione citata, 65. Nel testo i passi in questione sono riferiti non al diritto ma alle prescrizioni esistenti nella “comunità di Cortesia”, esempio immaginario di cui L’Autore si serve per spiegare il suo punto di vista.

<sup>73</sup> R. DWORKIN, *Law’s Empire*, cit., 71.

<sup>74</sup> Ad esempio, in relazione alla *Equal Protection Clause* della Costituzione degli Stati Uniti, Dworkin afferma: «There can be no useful interpretation of what that clause means which is independent of some theory about what political equality is and how far equality is required by justice, and the history of the last half-century of constitutional law is largely an exploration of exactly these issues of political morality» (R. DWORKIN, *Law as interpretation*, cit., 199).

accomunati, ad un alto livello di astrazione, dalla visione del “concetto” di ciò che devono interpretare, mentre, ad un livello di astrazione più basso si contendono il campo proponendo diverse “concezioni” di quest’ultimo, in base alle *proprie* assunzioni di moralità politica<sup>75</sup>.

#### 16. Law as interpretation e punto di vista interno

La nozione di “punto di vista interno” non è sconosciuta a *Law as interpretation*. Tutt’altro<sup>76</sup>. Il modo in cui Dworkin configura questa nozione tuttavia è ancor meno chiaro di quanto essa risulti nelle elaborazioni di Hart e di coloro che hanno proseguito sulla strada da questi tracciata. Il suo approccio al riguardo è stato inoltre oggetto di numerosi studi che hanno cercato di far chiarezza sul punto<sup>77</sup>. Per tali motivi – non essendo questo un saggio volto a ricostruire il pensiero del giurista-filosofo americano – in ciò che segue ci si limiterà a relazionarsi con *Law as interpretation* facendo uso dello schema elaborato nella prima parte del presente scritto.

Possiamo dare per scontato che per Dworkin l’interprete deve condividere il *punto di vista interno* (I). Deve però necessariamente essere un partecipante? Il passo appena citato sembra deporre in senso negativo. Non è necessario *essere* un partecipante. Lo è, invece, *sapersi comportare* come un partecipante a quello specifico ordinamento giuridico, poiché sarà necessario prendere le mosse dai valori, fini o interessi che caratterizzano quest’ultimo, ed essere in grado di fare affermazioni sul contenuto del diritto in grado di porsi “in competizione” con quelle dei partecipanti. Si tratta di una posizione sovrapponibile a quella definita nelle pagine che precedono: non è sufficiente conoscere le regole del “gioco-diritto”. È indispensabile avere familiarità con il modo in cui giocano i partecipanti all’ordinamento specificamente considerato.

Il passo successivo è chiedersi se in *Law as interpretation* è necessario condividere il *punto di vista interno* (IV). Se, cioè, l’interprete debba non soltanto *capire i valori di riferimento e sapersi comportare in base ad essi*, ma anche aderirvi.

Non è facile rispondere a questa domanda. Si potrebbe infatti affermare che quest’ultimo passaggio non è logicamente necessario. Che è possibile sviluppare l’abilità di *comportarsi da partecipante* non solo senza esserlo, ma

<sup>75</sup> «The contrast between concept and conception is here a contrast between levels of abstraction at which the interpretation of the practice can be studied» (R. Dworkin, *Law’s Empire*, cit., 71).

<sup>76</sup> R. DWORKIN, *Law’s Empire*, cit., 11-15.

<sup>77</sup> Cfr., ad es., M. MANDEL, *Dworkin, Hart and the Problem of theoretical Perspective*, in *Law & Society Review*, 14, 1, (1979), 57 ss., spec. 59-60 e 66.

anche senza condividere i valori di fondo della pratica. D'altra parte sono state proposte letture del pensiero di Dworkin sul punto che, valorizzando soprattutto alcuni passi di *Law's Empire*<sup>78</sup>, affermano l'impossibilità, secondo quest'ultimo, di comprendere compiutamente un sistema giuridico fondato su valori profondamente differenti rispetto a quelli di chi tenta di comprenderlo<sup>79</sup>. Ci sono però alcuni passi del medesimo libro che offrono buone ragioni per accogliere l'ipotesi opposta. Vediamo quali.

### 17. Justice Siegfried in azione

È noto che *Hercules* è il giudice-modello ipotizzato da Dworkin, caratterizzato da una concezione del diritto del tipo di quella proposta da quest'ultimo, il quale, con capacità sovrumane e senza essere vincolato a limiti di tempo, è in grado di trovare la *right answer* per i casi sottoposti al suo giudizio. Si tratta di una figura di centrale importanza per la comprensione del suo apparato teorico<sup>80</sup>. Non meno centrale, però (almeno per i fini che interessano in questo scritto), è la figura di *Siegfried*.

