

Il diritto come arte della convivenza civile

Francesco Viola

Law as an Art of Civic Interplay. By reconsidering the key features of Giuseppe Zaccaria's legal hermeneutics, we can arrive at an understanding of law not only as an instrument for making rules but also as a deliberative activity aimed at implementing relations, harmonizing conflicts, and creating intersecting areas of agreement functional to an increasingly pluralist society. As a consequence, if we disavow the role that practical reason plays in legal science and legal theory, we will inevitably end up misunderstanding the meaning of law.

Keywords: Legal Hermeneutics, Legal Philosophy, Legal Science, Legal Theory, Human Agency, Public Deliberation.

1. Un'ermeneutica giuridica realista

Tra le molteplici lamentele rivolte all'attuale formazione universitaria nello studio del diritto c'è anche quella dell'eccessiva separazione della teoria dalla pratica. Non è un rimprovero nuovo, perché la teoria cammina più lentamente della pratica ed è sempre alle sue spalle. Ma a volte la distanza è troppo elevata sino al punto di diventare scandalosa.

Già nel 1909 Zitelmann notava che, mentre lo studente di medicina si rende facilmente conto della necessità di conoscere l'anatomia e la fisiologia, quello di giurisprudenza non comprende a cosa possano servire per la sua futura professione tante sottili distinzioni dogmatiche. Egli ritiene superflui buona parte degli studi compiuti, che gli appaiono "leblös und trocken", senza vitalità e aridi (Zitelmann 1909, 14). Credo che a maggior ragione oggi dovremmo notare la stessa cosa con l'aggiunta della difficoltà di governare una pratica giuridica che si esprime in forme molteplici spesso eterodosse rispetto ai canoni tradizionali.

Questa è una sfida che la teoria giuridica deve raccogliere, perché una conoscenza del diritto che non sia diretta a giustificare, a controllare e a

guidare i percorsi della pratica diventa irrilevante nel mondo della complessità. L'apprendimento e la ricostruzione dei percorsi effettivi seguiti dalla pratica giuridica è indispensabile per formulare una buona teoria del diritto. Non si tratta tanto di saper mostrare il carattere operativo dei concetti dogmatici (*top-down*) quanto piuttosto di saper cogliere la dimensione teorica dell'esercizio del diritto (*bottom-up*). Ciò richiede ovviamente un ripensamento del modo d'intendere la teoria giuridica. Questa purificazione è difficile e dolorosa, ma necessaria. È difficile e dolorosa perché il teorico deve mettere tra parentesi le proprie propensioni filosofiche ed epistemologiche e chiedersi che tipo di conoscenza richiede la "cosa-diritto". È necessaria per ricucire le lacerazioni che continuamente si producono all'interno del discorso giuridico. Infatti il diritto è un'opera congiunta di attori che svolgono ruoli differenti e che spesso non si accordano fra loro. Con ciò non voglio suffragare una visione ideale irenistica della cooperazione giuridica, perché la dissonanza e il disaccordo sono la fonte principale dello sviluppo del diritto sempre alla ricerca della *concordantia discordantium canonum*. E tuttavia devono essere di volta in volta adeguatamente metabolizzati e questo è anche compito della teoria giuridica.

Il ricorso all'ermeneutica, che il libro di Giuseppe Zaccaria (2012) ripropone, intende seguire questo cammino, calandosi all'interno delle problematiche attuali della giurisprudenza nel suo duplice senso e della giurisdizione, senza trascurare a monte il tema delle fonti del diritto.

Si potrebbe subito obiettare che anche l'ermeneutica è un orientamento filosofico e teorico come gli altri. Questo è senza dubbio vero se la consideriamo nei suoi sviluppi più recenti culminati nel pensiero di Hans-Georg Gadamer e nella disseminazione provocata dalla svolta interpretativa. Ma non bisogna dimenticare che originariamente l'ermeneutica s'è presentata più modestamente come l'*arte dell'interpretare* alimentata da tutte le discipline umanistiche e da quelle giuridiche in particolare. È un'arte che si edifica dall'interno dei processi interpretativi e si modella sulla base delle esigenze dell'oggetto dell'interpretazione e di quelle dei soggetti interpretanti. Una riflessione ulteriore ha permesso di individuare alcuni canoni ermeneutici ricorrenti pur nella varietà dei campi interpretativi. Ogni arte, infatti, deve rispettare regole del bene operare, affinché qualcosa sia fatta a regola d'arte. L'ultimo sviluppo è quello propriamente filosofico in quanto ci si chiede come dobbiamo pensare quell'essere che si realizza nel comprendere, giungendo sino alla definizione dell'uomo come "animale ermeneutico" (Mathieu 2000). Ma l'approccio di Zaccaria, che pure ben conosce la filosofia ermeneutica in tutta la sua articolazione all'interno del pensiero continentale e anche nella sua proiezione nel mondo anglosassone, è attento a non spingersi fino in fondo ed a non inoltrarsi nei meandri insicuri, e a volte infidi, della *koiné* ermeneu-

tica. Egli resta saldamente ancorato alle radici originarie dell'ermeneutica come arte dell'interpretare ed evita di legarsi in modo stabile ad una versione filosofica particolare. Ciò gli consente una flessibilità non riduzionistica nei confronti dell'esperienza giuridica. Infatti, l'interesse dominante di Giuseppe Zaccaria non è quello di difendere la prospettiva ermeneutica a tutti i costi, ma di comprendere il diritto. Pertanto, egli evita le antitesi nette, come quella tra verità e metodo o tra spiegazione e comprensione, e nel campo giuridico tiene ferma la centralità del principio di legalità con tutti i suoi correlari. Insomma, il primato è quello della cosa-diritto e in questo possiamo intravedere una buona dose di realismo (ad es., Zaccaria 2013, 10).

2. Il disordine giuridico e il ponte ermeneutico

Il richiamo alla concezione originaria dell'ermeneutica come arte dell'interpretazione non deve essere inteso in senso debole, come se si trattasse semplicemente di passare in rassegna i metodi o i percorsi interpretativi all'opera nel mondo del diritto. In tal modo si perderebbe la pregnanza di quest'approccio teorico. A questo proposito almeno due aspetti devono essere sottolineati.

