

PROFESIONES JURÍDICAS Y DINAMISMO DEL DERECHO

DIEGO MEDINA MORALES
ENCARNACIÓN FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ
ANA-PAZ GARIBO PEYRÓ
LUCIA APARICIO CHOFRÉ
(Coordinadores)

tirant lo blanch

Valencia, 2023

Copyright © 2023

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com.

© Los autores

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
www.tirant.com
Librería virtual: www.tirant.es
DEPÓSITO LEGAL: V-3946-2022
ISBN: 978-84-11304-70-2
MAQUETA: Dissert Ediciones

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>

ÍNDICE

| | |
|-------------------|----|
| INTRODUCCIÓN..... | 15 |
|-------------------|----|

DIEGO MEDINA MORALES
ENCARNACIÓN FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ
ANA-PAZ GARIBO PEYRÓ
LUCÍA APARICIO CHOFRÉ

| | |
|----------------------------|----|
| <i>Primera parte</i> | 19 |
|----------------------------|----|

| | |
|--|----|
| LA TEORIA DEL DIRITTO COME PRATICA SOCIALE | 21 |
|--|----|

FRANCESCO VIOLA

| | |
|--|----|
| 1. L'arte del diritto..... | 21 |
| 2. Revisione dei compiti della teoria del diritto..... | 22 |
| 3. Il diritto come pratica sociale..... | 25 |
| 4. Gli indizi rilevanti..... | 29 |
| 5. Il Rule of Law..... | 35 |
| 6. La pretesa di giustizia | 37 |

| | |
|--|----|
| JURISDICCION CONSTITUCIONAL E HISTORICIDAD DEL DE- RECHO..... | 41 |
|--|----|

ANDRÉS OLLERO

| | |
|--|----|
| 1. Permanencia constitucional y coyunturalidad histórica..... | 41 |
| 2. La rigidez constitucional..... | 43 |
| 3. Derecho como interpretación argumentada | 44 |
| 4. De la igualdad ante la ley al principio de igualdad en la aplicación de la ley | 44 |
| 5. Respeto a la letra constitucional o metodología “progresista”. | 46 |
| 6. De la hidrología jurídica a la interpretación forestal | 47 |

INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA Y LÍMITES CONSTITUCIONALES. A PROPÓSITO DEL “DERECHO A DECIDIR” 51

CRISTINA HERMIDA DEL LLANO

| | |
|---|----|
| 1. Introducción: la gestación de un proceso inconstitucional | 51 |
| 2. Algunas reflexiones en torno a la legitimidad y la legitimación, la moral crítica y la moral positiva | 56 |
| 3. El derecho a decidir de los ciudadanos sobre su futuro político | 59 |
| 4. ¿”Petrificación” de la Constitución española? | 61 |
| 4.1. La Sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012 de 6 de noviembre | 61 |
| 4.2. Antinomia valorativa | 65 |
| 4.3. Elecciones y consultas | 66 |
| 5. El derecho de autodeterminación de los pueblos: un mal argumento jurídico en la Sentencia del Tribunal Constitucional 114/2017, de 17 de octubre de 2017 | 68 |
| 6. ¿Hacia dónde vamos? Un ulterior examen de la STC 114/2017..... | 71 |
| 7. El respeto de las minorías y la doctrina racialista en Cataluña..... | 74 |
| 8. El separatismo: una guerra de sentimientos y emociones | 78 |
| Bibliografía..... | 81 |

JURISPRUDENCIA VALORATIVA Y JURISPRUDENCIA CREATIVA.. 85

ISABEL TRUJILLO

| | |
|---|----|
| 1. Introducción. La resistencia del modelo silogístico..... | 85 |
| 2. La jurisprudencia valorativa | 87 |
| 3. ¿Jurisprudencia creativa o derecho jurisdiccional? | 90 |
| 4. El papel del juez y el rule of law | 93 |

LA FISCALÍA Y LA INTERPRETACION DE LA LEGALIDAD..... 97

ÁNGELA APARISI MIRALLES

| | |
|--|-----|
| 1. Introducción | 97 |
| 2. Defensa de la legalidad y prudencia en el fiscal | 100 |
| 2.1. El proceso de aproximación a los hechos | 101 |
| 2.2. La aplicación del derecho | 102 |
| 2.3. Juicio prudencial..... | 103 |
| 3. Principio de unidad de actuación y dependencia jerárquica | 108 |
| 4. Conclusión | 110 |

LA ABOGACÍA Y SU CONTRIBUCIÓN AL DINAMISMO DEL SISTEMA JURÍDICO..... 111

ENCARNACIÓN FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ

- 1. Introducción..... 111
- 2. La abogacía y el Derecho como no discriminación 112
- 3. El proceso como diálogo. El papel de la defensa letrada 115
- 4. Iniciativa y creatividad ante las nuevas demandas sociales..... 117

LA DETERMINACIÓN NEGOCIAL DEL DERECHO Y LA FIGURA DEL NOTARIO. 131

ADOLFO JORGE SÁNCHEZ HIDALGO.

- 1. Determinación negocial y determinación conflictual del derecho. ... 131
- 2. Fundamentación del negocio jurídico..... 133
- 3. La naturaleza de la función notarial: la explicación de Vallet..... 137
- 4. El notario y la justicia negocial. 140

EL DERECHO DE PROPIEDAD: SU CONSIDERACIÓN COMO DERECHO HUMANO Y SUS GARANTÍAS GENERALES..... 143

ANA-PAZ GARIBO PEYRÓ

- 1. El derecho de propiedad en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. 143
- 2. Modelos históricos del derecho de propiedad. 145
- 3. Concepción actual en el Derecho español del derecho de propiedad. 147
- 4. La reserva de ley y el respeto al contenido esencial 152
 - 4.1. La reserva de Ley 152
 - 4.2. El contenido esencial del derecho de propiedad..... 153
- 5. La función social de la propiedad 153
- 6. Breve referencia a la construcción del derecho de propiedad por parte del TEDH..... 155
- 7. Breves Conclusiones 156

LA GARANTÍA DE LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD A TRAVÉS DE LA INSTITUCIÓN REGISTRAL. 157

MARÍA EMILIA ADÁN.

| | |
|--|-----|
| 1. Introducción..... | 157 |
| 2. La creación de empresas. Estructura jurídica..... | 158 |
| 3. La protección del derecho de propiedad de cualquier titular. | 160 |
| 4. El acceso al crédito del ciudadano y las empresas. | 162 |
| 5. Democratiza el acceso a la propiedad privada sin que pierda su función social. | 164 |
| 6. Viviendas de protección pública. (Art. 47 CE)..... | 166 |
| 7. Sostenibilidad medioambiental (art. 45)..... | 166 |
| 8. Protección del patrimonio cultural..... | 169 |
| 9. Blanqueo de capitales | 170 |
| 10. Conclusión | 170 |
| Bibliografía..... | 171 |

LA CONTRIBUCIÓN DE LOS ASESORES EN LA ELABORACIÓN DE LAS LEYES, ENTRE LA DECISIÓN POLÍTICA Y LA FORMULACIÓN TÉCNICO-JURÍDICA..... 173

LUCÍA APARICIO CHOFRE

| | |
|--|-----|
| 1. La naturaleza y las funciones de los asesores en la actividad legislativa, parlamentaria y político-ejecutiva. | 173 |
| 2. La relevancia de los asesores en la técnica legislativa ante el dinamismo del derecho y la política del caos. | 180 |
| 3. Conclusión | 187 |