Dworkin chiama *Siegfried* il giudice di un ordinamento giuridico (che noi consideriamo) malvagio<sup>81</sup>. Poi ipotizza che *Siegfried* si trovi dinanzi ad un "caso difficile", che deve essere risolto, da costui, offrendo la propria visione di come ricostruire al meglio il materiale giuridico di cui si dispone. A questo punto distingue due differenti ipotesi. Nella prima siamo chiamati a dire come *Siegfried*, secondo noi, *dovrebbe risolvere* i casi difficili, mentre nella seconda siamo chiamati a dire come *risolverebbe* i casi difficili. Se accettiamo l'idea che *Siegfried*, pur essendo un giudice di un ordinamento giuridico malvagio, si comporterebbe davanti ai casi difficili in modo analogo a come ci comporteremmo noi, siamo in grado di porci con atteggiamento interpretativo (nel senso visto più sopra) anche nei confronti dei problemi giuridici dell'ordinamento giuridico malvagio. In queste circostanze, infatti, «*we put ourselves more fully in Siegfried's shoes and interpret from the point of view of the full set of his political and social convictions*»<sup>82</sup>. È evidente che mettersi

<sup>78</sup> Cfr., ad es., R. DWORKIN, *Law's Empire*, cit.: «Interpretative theories are by their nature addressed to a particular legal culture, generally the culture to which their authors belong».

<sup>79</sup> A. SCHIAVELLO, *Diritto come integrità*, cit., 111 e 200 ss.

<sup>80</sup> Al riguardo si veda R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, trad. it., il Mulino, Bologna 1982, 203 ss.; ID., *Law's Empire*, cit., 245 ss. Sul punto cfr. A. SCHIAVELLO, *Diritto come integrità*, cit., 231 ss.

<sup>81</sup> R. DWORKIN, *Law's Empire*, cit., 105 ss.

<sup>82</sup> R. DWORKIN, *Law's Empire*, cit., 107. Allo stesso modo, ci possiamo mettere nei panni degli antichi romani o di altri partecipanti a sistemi giuridici primitivi per capire come essi avrebbero deciso problemi giuridici.

nei panni di *Siegfried* sarà ancor più difficile che tentar di fare *Hercules*. Di qui, forse, l'incontestabile ambiguità di Dworkin circa il problema in questione. Da un punto di vista logico, però, nulla si oppone a questa operazione.

Quello sul quale ci si è appena soffermati è un passaggio di importanza centrale nell'opera di Ronald Dworkin. Sia per quel che riguarda una adeguata comprensione delle sue tesi, sia, più specificamente, in relazione a ciò che più conta nell'economia del presente saggio.

Del primo aspetto, come già detto, qui non ci si occupa *ex professo*. Può essere opportuno però evidenziare che l'esempio di *Justice Siegfried* mostra probabilmente la ingenerosità di alcuni critiche rivolte al pensatore statunitense, come ad esempio quella di aver elaborato una teoria concernente un sistema giuridico particolare (meglio, una classe di sistemi giuridici, ossia quelli della famiglia della contemporanea democrazia liberale), e dunque di non cogliere adeguatamente la differenza di piano che separa la sua propria teoria da quella di altri studiosi, su tutti, Herbert Hart.

È certo indubitabile che gran parte delle pagine dworkiniane devono essere collocate nell'ambito della ricostruzione del diritto di una specifica classe di ordinamenti. Quelle dedicate all'importantissima teoria del diritto come integrità deve senz'altro essere annoverata tra queste<sup>83</sup>. La teorizzazione di *Siegfried*, e la necessità di metterci nei suoi panni per capire il diritto di un ordinamento malvagio, tuttavia, mostra con chiarezza l'esistenza di una parte della elaborazione dworkiniana dedicata al diritto come categoria generale.

La ricorrente affermazione secondo la quale per interpretare il diritto dobbiamo cercare di darne quella che è, secondo noi, la lettura che lo proponga nella sua luce migliore, spendendo (anche) argomenti di natura morale – della *nostra* morale – dunque, vale in questi termini finché proviamo a fare *Hercules*, ossia finché ci impegniamo nel tentativo di interpretare un diritto del quale condividiamo le premesse etiche di fondo. È tuttavia possibile provare ad essere *Siegfried*, interpretando un diritto che noi riteniamo malvagio, e ponendo in essere affermazioni in grado di competere “alla pari” con i protagonisti di quell'ordinamento.

Alla luce di quel che si è detto sin qui, è evidente che la distinzione tra *Hercules* e *Siegfried* ricalca la adozione o meno del *punto di vista interno (IV)* in relazione ad un determinato ordinamento. Se ne condividiamo i presupposti etici di fondo, assumeremo il punto di vista interno in questo significato, e, ponendo in essere una attività di

<sup>83</sup> R. DWORKIN, *Law's Empire*, cit., 176 ss. Su *Law as integrity*, diffusamente, cfr. A. SCHIAVELLO, *Diritto come integrità*, cit., 148 ss.

interpretazione giuridica, proveremo ad essere *Hercules*. Se non ne condividiamo i presupposti etici di fondo, allora non saremo caratterizzati dal punto di vista interno in questa particolare accezione, e la nostra attività di interpretazione giuridica ci porterà a calarci nelle vesti di *Siegfried*.