L'attività interpretativa a cui Zaccaria si riferisce non è riducibile alla ricerca di significati puntuali di stati mentali intenzionali espressi da enunciati linguistici testuali, come ingenuamente si credeva che avvenisse nella ricerca della "volontà del legislatore". Ma si tratta propriamente d'interpellare un testo o un evento storico a partire da una situazione esistenziale in cui l'interprete stesso è coinvolto. Si instaura così una situazione interattiva di domande e di risposte tra l'interprete e la cosa di cui il testo parla. Questa dialogicità della relazione ermeneutica intesse una comunanza e un'intesa, che è poi alla base del linguaggio e della comunità linguistica (cfr., ad es., Zaccaria 1990, 44ss.). Se è così, si comprende anche la ragione per cui l'ermeneutica venga considerata un'arte e non già una scienza vera e propria e neppure una tecnica. La scienza osserva qualcosa già costituito o formato e, semmai, mette in ordine ciò che si è disordinato. La tecnica produce strumenti utili a raggiungere fini ad essa esterni. L'arte, invece, crea relazioni, armonizza dissonanze, libera potenzialità e costruisce ponti. Un'arte agisce. Lo scienziato e il tecnico stanno a guardare dall'esterno, ma l'artefice è immerso nella sua opera tanto da potersi dire che è parte di essa.

Pertanto, quando si parla di approccio ermeneutico nel diritto, non ci si riferisce in primo luogo all'atteggiamento metodico del teorico o alle sue propensioni filosofiche, ma alla natura del diritto. È il diritto positivo stesso ad essere considerato "ermeneutico" o, meglio, ad essere un'ermeneutica della convivenza civile. L'ermeneuticità si riferisce alla cosa-diritto in quanto

rende possibile considerare un insieme altamente eterogeneo come in qualche modo unitario o, meglio, come in cammino verso una convergenza¹.

Infatti, il mondo del diritto è popolato da cose ben diverse fra loro come ad esempio: atti di volontà, regole, procedure, comportamenti di rilevanza sociale, ragionamenti, ruoli ufficiali e non ufficiali di soggetti differenti, deliberazioni e decisioni. Parlare di disordine è dir poco. La prima impressione è quella di un caos. E tuttavia questo caos è sorretto in linea di principio da una finalità condivisa, che è quella della legalità, cioè di dare risposte certe e corrette alle domande di giustizia. Ciò implica che in questo luogo è presente come indispensabile un'istanza di normatività. S'istituisce, così, la tipica situazione ermeneutica di carattere dialogico ed interattivo. Ma i tentativi di coordinazione e di cooperazione non sempre hanno successo e, quando ce l'hanno, questo non è duraturo e spesso vale solo per la situazione concreta. Le situazioni sono per definizione sempre particolari e quella ermeneutica non fa eccezione. Il caos del diritto resta tale e forse è bene così. I ruoli degli attori e delle stesse istituzioni nazionali, internazionali e transnazionali non sono chiaramente definiti e si modificano sulla base delle contingenze storiche. La cooperazione tra loro tende a trasformarsi in competizione, come d'altronde è sempre stato: il legislatore vuole un giurista mero esegeta delle norme e un giudice come suo portavoce; il giurista desidera un legislatore razionale e un giudice deferente nei confronti della dottrina; il giudice è combattuto tra la tendenza di non assumersi la responsabilità della decisione e quella di surrogare il ruolo del legislatore e del giurista. Ognuno di essi ha le sue ragioni, ma anche i suoi torti. Basta moltiplicare in modo esponenziale questo paradigma tradizionale della competizione fra gli attori del diritto per avere una pallida idea della *juristische Verwirrung* del nostro tempo.

Il disordine giuridico è per molti un vero e proprio scandalo. Soprattutto per gli ingegneri quando malauguratamente si trovano alle prese con una questione giuridica. Pensano giustamente che, se la scienza delle costruzioni si trovasse in una condizione simile, nessun edificio potrebbe essere costruito o resterebbe in piedi. Eppure la società bene o male tira avanti.

All'interno di questo disordine ci sono senza dubbio alcuni dispositivi di controllo del traffico normativo. Il principale di essi è costituito dalla scienza giuridica, che ha tradizionalmente un ruolo di mediazione cognitiva. Tra la produzione normativa e la decisione del caso concreto c'è il filtro dell'interpretazione e dell'argomentazione. Ma ora si tratta di un'opera paziente di cucitura di ragioni provenienti da fonti diverse, di rielaborazione delle norme e di un adattamento in vista della loro applicazione. Non si tratta

¹ Non è forse inutile ricordare che questa è una delle differenze principali dell'ermeneutica rispetto al metodo analitico, che è una prerogativa della conoscenza e non una caratteristica della realtà.

soltanto dei compiti tradizionali di esegesi e di sistematica delle leggi, cosa che sarebbe molto riduttiva, ma anche d'individuazione di tutti i fattori che esercitano una forza normativa di qualche rilievo nei contesti di esercizio e di una loro convalidazione giustificativa. Escluderli solo perché instabili e incerti, sarebbe un voler chiudere gli occhi.

Zaccaria ci presenta una visione della conoscenza giuridica allargata in un duplice senso: sia per quanto riguarda i compiti propri della scienza giuridica, sia per quanto riguarda la disseminazione dell'uso della ragione giuridica in tutte le articolazioni della pratica del diritto e persino nei settori con cui essa viene a contatto, quali l'economia, le culture, l'ecologia, le religioni. In ogni caso e in ogni luogo la conoscenza giuridica non è mai pura teoresi, ma è operativa quando controlla, limita, mette in comunicazione e ricuce le lacerazioni.

