

L'impero del diritto

Il diritto rappresenta una prassi che si sviluppa e benché possa avere numerosi e anche radicali difetti esso non rappresenta una burla grottesca. Ha un significato affermare che i giudici dovrebbero far rispettare il diritto e non ignorarlo, che i cittadini dovrebbero obbedirvi ad eccezione di casi rarissimi, che i funzionari devono obbedire alle sue disposizioni. Voler negare tutto ciò solo perché a volte non ci troviamo d'accordo su quello che il diritto è realmente sarebbe da parte nostra espressione di poca intelligenza. Così, i nostri filosofi del diritto cercano di salvare il salvabile. Si arrampicano sugli specchi quando affermano che, nei casi difficili, i giudici simulano un disaccordo su ciò che deve considerarsi diritto, o che i casi difficili sono soltanto dispute ai margini di ciò che è chiaro e da tutti condiviso. Essi pensano, altrimenti, di dover assumere un atteggiamento nichilista nei confronti del diritto. La logica che conduce a questi risultati è quella che ho appena descritto, l'argomento secondo cui non vi può essere riflessione o dibattito significativo su ciò che il diritto è se giuristi e giudici non condividono criteri di natura fattuale circa le basi del diritto. Non ci resta altro che affrontare questo argomento. Si tratta di un argomento filosofico, quindi il prossimo passo del nostro progetto sarà anch'esso di natura filosofica.

L'assillo semantico

Chiamerò «assillo semantico» l'argomento che ho appena esposto e che è stato causa di così rilevanti guai per la filosofia del diritto. Coloro che posseggono una determinata concezione del disaccordo e di quando esso è possibile, ne sono prigionieri. Essi ritengono che le persone possono discutere tra di loro con raziocinio se, e soltanto se, tutte accettano e rispettano gli stessi criteri per stabilire la validità delle proprie pretese, anche se questi criteri non si possono stabilire con esattezza (come un filosofo potrebbe sperare di fare). Due persone, per esempio, possono discutere quanti libri uno dei due possiede nella sua libreria soltanto se condividono entrambi, quanto meno a grandi linee, la medesima concezione del termine libro. In determinati casi possono non trovarsi. d'accordo: uno può chiamare libro sottile quello che l'altro chiama opuscolo. Ma non possono avere opinioni diverse su quelli che ho chiamato casi esemplari o cardine. Se qualcuno non considera un libro la mia copia di *Moby Dick* perché, a suo giudizio, i romanzi non sono libri, una discussione fra noi non avrebbe alcun senso. Se questo semplice esempio esaurisce tutte le possibilità di un'autentica discussione, lo stesso discorso deve potersi applicare ai concetti giuridici,

compreso il concetto di diritto. Stando così le cose, sorge il seguente dilemma: in primo luogo o, malgrado le apparenze, i giuristi di fatto accettano identici criteri per stabilire la validità di una pretesa giuridica, oppure non vi può essere alcun accordo o disaccordo vero in materia di diritto, ma solo l'atteggiamento stupido di persone che credono che le loro divergenze di opinione derivino dai diversi significati che attribuiscono al medesimo suono. Il secondo corno di questo dilemma sembra irragionevole. Per questo i filosofi del diritto preferiscono il primo e si sforzano di individuare le regole fondamentali che esso *necessariamente* nasconde sotto una qualche veste per poi tradurle nella pratica giuridica. Essi formulano e discutono teorie giuridiche di tipo semantico.

Sfortunatamente per queste teorie, questa descrizione delle cause dei disaccordi non è adeguata ai tipi di discussione che, di fatto, dividono i giuristi. Essa è consistente con le discussioni che giuristi e giudici intraprendono sui fatti storici o sociali, su quali parole debbano trovarsi nel testo di un documento legislativo, o sulle circostanze di una decisione giudiziaria precedente. Tuttavia, le discussioni giuridiche possiedono un carattere che è maggiormente teoretico piuttosto che empirico. I filosofi del diritto persuasi della necessità di regole comuni cercano di eludere il problema del disaccordo teoretico. Essi affermano che giuristi e giudici simulano atteggiamenti, divergenti o hanno effettivamente opinioni diverse soltanto perché la controversia che sono chiamati a risolvere appartiene ad un dominio confuso o del tutto marginale rispetto alle regole comuni. Costoro affermano che in tutti i casi dobbiamo ignorare i termini che i giudici utilizzano e trattarli come se il loro disaccordo vertesse su questioni di fedeltà o di rimedio, e non sul diritto. L'assillo semantico è precisamente questo: soffriamo di una descrizione eccessivamente grossolana di ciò che è il disaccordo o di ciò che esso dovrebbe essere.

Un esempio immaginario

L'atteggiamento interpretativo. Questo quadro di ciò che rende possibile un disaccordo è forse troppo grossolano per essere in grado di cogliere qualsivoglia tipo di disaccordo, anche quello riguardante ciò che intendiamo con il termine libro. Tuttavia, mi limiterò a sostenere che esso è semplicemente non esaustivo e, in particolare, che non si applica ad un certo numero di importanti circostanze che comprendono l'argomento teoretico in materia di diritto. Esso non si applica quando i membri di determinate comunità che condividono usanze e tradizioni discutono sul modo migliore di interpretarle – quando, cioè, non concordano su ciò che una determinata usanza o tradizione impone in circostanze concrete. Queste asserzioni sono spesso controverse, e il disaccordo è reale anche se le persone formulano o organizzano queste interpretazioni in base a criteri diversi; ciò perché le diffe-

renti interpretazioni sono orientate verso i medesimi oggetti o avvenimenti sottoposti ad interpretazione. Cercherò di spiegare come questo modello aiuta a comprendere in modo più approfondito l'argomento giuridico e a porre in chiaro il ruolo che il diritto svolge nell'ambito della cultura in generale. Prima però può essere utile considerare l'applicazione di questo modello ad un'istituzione sociale meno complessa.

Immaginiamo l'evoluzione storica di una comunità immaginaria. I suoi membri applicano un insieme di regole, chiamate «regole della cortesia» in determinate occasioni sociali. Essi affermano, per esempio, che «la cortesia richiede che i contadini si levino il cappello di fronte ai nobili», e accettano e sollecitano al rispetto di altre simili proposizioni. Per un certo tempo, questa usanza ha le caratteristiche di un tabù: le regole esistono e nessuno le mette in discussione né cerca di modificarle. In seguito, però, la situazione subisce alcuni lenti mutamenti. Ognuno sviluppa un complesso atteggiamento «interpretativo» nei confronti delle regole della cortesia, che ha due caratteristiche principali. La prima consiste nella supposizione che l'usanza della cortesia non solo esiste ma possiede un valore, serve determinati interessi o scopi o rende possibile l'applicazione di determinati principi – in breve, che essa possiede una sua propria finalità – che può essere stabilita indipendentemente dalla semplice descrizione delle regole che costituiscono l'usanza. La seconda caratteristica consiste nella supposizione che i requisiti della cortesia – il comportamento che essa prescrive o i giudizi che rende possibili – non sono sempre necessariamente o esclusivamente identici in ogni tempo ma dipendono invece dalla percezione della loro finalità a tal punto che queste rigide regole devono essere comprese o applicate, estese o modificate, specificate o limitate sulla base di quella finalità. Quando questo atteggiamento interpretativo prende forma, l'istituzione della cortesia cessa di essere un fenomeno puramente meccanico; essa non è più deferenza irriflessa ad un ordine atavico. Ora le persone cercano di conferire un *significato* all'istituzione – di considerarla nella sua luce migliore – e di riconsiderarla alla luce di quel significato.

Le due componenti dell'atteggiamento interpretativo sono tra loro indipendenti; possiamo adottare la prima nei confronti di una determinata istituzione senza adottare anche la seconda. Ci comportiamo in questo modo nel caso dei giochi e nelle competizioni. Noi facciamo appello alla finalità di queste usanze quando discutiamo sul modo in cui le regole che le governano dovrebbero essere modificate, ma non quando discutiamo su quelle che sono attualmente le loro regole (ad eccezione di casi limitati); sono infatti la storia e l'uso che le hanno stabilite. Di conseguenza, l'interpretazione dei giochi e delle competizioni svolge un ruolo esclusivamente esterno. Nella mia narrazione della vicenda della cortesia, è tuttavia necessario che i cittadini adottino entrambe le componenti dell'atteggiamento inter-

pretativo; per loro, l'interpretazione stabilisce non solo le ragioni dell'esistenza della cortesia ma anche ciò che essa impone. Valore e contenuto si fondono l'uno con l'altro.

