



SOCIETÀ E DIRITTI - RIVISTA ELETTRONICA 2024 ANNO IX N.18.

DIRITTO, RAGIONE, INTERPRETAZIONE SECONDO BALDASARE PASTORE. QUALCHE OSSERVAZIONE A MARGINE



2024 ANNO IX NUMERO 18 – DOSSIER INTERPRETAZIONE

di Aldo Schiavello – DOI 10.54103/2531-6710/27789



DIRITTO, RAGIONE, INTERPRETAZIONE SECONDO BALDASSARE PASTORE. QUALCHE OSSERVAZIONE A MARGINE

Aldo Schiavello

LAW, REASON, AND INTERPRETATION ACCORDING TO BALDASSARE PASTORE. A FEW REMARKS.

Riassunto

La complessità del diritto deve essere presa sul serio dalla scienza giuridica. Questa la lezione principale di Complessità del diritto, interpretazione, ragione giuridica. Per Baldassare Pastore il diritto è una pratica sociale interpretativa che deve essere osservata dalla prospettiva del partecipante. In questo saggio, oltre a esplicitare i numerosi aspetti che si condividono della prospettiva ermeneutica di cui Pastore offre una versione particolarmente convincente, vengono avanzate due potenziali obiezioni. La prima è che prendere sul serio la complessità del diritto impone di guardare al diritto dall'esterno e non solo dall'interno. La seconda è che un diritto complesso non è “ordinato” soltanto attraverso la ragione ma anche attraverso la forza.

Parole chiave: Ermeneutica Giuridica; Interpretazione Giuridica; Svolta Interpretativa; Diritto e Morale; Oggettività Morale; Punto di Vista Interno

Abstract

The complexity of law must be taken seriously by legal science. This is the main lesson of Complessità del diritto, interpretazione, ragione giuridica. According to Baldassare Pastore, law is an interpretative social practice that must be observed from the participant's perspective. In this paper, in addition to explicating the many shared aspects of the hermeneutic perspective, of which Pastore offers a compelling version, two potential objections are raised. The first is that taking the complexity of law seriously requires looking at it from the outside and not only from the inside. The second is that a complex law is not only 'ordered' through reason but also by force.

Keywords: Legal Hermeneutics; Legal Interpretation; Interpretive Turn; Law and Morals; Moral Objectivity; Internal Point of View.

Autore: Aldo Schiavello, Professore ordinario, Università degli studi di Palermo.

Articolo soggetto a revisione tra pari a doppio cieco.

Articolo ricevuto il 4.11.24 approvato il 17.12.24.

*Nota: Questo testo è stato elaborato a partire dal mio intervento al seminario – organizzato da Giovanni Messina presso il Dipartimento di scienze politiche dell’Università di Napoli “Federico II” il 18 ottobre 2024 – per discutere il libro di Baldassare Pastore, *Complessità del diritto, interpretazione, ragione giuridica*. Al fine di non appesantire la struttura discorsiva dell’intervento originario, le note e i riferimenti bibliografici sono ridotti allo stretto indispensabile.*

*Force should be right; or rather, right and wrong,
Between whose endless jar justice resides,
Should lose their names, and so should justice too.
Then everything includes itself in power,
Power into will, will into appetite;
And appetite, an universal wolf,
So doubly seconded with will and power,
Must make perforce an universal prey
And last eat up himself.
[William Shakespeare, *Troilus and Cressida*]*

1. Premessa: “il troppo poco e il quasi niente”

Complessità del diritto, interpretazione, ragione giuridica (da ora in poi, CIR) di Baldassare Pastore (2024) propone al lettore una compiuta prospettiva giusfilosofica per i tempi presenti. Un distillato di tale prospettiva si trova già nelle prime righe della premessa (Pastore 2024: VII):

La complessità connota la giuridicità nell’età contemporanea e i giuristi non possono non averne consapevolezza. Il diritto complesso rinvia ad un paesaggio caratterizzato dal proliferare di fonti regolative e dalla compresenza di più plessi normativi in interazione. Non più espressione di un fluire normativo uniforme che parte da un unico centro di autorità, ma risultato di varie interrelazioni, di una incessante circolazione di significati, frutto, in costante divenire, della prassi di molti soggetti.

Rispetto a questa rappresentazione del diritto contemporaneo non ho proprio nulla da obiettare. Sono d'accordo su tutto e sottoscrivo anche le virgole. Per questa ragione, mentre leggevo i saggi contenuti in CIR mi tornava alla mente il bel titolo di un saggio di Mauro Barberis ospitato in un libro, pubblicato un'era fa, sulla contrapposizione tra filosofia analitica del diritto ed ermeneutica giuridica. Il titolo del saggio di Barberis è “Il troppo poco e il quasi niente” e a me sembrava l'epigrafe ideale per compendiare le mie osservazioni sulla prospettiva giusfilosofica di Pastore: sottoscrivo tutto e le cose su cui non sono d'accordo sono “troppo poco o quasi niente” per meritare anche di essere rimarcate.

Tornando per un attimo al saggio di Barberis, il titolo prescelto non è un'ode al sincretismo tra prospettiva analitica ed ermeneutica ma un modo per sostenere che entrambe queste prospettive hanno ben poco da dire sul diritto. Questa la conclusione di Barberis (1994, 160):

L'orientamento ermeneutico ha preteso di accostarsi al diritto dall'interno, al fine di restituirne lo specifico discorso, ma così facendo ha finito per ri-produrne soprattutto le oscurità: che è davvero troppo poco. L'indirizzo neo-wittgensteiniano, invece, ha largamente ignorato la Cosa-Diritto, sorta di corpo estraneo rispetto agli orizzonti conoscitivi di Wittgenstein: cosicché, volendone dire proprio niente, ha finito per dirne...quasi niente.

