

## *DIRITTO VERO E DIRITTO GIUSTO*

*Francesco Viola*

"Diritto vero" e "Diritto giusto" sono espressioni altamente controverse nella problematica filosofico-giuridica. In generale si ritiene che gli attributi di "vero" e di "giusto" non si accompagnino necessariamente al diritto. In particolare, la verità non conviene al diritto, poiché è attributo di asserzioni e non di norme. La giustizia, invece, non aggiunge nulla all'essenza e all'esistenza del diritto, che resta pienamente valido anche se è ingiusto. Vorrei qui esplorare un modo di dare a queste espressioni una significatività diversa e più pregnante, sì da renderle fruttuose per una migliore conoscenza del diritto.

Gli aspetti in cui il tema della verità può assumere una certa rilevanza per il diritto sono molteplici. La verità può essere qualcosa con cui il diritto debba confrontarsi e che può interessare la sua funzione. Il diritto non può sottrarsi al riconoscimento della verità e al suo accertamento, in quanto deve qualificare normativamente determinati fatti e comportamenti umani. I contenuti della legge non possono non confrontarsi con il mondo dei rapporti sociali e recepirne la profonda verità. Certamente si potrebbe dire che "diritto vero" è un diritto rispettoso della verità e dell'essere, un diritto che aborre la menzogna, un diritto verace, cioè aperto al vero, ma in questo caso la verità non sarebbe attributo del diritto quanto piuttosto una sua funzione, un termine a cui rapportarsi o, più modestamente, una condizione da rispettare. Il diritto diventerebbe vero nella misura in cui rispecchia la natura delle

cose. La sua verità riposerebbe in qualcosa di esterno a cui la norma deve conformarsi.

Quando ci si chiede se la verità è qualità attribuibile a diritto, altre volte, e più spesso, non si ha riguardo all'aspetto ontologico, ma si presuppone un concetto logico di verità, quello proprio alle asserzioni e ai giudizi descrittivi. Qui la verità è qualità di atti di pensiero. L'ovvia conclusione è che il diritto non può essere vero in questo senso, perché non è un atto di conoscenza. E' convinzione comune che le norme e, più in generale, le prescrizioni non possono essere vere o false, ma valide o invalide. Kelsen ci mette in guardia dall'intendere la validità alla stregua della verità. La validità non svolge per le norme la stessa funzione che la verità ha nei confronti delle asserzioni. Non è una qualità o un attributo che presuppone l'esistenza della norma, ma è essa stessa segno dell'esistenza di una norma. Una norma invalida non esiste come tale, mentre un'asserzione falsa è pur sempre un'asserzione<sup>1</sup>.

In ogni caso non si può che constatare che non v'è più alcun posto per la verità come attributo del diritto. In quest'ottica l'espressione "diritto vero" è priva di senso.

Affinché si possa prospettare un recupero della verità nell'ambito dell'esperienza giuridica, bisogna modificare profondamente la considerazione usuale di essa relativamente ad alcuni punti rilevanti. Certamente non bisogna dimenticare che qui non è soltanto in discussione il concetto di diritto, ma anche quello di verità, e che il mutamento dell'approccio epistemologico al diritto presuppone sempre una trasformazione del senso della verità. Non sarà dunque possibile separare in modo netto e preciso i due ambiti problematici.

Vorrei, pertanto, tentare d'individuare questi nodi cruciali da cui dipende l'interpretazione dei rapporti diritto-verità e diritto-giustizia e sforzarmi di guardare l'esperienza giuridica da punti di vista

1. H. KELSEN, *Teoria generale delle norme*, a cura di M. G. Losano, Einaudi, Torino 1985, pp. 267 ss.

diversi da quelli accreditati dal giuspositivismo e dal giusnaturalismo moderno.

### 1. *Pregiudizi da eliminare e precomprensioni da assumere*

Ogni cambiamento di approccio richiede delle rinunzie. Bisogna lasciare qualcosa per poter guadagnare qualcos'altro. Bisogna sfocare l'immagine usuale per mettere a fuoco la nuova immagine del diritto. Questo processo comincia con una destrutturazione della configurazione consolidata attraverso un'erosione delle sue parti più deboli. Da queste, pertanto, prenderemo le mosse.

#### 1.1. *Abbandono del privilegiamento della norma statuyente a vantaggio della norma statuita*

L'evoluzione storica del concetto di norma mette chiaramente in luce due sensi principali del suo uso: la norma come il contenuto o il disposto di un precetto e la norma come un disponente che ha un contenuto, cioè come la funzione attiva del disporre<sup>2</sup>. E' stato proprio quest'ultimo significato ad imporsi nel tempo. "Nel senso di 'norma statuyente', cioè come comando, come imperativo, il termine è penetrato in ogni campo del diritto"<sup>3</sup>.

La preoccupazione fondamentale del giuspositivismo è stata quella della legittimità dell'obbligo giuridico, che doveva essere sottratto alla giustificazione morale. Ciò ha condotto a privilegiare la funzione del produrre rispetto al prodotto. La norma porta in sé il segno della dipendenza dagli atti produttivi di diritto.

2. Rinvio all'illuminante articolo di R. ORESTANO, *Norma statuita e norma statuyente. Contributo alle semantiche di una metafora*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", XIII (1983), n. 2, pp. 313-350, che nota l'assoluta assenza del termine "norma" nel Digesto giustiniano.

3. *Ibidem*, p. 349.

Quest'impronta non si ritrova nella presenza di certi contenuti invece di altri, ma in elementi formali d'identificazione. Il problema teorico dominante è divenuto quello d'individuare in modo incontrovertibile i criteri d'identificazione degli atti produttivi di diritto (*source thesis*). Il contenuto del precetto è divenuto irrilevante per la teoria giuridica, una volta che ci si accerti della validità della norma, cioè della sua dimensione statuente. Esso è abbandonato alla pratica giuridica che cade fuori dall'ambito teorico. L'attenzione è tutta rivolta ai processi di produzione e alle procedure di posizione, che non sono altro che le modalità degli atti di comportamento umano da cui dipende l'esistenza della norma.

Alcuni fattori culturali hanno rimesso in discussione questo primato della norma statuente su quella statuita: la crisi del monopolio statale della produzione giuridica, la coesistenza in uno stesso ambito sociale di una pluralità di sistemi giuridici, la crescente attenzione per i problemi del ragionamento giuridico, che si esercita a livello del contenuto delle norme, il ritorno alla ribalta delle teorie istituzionali del diritto<sup>4</sup>. In generale si fa strada la convinzione che l'interpretazione giuridica non può essere lasciata fuori dalla porta della teoria del diritto, cioè che una scienza giuridica non può disinteressarsi dei contenuti delle norme. Si constata peraltro il fenomeno dell'indipendenza dei contenuti normativi dai caratteri formali d'identificazione. Si può così parlare di una continuità del diritto dal punto di vista della permanenza e della consolidazione di certi contenuti, pur essendo intervenuta una crisi dei *tests* d'identificazione in precedenza riconosciuti.

Dal concetto di "norma" si distingue sempre più chiaramente quello di "regola", che è più direttamente riferito alla condotta e meno compromesso con il linguaggio imperativistico<sup>5</sup>.

4. Cfr. N. MacCORMICK-O. WEINBERGER, *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, Reidel, Dordrecht 1986.

5. "Noi adoperiamo promiscuamente la parola 'norma' e la parola 'regola'. Invece è bene avvertire, per evitare equivoci, che, nella letteratura tedesca, quando si controverte se il diritto sia costituito soltanto di norme, alla parola

## 1.2. *Abbandono della concezione mentalistica della regola*

Il normativismo ha accreditato la convinzione che le regole siano oggetti mentali da osservare, studiare e applicare ai rapporti sociali concreti. La scienza del diritto ha così un suo specifico oggetto e un suo movimento metodico che va dalle regola ai fatti da qualificare giuridicamente. Conseguentemente si tende ad identificare totalmente il diritto con le regole o norme giuridiche.

Quest'approccio, profondamente radicato nella mentalità del giurista di diritto codificato, non appartiene all'esperienza giuridica di tutti i tempi. La nota massima del giurista romano Paolo (*non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat*) afferma che il diritto e legge non si debbono identificare e che quest'ultima non precede ma segue il primo<sup>6</sup>.