In che modo si modifica la cortesia. Supponiamo che prima che l'atteggiamento interpretativo prenda forma in entrambe le sue componenti, tutti siano concordi nel sostenere che la finalità della cortesia consiste nell'opportunità che essa offre di mostrare rispetto a coloro che sono superiori nella scala sociale. Nessuno dubita che le forme tradizionali di rispetto siano effettivamente quelle che l'usanza richiede. Di fatto, queste *sono* le forme di deferenza, e le possibili alternative che essa offre sono l'ossequio o la ribellione. Quando l'atteggiamento interpretativo si sviluppa nella sua completezza, tuttavia, la finalità che si suppone la caratterizzi acquista una valenza critica: le persone cominciano ad esigere forme di deferenza sconosciute che spacciano per cortesia, o a respingere o a rifiutare forme che in passato venivano rispettate senza che nessuno vi si ribellasse, sostenendo che la vera deferenza deriva dalle proprie azioni e non da ciò che altri hanno fatto in passato. L'interpretazione si trasforma in usanza alterando la sua forma, e la nuova forma incoraggia ulteriori interpretazioni cosicché l'usanza si modifica radicalmente, sebbene ogni gradino di tale evoluzione interpreti ciò che apparteneva a quello precedente.

Le opinioni delle persone in merito alle basi proprie del rispetto, per esempio, possono cambiare secondo l'età, il sesso o qualche altra caratteristica. Coloro che godono del rispetto sarebbero così gli individui socialmente superiori in un periodo, gli anziani in un altro, le donne in un terzo, e così via. Oppure possono cambiare le opinioni riguardanti la natura o la qualità del rispetto, dalla tesi secondo cui il comportamento esteriore costituisce rispetto a quella opposta secondo cui il rispetto è soltanto questione di sentimenti. Oppure le opinioni possono cambiare in una dimensione diversa, che cerca di stabilire se il rispetto abbia valore quando è diretto verso gruppi o proprietà naturali o quando è diretto agli individui, a beneficio del loro proprio sviluppo. Se il primo tipo di rispetto non sembra avere più importanza, o sembra addirittura errato, è necessario individuare una diversa interpretazione dell'usanza. Gli individui giungeranno a considerare la finalità della cortesia come l'opposto di quella che era originariamente, alla luce di forme impersonali di relazioni sociali che precisamente a causa di questa impersonalità non richiedono né negano che venga riconosciuta loro una maggiore rilevanza. La cortesia occuperà così un posto diverso e trascurabile nella vita sociale, indicando il termine della nostra vicenda: l'atteggiamento interpretativo si indebolirà e l'usanza tornerà allo stadio statico e meccanico iniziale.

Un primo sguardo all'interpretazione. Quanto esposto in precedenza rappresenta un rapido sguardo al modo in cui, in un'ottica storica, la tradizio-

ne della cortesia si modifica nel tempo. Dobbiamo ora analizzare con maggiore precisione la dinamica della trasformazione, prendendo in esame i giudizi, le decisioni e le argomentazioni che provocano la risposta di ciascuno alla tradizione, ed il cui insieme produce nel tempo quei profondi cambiamenti di cui abbiamo parlato. Dobbiamo prima capire come funziona soggettivamente l'atteggiamento che io definisco interpretativo. Purtroppo, anche una spiegazione preliminare risulterebbe controversa, in quanto se una comunità utilizzasse concetti interpretativi, lo stesso concetto di interpretazione ne farebbe immediatamente parte: una teoria dell'interpretazione è essa stessa un'interpretazione dell'usanza primaria di utilizzare concetti interpretativi. (Ogni resoconto adeguato dell'interpretazione deve quindi essere ritenuto vero come tale.) In questo capitolo illustrerò un resoconto di natura teoretica che ha lo scopo preciso di fornire una spiegazione dell'interpretazione delle usanze sociali e delle strutture quali la cortesia, e difenderò questo resoconto da importanti ed apparentemente valide obiezioni. Temo che la discussione ci porterà fuori dal seminato, verso controversie in materia di interpretazione che hanno occupato in primo luogo letterati, scienziati sociali e filosofi. Ma se il diritto è un concetto interpretativo, qualsiasi giurisprudenza degna di questo nome deve basarsi su di una concezione dell'interpretazione ...

L'interpretazione di una usanza sociale è soltanto una modalità o un'occasione di interpretazione. Gli individui interpretano in contesti molto diversi, e noi cominceremo col determinare il modo in cui questi contesti differiscono l'uno dall'altro. L'occasione più familiare di interpretazione – così familiare che difficilmente la riconosciamo come tale – è la conversazione. Interpretiamo i suoni o i gesti di un'altra persona in modo da stabilire quello che ha detto. La cosiddetta interpretazione scientifica costituisce un'altra modalità: diciamo che uno scienziato prima raccoglie dei dati e poi li interpreta. L'interpretazione artistica consiste in qualche cosa di ancora diverso: i critici interpretano poemi, rappresentazioni teatrali e pitture allo scopo di difendere un determinato punto di vista del loro significato, tema o della loro finalità. Il tipo di interpretazione che stiamo analizzando – l'interpretazione di un'usanza sociale – è simile all'interpretazione artistica in questo senso: entrambe si prefiggono di interpretare una creazione degli individui che rimane come un'entità distinta da loro, e non ciò che gli individui affermano, come nell'interpretazione della conversazione, o eventi non creati da loro, come nell'interpretazione scientifica. Desidero concentrare la mia attenzione su questa somiglianza tra l'interpretazione artistica e l'interpretazione di un'usanza sociale; le chiamerò entrambe forme di interpretazione «creativa» per distinguerle dall'interpretazione della conversazione e da quella scientifica.

L'interpretazione della conversazione possiede un carattere che è maggiormente intenzionale piuttosto che meccanicamente causale. Essa non cerca di spiegare i suoni emessi da una persona allo stesso modo in cui un biologo spiega il gracidiare di una rana, ma attribuisce loro un significato alla luce dei probabili motivi, scopi ed intenzioni dell'interlocutore, e le conclusioni che trae sono resoconti delle «intenzioni» che hanno spinto l'interlocutore a parlare in quel modo. È possibile affermare che tutte le forme di interpretazione mirano ad una spiegazione intenzionale di questo tipo e che ciò distingue questa interpretazione da quella di tipo causale in senso lato? Tale descrizione non appare peraltro adeguata, a prima vista, all'interpretazione scientifica, e potremmo essere indotti, se siamo attirati dall'idea che ogni autentica interpretazione possiede un carattere intenzionale, a sostenere che l'interpretazione scientifica non condivide alcuna caratteristica propria dell'interpretazione come tale. La definizione «interpretazione scientifica» è, in un certo senso, una metafora, la metafora di dati che «parlano» ad uno scienziato così come una persona parla ad un'altra; essa dipinge lo scienziato teso nello sforzo di comprendere ciò che i dati cercano di dirgli. In tal senso potremmo pensare di abbandonare la metafora e parlare in maniera corretta eliminando semplicemente il concetto di intenzione dalla nostra definizione conclusiva del processo scientifico.

L'interpretazione creativa è forse anch'essa soltanto un caso metaforico di interpretazione? Potremmo affermare (per usare la stessa metafora) che quando parliamo dell'interpretazione di poemi o usanze sociali, immaginiamo che queste ci parlino, che cerchino di dirci qualcosa come potrebbe fare una persona. In questo caso però non possiamo uscire dalla metafora, come nel caso dell'interpretazione scientifica, dichiarando che abbiamo in mente una normale spiegazione di tipo causale, e che la metafora dell'intenzione e del significato è puramente decorativa. Infatti l'interpretazione delle usanze sociali e delle opere d'arte riguarda *essenzialmente* le intenzioni, e non le semplici cause. Quando interpretano le loro usanze, i cittadini di Cortesia non mirano ad individuare le diverse determinanti economiche, psicologiche o fisiologiche del loro comportamento. Allo stesso modo, un critico non mira ad un resoconto fisiologico del processo di composizione di un poema. Dobbiamo quindi trovare un metodo per sostituire la metafora che attribuisce ad usanze e dipinti un loro linguaggio personale, in modo tale da poter delineare il ruolo fondamentale dell'intenzione nell'interpretazione creativa.

Una soluzione di questo problema è molto diffusa. Essa dissolve la metafora dei poemi e dei dipinti che ci parlano, insistendo sul fatto che l'interpretazione creativa è soltanto un caso speciale di interpretazione di una conversazione. Noi non ascoltiamo le opere d'arte come suggerisce la metafora, bensì gli uomini che le hanno prodotte. L'interpretazione creativa

mira a decifrare le intenzioni che l'autore si era prefisso nello scrivere una determinata novella o nel mantenere una tradizione sociale specifica, così come noi cerchiamo di afferrare le intenzioni di un amico che lo hanno spinto a parlare in un determinato modo. In questa sede propongo una soluzione diversa: che l'interpretazione creativa rappresenta un fenomeno di interpretazione *costruttiva* e non meramente conversazionale. L'interpretazione delle opere d'arte e delle usanze sociali è rivolta alle intenzioni e non alle cause. Ma le intenzioni di cui parlo non sono (principalmente) quelle dell'autore, bensì quelle dell'interprete. In breve, l'interpretazione costruttiva consiste nell'attribuire una determinata intenzione ad un oggetto o ad un usanza, in modo da renderli come i migliori esempi possibili della categoria o del genere a cui appartengono. Ciò non significa che un interprete possa trasformare un'usanza o un'opera d'arte in quello che avrebbe desiderato fosse, o che, per esempio, un cittadino di Cortesia attirato dall'egualianza possa sostenere in buona fede che la cortesia impone una suddivisione della ricchezza in parti uguali fra tutti. Infatti, vedremo tra poco che la storia di un'usanza o la forma di un oggetto vincola le interpretazioni possibili, pur con l'avvertenza che è indispensabile valutare con estrema attenzione il carattere di questo vincolo. Dal punto di vista costruttivo, l'interpretazione creativa è ricondotta all'interazione tra intenzione ed oggetto.