ÁMBITO JURÍDICO Y EXPERIENCIA DE LO INJUSTO. REFLEXIONES SOBRE LA INVESTIGACIÓN Y LA DOCENCIA DEL DERECHO..... 189

MARTA ALBERT MÁRQUEZ

| | |
|--|-----|
| 1. Introducción. La noción de ámbito jurídico en la Teoría Comunicacional del Derecho..... | 189 |
| 2. La experiencia jurídica y sus protagonistas | 191 |
| 3. La belleza del Derecho..... | 194 |
| 4. Transferencia del conocimiento jurídico y educación clínica jurídica.... | 197 |

| | |
|---|-----|
| 5. Sobre la intencionalidad de la experiencia jurídica. Interrogación final | 203 |
|---|-----|

A PROPÓSITO DE LOS CONCEPTOS DE ÁMBITO Y SITUACIÓN JURÍDICA EN LA TEORÍA COMUNICACIONAL DEL DERECHO: SU RELACIÓN CON EL CONCEPTO DE PERSONA..... 205

JOSÉ J. ALBERT MÁRQUEZ

| | |
|--|-----|
| 1. Introducción | 205 |
| 2. Ámbito y situación en el lenguaje no jurídico..... | 207 |
| 2.1. Ámbito..... | 207 |
| 2.2. Situación | 208 |
| 3. La noción de ámbito en la TCD..... | 209 |
| 4. La situación jurídica en la TCD..... | 211 |
| 5. ¿Por qué el de estatus es un “concepto cenicienta”? | 212 |
| 6. El estatus jurídico de la persona en la TCD..... | 216 |
| 7. Conclusión | 220 |

EL CONCEPTO DE ÁMBITO JURÍDICO: EXPERIENCIAS, COMUNIDAD Y COMUNICADORES JURÍDICOS..... 221

ANTONIO MARIA LA PORTA

| | |
|--------|-----|
| 1..... | 221 |
| 2..... | 223 |
| 3..... | 225 |
| 4..... | 228 |
| 5..... | 231 |

SEGUNDA PARTE235

LA BÚSQUEDA DE LO JUSTO EN CONCRETO Y LA RESPONSABILIDAD DE LOS JURISTAS..... 237

DIEGO MEDINA MORALES

| | |
|--|-----|
| 1. Introducción | 237 |
| 2. Solo ciertos hechos pueden ser calificados mediante criterios de justicia. | 244 |
| a) La voluntad libre | 244 |

| | |
|---|------------|
| b) Toda acción responsable es imputable, pero no del mismo modo..... | 247 |
| c) La interpretación de los hechos y el pronunciamiento del “quod iustum est”..... | 255 |
| Bibliografía..... | 260 |
| | |
| EL TRIAJE EN EMERGENCIA PANDÉMICA Y LO JUSTO QUE SE DEBE A CADA QUIEN | 263 |
| CLAUDIO SARTEA | |
| 1. Introducción. El papel de los juristas | 263 |
| 2. El derecho y las catástrofes | 265 |
| 3. El documento de SIAARTI sobre triaje en emergencia pandémica .. | 268 |
| 4. El problema ético-jurídico de la asignación de recursos escasos | 271 |
| 5. Equidad y no discriminación en los “casos difíciles” | 273 |
| 6. La aportación de los comités de bioética nacionales | 276 |
| 7. Asignar recursos, respetar funciones. La complejidad de la justicia.... | 279 |
| | |
| SOBRE UN DINAMISMO (RESPONSABLE) DEL JURISTA Y UN DERECHO (CONCRETAMENTE) JUSTO..... | 283 |
| ANGELO ANZALONE | |
| 1. Breves líneas introductorias | 283 |
| 2. Abstracción y concreción de lo jurídico, una veterana (y siempre reinante) dialéctica..... | 284 |
| 3. Objeto y sujetos de una reflexión crítica y operativa | 289 |
| 4. La sinuosa búsqueda de lo justo concreto (en el objeto y por el sujeto)..... | 294 |
| Referencias bibliográficas | 299 |
| | |
| INTELLIGENZA ARTIFICIALE E LIBERTÀ DELLE MACCHINE. UN’IMPRONTA DELLA MODERNITÀ..... | 301 |
| PAOLO MORO | |
| 1. Introducción | 301 |
| 2. Intelligenza artificiale..... | 302 |
| 3. Intelligenza autonoma..... | 305 |
| 4. Intelligenza meccanica | 308 |

| | |
|---|------------|
| Índice | 13 |
| 5. Libertà negativa..... | 310 |
| 6. Libertà assoluta | 312 |
| 7. Libertà umana. | 315 |
| INTELLIGENZE LEGALI COLLETTIVE. RIFLESSIONI SULL'INTELLIGENZA ARTIFICIALE NELL'EPOCA DELLE CO- MUNITÀ VIRTUALI | 319 |
| GUIDO SARACENI | |
| 1. Un po' di storia..... | 319 |
| 2. Conseguenze giuridiche | 321 |
| 3. L'ipotesi affascinante e temibile..... | 326 |
| 4. L'intelligenza artificiale legale..... | 331 |
| 5. Intelligenze legali collettive | 333 |
| Bibliografia | 338 |
| DIGITOCRACIA, ANIMALIZACIÓN HUMANA Y DERECHO..... | 341 |
| ALFONSO BALLESTEROS | |
| 1. De la neutralidad a la indistinción | 342 |
| 2. ¿La tecnología digital nos hace mejores?..... | 344 |
| 2.1. La reputación (o conocernos por completo)..... | 345 |
| 2.2. La búsqueda (o el mundo que nos muestran) | 346 |
| 2.3. El Jano digital | 347 |
| 2.4. Reputación aplicada al derecho..... | 349 |
| 2.5. Búsqueda y pérdida del sentido de realidad..... | 350 |
| 3. El ser humano como animal digitalis | 351 |
| 4. Salidas jurídico-políticas al problema | 354 |
| 5. A modo de conclusiones | 356 |
| DIRITTO COME LETTERATURA | 359 |
| CARLA FARALLI | |
| 1. La prima fase di Diritto e Letteratura | 359 |
| 2. La seconda fase di Diritto e Letteratura | 366 |

| | |
|---|------------|
| JUSTIFICACIÓN Y RAZONAMIENTO JURÍDICO..... | 371 |
| GIUSEPPE ZACCARIA | |
| 1. | 371 |
| 2. | 376 |
| 3. | 379 |
| 4. | 381 |
| 5. | 385 |
| 6. | 389 |
| | |
| RETÓRICA Y TEORÍA COMUNICACIONAL DEL DERECHO: BAI- LANDO CON TEXTOS..... | 393 |
| GREGORIO ROBLES | |
| 1. La retórica: conceptos básicos | 393 |
| 2. El lugar de la retórica en la teoría comunicacional del derecho..... | 398 |
| 3. Las piezas retóricas básicas y su presencia en el derecho | 402 |
| 4. El discurso jurídico: preparación y ejecución | 405 |
| 5. Argumentación y teoría comunicacional del derecho | 410 |

LA TEORIA DEL DIRITTO COME PRATICA SOCIALE

FRANCESCO VIOLA

*Professore Ordinario Emerito di Filosofia del Diritto
Università di Palermo*

1. L'ARTE DEL DIRITTO

La separazione tra teoria e pratica giuridica ha raggiunto ormai un grado talmente elevato da essere intollerabile.