È peraltro evidente che questa distinzione, con un piccolo mutamento di prospettiva, può essere intesa come trasversale a quella tra chi è caratterizzato dal *punto di vista interno (II)* e chi non lo è. Infatti si può essere partecipanti o non partecipanti di un ordinamento a prescindere dalla condivisione etica dei suoi assunti di fondo. È dunque possibile pensare ad un partecipante che – per interpretare il diritto dell'ordinamento di cui fa parte – debba provare a comportarsi come *Siegfried*. Un ebreo tedesco degli anni '30 che intendesse interpretare il diritto nazista si troverebbe esattamente in questa situazione.

Se ciò è vero, come si spiega, nella prospettiva dworkiniana, che la possibilità da ultimo presa in esame non pare essere contemplata per i moderni ordinamenti di democrazia liberale, dovendo l'interprete mettere sempre in gioco la *propria* visione etico-politica? Perché in questi ordinamenti chi interpreta il diritto cercherà sempre di essere *Hercules*?

Provare a rispondere a queste domande sarà utile, poiché consentirà di utilizzare le riflessioni proposte in questo scritto quali premesse per una teoria dell'interpretazione costituzionale spendibile nei moderni ordinamenti di cui facciamo parte.

### 18. A proposito di pluralismo e interpretazione costituzionale

Il primo punto “saldo” dal quale prendere le mosse può essere individuato nella tesi

- iii) chi interpreta il diritto può limitarsi ad essere un osservatore dello specifico sistema giuridico considerato, ma deve necessariamente procedere ad una mappatura delle ragioni che chi è caratterizzato dal *punto di vista interno (II)* ha per obbedire al diritto e chi è caratterizzato dal *punto di vista interno (III)* ha per adottare l'atteggiamento critico riflessivo.

Le argomentazioni a suo sostegno sono state proposte più sopra. Essa ci invita, innanzi tutto, a “mappare” le ragioni che i partecipanti all'ordinamento hanno per obbedire al diritto e per adottare l'atteggiamento critico-riflessivo. Condurre efficacemente questa operazione porta chi la compie ad avere un atteggiamento “ermeneutico” nei confronti del singolo ordinamento considerato. Si tratta di un passaggio necessario sia per il partecipante che per il non partecipante.

A questo punto si aprono diverse possibilità.

La prima che conviene prendere in considerazione è che, alla luce dei valori che l'interprete accoglie come propri, il giudice dell'ordinamento in questione gli appaia nelle vesti di *Siegfried*. In tal caso sarà evidentemente estromesso da coloro che sono caratterizzati dal *punto di vista interno (IV)*. Dovrà però calarsi nei loro panni per sviluppare delle pratiche interpretative in grado di porsi in competizione con le loro.

Come si è accennato nel paragrafo precedente, non c'è nessuna ragione per escludere che questa situazione caratterizzi anche un partecipante all'ordinamento. Ad esempio un soggetto che, pur essendo tale, non sia caratterizzato dal *punto di vista interno (III)*. Accogliendo la tesi della equipollenza delle ragioni, tuttavia, si può ritenere che anche un soggetto che adotta il comportamento critico-riflessivo può trovarsi in questa situazione. Si è provato a mostrare più sopra come le ragioni per obbedire al diritto – ma anche specificamente per adottare il comportamento critico riflessivo – siano alfine tributarie del punto di vista di coloro che condividono moralmente la norma di riconoscimento. Il partecipante che si trovi a far *Siegfried* dovrà dunque fare riferimento a questo punto di vista.

Ma perché, come ci dice Dworkin, oggi l'interprete del diritto dei moderni ordinamenti liberal-democratici non si trova mai a doversi calare nei panni di *Siegfried*? La risposta, che l'illustre studioso americano non fornisce, ma che può giungere dall'*iter* seguito in questo saggio, deriva dal compimento dell'operazione di "mappatura delle ragioni" in riferimento a questi ordinamenti.

### 19. Segue: *traendo spunto dall'esperienza italiana*

Sul punto può essere utile procedere guardando specificamente all'ordinamento italiano, ed alle elaborazioni teoriche che in relazione ad esso sono state sviluppate.

È noto che gran parte della teoria costituzionale italiana si è sviluppata prendendo le mosse – magari anche per criticarla – dalla teoria della costituzione materiale di Costantino Mortati. Seguendo le sue vicende è possibile proporre alcune considerazioni rilevanti in questa sede.