Sull'osservazione di Barberis ci sarebbe molto da dire ma non è questa la sede. Mi limito a rilevare che il fatto che l'orientamento ermeneutico abbia chiaramente adottato una prospettiva interna e che, da lì, abbia messo in luce le “oscurità” (Pastore direbbe: la “complessità”) del diritto non mi sembra un risultato da poco. Semplificare fenomeni complessi – o anche oscuri e contraddittori – non è necessariamente l'obiettivo della filosofia. Herbert Hart – uno tra i principali esponenti della prospettiva giusanalitica – critica Hans Kelsen, tra le altre cose, perché quest'ultimo preferisce mantenere un modello semplice e coerente di diritto anche al costo di distorcere la realtà. Credo che una realtà complessa vada ricostruita per quello che è, ben sapendo, tuttavia, che è impossibile, oltre che superfluo, “costruire una carta dell'impero 1 a 1” (cfr., anche per i riferimenti a Borges, Eco 1992: 157-163) e che ogni rappresentazione di pratiche umane è il frutto di scelte e selezioni ideologiche. Avere valorizzato la complessità è un merito indubbio della prospettiva dell'ermeneutica giuridica nel cui solco si iscrive Pastore.

A ciò si aggiunga che le differenze tra la filosofia analitica del diritto, alla cui tradizione appartengo, e la prospettiva dell'ermeneutica giuridica, alla cui tradizione si rifà Pastore, sono divenute sempre più evanescenti. Un libro su “Ermeneutica giuridica e filosofia analitica del diritto” oggi sarebbe rubricato come archeologia filosofica.

Come rilevava con lungimiranza Giuseppe Zaccaria (1994: 115-120; Schiavello 2020: 46), uno dei maestri di Pastore, tra la filosofia (post-)analitica e la filosofia ermeneutica è avvenuto un “doppio movimento di convergenza”. Per un verso, la filosofia (post-)analitica, a) ha rinunciato all'esclusività del riferimento atomistico alla proposizione come unità base del linguaggio; b) ha abbandonato lo scientismo che era il marchio del neo-positivismo; c) ha svincolato la filosofia analitica dalla strettoia della connessione tra significato e verifica empirica e, infine, d) ha relativizzato il linguaggio scientifico, collocandolo accanto agli altri universi linguistici e alle forme di vita che loro corrispondono (linguaggio in bianco e nero *vs.* linguaggio a colori). L'ermeneutica, per altro verso, ha impresso alle proprie formulazioni una crescente

linguisticità. Il linguaggio o la lingua non è più soltanto il “medium di accesso al mondo” ma è lo stesso essere che può venire compreso.

È anche importante evidenziare che la filosofia post-analitica rifiuta uno dei dogmi delle versioni precedenti della filosofia analitica, vale a dire la tesi della riducibilità totale del pensiero al linguaggio. Le ragioni dell’abbandono di questa tesi sono molteplici. Qui, per ragioni di spazio, mi rifugero nell’aneddotica. Ludwig Wittgenstein, nella prefazione alle *Ricerche filosofiche* – opera da cui convenzionalmente si fa partire questa svolta della filosofia analitica – manifesta la sua gratitudine nei confronti di Pietro Sraffa per le critiche radicali ad alcune tesi centrali del *Tractatus*. In particolare, Sraffa considera alquanto bizzarra la tesi secondo cui una proposizione e ciò che essa descrive devono avere la stessa “forma logica” o la stessa “grammatica”. A tal proposito, Sraffa sfidò Wittgenstein a dire quale fosse la forma grammaticale di un tipico gesto napoletano come quello di passarsi le punte delle dita di una mano sotto il mento. Proprio questo esempio di Sraffa avrebbe convinto Wittgenstein dell’assurdità della teoria sostenuta nel *Tractatus* secondo cui una proposizione è “un’immagine della realtà che descrive”. Più in generale, Wittgenstein discutendo con Rush Rhees osservò che il maggior guadagno che aveva tratto dalle conversazioni con Sraffa era un modo “antropologico” di affrontare la problematica filosofica. Non ha senso analizzare il linguaggio estrapolandolo del tutto dalle circostanze nelle quali viene utilizzato.

A livello delle filosofie regionali, e della filosofia del diritto in particolare, questo è un punto molto importante. La filosofia del diritto analitica dei primi anni Cinquanta del secolo scorso, soprattutto in Italia, riduce il diritto al “linguaggio del legislatore”. Questa scelta, per nulla ovvia, si spiega a partire dagli assunti filosofici generali della filosofia analitica e, in particolare, dalla tesi che la filosofia è metalinguaggio, nonché dalle caratteristiche contingenti della cultura giuridica del tempo.

Propendere per un modo “antropologico” di guardare al diritto impone di concentrarsi non solo sul linguaggio di uno degli attori in campo (il legislatore) ma anche sui comportamenti di molteplici soggetti ulteriori. A questo riguardo merita un cenno ancora Hart che definisce *Il concetto di diritto* un saggio di “sociologia descrittiva” e che fonda la sua concezione del diritto – che il suo discepolo Joseph Raz denominerà, significativamente, *practice theory of norms* – sulle regole sociali.

Questa visione, che considera il diritto una pratica sociale, rappresenta un punto di non ritorno della convergenza tra la filosofia analitica del diritto e l’ermeneutica giuridica. E guardare al diritto come una pratica sociale è la prospettiva ideale da cui apprezzare la complessità del diritto contemporaneo e, forse, del diritto tout court.