Muovendo da questo punto di vista, l'interprete di un'usanza sociale, le attribuisce un determinato valore in base agli interessi, agli scopi o ai principi che l'usanza potrebbe servire, esprimere o esemplificare. Accade spesso, tipicamente, che i primi dati comportamentali dell'usanza – come agiscono le persone in certe circostanze – non siano sufficienti ai fini dell'attribuzione di valore: in altre parole, quei dati saranno del tutto coerenti con differenti e anche discrepanti attribuzioni di quel tipo. Una persona potrebbe considerare le usanze della cortesia come uno strumento per garantire che si porti rispetto a chi appartiene ad un determinato rango sociale o chi possiede qualunque altro status. Un altro potrebbe considerarle con altrettanta convinzione uno strumento atto a rendere gli scambi sociali più convenzionali, e di conseguenza *meno* indicativi di diversi parametri del rispetto. Se i dati non permettono di distinguere fra queste due opposte interpretazioni, la scelta di ciascun interprete si orienterà su quella che conferisce maggior valore all'usanza – sull'interpretazione cioè, che, tutto considerato, la fa apparire nella luce migliore.

Questo resoconto costruttivo serve unicamente come analisi dell'interpretazione creativa. Tra l'altro, dovremmo considerare il modo di elaborare il resoconto costruttivo affinché esso appaia adeguato agli altri due contesti interpretativi che ho citato, e mostri così l'esistenza di un legame profondo tra tutte le forme di interpretazione. Per comprendere la conversa-

zione di qualcuno dobbiamo usare strumenti e supposizioni come il cosiddetto principio di carità, che in circostanze normali trasformano quello che l'interlocutore afferma nella migliore forma di comunicazione che egli possa fornire. L'interpretazione dei dati scientifici, dal canto suo, fa largo uso di criteri ai fini della costruzione teorica, quali semplicità, eleganza e verificabilità, criteri che riflettono oppugnabili e mutevoli assunzioni circa i paradigmi della spiegazione, ossia su quelle caratteristiche che rendono superiore una forma di spiegazione rispetto ad un'altra. Il resoconto costruttivo dell'interpretazione costruttiva potrebbe forse, quindi, fornire un resoconto più generale di tutti gli aspetti dell'interpretazione. A questo punto, potremmo affermare che ogni interpretazione, come aspetto di una ipotetica impresa interpretativa, si sforza di rendere il proprio oggetto il migliore possibile, e che l'interpretazione assume forme diverse in diversi contesti, soltanto perché imprese interpretative diverse coinvolgono diversi criteri di valore o di riuscita. Diremo che l'interpretazione artistica si differenzia dall'interpretazione scientifica soltanto perché giudichiamo la riuscita di un'opera d'arte in base a criteri diversi da quelli che usiamo per giudicare le spiegazioni di fenomeni fisici.

[...]

Fasi dell'interpretazione

L'interpretazione costruttiva dev'essere trasformata, innanzitutto, in uno strumento adeguato allo studio del diritto concepito come usanza sociale. Dobbiamo operare una distinzione analitica fra tre fasi successive dell'interpretazione, e stabilire i differenti gradi di consenso di cui ogni fase ha bisogno affinché l'atteggiamento interpretativo possa svilupparsi all'interno di una comunità. In primo luogo, deve esistere una fase «pre-interpretativa» in cui si identificano le regole e i criteri che forniscono il contenuto provvisorio dell'usanza. (Lo stadio equivalente nell'interpretazione letteraria è quello ... in cui *Moby Dick* viene identificato e distinto dal testo di altri romanzi.) Ho posto il termine «pre-interpretativo» tra virgolette perché anche in questa fase si rende necessaria una prima interpretazione. Le regole sociali non indossano cartellini di riconoscimento. Tuttavia, è necessario un ampio consenso – forse una comunità interpretativa può essere utilmente definita assumendo che in questa fase essa richieda un consenso – affinché l'atteggiamento interpretativo porti i suoi frutti, e possiamo quindi astrarre da questa fase della nostra analisi il fatto che presupponiamo che le classificazioni che esso fornisce costituiscono un dato di fatto nelle riflessioni e negli argomenti di tutti i giorni.

In secondo luogo, deve esistere una fase interpretativa in cui l'interprete stabilisce alcune linee generali di giustificazione degli elementi caratterizzanti l'usanza, individuati nella fase pre-interpretativa. Egli proporrà un

argomento che spieghi perché può essere utile, ammesso che lo sia, studiare un'usanza generica di questo tipo. La giustificazione non deve necessariamente coinvolgere ogni aspetto o peculiarità dell'usanza, ma deve consentire all'interprete di vedere se stesso nell'atto di interpretare quell'usanza e non in quello di inventarne una nuova. Infine, deve esistere una fase post-interpretativa o riformatrice in cui l'interprete, per rispondere in modo più appropriato alla giustificazione che ha accettato nella fase interpretativa, determina ciò che, a parer suo, l'usanza richiede «effettivamente». Un interprete della cortesia, per esempio, potrebbe giungere alla conclusione che, per applicare con coerenza la migliore giustificazione dell'usanza, gli individui dovrebbero levarsi il cappello di fronte ai reduci di una guerra così come di fronte ai nobili. Oppure egli potrebbe richiedere l'introduzione di una nuova eccezione alla regola della deferenza: esonerare, per esempio, i reduci da ogni manifestazione di cortesia. Oppure egli potrebbe persino giungere a pensare che alla luce di quella giustificazione una regola che stabilisce un atteggiamento deferente nei confronti di un intero gruppo o classe o individui deve essere considerata un errore.¹

L'interpretazione effettiva nella mia società immaginaria sarebbe molto meno deliberata e organizzata di quanto suggerisce questo schema analitico. I giudizi interpretativi dei componenti della comunità consisterebbero nel "vedere" di primo acchito le dimensioni della loro usanza, una sua eventuale intenzione o obiettivo, e la conseguenza post -interpretativa di quell'intenzione. E questo «vedere» non sarebbe molto più illuminante dell'adottare l'interpretazione comune ad un gruppo il cui punto di vista viene più o meno immediatamente acquisito dall'interprete. Ciò nonostante, si solleverà inevitabilmente una controversia, persino tra i contemporanei, sulle dimensioni dell'usanza che interpretano, ed una controversia ancora maggiore sulla migliore giustificazione dell'usanza. Infatti, già nella nostra definizione preliminare dell'interpretazione, abbiamo individuato numerosi motivi di disaccordo.

È possibile ora dare uno sguardo al nostro resoconto analitico per tracciare un inventario del tipo di convinzioni, credenze o assunzioni di cui un individuo ha bisogno nell'opera di interpretazione. Egli ha bisogno di assunzioni o convinzioni concernenti i diversi aspetti dell'usanza in modo da precisare i dati primari della sua interpretazione nella fase pre-interpretativa; non vi potrà essere un atteggiamento interpretativo se i membri della comunità interpretativa stessa non condividono, almeno nelle loro linee generali, identiche opinioni a questo proposito. Egli ha anche bisogno di convinzioni che stabiliscano in quale misura la giustificazione proposta nella

1 Possiamo riassumere queste tre fasi nell'osservazione secondo cui l'interpretazione cerca di stabilire un equilibrio tra il resoconto pre-interpretativo di una prassi sociale ed una giustificazione idonea di tale prassi (...)

fase interpretativa deve essere adeguata alle caratteristiche di base dell'usanza per poter essere considerata come un'interpretazione della stessa e non come l'invenzione di qualche cosa di nuovo. La domanda è qui se la migliore giustificazione delle usanze della cortesia, che secondo l'opinione generale consistono principalmente nel dimostrare deferenza verso coloro che sono superiori nella scala sociale, potrebbe effettivamente imporre, nella fase riformatrice, l'abbandono di distinzioni sociali fondate sul ceto di appartenenza. Sarebbe questa una riforma troppo radicale, una giustificazione eccessivamente inadeguata per avere valore di interpretazione? Una volta di più, non vi può essere un divario troppo netto fra le diverse convinzioni degli individui riguardo l'adeguatezza; tuttavia, soltanto la storia può indicare quale grado di differenza può essere tollerato. Infine, l'interprete avrà bisogno di convinzioni più consistenti in merito ai tipi di giustificazione che effettivamente pongono l'usanza nella sua luce migliore, giudizi che stabiliscono, per esempio, se l'esistenza dei ceti sociali è un fatto desiderabile o deplorabile. Queste più consistenti convinzioni devono essere indipendenti dalle condizioni or ora descritte concernenti l'adeguatezza, altrimenti queste ultime non sarebbero in grado di vincolare le prime ed egli non potrebbe, in ultima analisi, distinguere l'interpretazione dall'invenzione. Tuttavia, l'atteggiamento interpretativo, al contrario della concezione che l'individuo ha dei limiti pre-interpretativi o persino delle sue convinzioni sul grado di adeguatezza richiesto, non ha bisogno di un così ampio consenso per potersi sviluppare.