Pertanto, questa raccolta di scritti deve essere intesa come un contributo significativo a quest'opera di apertura di percorsi nuovi o – come dice l'Autore – all'impresa di gettare il “ponte ermeneutico” tra le culture giuridiche e all'interno di ciascuna di esse. I temi affrontati riguardano, infatti, tutte le attività presenti in ogni campo dell'esperienza giuridica: in primo luogo, ovviamente, l'interpretazione, che è l'anima stessa dell'ermeneutica e la sua ragion d'essere (Zaccaria 2012, 82ss.); ma poi anche la giurisprudenza mediante cui i testi giuridici acquistano vitalità incontrandosi con i casi concreti (ivi, 4ss.); la produzione del diritto che riscopre la problematica delle fonti non scritte, tra cui quelle consuetudinarie (ivi, 29ss.); il linguaggio giuridico che si confronta tra l'altro con l'arduo scoglio della traduzione (ivi, 142ss.); la giurisdizione che s'incontra con il difficile trattamento dei giudizi di valore (ivi, 197ss.); ed infine l'argomentazione e il ragionamento giuridico che soprattutto oggi tendono a diventare tutt'uno con l'attività interpretativa (ivi, 152ss.). Zaccaria è ben consapevole che queste attività giuridiche non potrebbero essere adeguatamente comprese se non alla luce dei nuovi contesti in cui oggi si trovano ad operare, quali quelli del pluralismo, del multiculturalismo e della globalizzazione. Dunque, attività specifiche e fatti o eventi storici sono il materiale su cui l'ermeneutica lavora al fine della “comprensione del diritto” che a questo punto sarebbe a dir poco miope continuare ad identificare con la legge.

È inutile dire che questo quadro qui sommariamente tracciato apparirà a molti al contempo catastrofico ed utopico. Si dirà che lasciarsi impressionare dalle novità significa disperdere le consolidate certezze ed andare alla deriva. Dovremmo, dunque, attestarci in modo ancor più saldo sui pochi punti fermi suscettibili di analisi scientifica a partire dal principio della validità formale? Si potrà sperare in tal modo di mettere al riparo la scienza giuridica, tirandola fuori dal caos? Ma questo è impossibile in quanto l'opera del giurista è parte integrante del diritto positivo in quanto suo *logos* imma-

nente. Ogni separazione sarebbe di danno all'una e all'altro. Allora si potrà pensare che una teoria del diritto sensibile ai canoni della pura scientificità descrittiva e collocata su un piano metascientifico possa conferire rigore al sapere giuridico. È l'intramontabile sogno che ha alla fine condotto Hans Kelsen non già – come Kant – a sacrificare la scienza per salvare la fede, ma a sacrificare la normatività per salvare la scienza. In effetti una teoria giuridica siffatta, che di per sé è pienamente legittima e a volte ammirevole per le sottigliezze logiche, sarebbe una conoscenza *sul* diritto, ma non già *del* diritto. Sarebbe monologica e non già dialogica in quanto autoreferenziale.

Non è così che Zaccaria, ispirandosi alla giurisprudenza tedesca della seconda metà del Novecento, concepisce il ruolo e la funzione della teoria giuridica. La teoria ermeneutica del diritto intende restare all'interno della pratica giuridica e a stretto contatto con la scienza giuridica per aiutarla nell'opera incessante di cucitura e ricucitura, di mediazione e di esercizio della ragionevolezza. Se la teoria giuridica fosse intesa come metascienza, allora avrebbe un carattere puramente speculativo e normativamente inerte. È per questo che il discorso sul metodo giuridico non può essere separato dall'oggetto a cui si riferisce né dai contesti di applicazione, per estendere la sua influenza sino alla decisione valutativa del giudice. Ciò permette alla teoria anche di cogliere i limiti della metodologia e di promuoverne l'aggiornamento.

In particolare la teoria giuridica dovrebbe favorire l'apertura del sapere tecnico del giurista e del giudice ai nuovi contesti culturali in cui il diritto prende forma oggi. I diritti umani, ad esempio, immettono nella scienza giuridica problematiche inusuali rispetto alla sua tradizione, che debbono essere adeguatamente metabolizzate da un metodo giuridico opportunamente adattato. Regole provenienti dalle scienze, dall'economia, dalle religioni e dalla morale bussano alla porta del diritto e chiedono una loro conversione in forma giuridica per poter entrare a far parte della ragione pubblica. La dogmatica giuridica appare sclerotizzata in concetti tecnici, che, pur restando di per sé validi, sono troppo legati a forme di vita sociale del passato. I giuristi hanno bisogno di stimoli per nuovi slanci nella strutturazione giuridica dei problemi sociali. Insomma, la teoria giuridica ermeneutica non si pone al di fuori e al di sopra della giurisprudenza, ma al di dentro e con la stessa finalità di tessitura di un discorso giuridico comune, distinguendosi per il suo carattere eminentemente riflessivo.

È inutile dire che questo non è certamente lo stato attuale degli studi giuridici in Italia. In particolare siamo di fronte a due divaricazioni preoccupanti: quella dell'opera del giudice da quella del giurista e quella della teoria dalla scienza giuridica. Sulla prima non ci soffermeremo, perché, a parte le derive dell'attivismo giudiziale, che è alimentato da molteplici cause concorrenti, essa conferma l'assenza di un'adeguata interrelazione comuni-

cativa fra gli attori del diritto, dal legislatore ai cittadini. Il giudice è lasciato solo di fronte al caso concreto, tra leggi incompiute e discorsi astratti. Non gli resta che lo spirito di corpo che gli fa preferire il precedente alla dottrina, il richiamo delle corti di giustizia di altri paesi ai propri vincoli nazionali. La comunità transnazionale dei giudici esercita un'attrazione maggiore delle comunità di vita sempre meno coese (Zagrebelsky 2006).

3. Il carattere regionale dell'ermeneutica giuridica

Riprendendo ora la questione dei rapporti tra teoria e scienza giuridica, è evidente che essa pone una domanda propriamente filosofica. Infatti, si tratta di chiedersi quale tipo di conoscenza sia appropriato per il diritto. Ma a questa domanda non si può neppure iniziare a rispondere senza una previa idea di cosa il diritto sia. È ciò che l'ermeneutica chiama "precomprensione". Già dunque siamo dentro al mondo del diritto e non potrebbe essere diversamente, perché esso è il *nostro* mondo, non solo perché è fatto da noi ma anche perché appare come necessario per la nostra realizzazione.

Ciò spiega perché l'ermeneutica filosofica nasca con un carattere "regionale". Quando parliamo di filosofia ermeneutica del diritto, ci riferiamo direttamente ad un'ermeneutica regionale in cui è l'oggetto stesso, o meglio la cosa stessa, a dettare le condizioni per la sua comprensione. In tal modo viene superata la ben nota distinzione bobbiana fra la filosofia del diritto dei filosofi e quella dei giuristi, perché l'ermeneutica giuridica non è una mera applicazione di una filosofia generale al diritto e non è neppure una proiezione filosofica dell'opera della scienza giuridica.