Nonostante le apparenze, le cose stanno così anche nel diritto codificato. Qui non bisogna confondere la formulazione linguistica della regola con la regola stessa. La necessità dell'interpretazione, soprattutto quando questa è inserita nel processo applicativo, conduce ad una riformulazione della regola in vista del caso concreto. Ciò significa che di una regola si possono dare più formulazioni, delle quali nessuna è definitiva o esaustiva, e che essa è appresa mediante un'attività interpretativa complessa all'interno di una prassi sociale.

Ed allora il problema cruciale non è più quello di dare regole, cioè di creare oggetti mentali che guidino l'azione, ma -secondo il suggerimento di Wittgenstein- di studiare quei comportamenti interpretativi che sostanziano il "seguire regole". Non siamo mai in

'Norm' si dà non il significato, in cui l'adoperiamo noi, di 'regola', ma quello di 'comando' o 'divieto', ossia di 'imperativo'...". SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, La Nuova Italia, Firenze 1946<sup>2</sup>, p. 4 ss., n. 2.

6. Cfr. M. VILLEY, *Philosophie du droit*, Dalloz, Paris 1975, p. 96. Nella *Summa theologiae* s. Tommaso ha distinto nettamente il trattato sulla legge da quello sul diritto.

un vuoto di regole. Anche quando creiamo regole, lo facciamo secondo regole.

Ciò implica anche che non si può fare a meno di seguire contemporaneamente più di una regola. Ogni atto interpretativo, per quanto diretto ad un problema o caso specifico, rimette in discussione un grappolo più o meno vasto di regole. Ciò che si segue non è mai una regola singola, ma un intero sistema di regole.

### 1.3. *Dalle teorie semantiche alle teorie interpretative del diritto*

L'abbandono della concezione mentalistica della regola a vantaggio della sua visione prammatica, per cui la regola è incorporata in un processo d'azione e da questo inseparabile, implica un ben diverso modo d'intendere la teoria giuridica.

Le teorie semantiche del diritto<sup>7</sup> sono rivolte ad identificare i criteri di validità del diritto, cioè la definizione del diritto e le condizioni di verità delle proposizioni giuridiche. Le teorie positivistiche tradizionali da Austin a Kelsen sono di questa specie e differiscono tra loro nell'individuazione dei fatti storici decisivi per la validità. Anche le teorie del giusnaturalismo moderno sono semantiche e differiscono dalle prime, perché seguono criteri non soltanto fattuali ma anche morali al fine di decidere quale proposizione giuridica sia vera. Ora non si tratta di contestare questa o quella soluzione semantica, ma di mettere in discussione nella sua globalità un approccio del genere come il più adeguato a cogliere la dimensione giuridica.

L'atteggiamento semantico tende a considerare il diritto come un "oggetto" da individuare e da definire. Ad esempio, secondo Kelsen l'obiettivo di una teoria del diritto è quello di definire i criteri di validità delle norme giuridiche, cioè d'individuare le "cose

7. Prendo la distinzione tra *Semantic Theories of Law* e *Interpretive Theories of Law* da R. DWORKIN, *Law's Empire*, Fontana Press, London 1986, p. 32 ss.

giuridiche". Solo quando è già stato disegnato il panorama della validità normativa, viene aperta la porta all'interpretazione.

L'atteggiamento interpretativo, invece, considera il diritto non già come "cosa" da osservare dall'esterno, ma come un'attività che nel suo conoscersi si va svolgendo e attuando. Si tratta di un'attività interpretativa e ciò vuol dire che essa è pur sempre rivolta a cogliere dei significati, ma questi a loro volta sono prodotti di attività ermeneutiche.

La considerazione del significato come esso stesso attività interpretativa implica un mutamento di approccio. Non si tratta più di adeguarsi più o meno fedelmente a qualcosa di esterno all'attività interpretativa stessa e che si presenta come già in sé compiuto e definito. Ciò che deve essere interpretato è a sua volta l'espressione di un corso d'azione che si sforza in tal modo di rendere manifesta la sua identità. Si tratta pertanto di entrare nello stesso processo di azione a cui appartengono i significati da interpretare per afferrare attraverso essi e al di là della loro formulazione contingente l'identità della pratica giuridica.

Non si devono confondere con le teorie interpretative del diritto quelle teorie pragmatiche del linguaggio che sono interessate solo a quel che il linguaggio serve a fare<sup>8</sup>. Non v'è opposizione in linea di principio tra uso e significato. Attraverso l'uso si possono comunicare significati e si può non solo fare per mezzo del dire, ma anche dire per mezzo del fare. Rifiutare l'oggettualismo delle teorie semantiche non implica rigettare i significati a vantaggio degli usi. Ciò vorrebbe dire mettere da parte i contenuti di comunicazione a vantaggio di un linguaggio della "forza"<sup>9</sup>.

8. Non distingue sufficientemente i due aspetti M. BARBERIS, *Il diritto come comportamento. Lezioni di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino 1988, p. 71 ss.

9. Di "forza illocutiva" delle enunciazioni parla - com'è noto - J. L. AUSTIN, *How to do Things with Words*, Oxford University Press, London 1975.

L'attività interpretativa giuridica realizza la cooperazione sociale proprio attraverso una continua comunicazione di significati, in cui il dire e il fare sono inscindibilmente intrecciati come conviene alla ragion pratica. Essa chiama in causa l'intelletto pratico<sup>10</sup> più che la volontà ed è, pertanto, anche un modo di conoscenza<sup>11</sup>.

#### 1.4. *Il diritto come pratica sociale*

Se vogliamo considerare il diritto nella sua globalità -come conviene ad ogni approccio filosofico- e non soltanto in modo settoriale, allora dobbiamo dire che esso ci si presenta come una pratica sociale diffusa in un contesto di relazioni intersoggettive. In tal senso occorre rifiutare ogni identificazione del diritto con i comandi del sovrano, con le norme, con le istituzioni e con i rapporti intersoggettivi. Tutto ciò appartiene ovviamente all'esperienza giuridica, ma solo come elemento di essa. La considerazione filosofica deve abbracciare il diritto in modo onnicomprensivo, cioè tale che nessun aspetto di esso possa sfuggire. Solo l'identificazione del diritto con una pratica sociale può raggiungere questo obiettivo.

La categoria concettuale di "pratica sociale" è suscettibile di una molteplicità di applicazioni e, pertanto, occorrerà precisarne l'uso in questo contesto problematico.

Comprendere il diritto come pratica sociale significherà innanzitutto ricondurlo al campo delle attività umane e, più precisamente, ad una forma tra le altre di attività umana cooperativa. Siamo

10. Siamo qui agli antipodi del pensiero kelseniano che vede nella teoria dell'intelletto pratico il suo maggiore nemico. Cfr. KELSEN, *op. cit.*, pp. 113-116.

11. Cfr. R. DWORKIN, *Law as Interpretation*, in *The Politics of Interpretation*, ed. by W. J. T. Mitchell, The University of Chicago Press, Chicago 1982, pp. 249-270.

nell'ambito di quelle che possiamo considerare "azioni comuni"<sup>12</sup>, perché sono compiute con il concorso di molteplici atti di conoscenza e di volontà individuali. In senso proprio bisognerebbe distinguere le azioni comuni e le attività comuni.

L'azione è comune quando nessuno di quegli atti individuali che concorrono a realizzarla, singolarmente considerati, conferiscono ad essa la sua identità. Le azioni sociali sono ovviamente il campo più vasto e conosciuto di azioni comuni. Qui non si tratta soltanto di quelle azioni che richiedono per la loro identità il concorso di più volontà aventi lo stesso contenuto e valore (come, ad esempio, quelle delle assemblee o dei collegi che sono il risultato della convergenza degli atti di volontà dei loro membri) e neppure soltanto di quelle azioni che si costruiscono mediante il concorso di atti di volontà aventi contenuti distinti e ruoli differenti (come, ad esempio, il prodotto di un'industria è il risultato di atti di progettazione e di esecuzione o il contratto è il risultato della combinazione degli atti di volontà di almeno due soggetti), ma anche di atti individuali che, pur essendo compiuti autonomamente dai soggetti interessati, per la loro rilevanza sociale acquistano un significato e una valenza che dipende dalle azioni e reazioni di altri soggetti, entrando in tal modo in un processo comune d'azione (come, ad esempio, il fare testamento, che di per sé sarebbe, come la morte, uno degli atti più personali immaginabili).

