

Aldo Schiavello
Neil MacCormick teorico del diritto
e dell'argomentazione giuridica

*Les juges ne sont que la bouche qui
prononce les paroles de la loi*
[Charles de Secondat, barone di Montesquieu]

*The prophecies of what the courts
will do in fact, and nothing more pretentious,
are what I mean by the law*
[Oliver Wendell Holmes]

1. *Premessa*

La ormai prossima pubblicazione per i tipi di Giappichelli della traduzione italiana di *Legal Reasoning and Legal Theory* [da ora in poi LR & LT] di Neil MacCormick rappresenta un'occasione invitante per tentare di fare il punto sulla teoria del ragionamento giuridico del giurista scozzese, anche alla luce del dibattito sull'argomentazione giudiziaria che si è sviluppato a partire dalla fine degli anni '70, soprattutto in seguito alla pubblicazione quasi in contemporanea di LR & LT e della *Theorie der juristischen Argumentation* di Robert Alexy¹.

LR & LT è probabilmente il libro più importante ed illuminante di MacCormick e, senza dubbio, può essere considerato un classico della teoria dell'argomentazione giuridica e, più in generale, della teoria del diritto.

E' singolare che un'opera di questo valore abbia dovuto aspettare più di venti anni prima di essere tradotta in lingua italiana. Il fatto che anche la *Theorie der juristischen Argumentation* di Alexy abbia subito una sorte analoga non rappresenta certo una consolazione. Può comunque essere considerata una coincidenza fortunata che questi due classici della teoria dell'argomentazione

¹ N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford 1978. All'edizione del 1978 è seguita, nel 1994, una edizione (in *paperback*) riveduta e corretta, arricchita anche da una nuova prefazione dell'autore. R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main 1978 [R. Alexy, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, trad. e cura di M. La Torre, Giuffrè, Milano 1998]. Per le citazioni tratte da *Legal Reasoning and Legal Theory* si è evidentemente utilizzata l'edizione più recente.

siano stati tradotti a poca distanza l'uno dall'altro. Sino ad ora l'unico libro di MacCormick ad aver visto la luce in traduzione italiana era stato *An Institutional Theory of Law*² che — probabilmente per il fatto di essere una mera op-raccolta di saggi del giurista scozzese e di Ota Weinberger — non presenta certo l'organicità e la linearità che contraddistingue invece LR & LT.

Il ritardo nella traduzione di quest'opera fondamentale di MacCormick stupisce in modo particolare anche in considerazione dell'innegabile esterofilia (talvolta poco selettiva) del mondo accademico italiano, soprattutto nei confronti di autori ed opere di area anglosassone. I libri di alcuni studiosi britannici o americani sulla cresta dell'onda sono tradotti quasi a “scatola chiusa” e, spesso, addirittura in contemporanea con l'edizione originale³. Nel caso specifico, invece, l'edizione italiana è successiva di qualche anno all'edizione francese⁴: questo è un dato indicativo, in quanto i francesi sono assai meno propensi di noi italiani a tradurre nella loro lingua opere straniere.

E' difficile, e per certi versi superfluo, individuare tutte le ragioni che hanno contribuito a produrre questo ritardo. Ritengo tuttavia che almeno un paio di queste (possibili) ragioni meritino quantomeno una breve riflessione.

I teorici e i filosofi del diritto italiani (e, più in generale, continentali) non sempre si trovano a proprio agio con le opere di teoria del diritto di area anglosassone, caratterizzate da una spiccata attenzione nei confronti della pratica giuridica concreta, dei casi giurisprudenziali, dei problemi reali di giuristi, giudici ed avvocati. Tale caratteristica è particolarmente evidente in LR & LT⁵, dove ogni tesi è difesa (anche) mettendo in luce la corrispondenza con le

² N. MacCormick, O. Weinberger, *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, Reidel, Dordrecht 1986, trad. a cura di M. La Torre, *Il diritto come istituzione*, Giuffrè, Milano 1990.

³ Due esempi significativi di questa tendenza possono essere individuati in J. Rawls, *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York 1993, tradotto per i tipi delle Edizioni di Comunità (Milano) nel 1994 e in R. Dworkin, *Life's Dominion. An Argument about Abortion and Euthanasia*, HarperCollins Publishers, London 1993, tradotto per i tipi delle Edizioni di Comunità (Milano) nel 1994.

⁴ N. MacCormick, *Raisonnement juridique et théorie du droit*, trad. par J. Gagey, Puf, Paris 1996. Questa traduzione non riproduce integralmente l'opera originale; sono stati omessi infatti l'*Excursus* del capitolo IX e l'Appendice.