2. *Le teorie del diritto di ieri e le teorie del diritto di oggi*

“Complessità del diritto”, “diritto come pratica sociale” sono nozioni indeterminate che richiedono uno sforzo di chiarificazione concettuale. Un primo passo consiste nell’individuare il modello di diritto che attraverso l’introduzione di queste espressioni si intende sfidare. Un indizio si trova in conclusione del paragrafo precedente. Il principale obiettivo critico della prospettiva giusfilosofica sposata da Pastore è l’idea riduzionistica che il diritto sia l’insieme degli enunciati normativi prodotti dal legislatore. Per dirla con Pastore (2024, 2): “Il diritto positivo non si identifica con la (né si esaurisce nella) mera *voluntas*

dell'autorità che decide". Questa affermazione, che, forse, può essere universalizzata, vale in modo particolare per il diritto contemporaneo.

Il diritto moderno è caratterizzato dalla monopolizzazione della produzione giuridica da parte dello stato: lo stato moderno si presenta in una forma riconducibile al principio della sovranità. È con lo stato moderno che si assiste – oltre al superamento del particolarismo giuridico – al passaggio dalla concezione dualistica del diritto, secondo la quale il diritto è composto dal diritto positivo e dal diritto naturale, alla concezione monistica, secondo la quale tutto il diritto è diritto positivo. Non va sottovalutato il fenomeno della codificazione, a partire dal *Code Napoléon* del 1804. L'idea che sta dietro alla codificazione è quella di un diritto, semplice, chiaro, coerente e accessibile a tutti. Ancillari a questa idea sono la concezione, tipicamente giuspositivista, di una scienza giuridica che si limita a descrivere in modo avalutativo il suo oggetto – il diritto positivo – e la concezione dell'interpretazione giuridica come attività meramente meccanica, concezione, quest'ultima, che affonda le sue radici nel giusrazionalismo illuminista e che può a buon diritto essere considerata un tratto distintivo di quello che Norberto Bobbio chiama positivismo giuridico come teoria. Tra i movimenti di pensiero che hanno reso possibile la nascita e l'affermazione dello stato moderno vanno almeno ricordati il razionalismo illuminista, la scuola dell'esegesi, l'imperativismo di Jeremy Bentham e John Austin, e la Scuola storica del diritto, radicata soprattutto in Germania.

Se la sovranità assoluta dello stato è il tratto distintivo del diritto moderno, la crisi della sovranità è la caratteristica saliente del diritto contemporaneo. Dopo la fine della Seconda guerra mondiale, la sovranità degli stati nazionali viene duplicemente limitata. All'interno essa è negata attraverso l'introduzione di costituzioni rigide e lunghe. All'esterno attraverso la creazione dell'Onu e la promulgazione della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo. Se lo stato liberale ottocentesco – lo stato di diritto – riconosce come unici limiti alla sovranità statale le "procedure" che l'autorità legittima deve rispettare per creare diritto valido, lo stato costituzionale aggiunge, ai limiti procedurali, anche limiti "sostanziali", di "contenuto", che impediscono che il potere costituito possa fare o decidere tutto ciò che vuole.

Le differenze tra stato moderno e stato contemporaneo individuano due modelli alternativi di *rule of law*. Il primo modello pone l'accento su alcune caratteristiche, prevalentemente formali che, ove presenti, consentono di limitare il potere arbitrario dei governanti. In questa accezione, il *rule of law* sarebbe, al tempo stesso, un modo di organizzare il potere e una garanzia per coloro che a questo potere sono soggetti. Un celebre compendio di questo modello è proposto da Friedrich von Hayek (2007: 123) quando difende l'ideale della sovranità della legge:

messe da parte le questioni tecniche, ciò significa che il governo in tutte le sue azioni è vincolato da norme stabilite e annunciate in anticipo: norme che rendono possibile stabilire con ragionevole certezza in che modo l'autorità userà i suoi poteri coercitivi in determinate circostanze, e che rendono possibile agli individui programmare i propri affari sulla base di tale conoscenza.

La versione più nota di questo modello è quella di Lon Fuller secondo cui il diritto ideale deve essere composto da norme: 1) generali; 2) promulgate; 3) tendenzialmente irretroattive; 4) chiare; 5) che non si contraddicono le une con le altre; 6) che non richiedano l'impossibile; 7) che non siano soggette a

cambiamenti troppo frequenti o improvvisi. Infine, è necessario che 8) vi sia congruenza tra ciò che il diritto dichiara ed il modo in cui esso viene, di fatto, amministrato.

Il secondo modello di *rule of law* ha la sua origine nel mondo di *common law* e nella cultura giuridica inglese. In base a questo modello, il diritto positivo non si esaurisce nel diritto prodotto dal potere sovrano ma è l'esito dell'equilibrio tra i due elementi della coppia *gubernaculum/jurisdictio*. Il *gubernaculum* trova un limite insuperabile nella prassi giuridica di riferimento, che è retta da principi i quali, a loro volta, esprimono una vera e propria "ragione giuridica" i cui sacerdoti sono in primo luogo i giudici e, in seconda battuta, i giuristi. Questo modello di *rule of law* presuppone a) l'esistenza di valori e principi espressi dalla prassi giuridica e immodificabili (o, almeno, non modificabili al modo della legislazione) e b) una cooperazione tra istituzioni, in particolare tra parlamento e corti. È questo il modello *di rule of law* dello stato contemporaneo.