Tuttavia la *comunanza*, a cui una pratica sociale si riferisce, più direttamente e ampiamente concerne la partecipazione ad una vita comune, in cui anche gli atti più personali sono compiuti in contesti comuni e, quindi, esposti in qualche misura ad una giustificazione pubblica. Qui la comunanza non riguarda tanto il consenso sulle azioni quanto piuttosto è una comunanza di discorso e di pensiero,

12. Cfr. il mio *Concezioni dell'autorità e teorie del diritto*, Japadre, l'Aquila 1982, pp. 189-190.

che è cosa ben diversa della comunanza del pascolo propria degli animali<sup>13</sup>.

La pratica giuridica appartiene alle condizioni di possibilità della vita comune e si caratterizza per la finalità di coordinare le azioni individuali e sociali, di risolvere le dispute tra gli individui e i gruppi sociali, di assicurare la giustizia tra i cittadini e tra questi e i loro governanti<sup>14</sup>. Ogni pratica, infatti, ha una finalità incorporata che ne costituisce la ragion d'essere. La pratica del diritto non avrebbe alcuna giustificazione della sua esistenza se non vi fosse la necessità di assicurare la convivenza pacifica.

Questa finalità immanente alla pratica non dipende dalle interpretazioni soggettive e si esprime attraverso valori comuni a tutti i partecipanti, che sono impegnati ad interpretarli e a realizzarli. Proprio in questo consiste, infatti, il dinamismo interno della pratica: dare attuazione sempre più adeguata ai valori e alle finalità in essa insiti, cioè attuare ciò che essa è. La giustificazione generale dell'impiantarsi di una pratica giuridica in un contesto sociale si combina con la storia culturale specifica di tale contesto, con il suo modo di percepire la comunanza e la convivenza, con l'interpretazione locale dei valori e delle finalità comuni. Tuttavia il movimento e la tendenza ad una piena realizzazione ed espansione della pratica conduce necessariamente ad un allargamento di orizzonti, ad una continua interpretazione e reinterpretazione dei valori interni e, di conseguenza, nel conflitto tra chiusura nella dimensione locale e superamento di essa, la pratica si salva solo nella misura in cui resta fedele alla sua ragion d'essere più profonda, che è quella di assicurare uno sfondo di comunanza quanto più aperto possibile al ragionamento pratico.

13. *Etica Nicomachea* 1170 b e cfr. anche G. J. POSTEMA, *In Defence of "French Nonsense": Fundamental Rights in Constitutional Jurisprudence*, in *Enlightenment, Rights and Revolution*, ed. by N. MacCormick-Z. Bankowski, AUP, Aberdeen 1989, pp. 120-127.

14. Cfr. DWORKIN, *Law as Interpretation*, cit., p. 264.

## 2. *Il diritto vero*

Queste precisazioni preliminari riguardanti il modo di considerare il diritto costituiscono il nuovo contesto in cui porre il problema della verità giuridica. Per un diritto inteso come una pratica sociale quale senso può avere, se ne ha, porre il problema della sua verità? Certamente il modo stesso di porre questo problema si dovrebbe riformulare in modo del tutto peculiare.

Bisognerebbe innanzitutto distinguere tra la verità pratica e la verità della pratica. Tale distinzione non è per nulla semplice, ma ai fini del nostro discorso è necessaria. Il problema della verità pratica riguarda, infatti, direttamente nel nostro caso il tema della giustizia, poiché si tratta di stabilire quando un atto è conforme ad una pratica e ne costituisce la sua piena realizzazione.

All'interno di un corso d'azione o di una pratica sociale sorge il problema di quale sia in una data situazione la condotta più adeguata alla natura e allo spirito della pratica a cui si partecipa. Se c'è una scelta da compiere e da supportare con buone ragioni, vuol dire che in linea di principio ci dovrebbe essere all'interno di una pratica una risposta preferibile alle altre, una risposta che meglio ne interpreti lo spirito. Questa sarà la "vera" risposta, quella "giusta", cioè corretta<sup>15</sup>.

Il problema della verità pratica si pone, dunque, all'interno di un'attività o di un processo d'azione e vuole rispondere all'interrogativo "che fare?". Questa domanda sorge sempre in relazione ad una questione concreta e richiede una conoscenza pratica, cioè un conoscere per agire. La conoscenza è mossa dall'esigenza dell'azione. Le ragioni sono "buone" in quanto rendono buona l'azione, cioè ne giustificano il compimento.

15. E' questo il tema del noto scritto di R. DWORKIN, *No Right Answer?*, in "New York University Law Review", LII (1978), n. 1. E' vero, però, che la tesi dell'unica *risposta giusta* ha un senso solo all'interno di una partecipazione ad una pratica sociale. Cfr. J. FINNIS, *Fundamentals of Ethics*, Clarendon Press, Oxford 1983, p. 77.

Il tema giurisprudenziale dei "casi difficili" è un tipico luogo in cui ci si interroga intorno alla verità pratica<sup>16</sup>. Un caso difficile è un caso la cui soluzione richiede una revisione dei criteri giuridici usuali. Bisognerà allora intraprendere una ricerca cognitiva della risposta corretta (*right*), cioè della verità pratica. Questa interessa, dunque, la migliore soluzione dei casi concreti. Ma per una pratica, come quella giuridica, che ha per sua eccellenza la realizzazione del giusto, la soluzione "migliore" sarà quella più giusta.

Accanto alla verità pratica, su cui ritorneremo in seguito, si può parlare di una verità della pratica? In che senso si può affermare che una pratica sociale nel suo complesso è "vera"?

Per intendere il senso di questa strana domanda basta pensare che ci chiediamo qualcosa di simile quando vogliamo sapere se un gioco è una vera e propria partita di tennis. Quando un complesso processo d'interazione può ritenersi propriamente e veramente 'diritto'?

La risposta a questa domanda deve essere strutturata in due tempi. Prima occorrerà chiedersi quando possiamo dire di trovarci in presenza di una vera e propria pratica sociale e poi quando possiamo ritenere che questa è propriamente una "pratica giuridica".

### 2.1. *La verità della pratica sociale*

E' preliminarmente molto importante precisare le condizioni generali richieste ad un'attività per essere considerata una "vera e propria" pratica sociale.

Non basta che certi comportamenti siano ripetuti meccanicamente, ma si richiede soprattutto un'accettazione di essa non solo come fatto, ma come valore. Ciò significa che si debbono

16. I "casi difficili" sono -com'è noto- un temibile banco di prova per le teorie positivistiche dell'interpretazione giuridica.

sviluppare atteggiamenti interpretativi che conferiscono un determinato senso ai processi esteriori. In tal modo l'identità della pratica non risiede nella sua dimensione esteriore o fattuale, ma nei concetti interpretativi di essa che si sono generati dal suo interno e nei modelli che si tende a realizzare.

In ogni caso una pratica non è affidata al capriccio o all'arbitrio dei suoi partecipanti, ma ha una sua identità che *deve* essere rispettata da coloro che la frequentano. E' per questo, tra l'altro, che è legittimo parlare di "verità" all'interno di una pratica, cosa fuori luogo qualora essa fosse il risultato del mero abitudinarismo o del caso. L'identità di una pratica non risiede in nessuna delle sue parti, cioè in determinati valori o comportamenti o atteggiamenti interpretativi, ma nella pratica stessa nel suo complesso. Il bene che essa persegue è lo sviluppo di se stessa. E' la stessa pratica con la sua specifica identità il bene da realizzare.