[...]

Una digressione: la giustizia

Le distinzioni ed il lessico introdotti finora ci saranno utili nel capitolo seguente quando analizzeremo il diritto come concetto interpretativo. Tuttavia, può essere consigliabile fermarsi un attimo per giudicare: in quale misura la nostra esposizione dei concetti interpretativi può applicarsi ad altre importanti idee politiche e morali, ed in modo particolare all'idea di giustizia. La grossolana spiegazione del funzionamento del linguaggio, quella che ci rende vulnerabili all'assillo semantico, fallisce sia se applicata alla giustizia sia alla cortesia. Non seguiamo criteri linguistici stabiliti per decidere quali fatti rendono giusta o ingiusta una situazione. Le nostre discussioni più accese sulla giustizia, per esempio sull'imposizione fiscale sul reddito o su programmi di azione positiva, riguardano i *tests* corretti che la giustizia deve adottare, e non cercano di stabilire se i fatti corrispondono ad un *test* adottato consensualmente in un caso specifico. Un fautore del libertarismo ritiene che la tassazione sul reddito sia ingiusta perché sottrae al proprietario, senza il suo consenso, ciò che gli appartiene. Non lo riguarda il fatto se le tasse contribuiranno o meno, nel lungo periodo, ad un benesse-

re maggiore. Un utilitarista, viceversa, ritiene che la tassazione sul reddito sia giusta soltanto se contribuisce a creare un benessere di lungo periodo, e poco lo interessa il fatto se a qualcuno è stato sottratto senza il suo consenso qualcosa che gli appartiene. Sulla base di questo ragionamento, se applicassimo alla giustizia la definizione del disaccordo che abbiamo rifiutato nel caso della cortesia, potremmo concludere che il fautore del libertarismo e l'utilitarista non possono né concordare né dissentire su una qualsiasi questione di giustizia.

Ciò sarebbe un errore, perché la giustizia è un'istituzione che noi interpretiamo² e che, come la cortesia, ha una sua storia; ognuno di noi entra a far parte di questa storia nel momento in cui ha imparato ad assumere un atteggiamento interpretativo nei confronti delle domande, – delle giustificazioni e delle pretese che gli altri avanzano in nome della giustizia. Pochi di noi interpretano consapevolmente questa storia nel modo in cui ho immaginato che i personaggi della mia vicenda interpretino la cortesia. Ciascuno di noi, tuttavia, – chi in maniera più consapevole e chi meno – costruisce una propria concezione della giustizia che rappresenta un'interpretazione, ed alcuni di noi persino correggono, di tanto in tanto, la loro interpretazione. Forse l'istituzione della giustizia è iniziata nel modo in cui ho immaginato che la cortesia abbia avuto inizio: con disposizioni semplici e chiare sul crimine, la punizione ed il debito. Tuttavia, l'atteggiamento interpretativo esiste sin dai primordi della filosofia politica, ed è andato sviluppandosi da allora. Le reinterpretazioni e trasformazioni successive sono

2 La giustizia ed altri concetti morali più elevati sono concetti interpretativi, ma sono notevolmente più complessi ed interessanti della cortesia ed anche meno utili come analogia del diritto. In questo contesto, la differenza principale tra giustizia e cortesia consiste nell'ampiezza globale latente della prima (...) se consideriamo la giustizia come un concetto interpretativo, dobbiamo concepire le diverse concezioni di giustizia degli individui come l'affermazione di un'autorità più ampia o trascendentale, (anche se vengono inevitabilmente sviluppate come interpretazioni di prassi a cui essi stessi partecipano) in modo tale che possano servire da base per criticare le prassi di giustizia di altri individui, persino o soprattutto quando queste sono radicalmente diverse. I margini interpretativi sono di conseguenza più moderati: una teoria della giustizia non è richiesta ai fini di determinare un grado soddisfacente di adeguatezza alle prassi politiche o sociali di una comunità particolare (...) La giustizia è speciale anche in un altro senso. Poiché fra tutti gli ideali morali è quello di natura maggiormente politica, essa fornisce un elemento naturale e familiare nell'interpretazione di altre prassi sociali. Le interpretazioni del diritto ... fanno spesso appello alla giustizia come parte del concetto che sviluppano durante la fase interpretativa. Le interpretazioni della giustizia non possono come tali ricorrere alla giustizia e questo contribuisce a spiegare la complessità e l'ambizione filosofica di molte teorie della giustizia. Infatti, una volta esclusa la giustizia come nucleo di una prassi politica fondamentale e pervasiva, è naturale cercare una giustificazione in idee inizialmente di natura non politica, come la natura umana o la teoria dell'io, piuttosto che in altre idee politiche che non sembrano essere più importanti o fondamentali della giustizia stessa.

state ben più complesse di quelle che ho descritto a proposito della cortesia, ma ognuna di esse è scaturita dal riordinamento della prassi e degli atteggiamenti precedenti.

I filosofi della politica possono svolgere un ruolo analogo a quello che ho assegnato al filosofo della cortesia. Essi non possono sviluppare teorie semantiche che forniscano regole per la «giustizia» come quelle che abbiamo esaminato per il termine «libro». Tuttavia, essi possono cercare di individuare il piano da cui muovono le argomentazioni sulla giustizia, e cercare di descriverla con proposizioni astratte atte a definire quale sia per la loro comunità il «concetto», di giustizia, in modo che gli argomenti che la riguardano possano essere intesi come concernenti la migliore concezione di quel concetto. È raro che i nostri filosofi della giustizia adottino questa soluzione, dal momento che è difficile elaborare una formulazione del concetto sufficientemente astratta da non creare controversie tra di noi e, allo stesso tempo, sufficientemente concreta da rivelarsi utile. Le nostre controversie sulla giustizia sono troppo complesse e le teorie in discussione sono troppo numerose. Supponiamo, per esempio, che un filosofo proponga la seguente formulazione del concetto: la giustizia differisce dalle altre virtù politiche e morali poiché è riconducibile ad un «titolo» (*entitlement*), riguarda cioè quello che spetta a coloro che subiscono le conseguenze delle azioni di altri individui o istituzioni. Tutto ciò non ci è di alcun aiuto, perché il concetto di «titolo» è troppo simile a quello di giustizia per avere un valore chiarificatore, ed è al tempo stesso troppo controverso per avere un valore concettuale nell'accezione moderna del termine, dal momento che alcune importanti teorie della giustizia – quali la teoria marxista, ammesso ve ne sia una,³ e persino l'utilitarismo – lo rifiuterebbero comunque. Probabilmente non esiste alcuna utile formulazione del concetto di giustizia, e ciò, lungi dal vanificare il senso delle dispute sulla giustizia, costituisce una prova della capacità inventiva di coloro che si preoccupano di essere giusti. Ad ogni modo, disponiamo di qualcosa di più importante di una spiegazione utile del concetto: abbiamo in comune la percezione pre-interpretativa dei limiti entro i quali la nostra immaginazione deve mantenersi nel momento in cui si interessa dell'usanza. Essa ci serve per distinguere le concezioni della giustizia che rifiutiamo e deploriamo dalle prese di posizione che non considereremmo come concezioni della giustizia anche se si presentassero come tali. Molti di noi considerano poco convincente come teoria della giustizia l'etica libertaria. Tuttavia, la tesi secondo cui l'arte astratta non è giusta, non è solo poco convincente; essa è incomprensibile come teoria riguar-

3 Tuttavia, il fatto che questa esposizione del concetto non catturi appieno la teoria politica di Marx spiega la sua ambivalenza, e l'ambivalenza dei suoi esegeti e critici, circa l'opportunità o meno di considerare la sua teoria come una teoria della giustizia. Per un'esposizione interessante, si veda S. Lukes, *Marxism and Morality*, London 1985.

dante la giustizia perché nessun resoconto pre-interpretativo delle prassi di giustizia abbraccia la critica e la valutazione dell'arte.⁴