La teoria mortatiana, come è stato osservato<sup>84</sup>, ritiene di individuare il nesso tra "normalità e normatività" nella esistenza di un "partito politico dominante", il quale si raccoglie attorno ad un fine, o ad un coerente sistema di fini, capace, proprio in quanto "portato" dal partito dominante, di esercitare

<sup>84</sup> O. CHESSA, *Interpretazioni del pluralismo. Il diritto costituzionale tra stabilità e mutamento*, (ed. provv.), Giuffrè, Milano 2005.

forza normativa nei confronti dell'intero ordinamento. È una proposta teorica caratterizzata da un immanente e rigido monismo. In due sensi, fortemente connessi tra loro. In primo luogo, la costituzione materiale è monista nel senso che essa è portata da *un solo* soggetto politico, frutto dei processi di "specificazione e differenziazione" della società, che si impone agli altri soggetti dell'ordinamento. La costituzione materiale, inoltre, è monista nel senso che il fine che la caratterizza non può che essere uno: al più, è pensabile un sistema di fini intimamente coerente. Il "moto" impresso all'ordinamento deve essere uno, ed uno solo<sup>85</sup>.

Questo rigido monismo, nel corso del tempo, andrà stemperandosi nell'ambito della stessa elaborazione mortatiana, almeno per quel che riguarda il primo aspetto. Dal "partito politico dominante" – e passando per la precisazione secondo la quale quest'ultimo può anche essere frutto di una attività compromissoria tra più partiti<sup>86</sup> – in epoca repubblicana si arriva alla più vaga e sfuggente nozione di "classe governante": il referente reale della costituzione materiale è così esteso ben al di là della componente politico-partitica, fino ad abbracciare un ambito molto vasto e composito di forze sociali<sup>87</sup>.

Ove si consideri l'eco che l'elaborazione del Maestro calabrese ha avuto in altri ben noti contributi teorici della dottrina italiana, appare evidente come l'impatto del pluralismo repubblicano sia stato ben più ampio. È sufficiente pensare, al riguardo, a Giuseppe Guarino e Paolo Barile, i quali – prescindendo qui dagli aspetti che li dividono<sup>88</sup> – criticano Mortati per non aver adeguatamente considerato la "resistenza" offerta nei confronti della "classe governante" da parte di chi non vi è compreso.

Nelle interpretazione che in seguito sono state offerte dell'esperienza costituzionale italiana della dottrina della costituzione materiale rimane soprattutto l'insegnamento secondo il quale la validità di una costituzione riposta sulle spalle delle forze politiche dominanti. Il monismo, ormai ritenuto senz'altro inadeguato a spiegare il pluralismo costituzionale, viene ritenuto la

<sup>85</sup> La prima compiuta elaborazione della teoria mortatiana si trova, come è noto, in C. MORTATI, *La costituzione materiale*, Giuffrè, Milano 1998.

<sup>86</sup> C. MORTATI, *La Costituente*, Darsena, Roma 1945, spec. 197-199.

<sup>87</sup> C. MORTATI, *Costituzione (dottrine generali)*, in *Enc. dir.*, vol. XI, Giuffrè, Milano 1962, 139 ss.

<sup>88</sup> Sui quali si è soffermato soprattutto O. CHESSA, *Interpretazioni del pluralismo. Il diritto costituzionale tra stabilità e mutamento*, cit., 81 ss. Per gli Autori citati nel testo si vedano gli ormai classici G. GUARINO, *I decreti legislativi luogotenenziali sulla normatività della costituzione materiale*, ne *Il Foro penale*, I, Napoli, 1947, 113 ss., nonché ID., *Materia costituzionale, costituzione materiale, leggi costituzionali*, adesso in ID., *Dalla Costituzione all'Unione europea. Del fare diritto per cinquant'anni*, Jovene, Napoli 1994, 171 ss.; P. BARILE, *La costituzione come norma giuridica*, Barbera, Firenze 1951.

sua parte caduca<sup>89</sup>. Anche quella parte delle teorie dei valori cui ci si riferiva più sopra possono essere interpretate in questa chiave. Così, si leggono le vicende della Costituente, se non come espressive di un vero e proprio “contratto plurilaterale”, alla stregua di un compromesso che, lungi dal condurre alla identificazione di un sistema coerente di fini, ha determinato la iscrizione nella Carta costituzionale di “concessioni reciproche” tra le varie forze politiche ivi presenti. Non, dunque, uno o più “comandi costituenti”, ma «il riconoscimento o il rispecchiamento di una situazione pluralistica, accompagnata dal mutuo consenso al rispetto di tutte le posizioni che partecipano all’accordo costituzionale»<sup>90</sup>.