Il modello illuminista di *rule of law* tutela la libertà e l'autonomia in quanto permette agli individui di conoscere con certezza *ex ante* quali saranno le conseguenze delle loro azioni. Il secondo modello si propone un duplice obiettivo: quello di limitare il potere normativo degli organi politici in senso stretto, trasferendolo agli organi giurisdizionali, e quello di incorporare nel diritto alcuni valori morali fondamentali e tendenzialmente condivisi. Tutto ciò impone dei costi evidenti e non trascurabili in relazione alla tutela dell'autonomia individuale e della certezza del diritto. È proprio per questo che la complessità è una caratteristica saliente del diritto contemporaneo.

Questa trasformazione del diritto ha inciso anche sulla cultura giuridica. Per esemplificare le differenze tra la cultura giuridica moderna e quella contemporanea ho spesso utilizzato la distinzione di Bobbio tra due modelli ideal-tipici di giurista (Bobbio 2007: 34-47; Schiavello 2023: 12-17).

Il primo modello rappresenta il giurista come il "custode" e il depositario di un corpo di regole già dato. Il giurista-custode considera l'attività interpretativo-applicativa in ambito giuridico come una attività di tipo meccanico. Per dirla con Fabio Ciaramelli (2021: 63), da questa prospettiva "[...] l'istituzione giuridica è vista esclusivamente nell'esecuzione di un progetto predeterminato, ossia in definitiva nella realizzazione delle intenzioni del legislatore". Il modello del giurista custode è presupposto dalla distinzione tra il diritto come linguaggio-oggetto e la scienza giuridica come metalinguaggio – a cui si è accennato nel paragrafo precedente – nonché dalla distinzione tra punto di vista interno e punto di vista esterno che ha caratterizzato una gran parte del dibattito giusfilosofico contemporaneo. Il modello del giurista-custode è l'esito di scelte ideologiche e politiche relative, in generale, al modo di intendere il principio di legalità, il rapporto tra poteri, l'autorità dello stato e così via. Si tratta, a tutti gli effetti, di una concezione ideologica della scienza giuridica che considera quest'ultima come ancillare rispetto al potere politico.

Il secondo modello considera il giurista come "creatore" del diritto: il giurista è a pieno titolo, e consapevolmente, un partecipante alla prassi giuridica e contribuisce a modificare, integrare e trasformare il sistema giuridico di riferimento. Il cambiamento più significativo rispetto al primo modello è l'atteggiamento del giurista rispetto all'interpretazione. Nel primo caso, il giurista adotta un atteggiamento di *self-restraint*, mentre nel secondo espande al massimo la propria discrezionalità attraverso il ricorso ai principi, alle norme programmatiche, alle clausole generali e all'interpretazione costituzionalmente orientata.

Secondo Bobbio, le variabili che incidono sul prevalere di un modello sull’alto sono almeno tre. La prima variabile è collegata al tipo di sistema giuridico entro cui il giurista opera (“variabile istituzionale”). Un sistema giuridico può essere chiuso o aperto. È chiuso se è composto da un corpo sistematico di regole che tendono alla completezza, espresse in un linguaggio determinato; è invece aperto se le regole sono “fluide”, vale a dire indeterminate e in continua trasformazione. La seconda variabile dipende dalla situazione sociale generale (“variabile sociale”). Una società può essere stabile o in trasformazione a seconda della minore o maggiore influenza di fattori di cambiamento sui modelli culturali esistenti. L’ultima variabile scaturisce dalla concezione del diritto prevalente fra i giuristi e dal modo in cui viene “calibrato” il rapporto fra il diritto e la società (“variabile culturale”). Il diritto può essere visto come un sistema autonomo e auto-referenziale ovvero come un sottosistema di un sistema globale o come sovrastruttura della struttura sociale ed economica in particolare. Nel caso in cui il diritto venga considerato un sottosistema del sistema sociale, diviene interessante approfondire il ruolo del diritto all’interno della società. È interessante capire, in particolare, se il diritto si collochi al centro o ai margini del sistema sociale.

Alla dicotomia tra giurista custode e giurista creatore si può associare quella tra teorie del diritto di ieri e teorie del diritto di oggi, introdotta da Francesco Viola e Zaccaria (1999, 21-44). Le prime identificano il diritto: “con un oggetto d’esperienza isolabile e descrivibile”, quindi, di volta in volta il diritto sarà un insieme di norme, o un insieme di fatti, o un insieme di valori, la cui esistenza prescinde completamente sia dall’intervento dello studioso sia dagli atteggiamenti di coloro i cui comportamenti il diritto si propone di regolare. Le teorie di ieri sono accomunate dalla tesi secondo cui il diritto, visto come un oggetto, è un presupposto necessario dell’attività conoscitiva, piuttosto che l’esito, non definitivo, ma perennemente mutevole, di una pratica interpretativa. In altri termini, tali teorie condividono un atteggiamento metateorico di tipo oggettualistico.

Le teorie giuridiche di oggi sottolineano con forza l’importanza della dimensione pratica del diritto e, di conseguenza, l’insufficienza di tutte quelle ricostruzioni del fenomeno giuridico che guardano al diritto come a un oggetto passibile di conoscenza prettamente teorica e che mettono tra parentesi il “punto di vista pratico”, il punto di vista, cioè, di chi considera il diritto come una ragione per l’azione (cfr. parr. 1 e 3). Un aspetto cruciale delle teorie giuridiche di oggi è rappresentato dalla presa di coscienza che tra l’attività del descrivere e l’oggetto da descrivere – cioè il diritto – non vi è soluzione di continuità. Le teorie giuridiche di oggi sono il prodotto di un giurista creatore che non ha paura della complessità né di mettere le mani nella pratica.