I filosofi, o forse i sociologi, che si occupano della giustizia possono rivelarsi utili anche nell'identificare quei paradigmi che, negli argomenti sulla giustizia, svolgono un ruolo analogo a quello che ho attribuito ai paradigmi degli argomenti riguardanti la cortesia. Oggi noi riteniamo paradigmatico che sia ingiusto punire persone innocenti, ridurre qualcuno in schiavitù o rubare al povero per dare al ricco. La maggior parte di noi rifiuterebbe immediatamente qualsiasi concezione che prescrivesse o permettesse la punizione di persone innocenti. Un valido argomento contro l'utilitarismo, quindi, è che esso non è in grado di fornire un resoconto soddisfacente o una giustificazione di questi paradigmi fondamentali; gli utilitaristi sono consapevoli dell'importanza di questa critica e dimostrano un eroico candore nel tentare di confutarla. Tuttavia, alcune teorie della giustizia contestano gran parte di ciò che i loro contemporanei accettano come paradigmatico, e questo non spiega soltanto perché queste teorie – per esempio le riflessioni sulla giustizia apparentemente contraddittorie di Nietzsche o di Marx – siano sembrate non solo radicali ma, forse, addirittura non siano state considerate teorie della giustizia. Tuttavia, la maggior parte dei filosofi della giustizia rispettano ed utilizzano i paradigmi della loro epoca. Il loro compito principale non consiste nel cercare di formulare il concetto di giustizia, e neppure di formulare nuovi paradigmi, bensì nello sviluppare e difendere quelle che semplicemente costituiscono solide concezioni della giustizia, teorie controverse che vanno ben al di là dei paradigmi nella politica. Un filosofo libertario si oppone alla tassazione sul reddito ed il filosofo egualitario chiede una maggiore redistribuzione perché le loro concezioni della giustizia sono diverse. Non v'è nulla di neutrale in queste concezioni. Esse possiedono una natura interpretativa ma allo stesso tempo in esse le persone investono il loro impegno, ed il valore che assumono ai nostri occhi dipende precisamente da quest'ultimo fatto.

[...]

Concetti e concezioni del diritto

I filosofi del diritto si trovano nella stessa situazione dei filosofi della giustizia e del filosofo della cortesia della nostra immaginaria società. Essi non sono in grado di formulare utili teorie semantiche del diritto. Non possono individuare i criteri comuni o le regole di base seguite dai giuristi per appuntare etichette giuridiche ai fatti, poiché queste regole non esistono. Le

4 Dal momento che anche la fase pre-interpretativa richiede un'interpretazione, questi confini imposti alla prassi non sono così precisi né sicuri. Quindi non concordiamo nello stabilire se una persona può essere ingiusta nei confronti degli animali o soltanto crudele, e se le relazioni tra gruppi, come realtà distinta dagli individui, sono da considerarsi questioni di giustizia.

teorie generali del diritto, come le teorie generali della cortesia e della giustizia, devono essere astratte perché il loro scopo consiste nell'interpretare la finalità principale e la struttura della prassi giuridica, e non una sua parte specifica o una sua branca. Ma nonostante questa loro astrattezza, esse sono interpretazioni costruttive: cercano di far apparire la prassi giuridica nella sua luce migliore in modo da raggiungere un equilibrio tra la prassi giuridica nella sua realtà e la giustificazione migliore di essa. In tal modo nessuna linea netta divide la giurisprudenza dalla decisione giudiziaria o da un qualunque altro aspetto della prassi giuridica. I filosofi del diritto discutono sulla parte generale, sul fondamento interpretativo che ogni argomento giuridico deve avere. Ma possiamo anche rovesciare la medaglia. Qualsiasi argomento giuridico pratico, per quanto dettagliato e circostanziato possa essere, assume il fondamento astratto che offre la giurisprudenza, e quando si fronteggiano fondamenti opposti, uno solo di essi viene recepito, a scapito degli altri. Ne consegue che l'opinione di un giudice è parte della filosofia giuridica, anche quando essa è nascosta e l'argomento visibile è dominato da citazioni e liste di fatti. La giurisprudenza rappresenta la parte generale della decisione giudiziaria, il prologo silenzioso ad ogni decisione in merito al diritto (...)

Un filosofo del diritto, dunque, inizia il suo lavoro con un'identificazione pre-interpretativa sufficientemente non controversa del dominio del diritto, e con paradigmi provvisori a sostegno del suo argomento e di critica nel modo tradizionale di quelli avversari. E necessario, a questo punto, stabilire se egli ed i suoi rivali possano anche trovarsi d'accordo su quella che ho definito, nella discussione sulla cortesia e la giustizia, la descrizione del concetto centrale della loro istituzione, che permetterà loro di riconoscere una determinata struttura ai loro argomenti, cioè come argomenti riferibili a concezioni opposte di quel concetto. Un'esposizione concettuale di questo tipo potrebbe essere utile sotto molti aspetti. Così come abbiamo compreso meglio l'usanza della cortesia in una determinata fase della sua evoluzione, trovando un accordo generale sulla proposizione astratta secondo cui «la cortesia è riconducibile al rispetto», allo stesso modo potremmo comprendere meglio il diritto se riuscissimo ad individuare una simile descrizione astratta della finalità del diritto accettata dalla maggior parte dei teorici del diritto, in modo che i loro argomenti possano svilupparsi a partire da essa. La giurisprudenza e gli argomenti che presenterò più avanti in questo lavoro non dipendono dall'individuazione di una definizione astratta di questo tipo. La filosofia politica si sviluppa, come ho affermato, nonostante le nostre difficoltà nell'individuare un'esposizione adeguata del concetto di giustizia. Ciò nonostante, suggerisco il seguente resoconto astratto, determinante ai fini di un ulteriore argomento sul carattere del diritto. I governi hanno determinati obiettivi: mirano a rendere prospere, potenti, reli-

giose o famose le nazioni che governano; mirano anche a mantenere il potere. Essi si servono della forza collettiva che monopolizzano per questi ed altri scopi. Le nostre discussioni sul diritto presuppongono, a mio giudizio, che la finalità principale e più astratta della prassi giuridica consista nel guidare e vincolare il potere del governo nel modo seguente. Il diritto insiste sul fatto che la forza non deve essere utilizzata o negata, nonostante ciò possa servire a raggiungere determinati scopi nobili o proficui, se non nella misura in cui ne consentono o richiedono l'uso i diritti e le responsabilità individuali derivanti da decisioni politiche precedenti riguardanti le circostanze che giustificano l'intervento della forza collettiva.

Sulla base di questo resoconto, il diritto di una comunità è quello di diritti e di responsabilità che soddisfa i requisiti richiesti da questo complesso modello tipo: essi permettono l'impiego della coercizione poiché derivano da decisioni precedenti del tipo corretto. Di conseguenza, sono diritti e responsabilità «giuridici». Questa caratterizzazione del concetto di diritto stabilisce, in un senso accettabilmente approssimativo, quella che a volte viene definita *rule of law*. Essa è compatibile con un ampio numero di pretese tra loro in competizione che cercano di stabilire con precisione quali diritti e responsabilità, al di là dei paradigmi del momento, derivano da corrette decisioni politiche precedenti che, di conseguenza, permettono o richiedono un'applicazione di tipo coercitivo. Tale concetto appare quindi sufficientemente astratto e non controverso per fornire, quanto meno provvisoriamente, la struttura di cui siamo alla ricerca. Esistono indubbiamente delle eccezioni a questa affermazione, teorie che, più che elaborarlo, sfidano il legame che essa stabilisce tra il diritto e la giustificazione della coercizione. Esse, tuttavia, non sono così numerose come può sembrare a prima vista.

Le concezioni del diritto perfezionano l'interpretazione iniziale e non controversa, come ho suggerito, fornitaci dal nostro concetto di diritto. Ogni concezione fornisce delle risposte tra loro connesse a tre domande poste dal concetto. In primo luogo, il presunto legame tra diritto e coercizione è giustificato? In che cosa consiste la finalità di pretendere che la forza pubblica intervenga soltanto conformemente ai diritti ed alle responsabilità che «derivano da» decisioni politiche precedenti? In secondo luogo, se questa finalità esiste, è possibile conoscerne le caratteristiche? In terzo luogo, quale interpretazione dell'espressione «derivare da» – quale nozione di consistenza con le decisioni precedenti – è più appropriata? La risposta che una concezione dà a questa terza domanda definisce i diritti e le responsabilità giuridiche concrete che essa riconosce.

Nei capitoli seguenti studieremo tre concezioni rivali del diritto, tre interpretazioni astratte della nostra prassi giuridica che ho deliberatamente costruito sulla base di questo modello, nella veste di risposte a questo gruppo di domande. La descrizione di queste concezioni contiene, in un certo

senso, un elemento di novità: rispetto alle «scuole» di giurisprudenza ... esse non hanno l'ambizione di presentarsi come concezioni adeguate di queste ultime e probabilmente nessun filosofo del diritto difenderebbe le prime due precisamente nel modo che ho descritto. Tuttavia, nella veste di affermazioni interpretative piuttosto che semantiche, ognuna di esse coglie temi e idee che giocano un ruolo rilevante nella letteratura e l'analisi dei contrasti che le caratterizzano è maggiormente illuminante rispetto alle noiose battaglie dei testi. Chiamerò queste tre concezioni «convenzionalismo», «pragmatismo giuridico», e «diritto come integrità». Sosterrò che la prima, anche se inizialmente potrà sembrare rifletta la normale concezione del diritto dei comuni cittadini, è la più debole; che la seconda è più forte e se ne possono mostrare gli insormontabili limiti soltanto quando il nostro campo argomentativo si espande sino ad includere la filosofia politica; e che la terza è, tutto considerato, la migliore interpretazione di come agiscono e in misura rilevante di ciò che affermano giuristi, docenti di diritto e giudici.