In alcune interpretazioni molto note – e ormai molto diffuse – si ritiene però che la prima legislatura repubblicana fosse caratterizzata dall’integrale dissolversi dell’unità nazionale nell’unità di maggioranza, la quale si faceva portatrice di «un autonomo progetto di unificazione politica su basi interclassiste», così «forte e pervasivo che non solo esclude momenti dialettici di tipo oppositivo in ambito istituzionale, ma tende ad attenuare ogni carica antagonistica potenzialmente connessa alla distinzione costituzionale tra unità maggioritaria e unità nazionale, prefigurando fra i due termini un rapporto di continuità rettilinea»<sup>91</sup>. Si tratta di una situazione costituzionale che, chiudendo al vertice ogni ipotesi pluralistica circa l’individuazione dei fini fondamentali, può essere agevolmente letta attraverso le lenti mortariane della costituzione materiale, relegando quindi sullo sfondo la costituzione formale di tipo “convenzionale”, la quale, conseguentemente, non è in grado di rappresentare il punto di riferimento valoriale delle “prestazioni di unità”.

Viceversa, a partire dai primi passi dell’attuazione costituzionale si è ritenuto che la Costituzione compromissoria abbia cominciato a dispiegare pienamente i propri effetti normativi, determinando quel “distacco” tra

<sup>89</sup> Una versione pluralista della teoria della costituzione materiale è di recente evocata da M. DOGLIANI, *Procedimenti, controlli costituzionali e conflitti nell’attività di governo*, in [www.associazioneanadecostituzionalisti.it](http://www.associazioneanadecostituzionalisti.it), 4. Cfr. anche ID., *Costituzione e sistema politico (appunti a margine del tentativo di riscrivere la Carta del 1947)*, in *Questione giustizia*, 1, 2005, 59 ss.

<sup>90</sup> Così G. ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Einaudi, Torino 2009, 231. Cfr. al riguardo anche E. CHELI, *Il problema storico della Costituzione*, adesso pubblicato nel volume col medesimo titolo, Esi, Napoli 2008, 23 ss., part. 47 ss. nonché, con una maggiore attenzione agli aspetti teorici generali, G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, il Mulino, Bologna 2008, 140 ss., 152-153 e 355 ss.

<sup>91</sup> A. BALDASSARRE, C. MEZZANOTTE, *Il Presidente della Repubblica fra unità di maggioranza e unità nazionale*, in *Quaderni costituzionali*, 1985, 5 ss.; cfr., inoltre, degli stessi autori, *Gli uomini del Quirinale. Da De Nicola a Pertini*, Laterza, Roma-Bari 1985; *Presidente della Repubblica e maggioranza di governo*, in G. SILVESTRI (a cura di), *La figura e il ruolo del Presidente della Repubblica nell’ordinamento costituzionale italiano*, Giuffrè, Milano 1985, 47 ss.



unità di maggioranza e unità nazionale prima assente. E ciò è accaduto perché i medesimi soggetti politici che avevano “stipulato” il “compromesso costituzionale” ora avevano ripreso a portarlo insieme, proseguendo e svolgendo nelle aule parlamentari, e nella vita di ogni giorno, quel medesimo compromesso. La costituzione “indecisa” poteva finalmente operare nella vita reale, e trasformarsi in “indirizzo”, perché le attribuzioni di valore in essa iscritte erano svolte nella legislazione ordinaria dalle forze politiche che ne erano “portatrici”<sup>92</sup>.

Come si vede, la disgregazione pluralista dell’austero edificio monista della costituzione materiale, almeno quanto alla sua componente finalista, è compiuta. Resta sottotraccia soltanto – ma si tratta di un elemento di grande importanza – l’idea secondo la quale la validità costituzionale poggia comunque sulle spalle delle forze politiche dominanti, le quali a loro volta sono frutto dei processi di differenziazione e specificazione della società.

La lettura delle questioni apicali della teoria costituzionale alla luce dei rapporti di dominio, seppur corretta come appena accennato, è anch’essa però destinata ad essere abbandonata. La “generazione costituente”, ed i partiti politici che essa esprimeva, sono ormai venuti meno, sia materialmente che spiritualmente<sup>93</sup>, e non sono stati sostituiti da soggetti con caratteristiche analoghe che svolgessero la loro funzione. Viceversa, è stato messo in luce come, nel contesto dei sistemi pluralistici della contemporaneità, la *crisi della rappresentanza* affondi le sue radici in una “*crisi del rappresentato*”, consistente nella «perdita delle identità collettive e (...) individuali», nello «smarrimento del senso del legame sociale», e nella «volatilità dei ruoli sociali»<sup>94</sup>. Da qui la raffigurazione di una situazione costituzionale che trova nella “polverizzazione pluralista” la sua cifra espressiva.

È caduta l’idea che i processi di unificazione politica potessero avvenire – come in effetti per lungo tempo è accaduto – per mezzo dell’incontro al vertice tra soggetti esponenziali di poche e chiare identità collettive, fornendo

<sup>92</sup> Per una lettura di tal genere dell’esperienza costituzionale italiana cfr. F. MODUGNO, *Corte costituzionale e potere legislativo*, in P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, il Mulino, Bologna 1982, 22 ss.; più di recente si veda anche O. CHESSA, *Corte costituzionale e trasformazioni della democrazia pluralista*, in V. TONDI DELLA MURA, M. CARDUCCI, R.G. RODIO (a cura di), *Corte costituzionale e processi di decisione politica*, Giappichelli, Torino 2005, 17 ss.