La filosofia ermeneutica generale, ammesso che sia lecito usare a rigore quest'espressione, viene dopo, nella misura in cui si trovano comunanze e ricorrenze fra le differenti ermeneutiche regionali e queste vengano intese come una manifestazione antropologica della coscienza storica. Ma questa filosofia non si sostiene da se stessa, avendo bisogno di essere alimentata dalla temporalità dell'esperienza umana. Infatti la comprensione è sempre segnata da un carattere temporale e storico, che rende praticabili valori e fini, di per sé assoluti, urbanizzandoli. L'uomo non vive mai quelle esperienze atomistiche e irrelate a cui pensava il neopositivismo, ma sempre connessioni di significato che implicano un incessante riordinamento retrospettivo e prospettico. La coscienza ermeneutica è una coscienza radicalmente storica, è esposta alla storia e alla sua azione in modo tale che questa azione non può essere oggettivata senza far venir meno lo stesso fenomeno storico. Ma la costruzione scientifica, che pure è necessaria, introduce in questa coscienza una sorta di distanziamento alienante (*Verfremdung*) che distrugge l'originaria relazione di appartenenza. Bisognerà, allora, sempre

recuperare la profonda unità della coscienza storica, mostrando la possibilità di superare la frattura tra la tradizione in cui e di cui vive l'interprete e quella a cui il testo, o più in generale il messaggio, appartiene (*Horizontverschmelzung*).

Pertanto, tra ermeneutica generale ed ermeneutiche regionali c'è una continua circolarità (Zaccaria 1996, 157-158): l'ermeneutica nasce come regionale per l'esigenza di comprensione dei testi appartenenti a settori specifici della vita pratica (arte, religione, diritto...) e poi trova una certa qual comunanza strutturale fra gli approcci particolari, cosa che suggerisce una sorta di trascendentale ermeneutico. Ma anche questa non è né l'ultima parola né quella che veramente conta, perché non esiste la comprensione senza qualcosa da comprendere e questa, che è ciò che veramente conta, non è un oggetto ma un insieme di attività a cui si partecipa. Così l'ermeneutica generale deve ritrovare concretezza e sostanza nelle ermeneutiche regionali verso cui incessantemente ritorna.

Come si può notare, l'ermeneutica generale non è una compiuta concezione filosofica generale, ma solo un orientamento di pensiero per comprendere il mondo umano. Si occupa, infatti, solo dei "fatti umani", cioè di azioni dotate di senso. Per questo l'ermeneutica giuridica prende le distanze non solo dalla metafisica astratta del giusnaturalismo moderno, ma anche da quella fattualistica del giuspositivismo esclusivo. L'aspirazione dell'ermeneutica è quella di muoversi nella terra di mezzo in cui valori e fatti s'incontrano come avviene nelle concrete forme di vita e nelle attività umane. I valori e i fatti separatamente considerati forse si possono spiegare, ma il loro incontro si può solo tentare di comprenderlo.

Senza dubbio vi sono orientamenti di pensiero da cui l'ermeneutica prende nettamente le distanze e che, pertanto, la caratterizzano in negativo. L'ermeneutica rifiuta il deduttivismo, il logicismo e il formalismo che ne consegue, soprattutto in ragione del loro aspetto puramente teoretico o non "pratico" (Zaccaria 2012, 32-37). Essa rigetta il fattualismo positivisticò che non può (e d'altronde non vuole) cogliere il senso delle attività umane (ad es., *ivi*, ix). Essa lotta contro la tentazione del riduzionismo, perché anche la complessità ha le sue ragioni che in tal modo verrebbero totalmente misconosciute o gravemente mortificate (cfr., ad es., *ivi*, 129).

In positivo l'ermeneutica ha una vocazione induttiva e realistica, poiché prende sul serio i fatti della storia e le attività umane. Tuttavia l'interpretazione come tale non è il suo fine ultimo, ma solo indica la modalità dell'approccio conoscitivo che non è quello delle scienze naturali. In quanto *technè* l'interpretazione non è fine a se stessa, ma è un'attività rivolta ad un fine altro da sé. Secondo l'ermeneutica il fine dell'interpretazione è la comprensione. S'interpreta per comprendere. Nella centralità della comprensione risiede la differenza principale fra l'ermeneutica e le altre teorie dell'interpretazione

che sono volte all'intendere significati di enunciati considerati come stati mentali.

Mentre l'intendere indica – come notava Wittgenstein (1967, par. 457) – un “dirigersi verso qualcuno”, cioè cercare di cogliere le intenzioni altrui (si intendono intenzioni), nel comprendere l'oggetto è ben più ampio in quanto riguarda non solo il contesto immediato che contribuisce a conferire senso alle intenzioni, ma anche più in generale le tradizioni e le forme di vita a cui le intenzioni appartengono, nonché le ragioni da cui le attività sono mosse e i fini a cui sono dirette. Pertanto, il contestualismo, che è frequentemente chiamato in causa da Zaccaria (ad es., Zaccaria 2012, 120), non deve intendersi né in un senso meramente sociologico e neppure in un senso pragmatico. Esso rende possibile il perseguimento del fine stesso dell'ermeneutica che consiste nel comprendere il “mondo” di cui l'intenzione fa parte e con ciò stesso il senso delle attività che in esso si articolano. Di conseguenza, riferirsi alle intenzioni non è sufficiente per comprendere il diritto, in quanto esse vengono rielaborate dai contesti di esercizio, assumendo spesso significati differenti da quelli d'origine e provocando effetti non previsti né prevedibili². Ciò vuol dire anche che nel mondo del diritto non tutti i significati normativi possono identificarsi in stati mentali empiricamente accertabili (come si presume che siano, ad esempio, quelli legati alla volontà del legislatore) e che spesso i più rilevanti non lo sono.