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 "leblos und trocken", senza vitalità e aridi¹.

Oggi il rapporto tra teoria e pratica negli studi giuridici si presenta in forme nuove. Non si tratta più soltanto nella pratica di una mera applicazione delle nozioni teoriche al fine di acquisire un'abilità tecnica. Ancor più, la pratica è diventata indispensabile per formulare una buona teoria.

In un mondo multidimensionale e complesso la teoria deve tener conto delle esigenze prammatiche. Le rappresentazioni molteplici che del diritto sono possibili dipendono nella sostanza dalle finalità operative che si propone il giurista, e queste, a loro volta, si sono ampiamente diversificate. Una conoscenza del diritto che non sia diretta a giustificare e a guidare i percorsi della pratica non è più significativa nel mondo della complessità. D'altronde con ciò non si fa che ritrovare il senso antico per cui la scienza giuridica è *ars* piuttosto che

¹ E. Zitelmann, *Die Vorbildung der Juristen*, Duncker & Humblot, Leipzig, 1909. Noto per inciso che la proposta di riforma degli studi giuridici, avanzata da Zitelmann, prevede l'introduzione di ben tre anni interamente dedicati alla pratica dopo un anno di base.

astratta costruzione di concetti². La teoria del diritto deve liberarsi del dogma della scientificità per perseguire quel grado di conoscenza che è adatto al suo oggetto e alle finalità del sapere giuridico, che è un conoscere per agire, anche quando la conoscenza è ancora molto lontana dall'azione, come nel caso del giurista e ancor più del teorico del diritto.

Inoltre, tra l'altro il giurista è oggi sempre più spinto ad assumere ruoli rivolti a progettare nuove istituzioni e nuovi percorsi giuridici a causa dei processi di trasformazione della società. Questa finalità pratica richiede la capacità di collegare i valori politici ed etici con i principi teorici e i mezzi tecnici. Il giurista deve conoscere e valutare i fini politici e nello stesso tempo conservare la sua identità, che non è quella dell'uomo politico. Il giurista come "architetto delle istituzioni"³ deve essere preparato a conferire un'articolazione normativa all'evoluzione della società sul piano domestico ed internazionale. Anche l'acquisizione di quest'abilità richiederebbe opportuni accorgimenti didattici e formativi.

2. REVISIONE DEI COMPITI DELLA TEORIA DEL DIRITTO

A questi fini la teoria del diritto deve, tra le altre cose, reintegrare alcuni profili problematici che sono stati esclusi dal riduzionismo analitico e positivista. Si tratta di aspetti tra loro molto collegati.

Il primo riguarda la questione dell'obbligatorietà del diritto positivo e delle ragioni per obbedire alla legge. Tale questione è stata erroneamente considerata come un compito proprio solo della filosofia politica e morale, ma non già della teoria del diritto. Il motivo di questa esclusione è facile da comprendere: l'obbligatorietà chiama in causa giudizi di valore e questi devono essere eliminati dalla teoria scientifica, perché si ritengono irrimediabilmente soggettivi. Semmai

² Cfr. F. Viola, *Il diritto come arte della convivenza civile*, in "Rivista di Filosofia del diritto", 4, 2015, 1, pp. 57-74.

³ U. Scarpelli, *Insegnamento del diritto, filosofia del diritto e società in trasformazione*, in *L'educazione giuridica. I: Modelli di Università e Progetti di riforma*, Libreria universitaria, Perugia, 1975, p. 69.

bisogna accontentarsi di risolvere l'obbligatorietà facendo appello alla forza coercitiva del diritto sostenuta da un'autorità legittima. Se la validità della legge non significa che deve essere obbedita, come sostiene Hart, allora vuol dire che la legge è normativamente inerte. Ed è molto strano che la teoria del diritto non si occupi o non si debba occupare della normatività giuridica nel suo senso più pieno. Ma, se si riconosce nella teoria attuale una lacuna del genere, allora si deve accettare che questo vuoto sia riempito facendo ricorso a considerazioni di merito, cioè a definizioni della normatività del diritto non del tutto indipendenti dal suo contenuto. Ma ciò – come si sa – è vietato sin dal tempo di John Austin.

Poiché il diritto è manifestamente volto a dare continuità, stabilità e regolarità alla vita associata⁴, l'ideale kelseniano dell'autonomia della scienza giuridica rispetto alla politica e alla morale si presenta sempre di più oggi come la fonte emblematica della separazione tra teoria e pratica del diritto. Kelsen sa bene che in pratica il diritto non è puro, ma ritiene che la teoria giuridica debba esserla. Ciò significa ammettere che la teoria si costruisce un oggetto che differisce da come il diritto è di fatto, ma in tal modo il giuspositivismo entra in contraddizione con se stesso.

In particolare due tesi provenienti dal mondo giuspositivista hanno contribuito ad alimentare, senza direttamente volerlo, l'avvicinamento della teoria alla pratica del diritto.

La prima è il rilievo dato da Hart al "punto di vista interno" nella considerazione della regola giuridica. Indipendentemente dall'intento di Hart, il punto di vista interno mette in primo piano il ruolo del partecipante, delle sue intenzioni e ragioni nell'uso delle regole, rendendo possibile una spiegazione del ruolo di guida della legge più adeguata rispetto ad una spiegazione empirica dell'azione⁵. Mettersi dal punto di vista del partecipante, e non già nella prospettiva della terza persona, implica l'abbandono del mero descrittivismo nella teoria giuridica.

⁴ J. Finnis, *What is the Philosophy of Law?*, in "Rivista di filosofia del diritto", 1, 2012, 1, pp. 67-69.

⁵ Cfr. V. Rodríguez-Blanco, *Practical Reason in the Context of Law. What Kind of Mistake Does a Citizen Make when She Violates Legal Rules?*, in G. Duke, R.P. George (eds.), *The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence*, Cambridge University Press, New York, p.161.

La seconda tesi di rilievo è la ben nota distinzione di Dworkin tra principi e regole. Indipendentemente dagli intenti di Dworkin, della cui teoria si discute ancora oggi se ascriverla o meno al giusnaturalismo⁶, questa distinzione ha spodestato la validità formale della norma dalla sua centralità teorica. I principi non solo richiedono criteri d'identificazione non puramente formali, ma soprattutto, trattandosi di orientamenti ideali, richiedono l'uso del ragionamento pratico. Di conseguenza il diritto è più un processo generativo che un prodotto già confezionato. Nei confronti di un prodotto si va in cerca della fonte o del pedigree (*source thesis*), mentre nei confronti di un processo ci si interroga sui criteri di correttezza dell'opera da compiere. In tal modo la stessa teoria del diritto ha un carattere normativo.

Giustificazione razionale dell'obbligatorietà del diritto, punto di vista del partecipante, cioè rilievo della ragion pratica, e carattere normativo della teoria giuridica sono le condizioni minime strettamente necessarie ad aprire le porte nel tempo presente ad un rinnovamento profondo della teoria giuridica.

In realtà la conoscenza del diritto è e deve essere insieme descrittiva e prescrittiva, perché è un'interpretazione di un ambito dell'esperienza umana in cui sono inevitabili giudizi di rilevanza, cioè di valore. Il rigetto del mero descrittivismo non è rigetto della descrizione. Il descrittivismo è irrealistico ed impossibile, ma una descrizione che giustifichi le proprie scelte tra i fenomeni da osservare è una via praticabile e necessaria.