Guidare a destra non è una pratica sociale, anche se tutti lo fanno. Togliersi il cappello per salutare è una pratica sociale, anche se molti non usano più portare cappelli. Nel primo caso si persegue un bene esterno all'azione, quale, nell'esempio, la sicurezza reciproca. Il comportamento sociale in oggetto è uno dei mezzi per raggiungere questo fine. Nel secondo, invece, si vuole realizzare un bene interno, qual è, nell'esempio, quello della cortesia, che non è nulla di distinto dall'esercizio della pratica stessa. Togliersi il cappello è uno dei modi di essere cortesi. La differenza tra mezzi e modi è qui significativa e consiste non già nel collegamento al fine, ma nel legame esterno o interno con esso. Togliersi il cappello è la realizzazione stessa del fine della cortesia e tuttavia la pratica della cortesia non è necessariamente legata a questo modo d'esprimersi<sup>17</sup>. Noi siamo sempre alla ricerca dell'identità delle pratiche che frequentiamo e i nostri stessi atti di partecipazione sono atti interpretativi di quest'identità.

17. Allo stesso modo, ad esempio, per molto tempo s'è ritenuto che la divisa bianca appartenesse all'identità del gioco del tennis.

Una pratica sociale non è la mera somma delle opinioni soggettive di coloro che vi partecipano, ma è strutturata da significati intersoggettivi contestuali, da atteggiamenti codificati dalla pratica stessa. Imparare una pratica sociale significa ambientarsi in un mondo comune. Se abbiamo aspettative di comportamento da parte degli altri (*complementary expectations*), non è già perché osserviamo il loro atteggiamento e prevediamo le mosse future, ma perché abbiamo la consapevolezza di partecipare ad un mondo comune. Questo non sarebbe un punto di riferimento stabile se fosse abbandonato alle interpretazioni soggettive dei partecipanti, cioè nella sostanza al loro arbitrio.

Partecipare ad una pratica sociale vuol dire, pertanto, accettare un criterio di misura delle proprie interpretazioni personali. Da una parte è guardando alle modalità dell'interazione dei soggetti che possiamo sperare di cogliere l'identità di una pratica sociale, ma dall'altra questa diventa normativa per gli stessi atteggiamenti dei partecipanti. Siamo ovviamente di fronte ad un'applicazione del circolo ermeneutico alla pratica sociale. Questa è misurata da se stessa, nel senso che non abbiamo altro modo di cogliere la sua identità se non attraverso le interpretazioni dei partecipanti, che però non riescono mai ad afferrarla totalmente e sono giudicate da essa, Insomma, una pratica sociale ha in sé qualcosa che non è disponibile da parte dei partecipanti, qualcosa a cui essi si sottomettono quando entrano nel mondo comune d'azione.

Le continue correzioni e i ripetuti aggiustamenti che le interpretazioni dei partecipanti devono subire dimostrano che all'interno di una pratica sociale ci sono vincoli e criteri a cui commisurarsi. C'è quindi a suo modo *un'oggettività* della pratica. Similmente le interpretazioni di un testo o le esecuzioni di un brano musicale sono suscettibili di un giudizio in termini di verità. Ci sono interpretazioni "vere" e esecuzioni "fedeli" e ci sono fraintendimenti e travisamenti (*misunderstandings*). C'è una creatività che attualizza ciò che già appartiene allo stile di vita comune e che s'inserisce in una continuità di sviluppo e c'è una creatività che

rimette in discussione il mondo comune e rappresenta una rottura innovativa<sup>18</sup>.

Quando la conoscenza è interna ad un processo d'azione e quindi legata all'applicazione vitale di modelli comuni di comportamento, non può andare disgiunta dalla creatività. Una pratica sociale rifugge dal meccanicismo applicativo, perché le situazioni concrete e contingenti richiedono di volta in volta una reinterpretazione globale dell'identità della pratica stessa. Il buon interprete è colui che è capace di penetrare lo spirito dell'opera da interpretare. Nel nostro caso, cioè in quello della pratica giuridica, l'opera si va facendo attraverso un processo d'interazione e di cooperazione e, pertanto, i ruoli di autore e di interprete si mescolano e si confondono. Colui che partecipa ad una pratica sociale trova già un mondo preconstituito in cui inserirsi e, quindi, nei suoi confronti deve assumere il ruolo d'interprete, ma la sua opera contribuirà a fare crescere questo mondo, ad evidenziarne i suoi aspetti nascosti o potenziali, a metterne in luce le parti ormai caduche. In questo senso egli, insieme a tutti gli altri partecipanti, è autore di questo mondo comune<sup>19</sup>.

Potrebbe sembrare che in tal caso siamo totalmente al di fuori della problematica della verità che necessita di un certo grado di distacco e di alterità. Sia il materialismo che l'idealismo ci hanno insegnato che non si può più parlare di verità se si riduce l'intelletto al suo oggetto o viceversa. Tuttavia nell'ambito della ragion pratica

18. La creatività non è in linea di principio in contrasto con la tradizione. Cfr. B. PASTORE, *Tradizione e diritto*, di prossima pubblicazione presso la casa editrice Giappichelli di Torino.

19. Rinvio qui al suggestivo accostamento del sistema giuridico ad una *chain novel*. Si tratta di un racconto scritto a più mani da parte di alcuni gruppi di scrittori, che si suddividono i capitoli. Continuare un'opera già in parte scritta da altri è un vincolo per l'autore, che deve sviluppare una storia già iniziata, custodendone il senso. Ma ciò non significa che la creatività di questo autore-interprete non abbia modo di esercitarsi. Cfr. DWORKIN, *Law as Interpretation*, cit., p. 262 ss.

e dei prodotti culturali questa dualità deve essere cercata in un altro modo, cioè più esattamente all'interno stesso della pratica sociale.

Se vogliamo trovare nella tradizione filosofica occidentale qualcosa che illumini il modo in cui una pratica sociale è vera, dobbiamo ricorrere all'antica dottrina della "verità delle cose"<sup>20</sup>.

"Segue da ciò che le cose prodotte artificialmente si dicono 'vere' in virtù della loro ordinazione al nostro intelletto. 'Vera', cioè, diciamo una casa, quando essa consegue la somiglianza con la forma che vive nella mente del costruttore, e così un discorso si dice 'vero' in quanto è segno di un pensiero. E similmente si dicono 'vere' le cose naturali in quanto sono conformi ai modelli che sono nella mente divina"<sup>21</sup>.

Gli elementi fondamentali propri della problematica della verità sono tutti presenti: da una parte un criterio di misura e dall'altra qualcosa da misurare, da una parte il riferimento ad una mente o ad una capacità di accogliere significati ed idee e, dall'altra, qualcosa d'intelligibile. Ma ora questi elementi sono tutti interni alla stessa cosa. Questa è 'vera' se è conforme a se stessa. La conformità a se stessa non è la verità come corrispondenza esterna tra l'intelletto e la cosa (*adaequatio intellectus et rei*) e non è neppure interna coerenza logica. E' la conformità tra l'esecuzione dell'opera d'arte e la sua idea. Sia l'esecuzione che l'idea appartengono all'opera d'arte ed essa è "vera" solo nella misura in cui la prima è conforme alla seconda<sup>22</sup>.

20. Rinvio per tutti a J. PIEPER, *Verità delle cose. Un'indagine sull'antropologia del Medio Evo*, trad. di L. Frattini, Massimo, Milano 1981.

21. S. TOMMASO D'AQUINO, *Summa theologiae*, I, q. 16, a.1.

22. Non solo nell'ordine del fare, ma anche in quello dell'agire possiamo trovare la stessa concezione della verità come conformità. Secondo Aristotele la verità dell'intelletto, quando giudica nell'ordine pratico qualcosa di assolutamente individuale, non è la corrispondenza alle cose, ma la conformità all'appetito retto, cioè alla retta tendenza della volontà. La rettitudine del volere è una misura interna dell'azione morale ed è il fondamento della teoria classica della virtù. Cfr. J. MARITAIN, *Nove lezioni sulla legge naturale*, a cura di F. Viola, Jaca Book, Milano 1985, pp. 83-91.

Bisogna altresì notare che nell'ottica della "verità delle cose" un ruolo del tutto particolare viene assegnato alla soggettività, cioè al soggetto la cui idea è forma dell'opera. Questo non è un intelletto indifferenziato, una pura ragione che deve poter trascurare di appartenere a questo o a quell'essere. Ora invece è importante conoscere il volto di questa mente creatrice, perché le sue idee riflettono le sue finalità vitali e, quindi, dipendono dalla natura di questa soggettività operante.