Come già s'è detto, precomprensione e comprensione rappresentano lo stadio iniziale e quello finale dell'impresa ermeneutica, ma non devono essere fraintese come implicanti un'aspirazione ad una conoscenza assoluta. Sappiamo già che non si tratta di un cammino in linea retta, ma di ritornare continuamente sui propri passi per controllarne la consistenza e per tentare di recuperare di volta in volta ciò che s'è perduto. Non la linea retta del logicismo, ma il cammino a spirale è il procedere tipico della ragione ermeneutica. Infatti, il fine è quello di tenere insieme aspetti eterogenei, mettere in relazione e custodire la normatività.

Il concetto ermeneutico di “precomprensione” è molto complesso e racchiude in sé l'anticipazione intraculturale dei significati da cercare, il riferimento interculturale a modelli classici o emblematici (anche nel diritto vi sono testi classici o “sacri”) e le modalità strutturali in cui si articola la pratica giuridica, nonché le finalità che essa persegue in generale. A questo bisogna aggiungere che per l'ermeneutica la precomprensione è modificabile per definizione, anzi deve essere continuamente posta in questione per

² “Precepts must ‘have meaning’, but they necessarily borrow it from materials created by social activity that is not subject to the strictures of provenance that characterize what we call formal lawmaking. Even when authoritative institutions try to create meaning for the precepts they articulate, they act, in that respect, in an unprivileged fashion” (Cover 1983, 18).

evitare il rischio del fraintendimento. In tal modo e in linea di principio non c'è contrasto fra spirito critico e precomprensione. La comprensione è il risultato di una precomprensione passata al vaglio del controllo interno di ragionevolezza.

Mentre la precomprensione è il segno dell'avvio di una conoscenza di chi partecipa ad un corso di azione e coopera in qualche modo e con qualche ruolo significativo per il raggiungimento dei suoi fini, la comprensione del diritto non deve essere intesa come se esistesse un senso del diritto scritto nel cielo e appreso con un atto intellettuale supremo o assoluto. Si tratta, invece, di una conoscenza sintetica ma relativa, in quanto legata alla situazione concreta e alla specifica domanda di giustizia. Ha un carattere insieme conoscitivo e normativo in quanto ha luogo soltanto nell'applicazione che riguarda sempre un'azione da compiere, una decisione da prendere o un modo di trattare un caso concreto³. La comprensione vuole indicare un modo di conoscenza non descrittivistico, ma normativo, cioè la conoscenza di chi è impegnato in un corso d'azione e deve esplorare le risorse normative disponibili da cui trarre le regole da seguire, mettendole insieme e facendole interagire fra loro, cioè conoscendole in modo "comprensivo".

Poiché la comprensione è un atto della coscienza storica, la normatività preesistente viene attualizzata, rigenerata e giustificata in relazione ai casi concreti e vale solo per essi e per quelli simili. Non si deve scambiare la comprensione del diritto con una concezione di esso, che sarebbe una visione teoretica normativamente inerte. Non esiste un senso del diritto in astratto, ma solo nel giudizio o nella decisione giuridicamente corretta tutto considerato. Certamente, però, in tal modo prende forma uno stile della legalità che accomuna percorsi di differente contenuto e che permette di tutelare aspettative legittime. La comprensione del diritto non è una risposta ultima, ma a sua volta una domanda eminentemente filosofica: perché il diritto?

4. Il diritto come attività deliberativa

In conclusione, vorrei accennare al modo in cui i processi e i risultati dell'ermeneutica giuridica inducono a considerare in generale il diritto, preparando il terreno per una risposta all'interrogativo che è alla base della filosofia del diritto. Non so se Giuseppe Zaccaria accetterà questo sviluppo ulteriore della sua linea di pensiero e per questo attendo la sua replica.

Lasciando ora da parte i particolari temi trattati, in modo per me del tutto convincente, nel libro qui in discussione, si profila però la questione

³ Anche Wittgenstein a suo modo si apre a questa prospettiva quando afferma che "l'applicazione rimane un criterio della comprensione" (Wittgenstein 1967, par. 146).

centrale dell'incompiutezza filosofica dell'ermeneutica giuridica, a cui sopra abbiamo già accennato. Di per sé essa non è in contrasto con orientamenti filosofici ben differenti fra loro, come lo sono senza dubbio il tradizionalismo e lo storicismo, e non si può dire neppure che chiuda tutte le porte al relativismo. Allora bisogna chiedersi quale *background* filosofico sia più adatto a valorizzare al meglio le istanze e i processi dell'ermeneutica giuridica. Dico subito che la mia propensione va verso la filosofia pratica di Aristotele, che d'altronde è ben presente nel pensiero di Gadamer, ed ora cercherò di giustificarla.

Abbiamo visto che il diritto è una complessa attività di carattere sociale e che è fondamentale in essa il ruolo del ragionamento, che mette in relazione tra loro le risorse giuridiche. Ma ora bisogna sottolineare che l'argomentazione giuridica ha una portata deliberativa di carattere diffuso. Ciò vuol dire che anche la scienza giuridica è deliberativa. Viene così rigettata l'idea persistente nel giuspositivismo legalistico per cui la deliberazione è propria del legislatore o di chi produce la norma e non già delle fasi esecutive o applicative. Ad esempio, quest'idea è ben presente nelle *exclusionary reasons* di Raz. Al contrario, la norma giuridica, a differenza delle regole tecniche come l'ortografia, è al contempo frutto di una deliberazione e l'inizio di processi successivi di deliberazione volti ad adattarla al meglio ai casi concreti. In questo senso anche l'opera del giurista, quella del giudice e quella del cittadino hanno un carattere deliberativo, pur se con modalità differenti. Se non fosse così, allora questi altri soggetti giuridici sarebbero trattati come ciechi strumenti esecutivi e non già come "agenti" e questo contraddirebbe l'idea stessa del diritto rappresentata dai principi del *rule of law*.

Mentre è più facile ammettere che il giudice deliberi quando deve decidere un caso concreto e che deliberi il cittadino nel seguire le regole giuridiche, non è sembrato che questo sia il modo più appropriato per definire l'opera del giurista o, più in generale, della scienza giuridica. Si pensa che, trattandosi di una scienza, essa debba limitarsi a descrivere le norme senza nulla aggiungere o togliere. Tuttavia tutti ormai riconoscono che l'interpretazione giuridica è una scelta fra differenti e legittime soluzioni possibili e che ogni scelta propriamente umana è da distinguersi dal lancio dei dadi o almeno dovrebbe esserlo.