Per queste ragioni ritengo che sia necessario sviluppare una teoria del diritto inteso come pratica sociale. Tutti ammettono che il diritto è una pratica sociale, ma conferiscono a questa convinzione solo il valore di una constatazione di un fenomeno sociale, da cui prendere le mosse per poi identificare il diritto in modo riduzionistico con la norma o la sanzione o l'ordinamento. Invece bisogna prendere sul serio il concetto di pratica sociale e dare ad esso una dignità teorica nella sua applicazione al diritto.

⁶ Cfr. K.E. Himma, *Trouble in Law's Empire: Rethinking Dworkin's Third Theory of Law*, in "Oxford Journal of Legal Studies", 23, 2003, pp. 345-377.

3. IL DIRITTO COME PRATICA SOCIALE

Com'è noto, la migliore definizione di pratica sociale è quella fornita da Alasdair MacIntyre, che però non l'ha applicata al diritto di cui ha invece una visione formalistica⁷. La darò per presupposta. L'importante è rendersi conto che non bisogna solo distinguere gli elementi costitutivi di una pratica sociale, ma anche configurare la loro interazione virtuosa.

Una pratica sociale si compone di comportamenti cooperativi che appartengono ad un orizzonte comune, di una partecipazione intenzionale a quest'impresa comune, d'interpretazioni e di applicazioni che riguardano regole in qualche modo ufficiali e, *last but not least*, di valori che costituiscono i fini intorno a cui una pratica s'è intessuta e costituita.

Ognuno di questi elementi ha la sua condizione di validità e di effettività. I comportamenti cooperativi, che sono la materia della pratica, si constatano; le intenzioni si desumono; le interpretazioni si controllano; le argomentazioni si saggiano; le regole da seguire si accertano e quelle effettivamente seguite si costruiscono *a posteriori*; i valori e i fini si giustificano. Ognuna di queste verifiche ha il suo criterio interno di validità e di effettività, ma la pratica come tale non risiede in nessuna di esse singolarmente considerate. È il risultato della loro convergenza storica e della loro interazione.

La comprensione di queste attività in quanto tali esige, per non vanificare la loro dimensione operativa, l'abbandono di un approccio essenzialistico, volto a risolverle in qualche loro componente come caratterizzante. La connessione dei fatti sociali e linguistici, in cui una pratica consiste, si coglie solo nella prospettiva dell'azione da compiere. Una pratica si comprende solo dal punto di vista pratico, cioè guardando alle giustificazioni e alle ragioni per compiere un'azione

⁷ "By a 'practice' I am going to mean any coherent and complex form of socially established cooperative human activity through which goods internal to that form of activity are realized in the course of trying to achieve those standards of excellence which are appropriate to, and partially definitive of, that form of activity, with the result that human powers to achieve excellence, and human conceptions of the ends and goods involved, are systematically extended". A. MacIntyre, *After Virtue. A Study in Moral Theory*, III ed., University of Notre Dame Press, Notre Dame, Indiana, 2007, p. 187.

o astenersi da essa. Dobbiamo guardare all'uso effettivo e alla sua evoluzione interna.

Come nota Dworkin nel noto esempio della pratica della cortesia, dapprima la si segue in modo irriflesso, poi si comprende la sua finalità interna e, infine, ci si chiede se questa non possa essere meglio raggiunta mediante interpretazioni differenti delle sue regole o mediante un loro mutamento. Di conseguenza l'usanza stessa si evolve, pur nella convinzione che ogni fase si basi sull'interpretazione di quella precedente⁸. Mutamento e continuità contribuiscono insieme a mantenere in vita una pratica sociale e a custodirne l'identità. Un cambiamento, anche creativo, è giustificato solo dall'esigenza di restare fedeli alla ragion d'essere profonda della pratica, ai valori che essa intende perseguire e ai fini che è volta a raggiungere.

Se il diritto è una pratica sociale, bisogna formulare una teoria ad essa adeguata, cioè bisogna cercare d'individuare quali condizioni questa pratica debba rispettare. Non ci si deve aspettare il ricorso a criteri ben precisi e tassativi, perché così si ritornerebbe alla visione essenzialistica del diritto. Si deve andare alla ricerca di una tipologia che si può realizzare secondo una variabile gradualità.

Partecipazione diffusa e stabilità sono gli aspetti esteriori necessari di una pratica sociale intesa in senso stretto, ma la sua descrizione ed identificazione richiede una risposta a due quesiti fondamentali: quello riguardante a quali condizioni si agisce insieme (o quando un'azione è compiuta insieme ad altri, cioè è un'azione congiunta o comune a più persone) e quello riguardante ciò che si fa insieme (o l'opera di cui si tratta o il contenuto dell'azione congiunta o lo scopo a cui è diretto l'agire insieme). È importante affrontare entrambe le questioni se vogliamo identificare una pratica sociale determinata, qual è, ad esempio, quella del diritto, altrimenti non riusciremo mai a diradare le nebbie che avvolgono questo concetto. Non basta rispondere alla questione del "come", ma bisogna affrontare anche la questione del "cosa", che molto spesso resta inevasa perché erroneamente ritenuta irrilevante.

L'identificazione dei partecipanti è una spia rivelativa del modo d'intendere la pratica giuridica. Spesso viene considerato come un

⁸ R. Dworkin, *Law's Empire*, Fontana Press, London, 1986, pp. 47-49.

modello istituzionale di pratica giuridica quello per cui i veri e propri partecipanti sarebbero i funzionari pubblici. Ma ciò è controintuitivo, anche accettando una considerazione molto allargata di questi soggetti, cioè comprendente anche gli avvocati, i giuristi e i burocrati e tutti coloro che esercitano una qualche funzione pubblica (notai, cancellieri, poliziotti, etc.)⁹. I grandi esclusi sarebbero, infatti, i cittadini, cioè proprio coloro le cui azioni sono coordinate dal diritto. Anche se l'opera propria del diritto fosse la produzione di norme, non v'è alcun dubbio che gli stessi destinatari del diritto in realtà partecipano alla sua produzione, e non solo mediante le loro attività private e mediante i loro diritti politici nei regimi democratici, ma soprattutto nella stessa obbedienza alle norme che contribuisce a svilupparne, determinarne, e a volte a modificarne profondamente il significato originario¹⁰. La questione dell'obbedienza alle norme giuridiche è – come s'è già detto – parte integrante di una teoria del diritto.

Si può discutere se gli spettatori facciano parte della rappresentazione di un'opera teatrale o dell'esecuzione di un brano musicale. Si può legittimamente dubitare che i tifosi facciano parte del gioco del calcio inteso come pratica sociale. Ma che i cittadini, ancor più dei funzionari, debbano essere considerati come attori della pratica giuridica, non dovrebbe essere messo in dubbio, poiché non solo la loro azione, come quella dei funzionari, contribuisce a dar forma all'impresa comune del diritto, ma anche perché il fine del diritto riguarda proprio loro. Considerarli come beneficiari passivi di un'autorità, anche se intesa come servizio, sarebbe una forma di paternalismo giuridico.