È vero, come sostiene Pastore e come ho cercato di mettere in luce anch’io in questo paragrafo, che il diritto contemporaneo presenta delle caratteristiche che consentono di enfatizzare tanto la complessità della prassi giuridica quanto il ruolo creativo dello studioso del diritto. Tuttavia, vorrei adombrare la possibilità che la complessità sia una caratteristica connaturata al diritto anche quando essa viene negata e che il giurista custode non sia che un giurista creatore sotto mentite spoglie. Sarebbe interessante sapere cosa ne pensa Pastore (cfr. par. 3).

3. La complessità del punto di vista pratico: una osservazione e una obiezione

Le osservazioni di Pastore sulla conoscenza giuridica costituiscono uno degli aspetti salienti e più interessanti della sua prospettiva giusfilosofica. Egli afferma che la ragion pratica non è una riflessione “sull’azione umana” ma “per l’azione umana”. Ciò significa che lo studioso del diritto deve indossare le scarpe del partecipante – di chi, cioè, tratta il diritto come una “ragione per l’azione” – per ricostruire la pratica giuridica. Alcuni autori mitigano questa affermazione sostenendo che lo studioso sia un partecipante “virtuale” o “distaccato”.

Personalmente ritengo che lo studioso sia un partecipante tout court e ritengo che Pastore condivida questa posizione. Secondo Pastore (2024: 20) è proprio la complessità del diritto a impedire che lo studioso del diritto adotti un atteggiamento neutrale è distaccato:

I sistemi complessi [...], dove tutti gli elementi che li compongono entrano in gioco ogni volta in modo diverso a seconda delle condizioni connesse al rapporto sistema-ambiente, propongono “sorprese”, emersioni di nuove dinamiche che richiedono nuovi stili cognitivi e nuovi modelli, aperti a continui aggiornamenti e disposti ad arricchire i dati da prendere in considerazione e a modificare le connessioni anche in ragione di eventi inaspettati. A tutto questo va aggiunto un ulteriore aspetto: la reintegrazione dell’osservatore nelle proprie descrizioni, che mette in crisi la demarcazione netta tra oggetto e soggetto.

Questa considerazione di Pastore fa pensare, innanzitutto, che egli ritenga che la complessità sia una caratteristica del diritto in quanto tale e non solo del diritto contemporaneo; ciò amplia il respiro della sua prospettiva giusfilosofica.

Sulla tesi che lo studioso del diritto sia un partecipante, poi, ho una osservazione a margine e una parziale obiezione.

Cominciamo con l’osservazione a margine su cui, ritengo, Pastore concordi.

La figura del partecipante è articolata, e ciò impone di chiarire cosa significhi che lo studioso sia un partecipante. A tal fine, può essere utile ripercorrere brevemente i limiti delle tesi di Hart sul punto di vista interno. La debolezza principale della posizione hartiana è proprio quella di non distinguere, all’interno della prospettiva del partecipante, situazioni molto diverse tra loro che sarebbe stato invece opportuno distinguere e ordinare in modo seriale. Hart considera partecipanti tutti coloro che “accettano” il diritto come un modello di comportamento, a prescindere dalle ragioni che giustificano l’accettazione. Eppure, il conformista, ad esempio, vale a dire chi accetta il diritto perché lo fanno gli altri, presenta notevoli analogie con chi segue il diritto per paura della sanzione. Il conformista, infatti, segue il diritto per paura della riprovazione sociale e quest’ultima non è altro che una sanzione non istituzionalizzata. L’obiettivo di Hart è quello di mostrare i limiti della concezione imperativistica del diritto che riduce il diritto alla forza. Chi segue il diritto per paura della sanzione agisce come colui che consegna i soldi al rapinatore che gli punta contro una pistola. Chi accetta il diritto ritiene di “avere un obbligo” di fare ciò che il diritto richiede; chi è sottoposto alla minaccia di una sanzione “è costretto” o “è obbligato” ad attuare un determinato comportamento ma non ha alcun obbligo di porre in essere quel determinato

comportamento. Tuttavia, se le ragioni per accettare il diritto stanno sullo stesso piano, 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. L’unico modo per sfuggire a questa conclusione consiste nel caratterizzare l’accettazione del diritto in senso forte, vale a dire come accettazione morale. Il partecipante è colui che accetta il diritto per ragioni morali. Neil MacCormick, ad esempio, sostiene che l’esistenza di alcune norme giuridiche anziché di altre dipende dal fatto che almeno alcuni tra i membri della comunità preferiscono (o, almeno, asseriscono di preferire), da un punto di vista morale, lo schema di comportamento individuato da tali norme rispetto a schemi alternativi di comportamento.

Questa conclusione è rafforzata dall’argomento della pretesa di correttezza avanzato da Robert Alexy (ma anche dallo stesso MacCormick). Secondo questo argomento, una ipotetica norma del seguente tenore: ‘è obbligatorio fare X, ma fare X è moralmente sbagliato’ non sarebbe affatto una norma giuridica in quanto afflitta da un vizio concettuale. L’enunciato che esprime questa norma non è, in senso tecnico, contraddittorio. Questo enunciato, tuttavia, è bizzarro e incongruo. La bizzarria è analoga a quella che caratterizza asserti come ‘piove, ma non ci credo’, ‘prometto di venire all’appuntamento, ma non ho alcuna intenzione di mantenere questa mia promessa’ e così via. Può certamente capitare che stia piovendo e io non creda che stia piovendo ovvero che io prometta qualcosa avendo l’intenzione di non mantenere la promessa. Non c’è nulla di bizzarro e di incongruo nelle credenze false e nelle promesse insincere. Quel che non va negli asserti precedenti è che la seconda parte “disfa” o “annulla” l’atto linguistico prodotto con l’enunciazione della prima parte. Insomma: asserire che sta piovendo e al contempo dichiarare esplicitamente di non credere che stia piovendo annulla l’atto di asserire, così come promettere qualcosa e al contempo dichiarare di non avere intenzione di ottemperare alla promessa annulla l’atto di promettere. In modo analogo, il fatto che una norma qualifichi come ingiusto il comportamento che prescrive, impedisce di considerare il documento in questione come una *vera* norma e, in definitiva, di trattare tale documento come diritto valido.