Abbiamo visto che la distinzione tra cose naturali e cose artificiali dipende dalla natura del creatore, la mente di Dio da una parte e quella dell'uomo dall'altra. Ciò significa che nel campo delle opere da compiere è determinante sapere chi sia colui che le compie (*operari sequitur esse*).

In più, questa soggettività entra a far parte della pratica e diventa un suo elemento interno che contribuisce alla sua definizione e interpretazione. Questo si verifica persino nel caso che il creatore sia Dio stesso. L'affermazione della presenza di Dio in tutte le cose<sup>23</sup> è per la teologia cristiana strettamente connessa alla dottrina della creazione e si oppone al Dio extramondano del teismo illuministico<sup>24</sup>.

Il grande rilievo che ai fini della conoscenza di una pratica ha l'atteggiamento dei partecipanti ad essa è una conferma della necessità di considerare la soggettività di questi autori-interpreti come incorporata nella struttura della pratica stessa.

## 2.2. *La verità della pratica giuridica*

A questo punto dobbiamo chiederci quando una pratica sociale è una vera pratica giuridica.

23. "Oportet quod Deus sit in omnibus rebus, et intime". S. TOMMASO D'AQUINO, *Summa theologiae*, I, q. 8, a.1.

24. Cfr. PIEPER, *op. cit.*, pp. 70-72.

Innanzitutto si tratta di vedere se nei confronti del diritto inteso come pratica sociale abbia senso porsi il problema della validità nei termini usuali nella teoria del diritto dei nostri tempi.

Sappiamo che una norma è valida se supera un *test* di validità, che in un'ottica giuspositivista consiste nell'accertamento dell'esistenza di certi fatti e in un'ottica giusnaturalista nella corrispondenza a certi valori. Questa impostazione del problema dell'esistenza e dell'identità non si adatta alla natura, alla configurazione e al dinamismo interno di una pratica sociale.

Innanzitutto bisogna notare che la teoria della validità è palesemente un'applicazione al piano normativo della teoria semantica della verità. Una norma è valida se sussiste un certo qual rapporto tra essa e certi fatti sociali, oppure se s'inserisce coerentemente in un sistema normativo. Sullo sfondo delle teorie della validità si trovano sempre le teorie della verità come corrispondenza o della verità come coerenza. L'atteggiamento mentale che è sotteso alla problematica della validità è lo stesso di quello proprio alla problematica della verità. Si tratta di formulare giudizi, di definire un settore dell'esperienza e di individuare relazioni. Poiché la verità è il rapporto tra il nostro intelletto e il suo oggetto, essa implica un processo di oggettivazione. Gli ambiti dell'esperienza vengono pensati al modo di "cose", cioè di entità da circoscrivere nei confronti di altre, da individuare mediante le differenze essenziali, da separare dall'indistinzione.

La problematica filosofico-giuridica dal tempo dei c.d. "caratteri differenziali" del diritto fino alla teoria pura (e oltre) è piena di tentativi d'identificare la giuridicità mediante le sue note essenziali. Non voglio mettere in dubbio l'utilità (e la necessità) di ricerche del genere, né considero valido argomento per rigettarle il carattere altamente controverso delle soluzioni approntate. Qui desidero soltanto notare che, se il diritto è inteso come una pratica sociale, questo senso di verità, e la problematica della validità ad esso connessa, non è utilizzabile ed induce a fraintendimenti. Bisogna invece muoversi verso un capovolgimento dell'atteggiamento

mentale di fondo e, soprattutto, occorre reinserire il ruolo della soggettività espunto dalla teoria della validità.

Se consideriamo il diritto come una pratica sociale, dobbiamo adottare una concezione non riduttiva del fenomeno giuridico. Una pratica sociale è un reticolo di relazioni interattive che tende ad espandersi senza avere suoi ambiti invalicabili ed esclusivi. In quest'ottica il diritto include non soltanto i sistemi giuridici nazionali, ma anche sistemi di dimensioni più piccole, che sono simili (*law-like*) nella struttura e nella funzione. Penso qui, ad esempio, ai sindacati, alle associazioni professionali, ai clubs, alle chiese, alle università<sup>25</sup>.

Come con il linguaggio si possono fare discorsi di diverso contenuto e di vario genere, così con il diritto si possono articolare le azioni sociali più differenti. In questo senso si può considerare il diritto come un "linguaggio dell'interazione"<sup>26</sup> tra gli altri. Per interagire in modo significativo occorre un linguaggio comune che si esplica non solo mediante modelli di condotta prevedibili, ma anche e soprattutto mediante un comune *stile d'azione*. Per questo bisogna cercare l'identificazione del diritto non già nell'individuazione delle "cose" giuridiche (siano esse le norme, i rapporti, gli ordinamenti...), ma nella specificità di una prassi interpretativa. Una pratica s'individua per i suoi processi interni e quella giuridica si sostanzia attraverso una serie incessante di atti interpretativi che i partecipanti compiono, gli uni nei confronti delle azioni passate, presenti e future degli altri e tutti nei confronti dei modelli comuni di vita. Il linguaggio dell'interazione permette, infatti, la convivenza tra esseri che, essendo liberi, possono raggiungere la coordinazione delle azioni e la cooperazione sociale solo sulla base di una comunanza del discorso e della forma di vita.

25. Cfr. L. L. FULLER, *Human Interaction and Law*, in *The Principles of Social Order*, ed. by K. I. Winston, Duke U. P., Durham, N. C., 1981, p. 212.

26. *Ibidem*, p. 213.

E' ormai evidente che il diritto dei popoli primitivi non è un elenco delle cose da fare o da non fare, ma un programma di vita comune<sup>27</sup>. Anche il diritto dei moderni, pur registrando una notevole diminuzione degli elementi sostanziali di comunanza, si può almeno considerare, nella più riduttiva delle ipotesi, come il luogo della giustificazione pubblica dei programmi individuali di vita. Infatti sono possibili due teorie interpretative della pratica giuridica, quella individualistica e quella comunitaria. La differenza dipende dal peso che si attribuisce alle interpretazioni personali dei partecipanti e al ruolo formale o sostanziale della comunanza<sup>28</sup>.

Abbiamo detto che la pratica giuridica è una pratica interpretativa ed ora aggiungiamo che per partecipare ad essa bisogna in certo qual modo impegnarsi nella scienza e nella filosofia giuridica, cioè conoscerla. Poiché ogni atto di partecipazione alla pratica giuridica è un atto interpretativo, cioè *in re ipsa* un atto di conoscenza, il problema della verità di una pratica richiede l'assunzione di un punto di vista interno.

E' ovvio che vi sono vari livelli di conoscenza della pratica stessa in relazione alla particolare posizione dei partecipanti e alla prossimità o meno all'azione concreta. Qui mi interessa soltanto sottolineare quest'interazione vitale tra conoscenza e partecipazione, per cui per partecipare occorre impegnarsi in un'attività conoscitiva e per conoscere occorre in certo qual modo impegnarsi in un processo d'azione. Proprio per questo nell'ambito di una pratica il rapporto tra intelletto e il suo oggetto non è più quello di un "faccia a faccia". Si tratta al contrario di un rapporto *interno*<sup>29</sup>. Il

27. Cfr. *Ibidem*, p. 222.

28. L'interpretazione individualistica ("protestante") di una pratica sociale viene discussa da Postema in riferimento a Dworkin. Ad essa si oppone un'interpretazione comunitaria nel senso che l'attività interpretativa di pratiche comuni è collettiva ed essenzialmente interattiva. Cfr. G. J. POSTEMA, "Protestant" Interpretation and Social Practices, in "Law and Philosophy", VI (1987), pp. 283-319.

29. "Il reale si confronta in un modo con l'intelletto pratico e in un altro modo con l'intelletto teoretico. L'intelletto pratico, infatti, è causa delle cose;

che significa che -come già s'è detto- l'identità di una pratica non può essere separata dall'atteggiamento dei soggetti che vi partecipano. Ma questo a sua volta è vincolato dal fatto che i soggetti s'inseriscono in una pratica già preesistente da rispettare e interpretare. E' necessario, pertanto, che all'interno della pratica vi siano particolari soggetti dotati di un ruolo autoritativo, a cui fare ricorso quando le interpretazioni dell'identità della pratica sono controverse.