Una pratica sociale non è adeguatamente descritta nei termini dell'imperativismo giuridico, in cui il diritto si presenta come comando del sovrano, al modo descritto da John Austin e ripreso in qualche modo anche dall'ultimo Kelsen¹¹.

⁹ Cfr. M.N. Smith, *The Law as A Social Practice: Are Shared Activities at the Foundations of Law?*, in "Legal Theory", 12, 2006, p. 272.

¹⁰ Cfr. le acute osservazioni a proposito di R. M. Cover, *Nomos and Narrative*, in "Harvard Law Review", 97, 1983, 1, pp. 4-68.

¹¹ F. Viola, *Hans Kelsen and Practical Reason*, in P. Langford et al. (eds.), *Kelsenian Legal Science and the Nature of Law*, Springer International Publishing AG, Cham, 2017, pp. 121-139.

Il modello causale del comando, per cui l'intenzione come stato mentale del comandante è volta a produrre l'obbedienza, cioè l'intenzione di seguire la regola come stato mentale del comandato, è fuorviante. Se la regola esercita un'azione causale, non si può dire che guidi un'azione, ma che tende a determinarla ed allora la coercizione diviene l'elemento centrale della regola stessa¹². Significherebbe considerare il diritto come un mero meccanismo causale che tende a produrre, anche se non sempre con successo, l'azione voluta mediante minacce di conseguenze sfavorevoli, come un gigantesco processo di condizionamenti psico-fisici del comportamento di soggetti che si illudono di essere veri e propri agenti, ma in realtà non intenzionano il fine né scelgono i mezzi. Se il diritto dovesse essere così, come spesso di fatto è praticato, allora non sarebbe una pratica sociale per il suo concetto, ma una mera tecnica per il controllo sociale.

Il diritto rivela meglio la sua natura se guardiamo al comportamento dei destinatari delle regole giuridiche piuttosto che a quello delle autorità, cioè se guardiamo all'applicazione e all'uso delle regole giuridiche più che alla loro produzione¹³. Il diritto come pratica sociale privilegia il punto di vista dei destinatari rispetto a quello dei produttori ufficiali delle regole. Infatti, se l'azione di questi ultimi è controllata dal diritto, lo è al fine di tutelare i primi come i principali partecipanti della pratica giuridica. C'è, dunque, bisogno di una teoria giuridica *ex parte populi*, mentre abbondano le teorie del diritto *ex parte principis*. Ovviamente con ciò non intendo avallare una sorta di populismo giuridico.

Una teoria del diritto dal punto di vista dei consociati mette in primo piano il ruolo di "guida" che le regole giuridiche espletano nei confronti del loro comportamento. In questo ruolo di guida si manifesta il modo giuridico di limitare e controllare il potere, contrastando l'arbitrio. "Guidare un'azione" non si riferisce soltanto al modo in cui un'autorità dirige le azioni di coloro che governa, ma anche al modo

¹² Per la critica del positivismo causale rinvio per tutti a S. Coyle, G. Pavlakos (eds.), *Jurisprudence or Legal Science?*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2005 e G. Pavlakos, *Our Knowledge of the Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2007.

¹³ Cfr. F. Viola, *Tre forme di positività del diritto*, in *Diritto positivo e positività del diritto*, a cura di G. Zaccaria, Giappichelli, Torino, 1991, pp. 301-328.

in cui questi governano se stessi. Ci sono le leggi perché l'uomo è un essere libero. Anzi, questo secondo senso è prioritario, in quanto è per permettere che agenti liberi e responsabili possano conservare ed esercitare le loro prerogative morali che l'autorità deve governare mediante il diritto. Il senso primario di guidare un'azione è quello che ognuno fa nei confronti di se stesso¹⁴. Questo è l'aspetto interno della regola di cui ha parlato Hart.

Per verificare se una regola giuridica sia in grado di assolvere il ruolo di guida normativa del comportamento dei consociati, occorre guardare alle sue condizioni di praticabilità e queste si evidenziano compiutamente nella fase della sua applicazione, e non solo in quella della sua produzione. Ciò è mostrato da molteplici indizi¹⁵. Il concetto di diritto ha un carattere indiziario.

4. GLI INDIZI RILEVANTI

4.1. La configurazione della regola giuridica

Un elemento caratteristico della pratica giuridica nelle sue forme più evolute è costituito da un sistema giuridico composto da norme prodotte da un'autorità fornita di una competenza giuridica. Esse devono essere ben identificabili al fine di poter essere seguite con consapevolezza dai destinatari e, pertanto, devono essere pubbliche. Queste norme devono anche avere un carattere generale. Non si tratta semplicemente di un'impossibilità pratica di governare le singole azioni dei destinatari delle norme mediante decreti *ad hoc* o comandi particolari, come pensava Austin¹⁶, ma ben più significativamente di lasciare ad essi uno spazio deliberativo, che può riguardare il se, il come e il quando dell'azione, cosa che sarebbe impedita da leggi *ad*

¹⁴ Cfr. F. Viola, *Rule of Law. Il governo della legge ieri ed oggi*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 47.

¹⁵ Per la silloge che segue ho tratto ispirazione dall'illuminante scritto di J. Waldron, *The Concept and the Rule of Law*, in "Georgia Law Review", 43, 2008, 1, pp. 1-61.

¹⁶ J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* (1832), ed. by W.E. Rumble, Cambridge University Press, Cambridge, 1995, pp. 28-29.

personam o *ad hoc*. Il diritto non deve chiudere le porte alla deliberazione.

I principi dell'impersonalità e dell'eguaglianza sono alla base della generalità delle norme giuridiche. Ma anche le conseguenze della generalità sono rilevanti. Se le norme giuridiche sono generali, allora saranno anche necessariamente indeterminate. Il processo della loro determinazione si configura come un'attività cooperativa a cui concorrono non solo gli organi pubblici, ma anche i destinatari delle norme nella scelta delle loro azioni concrete. Questi ultimi, sia che intendano seguirle o violarle, applicano le norme (*self-application*), ne tengono conto nei loro processi deliberativi, le interpretano ed adattano ad esse le loro azioni¹⁷. Sono consapevoli che le loro interpretazioni possono essere controverse ed accettano di sottoporle ad uno scrutinio pubblico, nella convinzione di partecipare ad un'impresa comune in cui nessuno può rivendicare per sé un trattamento particolare se non per giustificati motivi. Il diritto non deve chiudere le porte alla cooperazione.

4.2. I giudici ed il processo

Inoltre, in ogni pratica giuridica evoluta vi sono organi di giudizio deputati all'applicazione ufficiale delle norme nei casi controversi. Sembra anzi che queste istituzioni siano ancor più necessarie di quelle che producono le norme¹⁸. I legislatori possono mancare senza che venga meno il diritto, ma, se mancano i giudici, non vi potrà essere diritto ed ognuno si farà giustizia da sé. Il loro modo di operare richiede tra l'altro che i giudici siano imparziali nei confronti delle parti in causa e indipendenti nei confronti di ogni potere, che vi sia il diritto di difesa e il contraddittorio tra le parti. Ulteriormente queste condizioni procedurali sono state perfezionate e raccolte nel principio costitu-

¹⁷ Cfr. J. Waldron, *Self-application*, NYU School of Law, Public Law Research, Paper N. 16-46, September 1, 2016. Non concordo però con Waldron quando nota che guidare un'azione è solo un modo di operare del diritto e non già un suo fine (p. 17), come invece sostiene – a mio avviso più correttamente – S. Perry, *Hart on Social Rules and the Foundations of Law: Liberating the Internal Point of View*, in "Fordham Law Review", 75, 2006, 3, pp. 1171-1209.