Questa conclusione produce importanti implicazioni in relazione alla conoscenza del diritto. Alcuni autori – preoccupati di difendere il giuspositivismo metodologico – hanno tentato di minimizzare queste implicazioni: il fatto che alcuni tra i partecipanti credano che il diritto sia giusto, non produce alcuna conseguenza diretta sulla tesi secondo cui l’individuazione del diritto dipende esclusivamente da fatti sociali. L’esistenza di “credenti”, di persone cioè che considerano giusto il diritto, non rileva per la tesi secondo cui l’esistenza del diritto è una questione di fatto. Anche se si concede che l’esistenza del diritto presuppone che alcuni tra i partecipanti siano convinti che il diritto sia fondato su principi morali validi e appropriati, ciò non costituisce un argomento adeguato a sostegno della tesi della connessione concettuale tra diritto e morale. Tale argomento, infatti, mostra semplicemente che coloro i quali sono giuridicamente obbligati ad attuare un determinato comportamento credono di essere obbligati anche moralmente. Il fatto poi che tra i compiti del teorico del diritto vi sia quello di riconoscere il “punto di vista morale” del partecipante e di renderne conto non comporta, per lo studioso del diritto, l’abbandono di una prospettiva “distaccata”. Per dirla con Hart (2002, 314): “la descrizione rimane tale, anche quando ciò che viene descritto consiste in una valutazione”.

Questa strategia di minimizzazione degli effetti di una caratterizzazione “morale” della prospettiva del partecipante è tuttavia destinata a essere frustrata. Le ragioni sono molteplici e non possono essere approfondite in questa sede. Qui è sufficiente osservare che la complessità implica, tra le altre cose, che l’esperienza giuridica è possibile di interpretazioni diverse e talvolta confliggenti, a seconda di come si

interpreta il valore o i valori morali intorno a cui la pratica giuridica si è andata via via formando. E ciò significa che per descrivere una pratica giuridica è necessario sporcarsi le mani con i valori morali o, in altri termini, che non è possibile mantenere una prospettiva distaccata (cfr. anche par. 4).

Passiamo finalmente all'obiezione. Essa può essere sintetizzata nel modo seguente: prendere sul serio la complessità del diritto impone allo studioso di non accontentarsi di osservare la prassi giuridica dalla prospettiva – importante ma non esaustiva – del partecipante.

Anche uno sguardo “dall'esterno” è fondamentale per comprendere il diritto e la sua complessità. Una prospettiva di questo genere è tratteggiata ad esempio da Franz Kafka nel racconto *La questione delle leggi*. Kafka immagina un popolo governato da un gruppo di nobili attraverso leggi note soltanto a loro. In questo racconto si adombra la possibilità che le leggi non siano soltanto sconosciute al popolo ma addirittura che esse non esistano o, se esistono, coincidono con le decisioni arbitrarie della nobiltà (“legge è ciò che fa la nobiltà”). L'obiettivo è quello di ingenerare il sospetto che la realtà sia diversa da come appare. L'archetipo di un approccio di questo genere è Trasimaco che afferma che “la giustizia è [...] l'utile del più forte...”. Il merito della tesi di Trasimaco è quello di mostrare la differenza tra un'apparenza e la realtà. L'apparenza è che ogni proposta di giustizia è universale e, dunque, vale per tutti coloro che ricadono nel suo ambito di applicazione; la realtà è che la giustizia riguarda soltanto i più forti e la tutela del loro utile. Tuttavia, l'aspetto più interessante della tesi di Trasimaco non è la “realta”, vera o presunta, che essa ci comunica, ma l'aver avanzato il sospetto che quel che appare non corrisponde necessariamente a ciò che è (Iacono 2003).

Presuppone uno sguardo di questo tipo l'idea di Karl Marx che il diritto sia una sovrastruttura; così come in questo modo si può interpretare l'ipotesi di Michel Foucault secondo cui la concezione illuministica della pena tuteli solo apparentemente valori come la libertà e la dignità, mentre in realtà sia un apparato concettuale in grado di rendere le pene più efficaci nel contrastare i comportamenti devianti di quanto non fossero i crudeli supplizi del diritto premoderno; ancora, la lettura psicoanalitica della pratica giuridica come sostitutiva della figura paterna, proposta dal realista americano Jerome Frank, può essere a buon diritto ascritta alla filosofia del sospetto; infine, lo stesso vale per l'ipotesi di Anders Vilhelm Lundstedt che il diritto funzioni come una macchina in grado di produrre riflessi pavloviani nei suoi destinatari.