In vista di che cosa il giurista sceglie un'interpretazione invece di un'altra? Si deve pensare che egli operi sempre all'interno di un corso d'azione o di un mondo di significati comuni. La riflessione scientifica suggerisce un atteggiamento distaccato o "esterno", ma il giurista è anche partecipe dall'interno al dinamismo del diritto. Ciò può apparire contraddittorio o impossibile e si è tentati di scegliere l'una o l'altra strada. Ma nel campo pratico avviene insieme l'una e l'altra cosa. Qui i processi conoscitivi sono insieme interni ed esterni, interni in quanto fanno parte integrante del cor-

so d'azione intrapreso, esterni in quanto l'uso della ragione in quanto tale ha necessariamente un carattere riflessivo, cioè distaccato e imparziale. La scienza giuridica è proprio così, anche se in modo complesso e articolato, perché la deliberazione ha una portata sociale e ad essa concorrono tanti soggetti diversi con ruoli distinti. Pertanto, il modello deliberativo proprio della ragion pratica con gli opportuni adattamenti aiuterebbe molto a comprendere il diritto e la scienza giuridica (Rodriguez-Blanco 2014, 149-152) e, tuttavia, nella letteratura filosofico-giuridica degli ultimi due secoli è stato del tutto scartato, con qualche importante eccezione. Ancora oggi me ne chiedo il perché.

È vero che l'uso dell'espressione "scienza giuridica" è carico di un'elevata ambiguità, mentre quello di "filosofia del diritto" di una necessaria genericità. Se poi assumiamo che la "teoria del diritto" è una riflessione sopra la scienza giuridica, l'ambiguità di quest'ultima si trasmette in modo esponenziale alla prima. Infatti, per riflettere sulla scienza giuridica è necessario presupporre cosa essa sia, di cosa si occupi e in che modo se ne occupi. Ma proprio questo è molto controverso, nella scienza giuridica ben più che in tutte le altre scienze. Il processo di disambiguazione implica necessariamente la formulazione di giudizi di rilevanza, che sono a tutti gli effetti valutazioni. Il confronto fra differenti teorie del diritto implica, a sua volta, che sia possibile un discorso critico fra differenti giudizi di rilevanza, cosa che il noncognitivismo non consente. Pertanto, anche la pretesa che la teoria del diritto sia o debba essere puramente descrittiva di norme e noncognitiva rispetto ai valori è a tutti gli effetti un *wishful thinking*. Le cose non cambiano, anzi si aggravano, se si passa al terzo livello della metateoria del diritto nel tentativo disperato di guardare con gli occhi di Dio.

L'ermeneutica giuridica, al contrario, suggerisce che i rapporti fra scienza giuridica, teoria e filosofia del diritto siano come quelli delle scatole cinesi e non già come quelli dei livelli sovrapposti di discorso o di linguaggio. I discorsi più fruttuosi per la comprensione del diritto sono quelli interattivi sul piano disciplinare, come incontriamo in opere illuminanti scritte da giuristi, quali ad esempio Luigi Mengoni, Natalino Irti, Gustavo Zagrebelsky, Stefano Rodotà e Nicola Lipari.

Quando Norberto Bobbio ha avanzato l'idea che il compito principale della scienza giuridica sia e debba essere quello dell'analisi del linguaggio del legislatore, si basava sul giudizio di fatto della centralità della legge nell'età della codificazione e sul giudizio di valore volto a identificare il diritto positivo con la legge. Il primo era allora difficilmente contestabile, mentre il secondo era già discutibile e lo sarebbe stato sempre di più (cfr. Kaufmann 1972, 157). Oggi anche quel giudizio di fatto deve essere abbandonato e non si sa bene come sostituirlo in ragione della complessità dei fatti normativi e delle fonti di diritto da prendere in considerazione. Oggi sostenere che la

scienza giuridica sia o debba essere un'analisi del linguaggio del legislatore è a dir poco temerario e a dir molto patetico. Il diritto positivo ha un carattere culturale e storico, la sua forma cambia nel tempo com'è proprio di tutti gli artifici umani dalla ruota all'aeroplano, dalla freccia al missile.

Sono ancor oggi stupito dello scarso interesse dei giuspositivisti per la teorizzazione del carattere artificiale del diritto che pure è per loro un presupposto necessario. Certamente l'artificio è una produzione umana e la norma giuridica è un prodotto della volontà umana. Ma è tutto qui? Basta solo questo per la costituzione dell'oggetto della teoria giuridica? Non è forse legittimo aspettarsi che siano per essa rilevanti a monte le ragioni o i fini della produzione normativa e a valle gli esiti dell'applicazione delle norme? L'artificio giuridico non si esaurisce nel produrre norme, ma si estende fino alla loro applicazione ai casi concreti. Eppure, frequente è stata la tendenza a relegare nel campo del "pregiuridico", cioè nella sostanza del non-giuridico, ciò che avviene prima dell'atto legislativo e nel campo meramente operativo, cioè ben poco razionale, tutto ciò che riguarda l'uso effettivo delle norme. Ciò che avviene prima e dopo l'atto di posizione della norma non sembra interessare la teoria giuridica, perché non riguarda propriamente ciò che viene ritenuto "valutativamente" il vero e proprio oggetto della scienza giuridica.

La nostalgia di una teoria pura del diritto è dura a morire. In tal modo l'artificio giuridico viene cosificato come se fosse un oggetto naturale ed identificato sulla base di qualche elemento specifico (norma, sanzione, istituzione, enunciato linguistico...) e si perde il suo aspetto dinamico consistente nel porre in essere attività sociali, nell'usare o seguire regole, nel deliberare e prendere decisioni relative a conflitti sociali. Il prodotto viene separato dall'opera del produrre e studiato come cosa a sé stante. Forse ancora non ci si è liberati del tutto dal pungolo giusnaturalista che induce a configurare l'oggetto come un sostituto ontologico del diritto naturale. Ma il diritto positivo è un processo di azioni i cui prodotti non sono mai definitivamente compiuti, ma sono a loro volta suscettibili di ulteriori specificazioni e determinazioni, cioè sono semi-lavorati. Questo richiederebbe una problematizzazione più adeguata dell'artificio giuridico.