¹⁸ Cfr. J. Raz, *Practical Reason and Norms* (1975), Princeton University Press, Princeton, 1990, p. 132.

zionale del “giusto processo”, in cui tra l’altro l’opera del giudice è resa anche ancor più trasparente e la partecipazione delle parti ancor più incisiva¹⁹. Nel giusto processo deliberazione e cooperazione sono entrambe necessarie e tra loro connesse. Lo stesso obbligo di motivare le decisioni giudiziarie è da intendersi come un *render ragione* del giudizio assunto non solo nei confronti delle parti, ma anche di tutta la società, altrimenti non avrebbe senso la rilevanza della giurisprudenza e dei precedenti.

Tutti gli aspetti di questa procedura non possono essere spiegati se si assume una visione meccanicistica o causale del diritto, che è volta a ridurre, se non ad eliminare, tutti i filtri che s’interpongono tra la volontà del legislatore e la condotta dei destinatari delle norme. Al contrario, la tendenza della civiltà giuridica è quella di accrescere le garanzie a tutela delle capacità deliberative non solo degli organi giudicanti, ma anche dei destinatari delle norme, affinché la legge sia una guida (e non una causa) delle azioni sociali. Si configura, pertanto, una forma di deliberazione collettiva, a cui partecipano titolari di ruoli differenti e il cui oggetto riguarda casi particolari da ricondurre nell’alveo della dimensione comune della vita associata. Il “caso concreto” è per definizione un’istanziazione all’interno di una categoria generale che ne garantisce la socialità.

4.3. La coerenza del sistema giuridico

Nella pratica del diritto è presente anche una presupposizione che si può etichettare in modo approssimativo come il “principio della coerenza del sistema giuridico”²⁰. Non si tratta in verità di una razionalità soltanto o puramente deduttiva, ma piuttosto di una ragionevolezza, spesso legata all’analogia e alla probabilità. Questo principio di carità intende affermare che il diritto non è mai il prodotto della sola volontà del potere, ma anche dell’opera della ragione. Questo

¹⁹ Per uno sviluppo in senso deliberativo del giusto processo con riferimento all’Italia cfr. F. Viola, *Una teoria deliberativa della giurisdizione?*, in “*Ars Interpretandi*”, 7, 2018, 1, pp. 13-28.

²⁰ Viene indicato come “*systematic of law*” da J. Waldron, *The Concept and the Rule of Law*, cit., p. 32 e come “*integrity of law*” da R. Dworkin, *Law’s Empire*, cit., pp. 165-166.

principio ha un carattere chiaramente “normativo” e chiama in causa un altro gruppo di soggetti accanto ai legislatori e agli organi pubblici, cioè i giuristi. Che questo principio sia normativo, cioè che indichi come deve essere un sistema giuridico, è mostrato dalla constatazione che esso spesso di fatto non è né razionale né ragionevole.

Di fatto un ordinamento giuridico si forma in modo alluvionale e per accumulazione. Una legge si aggiunge alle altre per stratificazioni successive durante un lungo periodo di tempo, che spesso contribuisce a cambiarne il senso. Certamente vi sono continui aggiustamenti mediante abrogazioni e modifiche legislative, che sono volte ad eliminare le contraddizioni e le antinomie più palesi. Ma a causa della pluralità delle interpretazioni legittime e della imprevedibilità dei casi concreti ve ne sono molte altre in agguato, pronte a presentarsi nel corso dell'applicazione del diritto. Il compito di armonizzare un sistema giuridico, di renderlo coerente e congruente e di conferire ad esso un'unitarietà di orientamento è proprio dei giuristi, che per la pratica del diritto sono partecipanti necessari quanto lo sono i funzionari e i giudici.

Pertanto, il diritto come impresa cooperativa è opera della volontà e della ragione umana. Perché mai un sistema giuridico deve essere in certo qual modo coerente e unitario se non per svolgere il ruolo generale di guida delle azioni sociali?

4.4. I processi d'interpretazione e di argomentazione

Una legge può guidare o dirigere un'azione solo se è interiorizzata, cioè è assunta come criterio personale di azione. Ciò avviene mediante i processi di interpretazione e di argomentazione, che sono, insieme agli atti produttivi, i modi tipici di operare del diritto. L'obbedienza al diritto è essa stessa una pratica interpretativa e argomentativa.

L'interpretazione vincola a qualcosa che i destinatari della regola devono rispettare, mentre l'argomentazione li rende partecipi attivi degli sviluppi della regola e della sua applicazione ai casi concreti. Proprio queste attività interpretative e argomentative mettono in luce anche che l'interiorizzazione della legge non significa che essa perda la sua dimensione sociale, ovvero che l'obbedienza diventi un fatto privato. In realtà, poiché v'è disaccordo sull'interpretazione e sul peso

degli argomenti contrapposti, è necessario che queste attività siano pubbliche, siano soggette a scrutini pubblici e si concludano con una decisione autoritativa finale, com'è necessario nelle questioni pratiche. Una pratica giuridica è il luogo dei disaccordi ed è al contempo l'impresa di governarli²¹. Di conseguenza una pratica giuridica s'interroga continuamente su se stessa e sul modo migliore di realizzarsi, cioè sulla sua eccellenza, come è proprio di ogni pratica sociale secondo MacIntyre.

4.5. L'eccellenza della pratica giuridica

Per completare questo schizzo dei caratteri distintivi di una pratica giuridica, elaborato a partire dal punto di vista del contrasto all'uso arbitrario del potere, non resta che interrogarsi sulla sua virtù propria, ovvero sui suoi standards di eccellenza nei quali essa raggiunge i suoi fini.

Certamente è necessario il rispetto delle procedure e delle forme giuridiche, perché esse garantiscono sia l'eguaglianza delle persone, sia il tessuto di comunanza delle azioni individuali. Ma – come abbiamo detto – con ciò stesso i disaccordi non sono eliminati, anzi al contrario spesso enfatizzati.

Di fronte alla pluralità delle interpretazioni e delle argomentazioni legittime è necessaria una scelta, cioè una deliberazione guidata dalla ricerca del miglior diritto possibile nelle condizioni date. Migliore rispetto a che cosa? Le risposte possono essere molteplici: rispetto al bene della società intera, che tradizionalmente viene chiamato bene comune; rispetto all'applicazione migliore dei principi costituzionali, in cui la società riconosce i suoi valori fondamentali; rispetto a criteri di giustizia o a quelli che si ritengono tali. In ogni caso una pratica giuridica richiede attività di carattere deliberativo e, quindi, chiama in causa la distinzione tra scelte buone e scelte cattive. Non si può sostenere che in questo caso il bene è la conformità alla regola e il male la difformità, perché prima bisogna scegliere quale interpretazione cor-

²¹ Secondo Dworkin non solo v'è disaccordo sul modo d'interpretare le leggi, ma anche sullo stesso concetto di diritto, cioè sul modo d'intendere la stessa pratica giuridica, e non si può che dargli ragione. Cfr. Ivi, pp. 3-43.

retta della regola seguire e quale argomento è più ragionevole. Certamente bisogna almeno riconoscere che è presente nella pratica giuridica una promessa di giustizia, spesso non mantenuta²². Un diritto palesemente ingiusto, per quanto valido possa restare, è sicuramente un insuccesso della pratica giuridica.