Ogni pratica sociale autogenera al suo interno questi suoi organi interpretativi ufficiali. Di conseguenza un modo per distinguere le pratiche tra loro potrà essere fondato sulle caratteristiche di questi organi e sulla loro particolare funzione.

E' a tutti noto che nella pratica giuridica di tutti i tempi sono presenti soggetti istituzionalizzati o organici che garantiscono la sua identità. Storicamente questi soggetti si sono presentati nelle vesti dell'autorità politica con le sue leggi, dell'autorità giudiziaria con le sue decisioni e dell'autorità dottrinale con le sue concettualizzazioni e opinioni. Legislatori, giudici e giuristi, che secondo la varietà dei regimi giuridici hanno un diverso peso e collocazioni diverse all'interno del dinamismo della prassi, sono i custodi del diritto.

Poiché la pratica giuridica in tutti i suoi aspetti è una pratica interpretativa, la loro funzione è una funzione interpretativa ufficiale. Ciò non significa che non vi sia anche un aspetto creativo nell'esercizio di questa funzione. L'importante è che si sappia mantenere la distinzione già accennata tra creatività che sviluppa l'esistente e creatività che lo fonda. Ogni regime giuridico si sforza infatti d'introdurre controlli e vincoli all'opera dei suoi interpreti ufficiali. Queste difese dell'identità vanno dai principi dello Stato di diritto e dai vincoli di legge ai criteri normali della logica e della ragionevolezza.

così esso è misura delle cose che in virtù sua sorgono. L'intelletto teoretico, invece, che dalle cose riceve, è in certo qual modo mosso proprio dalle cose e così le cose sono la sua misura". S. TOMMASO D'AQUINO, *De Veritate*, I, a. 2.

Oltre a questa caratterizzazione fondata sui soggetti interpretanti non si può trascurare quella che guarda al contenuto della pratica giuridica.

Una prima risposta, peraltro insufficiente, fa riferimento al criterio dell'uso. Una pratica esiste nella misura in cui è praticata. Ogni teoria giuridica cerca di giustificare o di fondare il diritto che già esiste in quanto è praticato. Il diritto già è dato come parte della nostra esperienza di vita. Di conseguenza, una teoria giuridica che tentasse di dimostrare che tutto ciò che noi consideriamo "diritto" non lo è veramente non sarebbe degna di grande considerazione.

In questo senso si può affermare che una pratica è giuridica se i suoi partecipanti la considerano tale. Tuttavia è anche vero -che come abbiamo visto- questi partecipanti non sono liberi di considerare "giuridica" qualsiasi pratica, così come non ogni corteo può essere considerato una processione religiosa quale che sia l'atteggiamento soggettivo di coloro che vi partecipano. Vorrei qui sostenere la teoria dell'uso *vincolato*. Una pratica esiste se è praticata ed ha una determinata identità se in linea generale è governata da determinate finalità che non dipendono dalla libera scelta dei partecipanti.

E' questa, dunque, la nostra seconda risposta alla questione. Ogni pratica sociale -come abbiamo già detto- è costituita da un plesso di azioni con un fine incorporato<sup>30</sup>. Si può in generale sostenere che il fine della pratica giuridica in ogni tempo e paese è costituito dal perseguimento della giustizia<sup>31</sup>. Si tratta di assicurare le condizioni di possibilità della vita sociale attraverso l'equa distribuzione dei beni e degli oneri e l'effettivo riconoscimento dei diritti. Tuttavia questa finalità generale, orientata verso l'eguale trattamento e l'equa distribuzione, viene poi variamente interpretata dalle diverse culture e secondo le particolari situazioni esistenziali. Per questo il fine della giustizia di per sé è un obiettivo indeter-

30. M. VILLEY, *op. cit.*, I, p. 47.

31. *Ibidem*, p. 51 ss.

minato e suscettibile delle più varie concretizzazioni, sempre all'interno di un insuperabile livello di guardia costituito dall'egualianza e dall'equità.

Questa è allora la terza risposta alla nostra questione. Ogni pratica sociale ha una dimensione storico-culturale ineliminabile. Quest'aspetto appartiene a tutti gli effetti all'identità della pratica stessa. Noi la conosciamo adeguatamente solo attraverso la sua storia, cioè attraverso i ripetuti tentativi di determinare e applicare i valori che la ispirano. Non bisogna credere con questo che la pratica giuridica coincida puramente e semplicemente con la storia nazionale o istituzionale. C'è una cultura giuridica che accomuna molti popoli e nazioni e che non può essere racchiusa o ristretta nei limiti etnici e neppure nei principi costituzionali dei singoli Stati. L'ampio accordo pratico in tema di diritti dell'uomo, che si registra nei nostri tempi, rivela una comunicazione fra le pratiche giuridiche che sarebbe inspiegabile senza qualcosa di comune nelle loro radici storiche.

L'uso effettivo, l'uso vincolato e la cultura giuridica, insieme alla particolare struttura e interazione degli interpreti ufficiali, sono, pertanto, le vie maestre per individuare la verità di una pratica giuridica.

### *3. Il diritto giusto*

La problematica della verità riguarda la pratica nel suo complesso e nella sua identità, quella della giustizia riguarda la vita interna della pratica giuridica e la questione se essa abbia più o meno successo o sia più o meno riuscita.

L'obiezione più grave che si può muovere a questo modo d'intendere la verità di una pratica giuridica proviene proprio dal problema della sua giustizia. Se una pratica può essere commisurata solo con se stessa, non ci sarà forse il pericolo di cadere nel giustificazionismo? Non finiremmo forse per giustificare passiva-

mente il diritto esistente, precludendoci la possibilità di distinguere il diritto giusto da quello ingiusto?

Queste perplessità inducono a riesaminare quale senso abbia porsi il problema della giustizia nei confronti di una pratica giuridica.

### 3.1. *La giustizia come virtù*

Abbiamo già detto che ogni pratica sociale mira alla sua migliore realizzazione, e che il fine del diritto è la giustizia. La giustizia è, dunque, l'eccellenza della pratica giuridica, la sua piena maturazione e la migliore espansione e applicazione dei suoi principi interni.

Così possiamo comprendere la differenza tra la questione della verità e quella della giustizia. La prima attiene alle condizioni di praticabilità necessarie perché possa ritenersi esistente e operante una pratica sociale. La seconda, invece, riguarda la realizzazione della pratica, il suo dinamismo e la sua vitalità. Conseguentemente, la prima risponde alla domanda: "A cosa partecipo?", mentre la seconda alla domanda: "Come debbo partecipare?".

Anche per il tema della giustizia bisogna abbandonare una cosificazione della pratica giuridica ed invece assumere il punto di vista interno del soggetto che partecipa al corso comune d'azione. Voglio con ciò sostenere che il significato primario è quello del giusto (*iustum*) piuttosto che quello più astratto della giustizia (*iustitia*). Il problema della giustizia di una pratica giuridica è ben diverso da quello della giustizia di una norma giuridica. Una pratica giuridica non esiste al di fuori di ognuno degli atti che la costituiscono e vive tutta in ognuno di essi.

Dal punto di vista del soggetto, che si trova in una situazione determinata e di fronte ad un caso particolare, si tratta di sapere qual è la maniera migliore, cioè più giusta, di praticare il diritto. Una pratica giuridica è giusta se è praticata giustamente. La

giustizia è un'abilità e una competenza che è richiesta agli operatori giuridici, a tutti coloro che praticano il diritto. Mentre la verità è qualità che inerisce ad oggetti (proposizioni, giudizi o "cose"), la giustizia è qualità che i soggetti debbono acquisire nel loro ruolo di partecipi alla pratica giuridica. Come la velocità è la virtù del corridore, cioè del partecipante ad una pratica sportiva, così la giustizia è la virtù dell'utente del diritto.