Gli approcci di questo genere sostengono che la pratica giuridica è diversa da come appare e da come coloro che vi partecipano ritengono che essa sia. Questa prospettiva è stata ripresa e rivista in questi ultimi anni, anche grazie agli studi di psicologia cognitiva applicati all'ambito economico e giuridico. Per fare due soli esempi, molti studi mostrano che il modo migliore di favorire la donazione di organi sia quello di prevedere la donazione come opzione di *default* e altri evidenziano come i giudici siano molto più propensi a discostarsi dalle decisioni ordinarie quando il tempo trascorso dall'ultimo pasto è poco. In generale, la psicologia cognitiva contemporanea sembra mostrare che il diritto influenzi il nostro comportamento agendo prevalentemente dietro le nostre spalle e questo è un dato che non può essere negletto dallo studioso del diritto¹.

Ovviamente, qualora le prospettive che si fondano sul sospetto rappresentassero l’“intera verità” di quello che noi chiamiamo diritto e qualora tutti acquisissimo la consapevolezza di questa verità, l'esito paradossale

¹ Per i riferimenti bibliografici a questa letteratura rinvio a Schiavello 2023: 29-32.

sarebbe la scomparsa del diritto. Fortunatamente, è più probabile che sia corretto il presupposto opposto, vale a dire che la pratica giuridica sia, almeno in parte, come se la rappresentano i partecipanti. Ciò non autorizza a sottostimare il fatto che la complessità del diritto si manifesti anche attraverso la molteplicità dei modi in cui il diritto incide sui nostri comportamenti, né, più in particolare, che si possa ignorare che sia fisiologico che il diritto agisca *anche* in modo subdolo, vale a dire dietro le nostre spalle. Mi domando se una prospettiva giusermeneutica come quella di Pastore sia pronta a fare i conti anche con gli aspetti meno gradevoli – ma non per questo meno reali e importanti – della pratica giuridica.

4. La svolta interpretativa tra ragione e forza

Pastore (2024: 59) afferma che “[l’]interpretazione si configura come componente essenziale della giuridicità” e aggiunge che tale centralità è acuita dalla complessità del diritto contemporaneo: “[l]a proliferazione delle fonti, il policentrismo normativo e l’osmosi tra ordinamenti (nazionale, sovranazionale, internazionale) impediscono ogni lettura del fenomeno giuridico secondo schemi rigidamente gerarchici. La gerarchia si aggroviglia” (Pastore 2024: 66).

La centralità dell’interpretazione per l’esperienza giuridica può essere intesa in molti modi. È lo stesso Pastore a riconoscere che il vocabolo ‘interpretazione’ è ambiguo. È dunque importante sciogliere, per quanto possibile, questa ambiguità per comprendere a cosa si fa riferimento quando si parla di “svolta interpretativa” della filosofia del diritto contemporanea.

In una accezione davvero banale, affermare che il diritto è interpretazione significa sostenere che l’attività interpretativa è una caratteristica saliente della pratica giuridica. I giuristi, in sostanza, perlopiù interpretano. Nessuno lo nega: è una affermazione vera ma, appunto, ovvia e eccessivamente generica.

In una accezione appena più densa, l’affermazione che diritto è interpretazione viene brandita contro il giusrationalismo e la scienza giuridica moderna secondo i quali l’interpretazione e l’applicazione del diritto sono attività che richiedono (che è bene che richiedano) un minimo se non addirittura nullo esercizio di discrezionalità. In questa accezione, la “svolta interpretativa” rappresenta una concezione alternativa al formalismo interpretativo.

In una accezione pregnante, la tesi che il diritto è interpretazione significa che è il concetto stesso di diritto a essere interpretativo. Questa è la tesi che mi interessa approfondire, anche perché è una delle tesi salienti della prospettiva ermeneutica.

Ronald Dworkin definisce “interpretativi” quei concetti che a) sono collegati a pratiche sociali, b) esprimono il valore o i valori intorno al quale o ai quali tali pratiche si sono costituite e c) sopportano “...differenze di opinione forti e completamente irriducibili sui casi particolari” (Dworkin 2013: 187). La nozione di “concetto interpretativo” è sovrapponibile alla nozione di “concetto essenzialmente contestabile” proposta da Walter B. Gallie (1956). Un concetto può essere considerato come essenzialmente contestabile in presenza di queste cinque caratteristiche: 1) sono concetti che esplicitano il valore (*apprasive*) di una impresa ritenuta degna di essere perseguita e che collegano tra loro in modo indissolubile l’impresa ed il valore ad essa soggiacente; 2) l’impresa di cui un concetto contestabile esplicita

il valore deve essere complessa ed articolata; 3) le ricostruzioni di tali concetti devono prendere in considerazione tutti i diversi aspetti e le diverse caratteristiche dell'impresa; 4) l'impresa di cui un concetto contestabile esplicita il valore deve avere un carattere "aperto", deve cioè essere in grado di sopportare cambiamenti significativi, non prevedibili in anticipo; 5) l'uso di concetti essenzialmente contestabili presuppone la consapevolezza circa l'esistenza di usi alternativi con i quali l'uso prescelto deve confrontarsi e rispetto ai quali deve sforzarsi di prevalere: "...usare un concetto essenzialmente contestabile significa usarlo in modo al tempo stesso aggressivo e difensivo" (Gallie 1956: 172).

Ora, è senz'altro corretto affermare, come fa Dworkin, che l'esistenza di un concetto interpretativo presupponga una comunità di interpreti che si confronti con argomenti razionali in un agone interpretativo al fine di individuare l'interpretazione migliore possibile (che è vista come un ideale mai raggiungibile del tutto). C'è però un aspetto dei concetti interpretativi che Dworkin lascia in ombra pur avendolo identificato. Tale aspetto è rappresentato dalla potenziale (e, in una società pluralista, necessaria) incommensurabilità tra interpretazioni alternative. Questo significa che possono esistere "differenze di opinioni forti e irriducibili" su casi particolari o che i concetti interpretativi vanno usati "in modo al tempo stesso aggressivo e difensivo". Se le cose stanno così, una comunità interpretativa non è immune dalla forza e dal potere.