L'attuazione pubblica della giustizia è un valore comunitario²³. Questo significa che è un valore non solo politico. Ma – come sappiamo – v'è ampio disaccordo su ciò che è giusto. Il diritto è volto a neutralizzare il più possibile gli effetti negativi di questo disaccordo, cercando di eliminare ciò che è sicuramente ingiusto: è ingiusto trattare le situazioni eguali in modo diseguale e quelle diseguali in modo eguale; è ingiusto trattare le persone in modo arbitrario, cioè come schiavi e non già come esseri che hanno diritto alla giustificazione degli atti di autorità al fine di guidare i loro comportamenti in modo consapevole e responsabile²⁴; è ingiusto non rispettare la correttezza interpretativa e argomentativa delle pratiche giuridiche, che sono dettate da criteri formali ma non per questo avalutativi.

Poiché le istituzioni, le procedure e le forme giuridiche sono governate da valori interni ad esse, il loro esercizio richiede standards di eccellenza, che sono le virtù proprie dei partecipanti a quest'impresa cooperativa. La legge non può diventare diritto senza gli uomini e la loro abilità virtuosa. La legalità è anche una virtù, che consiste nella capacità di rispettare le regole traendo da esse il massimo di giustizia possibile in circostanze date²⁵. Di conseguenza, una pratica giuridica comporta sia modelli di eccellenza e di obbedienza alle regole, sia il conseguimento del valore interno della legalità²⁶. Tuttavia, anche ammettendo che questi traguardi siano raggiunti dalla pratica giuridica, non per questo il diritto potrà essere giusto senza la giustizia politica. Da questo punto di vista il diritto positivo non è autosufficiente e,

²² Cfr. J. Waldron, *Does Law Promise Justice?*, in "Georgia State University Law Review", 17, 2000-2001, pp. 759-788.

²³ J. Rawls, *A Theory of Justice*, revised ed., Oxford University Press, Oxford, 1999, p. 463.

²⁴ Il diritto alla giustificazione come diritto fondamentale è affermato da R. Frost, *The Right to Justification*, Columbia University Press, New York, 2007.

²⁵ Per questo rinvio a F. Viola, *La legalità come procedura e come prassi*, in "Per la Filosofia", 10, 1993, n.27, pp.30-43.

²⁶ A. MacIntyre, *After Virtue*, cit., p. 190.

tuttavia, contribuisce a suo modo all'impresa generale della ricerca della giustizia nella vita associata.

Generalità e pubblicità delle leggi, principio del contraddittorio, coerenza del sistema giuridico, il ragionamento giuridico come controllo e sviluppo della prassi del diritto, la legalità come virtù volta a trarre dalla legge la risposta più giusta possibile, sono tutte caratteristiche strutturali della pratica giuridica dirette a salvaguardare il ruolo di guida della legge e, quindi, a difendere dall'uso arbitrario del potere. È facile notare che esse sono riassunte nella formula tradizionale del *Rule of law*, che pertanto considero come parte essenziale della definizione del concetto stesso di diritto in quanto pratica sociale, e non già soltanto come una proprietà virtuosa di un sistema giuridico o una sua aspirazione ideale²⁷.

5. IL RULE OF LAW

Il *Rule of law*, in questo contesto, non deve essere inteso semplicemente come un insieme di principi presupposti dal diritto positivo²⁸ o di *desiderata* a cui esso deve rispondere²⁹, ma più adeguatamente come un modo di strutturarlo e di praticarlo. Non si tratta solo di presupporre le condizioni di chiarezza normativa e di praticabilità del diritto, e neppure solo di sottolineare la necessità di istituzioni imparziali che le fanno valere, ma anche di mostrare come queste pratiche si configurino come una forma di vita che struttura le nostre azioni³⁰. La legittimità del diritto riposa su queste pratiche immanenti nel di-

²⁷ Cfr. F. Viola, F., Il Rule of Law e il concetto di diritto, in "Ragion pratica", 2008, n. 30, pp. 151-168.

²⁸ Arthur Kaufmann li esemplifica nel principio di eguaglianza, in quello di buona fede, nell'imperativo *pacta sunt servanda*, nel principio di colpevolezza, in quello del bilanciamento di diritti e doveri, nella regola aurea. Cfr. A. Kaufmann, *Analogie und "Natur der Sache"*. *Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus* (1965), Decker & C.F. Müller, Heidelberg, 1982, cap. II.

²⁹ Cfr. L.L. Fuller, *The Morality of Law*, revised ed., Yale University Press, New Haven and London, 1969, cap. II. Tuttavia le tesi di Fuller sono pienamente compatibili con la visione del diritto come pratica sociale qui difesa.

³⁰ Cfr. N.E. Simmonds, *Law as an Idea We Live By*, in G. Duke, R.P. George (eds.), *The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence*, cit., p. 245.

ritto stesso³¹. Queste a loro volta, in quanto si rivolgono agli aspetti più importanti e rilevanti della vita associata, si estendono a tutta la comunità politica e si presentano come stabili. La stessa stabilità sociale è una difesa dall'arbitrio del potere. Di conseguenza, il diritto positivo, pur essendo artificiale, è fondato su ragioni morali³² e richiede come sua giustificazione giudizi morali³³. Questi giudizi hanno un carattere etico-politico ambivalente, in quanto sono rivolti sia contro l'anarchia sia contro l'uso arbitrario del potere. Per questo il diritto si occupa di tutti i campi in cui è possibile esercitare la violenza o in qualche modo arrecare offesa ad altri (*iniura*), sia nei rapporti privati sia in quelli pubblici.

Una teoria del diritto come pratica sociale, imperniata sul *Rule of law* richiede il ridimensionamento della questione della validità, che per le teorie giuspositivistiche è la questione principale, mentre per esse l'uso e la pratica delle norme passa in secondo piano. Al contrario la rilevanza del *Rule of law* richiede il capovolgimento di questa prospettiva. La questione della validità della norma si pone solo dopo che ci si è assicurati di trovarsi di fronte ad un sistema di regole rispettose del *Rule of law* o più in generale di una forma di società governata dal diritto. La validità viene dal diritto e non viceversa. La legge può ben derivare la sua validità da una basilare regola di riconoscimento – come Hart ci ha insegnato –, ma deriva il suo carattere di diritto dal modo in cui il sistema normativo, di cui la regola di riconoscimento è parte, si approssima all'idea di diritto³⁴. Questa è propriamente la base del dovere di fedeltà al diritto da parte dei giudici e, più in generale, dei funzionari del diritto³⁵. Sarebbe molto riduttivo e inadeguato parlare di un dovere di fedeltà alla validità del diritto, come fa

³¹ Cfr. D. Dyzenhaus, *Law and Public Reason*, in "McGill Law Journal", 38, 1993, pp. 366-393.

³² "A theory of law is, unavoidably, a reflection upon our form of moral association". N.E. Simmonds, *Law as an Idea We Live By*, cit., p. 250.

³³ "Moral premises are required in sound reasoning to the conclusion that a community does or does not (more or less) attain the rule of law". T. Endicott, *The Reason of the Law*, in "The American Journal of Jurisprudence", 48, 2003, p. 83.