Non solo la teoria giuridica dovrebbe saper coniugare l'*éthos* della conoscenza oggettiva, proprio della ricerca scientifica, con quello della conoscenza partecipativa (Gadamer 1995, 283-285), ma dovrebbe anche prendere sul serio il carattere "pratico" della scienza giuridica.

Aristotele ha difeso la conoscenza pratica come campo autonomo del sapere e non già come una mera applicazione della teoresi. La ragion pratica non è una teoria applicata. Non solo tra le scienze speculative e quelle pratiche c'è una differenza nell'oggetto, perché nelle seconde questo è ciò che dipende dall'uomo in quanto autore di una scelta (*proairesis*), ma soprattutto c'è anche una differenza nel modo di rapportarsi all'oggetto, che

nelle seconde è quello della partecipazione a qualcosa che in qualche modo ci riguarda in ragione della comune umanità. I giudizi di valore o di rilevanza sono parte costitutiva essenziale di tale scienza e come tali né eliminabili né neutralizzabili. Una scienza è pratica quando il fine del conoscere è parte integrante dell'oggetto da conoscere, mentre nelle scienze teoretiche è proprio il contrario. Di conseguenza, anche l'uso della ragione è differente.

Secondo Aristotele un ragionamento può considerarsi "pratico" non già per il solo fatto di riguardare le azioni umane, ma propriamente quando è volto a determinare l'azione da compiere. Il ragionamento pratico ha per conclusione non già una proposizione, ma un'azione. Di conseguenza la ragion pratica non è una riflessione *sull'*azione umana, ma una riflessione *per* l'azione umana⁴. La ragion pratica ha, pertanto, un carattere normativo e non già puramente descrittivo e si pone dal punto di vista interno di chi s'interroga sull'azione da compiere, perché, nel nostro caso, è un cittadino che vuole esercitare i propri diritti o perché è un giudice che deve decidere se i diritti sono stati violati o sono stati legittimamente esercitati⁵. Entrambi devono avanzare ragioni che giustifichino le loro scelte. Queste ragioni sono suscettibili di uno scrutinio critico ed è per questo che si tratta di un sapere guidato dalla ragionevolezza e dalla fiducia che l'uomo sia in grado di sottrarsi alle pulsioni costrittive dei suoi istinti per seguire la ragione.

Può darsi che l'azione di cui si tratta non sia direttamente propria del soggetto che usa la ragion pratica, ma solo da questi preparata, ponendo le condizioni dell'azione di altri, come nel caso del legislatore, quando riconosce o attribuisce diritti in astratto, o del giurista che interpreta il materiale normativo. Nella dimensione sociale e politica la ragion pratica è un'impresa cooperativa. Il diritto è un'impresa cooperativa in cui l'agire degli uni può essere compreso solo prendendo in considerazione quello degli altri. Per questo – come nota Ricoeur (1996, 82) – "il diritto stabilito, come sistema di regole, non esaurisce il diritto come impresa politica".

Se è vero – come s'è detto – che il diritto deve essere identificato come una prassi, allora sembrerebbe opportuno abbandonare la metafora dell'artefice in quanto essa appartiene al mondo del fare o del produrre e non dell'agire. Tuttavia il carattere sociale della prassi giuridica richiede strutture istituzionali e un sistema di regole esteriori che sono prodotte da un'arte

⁴ Ciò è ben espresso da Tommaso d'Aquino: "...non enim consideratio de agendis vel faciendis pertinet ad intellectum practicum nisi propter agere vel facere" (*De virtutibus in communi*, q. un., a.7 ad 1).

⁵ Solo nell'ottica della ragion pratica è possibile cogliere il nesso tra validità e obbligatorietà. Quest'ultima riguarda chi deve porre in essere l'azione. È questi che è obbligato o meno, che ha o non ha un obbligo. La validità riguarda invece ciò da cui bisogna trarre come conclusione gli obblighi che abbiamo, cioè quali sono le premesse giustificate del ragionamento pratico che conduce alla determinazione degli obblighi che abbiamo.

apposita. Le stesse convenzioni, in cui si sostanzia un accordo implicito, si presentano come regole esteriori da seguire anche se non scritte.

Dalla saggezza del diritto romano proviene la definizione della scienza giuridica come *ars boni et aequi* in cui il fare s'incontra con l'agire o ha un agire come suo oggetto. Infatti non si tratta di un fare che consiste in *operazioni*, il cui scopo è produrre un oggetto materiale, bensì in *prestazioni*, che sono pratiche sociali definite dal modo corretto di eseguirle (Agazzi 1992, 21). Per costruire qualcosa bisogna compiere una serie di *operazioni*⁶, ma il linguaggio o il ragionamento si concretizzano in una serie di *prestazioni*, che sono governate da regole del ben operare studiate dalla grammatica o dalla logica, cosicché noi possiamo distinguere un modo corretto di parlare o di ragionare da un modo non corretto. Come sappiamo, secondo Aristotele la retorica, cioè l'arte del fare discorsi, appartiene al mondo del fare e non dell'agire e, infatti, può essere usata bene o male.

Anche nel diritto, come nella danza o nell'esecuzione musicale, abbiamo a che fare con prestazioni, che a volte consistono nel rispetto di procedure prefissate e altre volte riguardano attività proprie di ruoli ufficiali, ma nel diritto le questioni di contenuto, cioè degli scopi sociali e politici, e dell'uso buono o cattivo delle risorse giuridiche non possono essere messe del tutto da parte. Il diritto è insieme ed inscindibilmente un complesso di strutture istituzionali governate da regole interne e un insieme di pratiche sociali interpretative che sono dirette a rendere operative "al meglio" quelle strutture nei contesti sociali. Qui il sapere tecnico s'incontra con la ragionevolezza pratica.