<sup>93</sup> Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge*, cit., 234; M. DOGLIANI, *Diritto costituzionale e scrittura*, in *Ars interpretandi*, 2007, 103 ss., spec. 111; ID., *Costituzione e sistema politico*, cit., 61.

<sup>94</sup> Così M. LUCIANI, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in N. ZANON, F. BIONDI (a cura di), *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, Giuffrè, Milano 2001, 109 ss., spec. 117.

in tal modo legittimazione ai processi di deliberazione pubblica. Tale idea ha perso la sua capacità esplicativa della realtà, molto semplicemente, perché sono venute meno quelle identità collettive sulle quali essa si sosteneva. Oggi nessuno si riconosce in tali identità perché ciascuno partecipa di una pluralità di identità che non si prestano a processi di aggregazione univoci, che sarebbero troppo semplificanti e dunque mortificanti. Ciascuno di noi oggi individua la propria identità, a seconda dei contesti, in base alla collocazione sociale, certo, ma anche in base al colore della pelle, alla appartenenza geografica, al genere, alle preferenze sessuali, all'età, al credo religioso... e ciascuna di queste identità si combina con le altre in un intreccio personale e spesso irripetibile. Le identità individuali sono dunque molteplici e cangianti, in relazione ai differenti punti di vista ed alle diverse situazioni concrete considerate<sup>95</sup>. E mutevoli, di conseguenza, sono i ruoli ricoperti nella società, e le pretese in essa rivendicate, da ciascuno di noi. Certo non è venuta meno la sovra e sotto ordinazione sociale. Ma essa non consente più di individuare pochi soggetti collettivi unitari che animano lo scenario politico e nei quali – insieme – può essere identificato il soggetto attivo delle relazioni di dominio<sup>96</sup>.

## 20. Segue: *alcune (prime) conclusioni*

Se proviamo ad applicare al percorso appena sommariamente tracciato le categorie di cui abbiamo fatto uso nel presente saggio, otteniamo il seguente risultato.

Il destrutturarsi delle relazioni di dominio nell'ambito dell'esperienza costituzionale italiana corrisponde al progressivo disgregarsi delle collettività, raccolte attorno ad un numero circoscritto di visioni etiche di sfondo, caratterizzata dal *punto di vista interno (IV)*. A fronte di questo primo dato, è però necessario prendere in considerazione la evidente diffusione della utilizzazione del testo costituzionale – e più in generale degli argomenti basati sulla Costituzione – nell'ambito del discorso pubblico. Come è stato detto, la Carta del 1947 è «riuscita gradualmente ad entrare nel circolo sanguigno del paese»<sup>97</sup>. Si estende, dunque, l'area dei soggetti che condividono il *punto di vista interno (III)*, fino alla sua tendenziale sovrapposizione con l'ambito dei soggetti caratterizzati dal *punto di vista interno (II)*. È estremamente difficile oggi trovare un

<sup>95</sup> Cfr., tra gli altri, P. PINNA, *Il diritto costituzionale della Sardegna*, seconda ed., Giappichelli, Torino 2007, 1 ss., spec. 6-7.

<sup>96</sup> Al riguardo cfr. O. CHESSA, *Che cos'è la Costituzione?, La vita del testo*, in *Quaderni costituzionali*, 2008, 41 ss., part. 47-49.

<sup>97</sup> E. CHELI, *Perché tornare a riflettere oggi sulle origini della nostra carta costituzionale?*, in ID., *Il problema storico*, cit., 6 ss., part. 17.

partecipante all'ordinamento giuridico che non condivide il linguaggio della Costituzione.

Tutto ciò, ovviamente, non conduce senz'altro alla conclusione secondo la quale oggi tutti i soggetti dell'ordinamento costituzionale sono caratterizzati dal *punto di vista interno (IV)*. In linea teorica è ipotizzabile anche che tutti coloro che utilizzano il testo costituzionale come strumento di critica e autocritica nell'ambito delle loro pratiche linguistiche lo facciano “per conformismo”<sup>98</sup>. È più che ragionevole, tuttavia, supporre che non sia affatto così. A ciò è possibile aggiungere che tutti coloro che hanno maturato una adesione morale alla costituzione condividono *almeno* il *concetto* (non la *concezione*) dei suoi principi e istituti chiave, come *libertà, pluralismo, laicità, democrazia*. Condividono, dunque, l'adesione morale per l'intersezione dei significati desumibili dalle sue disposizioni più importanti. In una situazione del genere, proprio in ragione della destrutturazione dei soggetti collettivi caratterizzati dal *punto di vista interno (IV)*, si apre la possibilità per ciascuno dei partecipanti al gioco del diritto di spendersi per far valere la propria visione morale a sostegno del testo costituzionale. La “posizione privilegiata”, rispetto alla quale si sviluppa la parassitariet  degli atteggiamenti di chi non adotta il *punto di vista interno (IV)*, non assiste pi  una, o poche ed ben identificate, *concezioni* dei principi costituzionali. Assiste innanzi tutto il loro *concetto*, ma anche, ed allo stesso modo, le *concezioni* che ciascuno di coloro che   caratterizzato dal *punto di vista interno (IV)* ritiene di adottare.