Il convenzionalismo fornisce una risposta affermativa alla prima domanda posta dalla nostra rappresentazione «concettuale» del diritto. Esso fa propria sia l'idea di diritto sia l'idea di diritti giuridici. Alla seconda domanda, risponde sostenendo che la finalità del vincolo posto al diritto e cioè la ragione che ci spinge a pretendere che l'impiego della forza avvenga in modo consistente con le decisioni politiche precedenti, si esaurisce nella prevedibilità e nell'equità procedurale imposta da tale obbligo, anche se vedremo che i convenzionalisti esprimono pareri discordi sull'esatto legame tra il diritto e queste virtù. Alla terza domanda, il convenzionalista risponde proponendo un resoconto estremamente circostanziato del tipo di consistenza con le decisioni precedenti che dovremmo pretendere: un diritto o una responsabilità nascono da decisioni precedenti soltanto se queste li prevedono esplicitamente o se possono essere resi espliciti attraverso metodi o tecniche convenzionalmente accettati dall'insieme dei giuristi. La moralità politica, secondo il convenzionalismo, non richiede una forma di rispetto per il passato superiore a quella sopra descritta; in tal modo, una volta esaurita la forza della convenzione, i giudici devono individuare, ai fini della loro decisione, un fondamento di quest'ultima che sia completamente proteso verso il futuro.

Il pragmatismo giuridico, secondo il mio suggerimento concettuale, rappresenta una concezione scettica del diritto. Esso risponde negativamente alla prima domanda della mia lista: esso nega che una comunità possa trarre dei benefici reali dalla pretesa che le decisioni giudiziarie siano vincolate da un diritto delle parti in causa che si suppone imponga che tali decisioni debbano essere consistenti con le decisioni politiche precedenti. Esso offre un'interpretazione profondamente diversa della nostra prassi

giuridica: che dovere dei giudici è quello di prendere qualsiasi decisione che a loro sembri migliore per il futuro della comunità, senza considerare il valore di ogni forma di coerenza con il passato. In questo modo, i pragmatisti rifiutano come tale l'idea di diritto e di diritto giuridico che ho esposto nel mio resoconto del concetto di diritto, anche se ... essi insistono sul fatto che ragioni d'opportunità strategica richiedono che i giudici agiscano, a volte, «come se» agli individui fossero riconosciuti determinati diritti giuridici.

Come il convenzionalismo, il diritto come integrità accetta incondizionatamente l'idea di diritto e di diritti giuridici. Tuttavia, esso offre una risposta diversa alla seconda domanda. Suppone che gli obblighi imposti dal diritto siano vantaggiosi per la società non soltanto nella dimensione della loro prevedibilità o equità procedurale, o perché svolgono un qualche altro ruolo strumentale, ma perché garantiscono un certo grado di eguaglianza fra i cittadini, che rende più autentica la loro comunità e giustifica moralmente l'esercizio del potere politico da parte sua. La risposta dell'integrità alla terza domanda – cioè il suo resoconto della natura della coerenza con le decisioni politiche precedenti che il diritto impone – è, corrispondentemente, diversa dalla risposta offerta dal convenzionalismo. Essa sostiene che i diritti e le responsabilità derivano da decisioni precedenti e, di conseguenza, hanno valore giuridico non soltanto quando sono espliciti in queste decisioni, ma anche quando sono conseguenti ai principi di moralità personale e politica che le decisioni esplicite presuppongono come loro giustificazione.

[...]

Basi e forza del diritto

Intendo difendere il seguente suggerimento riguardo al modo in cui potremo descrivere il nostro concetto di diritto: l'argomento giuridico ha luogo muovendo da un piano caratterizzato da un consenso approssimativo circa il fatto che se il diritto esiste, esso giustifica l'impiego del potere collettivo nei confronti di singoli cittadini o di gruppi. Concezioni generali del diritto, come le tre citate in precedenza, muovono da una tesi generale circa le ragioni e le circostanze in cui le decisioni politiche precedenti forniscono tale giustificazione e questa tesi quindi fornisce una struttura unificante della concezione complessiva. E necessario ora prendere in esame un'obiezione apparentemente importante. I nostri giuristi e i cittadini riconoscono l'esistenza di una differenza tra un interrogativo sulla natura del diritto e uno circa il fatto se i giudici o qualsiasi altro funzionario o cittadino dovrebbero applicare o obbedire al diritto. Essi considerano queste domande come due problemi distinti, non solo quando riflettono nei diversi modi illustrati in precedenza su sistemi giuridici stranieri malvagi, ma anche quando rifletto-

no sul modo in cui i cittadini ed i funzionari delle nostre comunità dovrebbero comportarsi. L'opinione secondo cui i nostri giudici dovrebbero a volte ignorare il diritto vigente e cercare di sostituirlo con uno migliore è ben lontana dalla mente di una persona estranea alle aule delle *Law Schools* ed anche ai dibattiti politici. Questa opinione non sembrerebbe così assurda se gli individui considerassero non controverso il legame tra diritto e coercizione al punto da poterlo considerare come un legame di natura concettuale nel senso attribuito al termine in questa sede. Potrà sembrare che questa affermazione fornisca un argomento determinante in favore delle teorie semantiche del diritto, nonostante i miei sforzi per cercare di sollevare intorno ad esse un'ombra di dubbio. Per quanto, per certi aspetti, le loro teorie possano trarre in inganno, Austin e Hart quanto meno notarono e cercarono di spiegare perché non sempre gli individui identificano una risposta ad una domanda giuridica immediatamente con una risposta ad una domanda politica concernente ciò che i giudici dovrebbero fare. Essi affermavano che le proposizioni giuridiche sono fondamentalmente di natura fattuale e di conseguenza come tali esse non avanzano alcuna pretesa su ciò che funzionari o cittadini dovrebbero effettivamente fare. Se respingiamo queste teorie perché consideriamo la giurisprudenza come un'interpretazione piuttosto che come un'analisi linguistica, dobbiamo formulare una spiegazione alternativa di tale distinzione, e la mia descrizione del concetto di diritto, che stabilisce una stretta connessione tra diritto e politica, potrebbe apparire come un povero inizio.

Questa obiezione richiede un importante chiarimento. Secondo il mio suggerimento, vi è un accordo di massima sul nostro concetto di diritto che attraversa il campo di un'ulteriore controversia, quella concernente il fatto che il diritto fornisce una giustificazione di *principio* alla coercizione ufficiale. Non vi è nulla di assoluto in questa esposizione del concetto. Essa suppone soltanto che in un fiorente sistema giuridico il fatto dell'esistenza del diritto costituisca un argomento a favore della coercizione che rimane valido a meno che non emerga un contro-argomento di particolare rilevanza. Se anche tale specifica affermazione non può essere effettuata – se l'esistenza del diritto non fornisce alcun argomento generale che può essere invalidato solamente in presenza di circostanze speciali – allora è appropriata solo una concezione scettica del sistema giuridico. Sulla base della presente ipotesi il nostro concetto di diritto si caratterizza quindi in questo modo: esso pone la connessione tra diritto e coercizione a tale livello astratto. Tuttavia, qualsiasi teoria del diritto deve essere ben più concreta ed esauriente riguardo alla natura delle circostanze eccezionali che potrebbero invalidare, anche in un sistema fiorente, l'argomento giuridico in favore della coercizione; deve essere più esauriente anche sui casi in cui i funzionari possono

ignorare il diritto, ammesso ve ne siano, e deve dirci con chiarezza quali obblighi residui sorgono, quando i giudici agiscono in questo modo.

Una teoria politica del diritto completa, dunque, consta almeno di due parti principali: essa rivolge la propria attenzione sia alle basi del diritto – quelle circostanze in cui determinate proposizioni giuridiche dovrebbero essere considerate legittime o valide – sia alla forza del diritto – il potere relativo che ogni proposizione giuridica valida possiede per giustificare la coercizione nelle differenti circostanze eccezionali. Queste due parti devono sorreggersi reciprocamente. L’atteggiamento che una teoria globale adotta in risposta alla domanda concernente l’ampiezza dell’autorità del diritto, ed i casi in cui esso può o dovrebbe essere trascurato, deve coincidere con la giustificazione generale del mandato coercitivo del diritto che essa fornisce e che a sua volta deriva dalle sue opinioni sulle basi controverse del diritto. Una teoria generale del diritto offre quindi una soluzione ad un insieme complesso di equazioni simultanee. Quando paragoniamo tra di loro due teorie, dobbiamo prendere in esame entrambe le parti di ognuna di esse per stabilire in quale misura esse si differenziano nelle loro conseguenze pratiche generali.