A questo proposito può essere istruttivo ricordare l'obiezione di Stammler alla tesi di Cathrein per cui una legge ingiusta non è una vera legge. Cathrein aveva paragonato la legge ingiusta ad un amico falso, che non è un vero amico. Stammler risponde che il paragone più appropriato non è con l'amicizia, che è concetto già intriso di valore morale, ma con il sermone: una legge ingiusta è una vera legge così come un cattivo sermone è ciononostante un vero sermone (Stammler 2000, 88). E in questo mi sembra che abbia ben più ragione di quanto credeva, poiché l'accostamento del diritto al discorso è ben più che una semplice metafora. Tuttavia poi aggiunge che il concetto di diritto non è contraddetto da un contenuto che permetta o comandi la poligamia, il rogo delle vedove o la soppressione dei bambini menomati. Ma così disattende la sua stessa tesi che la natura del diritto è retta del principio del reciproco rispetto delle persone unite sotto la legge (ivi, 159). Dunque, nel discorso giuridico, insieme ai vincoli presenti in tutti i discorsi, ve ne sono altri derivati dalle finalità per cui è bene che vi sia il diritto piuttosto

⁶ Il costruttivismo spesso non tiene in debito conto la differenza fra razionalità strumentale e prammatica.

che non vi sia (Finnis 2003). D'altronde il sermone, o il discorso, è di per sé predisposto alla ricerca dell'utile e del nocivo, del giusto e dell'ingiusto⁷.

Il diritto non è soltanto il prodotto di un'arte, ma è quest'arte stessa. È l'uno e l'altra insieme. Il diritto è un modo particolare di attualizzare le nostre capacità di ragionamento pratico e di deliberazione razionale (Rodriguez-Blanco 2014, 26). Dal modo in cui si attuano nella pratica del diritto possiamo indurre quali queste capacità siano e quali abilità siano richieste (ivi, 60)⁸. Se non riconosciamo a quest'arte una capacità di giustificazione razionale sulla base dell'idea aristotelica di scienza pratica, allora l'indagine scientifica potrà riguardare solo particolari segmenti o elementi della pratica giuridica (come, ad esempio, il linguaggio del legislatore), ma non già mirare ad una compiuta teoria del diritto positivo nel suo dispiegarsi dalla produzione della norma alla regola del caso concreto. A questa bisognerebbe rinunciare.

Senza dubbio si può conoscere senza comprendere. Ma solo all'interno di una comprensione del fine del diritto e del suo contesto di esercizio si può articolare una conoscenza scientifica che perfezioni l'arte del diritto⁹. Voglio dire che una teoria del diritto positivo è possibile solo se non recide i suoi legami con la visione filosofica del diritto come arte della convivenza civile, altrimenti dovrà limitarsi ad essere una teoria di un aspetto particolare della scienza giuridica. Ne guadagnerebbe in "scientificità", ma non nella comprensione del diritto positivo.

Francesco Viola

Università degli Studi di Palermo

Dipartimento di Scienze Giuridiche, della Società e dello Sport – Sezione: Diritto e Società

Piazza Bologni 8

90134 Palermo

francesco.viola@unipa.it

⁷ "Sed loquutio humana significat quod est utile et quid nocivum. Ex quo sequitur quod significet iustum et iniustum. Consistit enim iustitia et iniustia ex hoc quod aliqui adaequentur vel non adaequentur in rebus utilis et nocivis. Et ideo loquutio est propria hominibus; quia hoc est proprium eis in comparatione ad alia animalia, quod habeant cognitionem boni et mali, ita et iniusti, et aliorum huiusmodi, quae sermone significari possunt" (Tommaso d'Aquino, *In Octo Libri Politicorum Aristotelis Expositio*, L. I, l. 1, n. 37).

⁸ Nota Aristotele che deliberiamo nelle cose che sorgono ad opera nostra e non sempre allo stesso modo, perché sono incerte e indeterminate. Per questo la deliberazione si trova nelle arti ben più che nelle scienze. *Etica Nicomachea*, 1112b3-12.

⁹ L'espressione "perfecta ars iuris civilis" è di Cicerone (*De oratore*, 1, 42, 141). Per la sua interpretazione cfr. Albanese 2002.

Riferimenti bibliografici

- Albanese, Bernardo. 2002. "L'ars iuris civilis nel pensiero di Cicerone." *Annali del Dipartimento di storia del diritto della Università di Palermo (AUPA)* 47: 23-45.
- Agazzi, Evandro. 1992. "Per una riconduzione della razionalità tecnologica entro l'ambito della razionalità pratica." In *Forme di razionalità pratica*, a cura di Sergio Galvan, 17-39. Milano: Franco Angeli.
- Cover, Robert M. 1983. "Nomos and Narrative." *Harvard Law Review* 97, 1: 4-68.
- Finnis, John. 2003. "Law and What I Truly Should Decide." *The American Journal of Jurisprudence* 48, 1: 107-129.
- Gadamer, Hans-Georg. 1995. *Verità e metodo 2. Integrazioni* (1986). Milano: Bompiani.
- Kaufmann, Arthur. 1972. *Rechtsphilosophie im Wandel. Stationen eines Weges*. Frankfurt a.M.: Athenäum.
- Mathieu, Vittorio. 2000. *L'uomo animale ermeneutico*. Torino: Giappichelli.
- Ricoeur, Paul. 1996. "Interpretazione e/o argomentazione." *Ars Interpretandi* 1: 77-93.
- Rodriguez-Blanco, Veronica. 2014. *Law and Authority under the Guise of the Good*. Oxford: Hart.
- Stammler, Rudolf. 2000 [1925]. *The Theory of Justice* (1902). Union (NJ): The Lawbook Exchange.
- Wittgenstein, Ludwig. 1967. *Ricerche filosofiche* (1953). Torino: Einaudi.
- Zaccaria, Giuseppe. 1990. *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*. Padova: Cedam.
- 1996. "Introduzione a 'Arte e limiti dell'interpretazione: dal diritto all'ermeneutica, dall'ermeneutica al diritto'." *Ars Interpretandi* 1: 155-161.
- 2012. *La comprensione del diritto*. Roma-Bari: Laterza.
- 2013. "Introduzione." *Ars Interpretandi* 18, 1: 7-14.
- Zagrebelsky, Gustavo. 2006. "Cinquanta anni di attività della Corte costituzionale." <http://www.cortecostituzionale.it/ActionPagina_959.do> (15 marzo 2015).
- Zitelmann, Ernst. 1909. *Die Vorbildung der Juristen*. Leipzig: Duncker & Humblot.