La diffusione del linguaggio della Costituzione e il dissolvimento della strutturazione partitica di un tempo, dunque, non determina senz'altro l'allargamento dell'area di coloro che sono caratterizzati dal *punto di vista interno (IV)* fino alla sua tendenziale sovrapposizione con l'ambito dei soggetti caratterizzati dal *punto di vista interno (II)*. Essa consente per  che ciascuna delle persone ricomprese in quest'ultimo gruppo *possa essere caratterizzato dal punto di vista interno (IV)*, e possa spendersi nella competizione con gli altri per far valere il proprio modo di viverlo.

Queste affermazioni, ricondotte ad un modo di esprimersi pi  familiare al pensiero costituzionalistico, suona cos : non c'  pi  un “portatore” della costituzione, sia pure diversificato al proprio interno, perch  la “portiamo” tutti insieme. O meglio, perch  *possiamo portarla* tutti insieme.

È il momento di trarre alcune conclusioni. Come si ricorder , si era partiti dall'interrogativo concernente la tesi dworkiniana secondo la quale, nei moderni ordinamenti di democrazia costituzionale dell'occidente ciascun interprete della costituzione non dovr  mai impegnarsi a fare *Siegfried*. Dovr  viceversa mettersi nei panni di *Hercules* e provare a fornire letture del diritto

<sup>98</sup> Si tratta della situazione immaginata – non specificamente per il caso italiano, ma come ipotesi teorica – da A. SCHIAVELLO, *Perch  obbedire al diritto?*, cit., 160.

vigente che competano con quelle degli altri interpreti mettendo in gioco anche i propri argomenti morali a sostegno delle conclusioni fornite. La ragione sta in quanto appena evidenziato. Se si condivide la tesi

- iv) chi interpreta il diritto può limitarsi ad essere un osservatore dello specifico sistema giuridico considerato, ma deve necessariamente procedere ad una mappatura delle ragioni che chi è caratterizzato dal *punto di vista interno (II)* ha per obbedire al diritto e chi è caratterizzato dal *punto di vista interno (III)* ha per adottare l'atteggiamento critico riflessivo, ne deriva che
- v) chi interpreta il diritto negli ordinamenti costituzionali contemporanei può limitarsi ad essere un osservatore dello specifico sistema giuridico considerato, ma deve considerare che in esso (tendenzialmente) ciascuno dei soggetti caratterizzati dal *punto di vista interno (II)* è anche caratterizzato dal *punto di vista interno (IV)*.

Poiché, come si è mostrato più sopra (ma il rilievo non è certo originale) il peso che le ragioni che questi ultimi hanno per obbedire al diritto nei percorsi dell'interpretazione è dotato di una forza "attrattiva" nei confronti delle ragioni degli altri soggetti, e poiché l'interprete, anche se non "partecipa" dell'ordinamento, dovrà essere in grado di "giocare" come se lo fosse, si deve concludere che

- vi) chi interpreta il diritto negli ordinamenti costituzionali contemporanei può limitarsi ad essere un osservatore dello specifico sistema giuridico considerato, ma deve comportarsi come se fosse un partecipante, ed un partecipante caratterizzato dal *punto di vista interno (IV)*, dovendo quindi considerare anche il *proprio* punto di vista morale per individuare il diritto vigente nel caso specifico.

Come si vede, si tratta di un esito davvero molto vicino alle tesi di Ronald Dworkin sulle quali ci si è soffermati in precedenza, anche se l'*iter* per il cui tramite vi si è giunti non è certo nelle corde di questo studioso.

## 21. *La Moral Reading of the Constitution ed i suoi limiti*

Quali limiti incontra la *Moral Reading of the Constitution*<sup>99</sup>? Posto che gli interpreti, nel decidere casi concreti conformemente alle norme giuridiche,

<sup>99</sup> Il riferimento evidente è a R. DWORKIN, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford University Press, Oxford 1996. Cfr. anche ID., *The Moral Reading and the Majoritarian Premise*, in H.H. KOH, R.C. SLYE (a cura di), *Deliberative Democracy and Human Rights*, Yale University Press, New Haven-London 1999, 81 ss.

dovranno spendere anche la propria prospettiva valutativa, fino a che punto è lecita tale spendita? O, in altre parole, cosa distingue, negli ordinamenti costituzionali contemporanei, il ragionamento giuridico dal ragionamento morale?