Il bene che una pratica sociale persegue è lo sviluppo di se stessa. E' la stessa pratica il bene da realizzare. Per questo ogni vera pratica mira all'eccellenza, cioè al conseguimento di un'abilità e di una competenza che è fine a se stessa e in questo senso appartiene all'ambito della vita morale. Di conseguenza ogni pratica sociale richiede nel soggetto una corrispondente virtù. Ed in effetti la virtù è una qualità acquisita che si esercita all'interno di *pratiche* e riguarda un'attività regolata e diretta all'acquisizione di *beni interni*. Un abile truffatore non è moralmente virtuoso, in quanto l'eccellenza nella sua competenza è esercitata in vista di beni esterni a quelli della pratica nella quale è abile<sup>32</sup>.

Questo recupero della giustizia come virtù deve anche essere un ritrovamento del concetto classico di virtù ed un affrancamento dal concetto moderno e soggettivistico di virtù. Per la modernità che gli uomini siano giusti è qualcosa che riguarda loro e non l'essere stesso del diritto. Ma se questo è una prassi sociale, allora possiamo definire il diritto come la pratica stessa della giustizia. Una pratica sociale non è nulla di diverso dal complesso di atteggiamenti, d'interpretazioni e di comportamenti di coloro che vi partecipano. Per questo la loro abilità specifica non è qualcosa di privato, ma appartiene a tutti gli effetti all'eccellenza della pratica, cioè alla sua piena realizzazione.

Se il diritto fosse un complesso di norme, allora la giustizia come virtù avrebbe scarsa rilevanza "giuridica". Sarebbe corretto

32. M. G. LOMBARDO, *La competenza interpretativa del diritto naturale*, in "Fenomenologia e società", (1987) 10, pp. 90-102.

allora distinguere tra l'essere della norma (la sua validità) e l'obbedienza che si deve prestare ad essa. L'uomo giusto sarebbe colui che rifiuta obbedienza ad una norma immorale. Ma il suo atto non toccherebbe in nulla l'essere del diritto, ma solo la sua coscienza privata.

Come il gioco del tennis non esiste al di fuori delle innumerevoli partite dei tennis, così il diritto non esiste al di fuori delle innumerevoli azioni giuridiche, in cui il punteggio vincente è la realizzazione del giusto alla luce della pratica nel suo complesso. Come vi sono partite giocate più o meno bene e più o meno male, così la pratica giuridica può essere più o meno giusta, cioè il diritto può essere praticato più o meno bene e più o meno male. La giustizia è questione di grado.

Ciò ovviamente non significa che non possano esistere norme giuridiche ingiuste o immorali. Qui si vuole sostenere che la qualifica di giusto o di ingiusto si deve predicare del diritto primariamente per come esso è praticato e non in ragione di parti o di elementi di esso. Per questo ha un senso secondario porsi il problema se una pratica giuridica sia giusta in astratto, poiché primariamente si tratta di stabilire quando il suo esercizio qui e ora si possa definire "giusto".

In questa diversa prospettiva sostenere che esistono sistemi giuridici ingiusti per definizione, cioè sistemi in cui è impossibile in linea di principio praticare il giusto, significa scambiare il problema della giustizia con quello della verità. Un sistema giuridico che non ha per fine la giustizia è una *contradictio in adiecto*, non può configurare una vera e propria pratica giuridica. Una pratica giuridica ingiusta in linea di principio mancherebbe delle condizioni di praticabilità richieste. Conseguentemente non potrebbe neppure raggiungere il suo fine, perché la verità è il presupposto della giustizia. Se possiamo affermare che una pratica giuridica esiste, allora dobbiamo ammettere che essa contiene anche la possibilità di essere praticata giustamente, anche se non di rado fallisce questo obiettivo.

Nel nostro secolo il sistema giuridico nazista e quello staliniano sono divenuti i prototipi di un diritto ingiusto per definizione. Tuttavia l'interpretazione che di essi dà sia il giuspositivismo che il giusnaturalismo non è soddisfacente. Il primo, che separa la verità (nel senso della validità) dalla giustizia, ammette la loro esistenza giuridica, poiché la rende indipendente dalla possibilità di raggiungere la giustizia. Ma questo -come abbiamo visto- non ha senso per un diritto inteso come pratica sociale, lo ha solo per un diritto inteso come astratto complesso di norme. Il secondo, che indentifica verità e giustizia, coerentemente nega a questi sistemi ogni esistenza giuridica. Non si può, tuttavia, negare che in questi regimi esisteva una pratica giuridica a tutti gli effetti e che, conseguentemente, aveva senso porsi il problema del giusto modo di praticarla. Se esiste una pratica giuridica, vi deve necessariamente essere spazio anche per la giustizia. Ma, poiché la giustizia è questione di grado, vi possono essere all'interno della pratica stessa ostacoli al raggiungimento della sua eccellenza in relazione a situazioni particolari, a problemi specifici di maggiore o minore gravità e, soprattutto, a principi politici che non possono essere assimilati dalla cultura giuridica tradizionale. Ciò può richiedere una trasformazione della pratica stessa più o meno profonda, più o meno radicale. Voglio dire che, se una pratica giuridica esiste, la sua ingiustizia, per quanto ampia, è pur sempre circoscritta e non impedisce che in vasti settori della vita sociale si raggiunga l'obiettivo della comunanza e dell'interazione.

In conclusione, mentre dal punto di vista della verità una pratica giuridica ha questa o quell'identità, dal punto di vista della giustizia una pratica può essere più o meno realizzata, essere giusta in certi momenti e per certi aspetti e ingiusta in altri, così come un'opera d'arte può essere più o meno riuscita. A differenza dell'opera d'arte, però, la pratica giuridica, in quanto pratica interpretativa, è sempre in via di compimento e di realizzazione.

### 3.2. *Il giusto legale e il giusto morale*

Finora abbiamo usato il termine di "giustizia" in modo indeterminato. Ci siamo limitati a sostenere che nei confronti del diritto inteso come pratica essa è primariamente una virtù che riguarda i praticanti e che di conseguenza riguarda anche le loro azioni partecipative. Abbiamo anche detto che il fine della pratica giuridica è quello di massimizzare il raggiungimento delle sue finalità intrinseche. Ma resta molto vago in che modo un atto appartenente al diritto possa considerarsi giusto.

Sappiamo che nella problematica corrente della giustizia si distingue il giusto legale dal giusto morale. Un atto è giusto in senso legale quando è conforme ad una legge, ma è giusto in senso morale quando è conforme ad una legge moralmente giusta. Questa distinzione presuppone che la giustizia sia primariamente qualità di regole. Questa convinzione è strettamente collegata alla tesi della necessaria decontestualizzazione dei principi di giustizia. Le regole di giustizia per definizione debbono avere una portata universale, ma questo sembra possibile solo a condizione che ci si liberi da contesti determinati. Di conseguenza si assume un atteggiamento revisionista nei confronti del mondo esistente, un atteggiamento che può condurre a forme più o meno profonde di rottura nei confronti delle pratiche esistenti<sup>33</sup>.

Anche nell'ambito dell'esperienza giuridica si possono riscontrare i segni di questa posizione di pensiero. E' noto che il Codice napoleonico è stato inteso come un atto di rottura e di azzeramento della pratica giuridica esistente. Di fronte ad una legge giusta, perché razionale, è ovvio che i due sensi del giusto, quello legale e quello morale, finiscano per coincidere. Tornano, invece, a disgiungersi quando ci si accorge che questa etica disimpegnata non è per ciò stesso al riparo dalla critica morale. La superiorità

33. Cfr. CH. TAYLOR, *Le juste et le bien*, in "Revue de métaphysique et de morale", XCIII (1988), p. 41 ss., che vede nel pensiero di Platone il prototipo di questo revisionismo etico.

dell'illuminismo etico avrebbe un fondamento solo qualora l'etica razionale decontestualizzata fosse stata in grado di superare le sue battaglie. Ma in realtà essa non solo non è riuscita a fornire un fondamento incontrovertibile dei principi morali, ma neppure è riuscita a render conto del ragionamento pratico, che per sua natura è legato ad un contesto determinato<sup>34</sup>. Quando ci si accorge di non fare più alcun progresso nella conoscenza del bene, si cade nella disperazione e nello scetticismo. Il risultato è l'emotivismo etico e il proceduralismo giuridico, che lasciano spazio solo a quel senso molto debole di giustizia, qual è quello legale della conformità alla regola. Dall'altra parte, all'etica impegnata e contestualizzata si continua a rimproverare di giustificare lo *status quo*, di rendere impossibile la critica e il progresso della morale.