³⁴ N.E. Simmonds, *Law as an Idea We Live By*, in G. Duke, R.P. George (eds.), *The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence*, cit., p. 256.

³⁵ G.J. Postema, *Fidelity in Law's Commonwealth*, in *Private Law and the Rule of Law*, ed. by D. Klimchuk, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 17-40.

il legalismo. Il giudice deve essere fedele al diritto e alla legge solo in quanto espressione della forma di vita del diritto. Solo in una società che pratica il diritto è possibile attivare i criteri di validità delle sue regole e porsi il problema della loro interpretazione. Il contesto viene prima del testo e lo rende possibile e praticabile.

6. LA PRETESA DI GIUSTIZIA

Se il *Rule of law* è adatto a descrivere la forma di vita di una pratica giuridica, in quanto prefigura una forma di associazione umana guidata da regole pubbliche, applicate con imparzialità, una società giusta richiede molto di più. Come ha giustamente notato Dworkin, le convenzioni non creano i principi e le responsabilità più generali che assumono, ma li precisano e danno loro forma.

È vero che in assenza del *Rule of law* l'obbligatorietà della regola giuridica viene rimessa in discussione, ma lo è anche per un difetto di giustizia, pur nel rispetto del *Rule of law*.

Quindi dobbiamo ritenere che, accanto al *Rule of law* che riguarda l'uso del diritto o lo stile propriamente giuridico, per quanto riguarda il contenuto una pratica giuridica porti in sé anche la pretesa di giustizia (o di non ingiustizia)³⁶, o, se vogliamo, – come s'è già detto – una promessa di giustizia. Ovviamente non voglio dire che per ciò stesso la regola giuridica sia giusta, perché questo sarebbe una forma di giu-positivismo ideologico. Una pretesa può ben essere infondata e una promessa non essere mantenuta. Forse è più corretto usare la definizione di Radbruch per cui il diritto è quella realtà il cui senso è quello della ricerca della giustizia³⁷. Voglio dire soltanto che il difetto di giustizia costituisce un problema serio per la piena obbligatorietà della regola giuridica. E tuttavia ciò significa che appartiene alla natura del diritto, accanto al *Rule of law*, e distinto da esso, quella di dover

³⁶ Sulla pretesa di correttezza cfr., ovviamente, da ultimo R. Alexy, *The Ideal Dimension of Law*, in *The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence*, cit., pp. 314-341. Qui si nota che tale pretesa è avanzata necessariamente dal diritto, così come la pretesa di verità è avanzata necessariamente dalla scienza e quello della bellezza dall'arte.

³⁷ Cfr. *The Legal Philosophies of Lask, Radbruch and Dabin*, trans. by K. Wilk, Harvard University Press, Cambridge, MA, 1950, p. 75.

essere giusto³⁸, o normativamente giustificato, sicché i suoi interpreti cercheranno quei significati delle regole giuridiche che realizzano al meglio questa pretesa, cioè nella misura del possibile sulla base dei materiali giuridici esistenti. Una regola giuridica ingiusta è difettosa non solo dal punto di vista della morale, ma anche – ed è ciò che qui importa – dal punto di vista giuridico. In più, se l'obbedienza non è più motivata dalla credenza nella giustezza o nella ragionevolezza della regola, allora la sanzione non sarà più giustificata e sembrerà molto simile ad un atto di mera forza.

Possiamo, dunque, affermare che il concetto di diritto dovrà contenere due dimensioni ideali, quella del *Rule of law* e quella della giustizia, ma questo induce a riconoscere nella natura del diritto un'apertura tale da rendere ben difficile afferrarne l'identità.

Sembrerebbe paradossalmente che il non diritto faccia parte essenziale della natura del diritto. Infatti, attraverso l'ideale della giustizia penetrano nel diritto criteri che vengono dall'esterno, cioè dalle altre sfere della vita pratica, cioè dalla morale, dalla politica, dall'economia, e più in generale dalla società. Mentre l'ideale del *Rule of law* è generato dal diritto, è un ideale giuridico, quello della giustizia è generato dalla morale e dalla politica. Certamente la giustizia correttiva, basata sull'eguaglianza e sulla reciprocità nelle compensazioni, è ancora ascrivibile in buona misura al *Rule of law* (ed infatti è considerata la vera e propria giustizia "giuridica"), ma la giustizia distributiva, che è prioritaria in quanto presupposto dalla giustizia correttiva, viene dal di fuori³⁹. E tuttavia viene interiorizzata dal diritto fino al punto da far parte della sua natura, sicché, ad esempio, le giustificazioni morali che supportano i diritti umani diventano argomenti giuridici o le ragioni che supportano le scelte politiche di giustizia distributiva diventano *ratio legis*, cioè argomenti che supportano decisioni giuridiche.

In conclusione, una teoria del diritto come pratica sociale non può assumere la prospettiva neutrale della terza persona, cioè quella puramente descrittiva dei fatti sociali e degli enunciati normativi, perché

³⁸ È interessante notare che etimologicamente non è *ius* che viene da *iustitia*, ma al contrario *iustitia* da *ius*.

³⁹ Cfr. F. Viola, *Equità e giustizia*, in *Il problema della giustizia*, a cura di Marco Ferrari, Mimesis, Milano-Udine, 2017, pp. 79-94.

si pone dal punto di vista dei partecipanti alla pratica, pur se a vario titolo e con diversi ruoli. Non può neppure assumere la prospettiva della prima persona, che è propria della scelta morale, perché qui non sono in primo piano le intenzioni soggettive dei partecipanti alla pratica giuridica, ma quelle che essi dovrebbero avere per il fatto di prender parte ad un'attività cooperativa siffatta. Il punto di vista privilegiato della teoria del diritto come pratica sociale è quello della seconda persona, cioè dell'alterità, come conviene alle questioni di giustizia (*iustitia est ad alterum*), in cui sono in gioco i diritti e i doveri dei partners delle relazioni sociali significative. In quest'ottica intersoggettiva le ragioni per agire sono quelle che anche gli altri possono accettare e che sono in grado di consolidarsi come ragioni comuni o ragioni pubbliche a sostegno della vita sociale, sia a livello delle istituzioni fondamentali sia sul piano dei contenuti delle regole giuridiche.

È ovvio che questo è un cantiere sempre aperto con continui aggiustamenti, incessanti revisioni e questioni controverse non risolte una volta per tutte. All'interno della pratica giuridica esiste un diritto fondamentale dei partecipanti all'eguale giustificazione delle regole, affinché la loro imposizione non sia frutto di arbitrio o di manifesta irragionevolezza, né si traduca in oppressione, discriminazione e dominio⁴⁰. A queste procedure di giustificazione tutti dovrebbero partecipare come individui liberi ed eguali, ma attenti a tutelare i propri diritti in modo da non distruggere ma al contempo custodire le relazioni sociali fondamentali⁴¹.

⁴⁰ Cfr. R. Forst, *Justification and Critique. Towards a Critical Theory of Politics*, Polity, Cambridge, 2013.

⁴¹ R. Forst, *Two Pictures of Justice*, in Id. (ed.), *Justice, Democracy and the Right to Justification*. Reiner Forst in Dialogue, Bloomsbury, London, 2014, pp. 3-26. Cfr. anche più di recente B. Giovanola, *Giustizia sociale. Eguaglianza e rispetto nelle società diseguali*, Il Mulino, Bologna, 2018.