È bene precisare che qui non si intende presentare una compiuta teoria dell'interpretazione costituzionale che sia in grado di rispondere adeguatamente a queste domande. Si tratta di un obiettivo che si colloca certamente al di là delle possibilità di questo saggio. Più semplicemente, si intende mettere in luce come dal percorso sin qui seguito derivino “automaticamente” *almeno alcuni limiti* alle proposte interpretative che la *Moral Reading of the Constitution* può avanzare.

I. Il primo è forse un po' scontato, ma può essere opportuno ribadirlo, per fugare ogni possibilità di equivoco. Qui in discussione è comunque una attività interpretativa di testi, individuati per il tramite delle relative norme di riconoscimento. Essi possono dunque funzionare almeno come strumenti di falsificazione delle conclusioni dell'interprete. Ciò vuol dire che dovrà ritenersi bandita l'interpretazione che contrasti con qualunque significato sia desumibile dal testo in questione. È un risultato per certi versi minimale, ma in questa sede è probabilmente l'unico che, al riguardo, è possibile conseguire. Alla domanda se i testi offrano una resistenza maggiore rispetto alle operazioni interpretative bisognerà rispondere in altra e più appropriata sede.

II. Il secondo limite può forse essere inteso come una specificazione del primo. Può però essere utile illustrarlo separatamente. L'interpretazione dei testi giuridici ha, ovviamente, carattere sistematico. I vincoli imposti all'interprete deriveranno dunque dalle complesse interazioni dei diversi testi. Tali interazioni potranno dunque escludere la legittimità di alcune tra le proposte che potrebbero essere avanzate dalla *Moral Reading*. È anzi plausibile l'ipotesi che nella soluzione di numerosi problemi giuridici gli “effetti incrociati” delle diverse disposizioni costituzionali rilevanti non lascino a quest'ultima grandi margini di manovra.

III. Il terzo limite sul quale è necessario soffermarsi, infine, deriva specificamente dal contesto teorico nel cui ambito è stata qui prospettata la tesi della *Moral Reading*. Essa non dipende dal fatto che le costituzioni moderne contengono importanti principi morali, né da un assunto generale circa l'interpretazione giuridica. Essa dipende dal fatto che negli ordinamenti di oggi a pluralismo “polverizzato” ciascuno di noi si trova nelle condizioni di giocare un ruolo di primo piano, a differenza di quanto accadeva in un passato, in talune esperienze anche recenti, nel quale la sintesi del pluralismo sociale era offerta da pochi soggetti collettivi i quali “monopolizzavano” questo ruolo di primo piano. Ciò comporta però che per porre in essere proposizioni che legittimamente aspirano ad essere interpretative del diritto vigente – anche tramite gli strumenti della *Moral Reading* – sarà necessario rispettare le caratteristiche della situazione costituzionale in relazione alla quale si avanza la proposta interpretativa, e che consente la stessa *Moral Reading*.

È forse possibile utilizzare una metafora per chiarire meglio questo punto. Quando Tizio comincia a giocare a Scarabeo insieme ad altre persone, gli viene riconosciuta la possibilità, durante il gioco, di interpretare le regole dello Scarabeo ponendo in essere affermazioni che competono legittimamente con quelle degli altri. Tra queste interpretazioni, però, devono ritenersi escluse quelle che ottengono come risultato la estromissione di uno o più giocatori, perché il gioco giocato sino a quel momento comprendeva anche loro. La proposta avanzata da Tizio in tal senso sarebbe dunque estranea alla forma concreta che lo Scarabeo aveva assunto in quella particolare circostanza.

Allo stesso modo, lo stesso contesto in cui si sviluppa la *Moral Reading of the Constitution* impone all'interprete di rispettare l'assetto fortemente pluralista dal quale essa trae la sua legittimazione e che le consente di essere una lettura del diritto vigente legittimamente avanzata. Le proposte interpretative del diritto vigente dovranno dunque essere improntate al rispetto delle soggettività di cui si compone quel "pluralismo polverizzato" che caratterizza le esperienze che oggi viviamo<sup>100</sup>.

<sup>100</sup> Si può notare che questa conclusione si avvicina a quella proposta da Pietro Pinna, e dal medesimo studiata con specifico riferimento ai conflitti di attribuzione, nello scritto *I conflitti di attribuzione*, in R. PINARDI (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sui conflitti di attribuzione e sull'ammissibilità del referendum abrogativo*, Giapichelli, Torino 2007, 13 ss, ove discorre del "principio fondamentale della massima inclusione". Lo spunto presente in tale contributo è stato inoltre ripreso da S. PARISI, *Parametro e oggetto nei conflitti di attribuzione. Pluralismo comprensivo e conflitti costituzionali*, ivi, 51 ss. Al riguardo si veda inoltre L. D'ANDREA, *Principio pluralistico e conflitti di attribuzione*, ivi, 188 ss.