Dobbiamo allora osservare come si pone il problema della giustizia nell'ambito di un diritto inteso come pratica sociale.

Anche qui possiamo ritrovare le tracce della distinzione tra giusto legale e giusto morale<sup>35</sup>, ma questa si presenta in un modo profondamente diverso. Infatti al primato della regola si sostituisce qui il primato del bene a cui la pratica è diretta.

Abbiamo già detto che il bene a cui la pratica è diretta s'identifica con la pratica stessa. La pratica della giustizia realizza il giusto nella misura in cui tende verso la sua stessa espansione e fioritura. I beni a cui tende una pratica sono, dunque, *interni* al suo stesso esercizio. In questo senso distinguiamo le pratiche dalle istituzioni che sono dirette verso l'acquisizione di beni esterni (*status*, potere, denaro...).

Il carattere interno del bene permette, altresì, una reinterpretazione del giusto legale. Questo non deve essere inteso come mera

34. Si è anche sostenuto che l'etica moderna sia stata meno disimpegnata di quanto abbia creduto. Essa, infatti, ha sostituito una pratica ad un'altra, la pratica della "vita ordinaria" del borghese a quella della comunità politica. Cfr. *Ibidem*, p. 45. Non è possibile senza una tradizione etica esistente configurare un'etica ideale non esistente.

35. Questa distinzione, d'altronde, ha radici aristoteliche.

conformità alla legge, ma come applicazione interpretativa dell'identità di una pratica. Ogni pratica è formata da reiterate applicazioni e determinazioni dei suoi valori e dei suoi principi costitutivi. Abbiamo anche detto che questi hanno un carattere complesso, poiché, nel caso della pratica del diritto, sono costituiti dalle finalità immanenti di carattere generale, dalla storia istituzionale e dalla cultura giuridica. Ogni pratica giuridica tende a rendere possibile la convivenza sociale attraverso la cooperazione e l'interazione, ma su questa base comune s'innestano elementi distintivi di carattere storico e culturale che definiscono l'identità di un sistema giuridico rispetto agli altri.

E' stato anche notato che l'identità di una pratica sociale è pienamente compatibile con la sua conflittualità interna. La vitalità di una pratica si manifesta attraverso dibattiti interni, continue revisioni critiche e incessanti riformulazioni interpretative<sup>36</sup>. Si può anzi affermare che l'obiettivo generale della pratica è quello di raggiungere un assetto architettonico dei beni in questione, in modo che nella vita associata si raggiunga un'armonica assegnazione e allocazione dei beni parziali. Tuttavia quest'assetto non è mai definitivo e viene continuamente rimesso in discussione per ragioni di vario ordine, dall'emergere di situazioni nuove al progresso nella percezione dei valori. Ci si può spingere ancora oltre sino ad affermare che il conflitto delle interpretazioni fa parte degli aspetti essenziali di una pratica. La competizione tra le possibili determinazioni dei valori e le possibili articolazioni dei principi si dovrebbe risolvere a favore di quell'interpretazione che riesce meglio a comprendere nella sua integralità tutti gli aspetti della vita comune così com'essa è intesa da una comunità determinata<sup>37</sup>.

36. Cfr. A. MacINTYRE, *Dopo la virtù. Saggio di teoria morale*, trad. di P. Capriolo, Feltrinelli, Milano 1988, p. 265.

37. E' questa la tesi del diritto come integrità (*Law as integrity*) di Dworkin.

Proprio a causa di questa conflittualità persistente all'interno delle pratiche sociali e nel corso del loro sviluppo ci si imbatte anche in beni che le trascendono, cioè, beni che per essere raggiunti richiedono di ripudiare dei processi d'azione consolidati e implicano una revisione delle pratiche stesse.

I tragici greci hanno drammaticamente prospettato la possibilità della compresenza di doveri inconciliabili e, tuttavia, tutti giustificati. Vorrei qui distinguere due possibili tipi di conflitto tra beni interni e beni trascendenti, quello raffigurato dal personaggio di Oreste, che è combattuto tra il dovere di rispettare la madre e quello di vendicare il padre, e quello rappresentato dalla figura di Antigone, che non può obbedire alle leggi degli uomini senza violare le leggi divine.

Il conflitto tra beni interni e beni trascendenti è spesso di difficile interpretazione. Infatti il bene trascendente una pratica esistente non sempre lo è in modo assoluto. Abbiamo già notato che la vitalità di una pratica risiede in questa dialettica tra concretizzazioni storiche e principi e che questi non esistono al di fuori delle loro particolari determinazioni, ma sporgono sempre al di là di ognuna di esse<sup>38</sup>. Per questo motivo è facile scambiare per bene trascendente ciò che in realtà è tale solo nei confronti di interpretazioni consolidate, ma non dell'identità più profonda della pratica stessa. Ci sono, pertanto, beni trascendenti che in sostanza sono beni interni, sono cioè un modo più autentico di far emergere la vera natura di una pratica sociale, anche se ciò implica una rottura profonda con processi d'azione persistenti nel tempo e con atteggiamenti mentali radicati. C'è una trascendenza interna che è strutturalmente connessa alla natura stessa di una pratica. La storia è piena di personalità che hanno saputo dare interpretazioni profetiche che alla lunga si sono dimostrate vincenti, producendo una reinterpretazione delle pratiche consolidate. La storia del diritto non è meno avara di esempi di casi giuridici emblematici, di

38. Sul principio dell'eccedenza di senso v. LOMBARDO, *art. cit.*, p. 81.

decisioni giudiziali e di leggi innovative che hanno mutato profondamente il modo d'intendere gli *stessi* principi giuridici.

Accanto a questi beni trascendenti le interpretazioni consolidate, ma in effetti immanenti nei confronti dei principi, bisogna riconoscere anche la possibilità di un impatto con beni trascendenti che una pratica sociale non riesce ad assimilare del tutto. La loro forza di pressione può produrre un cataclisma prammatico. Tuttavia l'estinzione o meno di una pratica è questione di punti di vista, poiché la sua natura è estremamente complessa ed eterogenea. Spesso ciò che è in gioco riguarda un nuovo ordine da dare agli stessi principi, cioè l'introduzione di una nuova chiave interpretativa dominante. Altre volte subentrano nuovi principi che però assicurano meglio dei precedenti il raggiungimento delle stesse finalità. In effetti una pratica sociale si compone di tanti elementi diversi e non risiede totalmente in nessuno di essi. Di conseguenza non potrà mai morire del tutto. Le pratiche sono come le scatole cinesi: quanto più innalziamo il nostro punto di osservazione, tanto più siamo in grado di abbracciare le diversità; quanto più lo restringiamo, tanto più siamo capaci di cogliere le differenze. Le nostre pratiche attuali recano ancora segni evidenti delle pratiche del passato fino al punto da non potersi separare nettamente le une dalle altre. Ciò non vuol dire che non vi siano momenti forti di rottura, momenti che segnano una svolta decisiva in nome della giustizia.

Il revisionismo etico ben si è reso conto di questa eventualità ed ha concentrato in essa tutta la problematica della giustizia come valore morale. Ma ha trascurato il fatto che questi beni trascendenti per farsi valere debbono generare nuove pratiche giuridiche ed entrare in processi di contestualizzazione che rendano possibili l'articolazione dei nuovi valori nella vita comune. E' come se i beni trascendenti possano vivere solo in relazione a qualche pratica sociale, a quella che criticano e a quella che contribuiscono ad edificare.

In ogni caso nessun valore di giustizia, per quanto nobile ed elevato sia, potrà entrare a far parte dell'esperienza della vita comune se non è in qualche misura praticabile, anche se non necessariamente praticato. E nessuna pratica giuridica potrà ritenersi tale se non permette in qualche misura l'esercizio della virtù della giustizia.