Questa complessità, tuttavia, pone un grave problema pratico. Tutti noi, ma in modo particolare i giuristi, sviluppiamo inconsciamente e lungo il percorso della nostra maturazione determinate attitudini nei confronti del diritto in quanto parte della nostra conoscenza sociale generale, prima di esaminarle dal punto di vista della giurisprudenza, se ciò mai avviene. Risulta così estremamente difficile prendere le distanze dalle nostre convinzioni personali al fine di esaminarle in modo sistematico nel loro insieme. Possiamo soltanto analizzare e plasmare le nostre opinioni consolidate allo stesso modo in cui, secondo il felice esempio di Otto Neurath, i marinai riparano una nave in mare aperto un’asse per volta. Dobbiamo mantenere ferme determinate parti delle nostre attitudini e delle nostre convinzioni sul diritto come estranee allo studio attuale, in modo da valutare e perfezionare il resto. Utilizziamo la distinzione tra basi e forza del diritto con questa finalità.

La tradizione accademica impone una certa ripartizione di compiti nelle riflessioni giuridiche. I filosofi della politica prendono in esame i problemi riguardanti la forza del diritto, mentre i giuristi accademici e gli specialisti di giurisprudenza studiano i problemi concernenti le sue basi. Le filosofie del diritto sono, di conseguenza, teorie del diritto generalmente poco equilibrate: concernono principalmente le basi del diritto e trascurano quasi del tutto la sua forza. In altre parole, esse astraggono dal problema della forza in modo da studiare in maniera più attenta il problema delle basi. Ciò è possibile soltanto perché esiste un accordo di base sufficiente sul problema della forza del diritto. Non concordiamo sulla forza precisa che il diritto

to possiede in determinate circostanze speciali, quando sono in gioco considerazioni di giustizia in forte rivalità tra loro. Né concordiamo, forse, su ciò che i giudici del Massachusetts, incaricati di far rispettare la *Fugitive Slave Law* prima della guerra civile americana, avrebbero dovuto fare; condividiamo però un'opinione generale non specifica sulla forza del diritto in assenza di simili particolari considerazioni di giustizia, quando per esempio i cittadini non concordano sulla giustizia o sulla saggezza della legislazione, ma nessuno ritiene realmente che il diritto sia malvagio o che i suoi autori siano dei tiranni. In questi casi le nostre diverse convinzioni sulla forza del diritto combaciano. Riteniamo che il diritto debba essere rispettato: in caso contrario non vi sarebbe alcun motivo di considerarlo come un concetto interpretativo. A questo punto, possiamo concentrare la nostra attenzione sulle basi del diritto esaminando casi «normali» da questo punto di vista. Possiamo chiedere: data la forza (da tutti accettata) del diritto in circostanze normali, in che modo essa dovrebbe essere stabilita in modo preciso quando una regola o un principio fanno parte del nostro diritto? Le concezioni del diritto che studieremo rispondono a questa domanda.

Ora siamo in grado di replicare all'obiezione che ha aperto questa discussione. Le concezioni del diritto, che sono teorie riguardanti le basi del diritto, non ci spingono a formulare alcuna pretesa particolare o concreta sul modo in cui i cittadini dovrebbero comportarsi o su come i giudici dovrebbero decidere le controversie. Chiunque conserva il diritto di sostenere che, sebbene il diritto sia favorevole a *Elmer* o alla signora *McLoughlin* o allo *snail darter*, le circostanze di questi casi sono da un certo punto di vista speciali, e di conseguenza il giudice non dovrebbe applicare il diritto. Quando, per qualche motivo, siamo ansiosi di ricordare l'esistenza di questo aspetto del nostro concetto di diritto, affermiamo che il diritto è una cosa, e ciò che i giudici dovrebbero fare un'altra; ciò spiega, a mio avviso, l'attrazione immediata dello slogan positivista. Tuttavia si rischia di esagerare oltre misura questo punto se si insiste nel sostenere, come hanno fatto i positivisti, che le teorie riguardanti le basi del diritto non possono essere di natura politica e che esse devono lasciare aperto il dibattito relativo al modo in cui i giudici dovrebbero prendere le loro decisioni nei casi reali. Infatti, una teoria riguardante le basi del diritto, che come tale non assume alcuna posizione controversa nei confronti della forza del diritto, deve ciò nonostante essere di natura politica in modo più generale e ampio. Essa non stabilisce come un giudice dovrebbe agire in un caso specifico; tuttavia, se non si tratta di una concezione profondamente scettica, dobbiamo interpretarla come se essa indicasse ai giudici una linea di principio, a meno che le circostanze siano speciali, così come riferito più sopra. Altrimenti, non potremmo considerare la teoria come un'interpretazione del diritto, come una concezione del nostro concetto. Essa sarebbe un'orfana della teoria ad uso

scolastico, utile soltanto a fornire strumenti per la verifica della memoria di studenti che accoppiano uno slogan quale «il diritto è il comando del sovrano» al filosofo a cui appartiene quel motto. Per troppo tempo la giurisprudenza è apparsa simile a tutto ciò. Infine, è importante notare come questo processo di astrazione, che permette ai filosofi del diritto di discutere sulle basi del diritto, prescindendo dalla sua forza, permette anche ai filosofi della politica di discutere, in senso opposto, sulla forza del diritto anche se essi nutrono fra di loro opinioni diverse circa le sue basi. Le teorie sulla disobbedienza civile, e più in generale sulla natura e sullo scopo del dovere dei cittadini di rispettare il diritto, sono complementari alle teorie classiche del diritto, poiché le teorie sulla disobbedienza civile riguardano principalmente la forza e raramente le basi del diritto. Esse sollevano una domanda complementare a quella della giurisprudenza: «Dato quel tipo di fatto che noi tutti accettiamo come basi del diritto – i paradigmi del giorno – quando i cittadini sono moralmente liberi di disobbedire a ciò che ha valore di diritto su queste basi?». Naturalmente, questo processo di astrazione da un tipo di disaccordo a favore di un altro fallirebbe, se le parti divergessero troppo radicalmente sulle basi del diritto, se una negasse tutto ciò che l'altra considera paradigmatico. Non avrebbe alcun senso discutere fino a che limite il diritto deve essere rispettato se una parte ritenesse che le decisioni del Parlamento sono l'unica fonte del diritto e l'altra parte attribuisse questo potere alla Bibbia. Comunque, se numerosi cittadini di una comunità fossero a tal punto discordi sulle basi del diritto – se non condivisero alcun paradigma – la disobbedienza civile sarebbe l'ultimo dei loro problemi.

[...]

Una visione ampia

In questo capitolo svilupperemo la terza concezione del diritto... Il diritto come integrità nega che le affermazioni di diritto possano essere identificate con i resoconti fattuali proiettati verso il passato del convenzionalismo o con i programmi strumentali proiettati verso il futuro del pragmatismo giuridico. Esso insiste sul fatto che le pretese giuridiche rappresentano giudizi interpretativi che combinano quindi gli elementi sia della dimensione storica che di quella programmatica. Essi interpretano la prassi giuridica contemporanea nell'ottica dello svolgersi di una narrazione politica. Quindi il diritto come integrità rifiuta, considerandolo inutile, il vecchio dilemma circa il fatto se i giudici trovino o inventino il diritto; esso suggerisce di comprendere il ragionamento giuridico come svolgente allo stesso tempo entrambe le funzioni e parimenti nessuna delle due.

Integrità ed interpretazione. Il principio di integrità nella decisione giudiziaria indica ai giudici come determinare i diritti e i doveri giuridici, per quanto possibile, muovendo dall'assunto fondamentale che li considera co-

me se fossero opera di un singolo attore – la comunità personificata – che esprime una concezione coerente di giustizia e di equità. La nostra terza concezione del diritto, il nostro terzo punto di vista sui diritti e sui doveri che derivano dalle decisioni politiche precedenti si forma sulla base di una riformulazione di questa indicazione nella veste di tesi riguardante le basi del diritto. Secondo il diritto come integrità, le proposizioni giuridiche sono vere se in esse sono presenti o derivano i principi di giustizia, equità e *procedural due process* che forniscono la migliore interpretazione costruttiva della prassi giuridica della comunità. Decidere se il diritto assicura un risarcimento alla signora *McLoughlin* per il danno subito, per esempio, significa decidere se la prassi giuridica è posta in una luce migliore se assumiamo che la comunità abbia accettato il principio secondo cui le persone che si trovano in condizioni analoghe a quelle della signora hanno diritto ad un risarcimento.