A noi piace pensare il contrario. Idealmente, in una comunità interpretativa vince chi produce l'argomento migliore. In un agone interpretativo-argomentativo, l'unica coazione ammissibile è la coercizione senza coercizione delle buone ragioni. Come nota Bruno Celano, però, a fondamento di una ragione ci sono gli *endoxa*, vale a dire le nostre intuizioni e i nostri giudizi ponderati.

C'è, però, un problema:

in una società pluralista – diciamo: in una società caratterizzata dal fatto che individui e gruppi diversi abbracciano ideologie, visioni del mondo, concezioni del bene e del giusto diverse ma ragionevoli – un simile fondo di *endoxa* condivisi, relativamente a molte questioni aspramente dibattute, non c'è. [...] Dunque, pare si possa concludere, in una società pluralista, relativamente a molte questioni controverse, non è possibile argomentazione: non ci sono ragioni comuni. E, a maggior ragione, se intendiamo le ragioni 'vere e proprie' come considerazioni che riuscirebbero persuasive di fronte a un uditorio universale, e assumiamo che il fatto del pluralismo ragionevole non sia un che di contingente, ma un tratto strutturale di una società libera, su molte questioni di importanza cruciale non sarà possibile, in una società pluralista, argomentazione 'genuina' (Celano, 2009, 249-250).

Pastore – e, azzardo, la prospettiva giusfilosofica ermeneutica nel suo complesso – di fronte a questa conclusione tende, come Dworkin, a girarsi dall'altra parte. Rispetto a questo sospetto, un indizio interessante è un'osservazione di Pastore (2024, 56) sul pluralismo: "Il pluralismo giuridico è legato al pluralismo sociale. Ordinare la società, nella pluralità di valori, interessi, bisogni, esigenze, aspettative che la caratterizzano, è l'essenza del diritto. La dimensione giuridica assume un carattere polifonico".

Personalmente sono convinto che questa osservazione pecchi di scarso realismo e tralasci l'ipotesi, niente affatto peregrina, che la pratica giuridica produca cacofonie e non soltanto polifonie.

Immagino che Pastore potrebbe, a sua volta, tacciare questa conclusione di cinismo o di eccesso di realismo. In realtà, quello che sostengo non è, credo, antitetico rispetto alla sua prospettiva. Come ho anticipato sin da subito, del resto, la mia condivisione della prospettiva giusfilosofica espressa in CIR è ampia e le divergenze riguardano sfumature e questioni marginali. Non sottovaluto affatto il rilievo della svolta interpretativa della filosofia del diritto contemporanea né intendo appiattire il diritto sulla forza; ritengo però che si debba riconoscere che il prevalere di una idea rispetto a un'altra – soprattutto in una società complessa e pluralista – non dipende necessariamente dal fatto che essa sia migliore, ma anche da una pluralità di altri fattori, tra i quali le abilità retoriche di chi la avanza e, in generale, i rapporti di forza che governano una società. Ed esplicitare il ruolo del conflitto, della forza e del potere nelle nostre società non significa esseri profeti di sventura ma soltanto tentare di evitare che i conflitti siano sedati pur sempre anche dalla forza e dal potere ma travestiti da “argomenti migliori”. La coazione nascosta è doppiamente deprecabile. Non solo schiaccia il più debole ma lo fa agendo dietro le sue spalle.

Bibliografia

- Barberis, M. (1994), “Il troppo poco o il quasi niente. Su ermeneutica e filosofia analitica del diritto”, in M. Jori (a cura di), *Ermeneutica e filosofia analitica. Due concezioni del diritto a confronto* (Torino: Giappichelli), 149-161.
- Bobbio, N. (2007), Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto (1^a ed. 1977) (Roma-Bari: Laterza).
- Celano, B. (2009), ‘La forza dell’argomento migliore’, 9 *Diritto & questioni pubbliche* 229-255.
- Ciaramelli, F. (2021), L’ordine simbolico della legge e il problema del metodo (Torino: Giappichelli).
- Dworkin, R. (2013), Giustizia per i ricci (2011), (Milano: Feltrinelli)
- Eco, U. (1992), Il secondo diario minimo (Milano: Bompiani).
- Gallie, W. B. (1956), ‘Essentially Contested Concepts’, vol. 56 *Proceedings of the Aristotelian Society* 167-198.
- Hart, H. L. A. (2002), Il concetto di diritto (1961; 1994²), (Torino: Einaudi).
- Hayek, F. A. (2007), La via della schiavitù (ed. or. 1944¹), Trad. It. (Milano: Rusconi).
- Iacono A. M., (2003), “La giustizia di Trasimaco e i filosofi del sospetto”, 20 *Ragion Pratica* 167-185.
- Pastore, B. (2024), Complessità del diritto, interpretazione, ragione giuridica (Milano: Wolters Kluwer).
- Schiavello, A. (2020), ‘Dalla svolta linguistica alla svolta interpretativa: ermeneutica giuridica e filosofia giusanalitica a confronto’, IX/2 *Ars Interpretandi* 45-66.

Schiavello, A. (2023), *Conoscere il diritto* (Mucchi: Modena).

Zaccaria, G. (1994), “Tra ermeneutica ed analitica: dal contrasto alla collaborazione”, in M. Jori (a cura di), *Ermeneutica e filosofia analitica. Due concezioni del diritto a confronto* (Torino: Giappichelli), 105-147.