Il diritto come integrità possiede dunque una natura significativamente maggiormente interpretativa del convenzionalismo o del pragmatismo. Queste ultime teorie si propongono *come* interpretazioni. Rappresentano concezioni del diritto che pretendono di mostrare le nostre prassi giuridiche nella miglior luce possibile, e nelle loro conclusioni post-interpretative raccomandano l'uso di stili o di programmi di decisione giudiziaria distinti. Tuttavia, questi programmi non rappresentano programmi di interpretazione: non chiedono ai giudici che deliberano sui casi difficili di effettuare un ulteriore studio di natura essenzialmente interpretativa della dottrina giuridica. Il convenzionalismo impone ai giudici di esaminare i *law reports* e gli atti parlamentari per scoprire quali sono le decisioni prese da istituzioni a cui è convenzionalmente riconosciuto il potere di legiferare. Nell'ambito di questo processo sorgeranno certamente alcuni problemi di natura interpretativa: per esempio, può essere necessario interpretare un testo, per stabilire quale tipo di documento legislativo le nostre convenzioni giuridiche costruiscono a partire da esso. Tuttavia, una volta accettato il convenzionalismo come guida, un giudice, nel decidere casi particolari, non avrà altre occasioni di interpretare i *law reports* nel loro insieme. Il pragmatismo impone ai giudici di valutare da un punto di vista strumentale quali sono le disposizioni migliori per il futuro. Questo esercizio può richiedere l'interpretazione di un qualcosa che va oltre il materiale giuridico: un pragmatista di ispirazione utilitarista può, per esempio, preoccuparsi dell'interpretazione migliore del concetto di benessere della comunità. Ancora una volta un giudice che fa proprio il pragmatismo si trova ad agire interpretando la prassi giuridica nel suo insieme.

Il diritto come integrità rappresenta qualcosa di differente: è al tempo stesso prodotto e ispirazione di un'interpretazione comprensiva della prassi giuridica. Il programma che esso sottopone ai giudici che decidono dei

casi difficili è per sua essenza e non soltanto accidentalmente, di natura interpretativa; il diritto come integrità chiede loro di proseguire nell'interpretazione dello stesso materiale che esso ritiene di aver già interpretato con successo. Si offre come l'anello di congiunzione – la prima parte – delle interpretazioni più dettagliate che esso raccomanda. A questo punto appare quindi indispensabile tornare allo studio generale dell'interpretazione ...

Integrità e storia. La storia svolge un ruolo importante nel diritto come integrità ma solo in un certo modo. L'integrità non richiede vi sia una consistenza di principio in tutte le fasi storiche del diritto di una comunità; non impone ai giudici di cercare di concepire il diritto che applicano come il proseguimento di principio del diritto caduto in disuso del secolo o persino della generazione precedente. Essa prescrive l'applicazione di una consistenza di principio orizzontale piuttosto che verticale che attraversa la gamma dei criteri giuridici della comunità odierna. Insiste nel sostenere che il diritto – i diritti e doveri che derivano da decisioni collettive precedenti e che per questo motivo autorizzano o richiedono la coercizione – non include soltanto il contenuto esplicito limitato di queste decisioni, ma anche, in senso più ampio, lo schema dei principi necessari a giustificarle. La storia è importante perché questo schema di principio deve giustificare l'importanza ed il contenuto di queste decisioni precedenti. La giustificazione che ci spinge a considerare l'*Endangered Species Act* come diritto, fino al momento in cui sia abrogato, giace nel fatto cruciale che il Congresso l'ha emanato, ed ogni nostra giustificazione del fatto che gli attribuiamo tale caratteristica cruciale deve essere conforme al modo in cui consideriamo altri avvenimenti nel nostro passato politico.

Il diritto come integrità, dunque, inizia nel presente ed è attento al passato soltanto nella misura e nel modo indicatogli dal suo interesse attuale. Non si prefigge lo scopo di ricattare, anche per il solo diritto attuale, gli ideali o gli scopi pratici dei politici che per primi gli diedero vita. Intende invece giustificare quello che hanno fatto (e a volte ... quello che hanno affermato) all'interno di una vicenda generale che oggi vale la pena narrare, una vicenda che contiene una pretesa di natura complessa: che la prassi attuale possa essere organizzata e trovi una giustificazione in principi sufficientemente interessanti da fornire i presupposti di un futuro che possa definirsi degno di questo nome. Il diritto come integrità deplora il meccanismo dell'antico detto «il diritto è il diritto» così come il cinismo del più recente «realismo». Considera entrambe queste opinioni radicate nella medesima falsa dicotomia del trovare o inventare il diritto. Quando un giudice dichiara che un determinato principio appartiene al diritto egli non riferisce una banale affermazione sulle motivazioni che hanno mosso gli uomini di stato del passato, affermazione che una saggia e disincantata persona potrebbe facilmente confutare, ma introduce una proposta interpretativa: che

il principio giustifica e si mostra adeguato ad una parte complessa della prassi giuridica, che suggerisce un modo interessante di considerare, all'interno della struttura di quella prassi, la coerenza di principio che esige l'integrità. L'ottimismo giuridico è in questo senso di natura concettuale; le pretese giuridiche sono inevitabilmente costruttive semplicemente in virtù del tipo di pretese che rappresentano. Questo ottimismo può essere fuori luogo: la prassi giuridica può, in ultima analisi, condurre soltanto ad un'interpretazione profondamente scettica. Tuttavia, ciò non è inevitabile per il solo fatto che la storia di una comunità è storia di grandi cambiamenti e conflitti. È possibile costruire un'immaginativa interpretazione della prassi giuridica su di un terreno moralmente complicato e persino ambiguo.

La catena del diritto

La catena narrativa. Nel secondo capitolo ho affermato che l'interpretazione creativa trae la sua struttura formale dall'idea di intenzione non (o almeno non necessariamente) perché mira a rivelare le intenzioni di ogni singola persona o gruppo storico, ma perché tende ad imporre un'intenzione al testo, ai dati o alla tradizione da interpretare. Dal momento che ogni interpretazione creativa condivide questa caratteristica, e quindi possiede un aspetto o una componente normativa, può essere utile confrontare il diritto con altre forme o occasioni di interpretazione. Possiamo utilmente confrontare il giudice che stabilisce che cos'è diritto in un determinato caso non solo con i cittadini di Cortesia che decidono che cosa richiede quella tradizione, ma anche con il critico letterario che esplora le varie dimensioni del valore di una rappresentazione o di un poema complesso.

I giudici, tuttavia, sono allo stesso tempo autori e critici. Un giudice che affronta il caso *McLoughlin* o il caso *Brown* apporta il proprio contributo alla tradizione che interpreta; i futuri giudici trovano davanti a loro una nuova tradizione che comprende ciò che gli altri hanno fatto. La critica letteraria contribuisce ovviamente ad ampliare le tradizioni dell'arte nell'ambito della quale gli autori producono; il carattere e l'importanza di questo contributo rappresentano l'oggetto problematico della teoria critica. Tuttavia il contributo dei giudici è più diretto, e la distinzione tra autore ed interprete riguarda piuttosto aspetti diversi di un unico processo. Possiamo, dunque, individuare un paragone ancor più efficace tra letteratura e diritto, costruendo un genere artificiale di letteratura che potremo chiamare catena narrativa.

In quest'impresa un gruppo di scrittori crea un romanzo *seriatim*; ogni scrittore della catena interpreta i capitoli che sono stati scritti da coloro che lo hanno preceduto e ne compone uno nuovo, che viene aggiunto agli altri: lo scrittore successivo riceve il tutto, interpreta, scrive e così via. Ognuno ha il compito di scrivere il proprio capitolo in modo tale che la struttura del

romanzo risulti essere la migliore possibile, e la complessità di questo compito riflette la complessità della deliberazione di un caso difficile considerato alla luce del diritto come integrità. Tale impresa letteraria immaginaria è certo fantasiosa ma non inverosimile. Alcuni romanzi sono stati scritti proprio in questo modo, anche se principalmente allo scopo di ridurli alle giuste proporzioni, ed alcuni giochi da salotto per i piovosi fine settimana nelle case di campagna inglesi hanno spesso una struttura simile. Le *soap-operas* televisive presentano per decenni gli stessi personaggi nonché una continuità minima di personalità e trama, sebbene siano opera di numerose squadre di autori che scrivono persino in settimane diverse. Nel nostro esempio, tuttavia, ci si aspetta dagli scrittori che assumano le loro responsabilità nei confronti della continuità in modo più serio; si prefiggono lo scopo comune di creare, nei limiti del possibile, un unico romanzo, il migliore possibile.⁵

5 Forse si tratta di un compito irrealizzabile; forse il progetto è condannato a produrre non solo una novella assolutamente cattiva ma addirittura nulla, perché la migliore teoria artistica richiede un solo creatore o, nel caso ve ne sia più di uno, che ognuno abbia un certo controllo sull'insieme. (Che dire tuttavia delle leggende e delle storielle? Che dire dell'*Antico Testamento* o, secondo alcune teorie, dell'*Iliade*?) Non voglio spingere oltre questa domanda, perché mi interessa soltanto il fatto che tale compito abbia senso, che ciascun scrittore della catena possa avere una certa padronanza di ciò che gli viene chiesto di fare, indipendentemente dalle perplessità che può nutrire circa il valore o il carattere della produzione finale.