⁵ Nella prefazione all'edizione del '94 MacCormick parla espressamente di ricostruzione razionale per definire il metodo da lui adottato: “Il mio intento, tuttavia, è stato quello di non presentare le mie opinioni in modo del tutto *a priori*. Le ho infatti sempre sviluppate ed illustrate facendo riferimento a casi reali e, in particolare, al concreto ragionamento elaborato dai giudici per giustificare le decisioni attraverso le quali hanno risolto problemi pratici reali. Potrei adesso denominare “ricostruzione razionale” il metodo adottato”. N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., p. xiii. (qui ed in tutti i casi successivi in cui l'edizione italiana non esiste o non si fa espressamente riferimento ad essa, la traduzione è mia).

argomentazioni effettivamente addotte dai giudici e dagli avvocati in casi giurisprudenziali concreti. Per dirla con MacCormick: “Gli esempi non sono prove. Aiutano comunque a confermare una conclusione che è a sua volta l’esito di un ragionamento su un problema”⁶. Il teorico del diritto continentale è (e soprattutto è stato in passato) meno propenso a “sporcarsi le mani” con la pratica. Questa opzione metodologica ha contribuito a scavare un solco profondo tra teorici e giuristi continentali e ad ingenerare in entrambe le categorie l’idea — che forse sarebbe più corretto chiamare pregiudizio — di potere fare tranquillamente a meno l’una dell’altra. Bobbio, dichiarando apertamente la sua preferenza per la “filosofia del diritto dei giuristi”, piuttosto che per la “filosofia del diritto dei filosofi”⁷, si prefigge, tra l’altro, di esortare i teorici ed i filosofi del diritto a non perdere di vista l’oggetto “reale” delle loro riflessioni. Fare teoria *in vacuo*, infatti, porta inevitabilmente con sé il rischio di costruire un diritto che si adatti alla propria teoria anziché elaborare una teoria che faccia i conti in modo serio con la pratica giuridica reale. Per concludere su questo punto, sono convinto che l’attenzione mostrata da MacCormick nei confronti di quello che quotidianamente avviene nei tribunali costituisca uno dei principali pregi del suo libro; tuttavia, proprio la scelta metodologica di dedicare un’attenzione particolare alla pratica giuridica reale ha paradossalmente contribuito ad ingenerare più di un dubbio riguardo all’opportunità di una traduzione in lingua italiana di LR & LT.

Uno studioso continentale potrebbe avanzare un altro argomento, più raffinato del precedente, per giustificare le sue riserve mentali nei confronti di LR & LT. Egli potrebbe sostenere che un lavoro di teoria del diritto che prenda spunto dalla prassi di uno o più sistemi giuridici particolari corre inevitabilmente il rischio di giungere a conclusioni difficilmente adattabili a realtà diverse da quelle descritte. Non è detto, infatti, che una concezione dell’argomentazione giuridica che ricostruisce in modo soddisfacente la pratica dei sistemi giuridici inglese e scozzese (che sono, peraltro, profondamente diversi tra loro) possa essere meccanicamente adottata per rendere conto di quello che avviene in altri sistemi giuridici; questo è ancor più vero se i sistemi giuridici in questione sono, come nel caso dell’Italia, di diritto codificato e non di *common law*. MacCormick stesso nel primo capitolo di LR & LT scrive:

(...) non pretendo che [le conclusioni alle quali giungo] siano portatrici di verità assolute sul ragionamento giuridico in generale. Tuttavia, nei limiti in cui riesco a spiegare i miei esempi particolari alla luce di premesse filosofiche di portata più generale, mi prefiggo di fornire ipotesi suggestive,

⁶ N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., pp. 165-166.

⁷ N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano 1965, pp. 40-46.

che meritano di essere verificate per il valore esplicativo che potrebbero avere per altri sistemi giuridici⁸.

In realtà sono convinto — a dispetto della cautela mostrata dallo stesso MacCormick — che le tesi fondamentali difese in questo libro si adattino perfettamente anche alla pratica argomentativa dei sistemi giuridici di diritto codificato.

E' senza dubbio possibile non condividere la concezione del ragionamento giuridico delineata in LR & LT per ragioni di natura teorica. Più difficile mi sembra sostenere che tra sistemi di *common law* e di *civil law* esistano differenze specifiche tanto radicali da rendere tale teoria dell'argomentazione pressoché inservibile come analisi delle realtà in cui non vige il principio del *binding precedent*.

E' importante essere chiari a questo proposito: non è mia intenzione negare le profonde differenze tra sistemi giuridici di tipo diverso. Tali importanti differenze non incidono però, se non in modo molto parziale¹⁰, al livello di generalità in cui si colloca LR & LT.

2. La teoria del ragionamento giuridico di MacCormick: osservazioni preliminari

Come suggerisce il titolo stesso, sarebbe riduttivo considerare LR & LT solamente un saggio sull'argomentazione giuridica. L'autore è consapevole del fatto che una teoria dell'argomentazione che non si fondi su una teoria del diritto e su una concezione della ragion pratica sarebbe gravemente incompleta. Questa intuizione è tutto sommato abbastanza ovvia e banale. Il merito di MacCormick è quello di avere preso sul serio questa esigenza, preoccupandosi costantemente di armonizzare la sua concezione dell'argomentazione con presupposti filosofici di carattere più generale. A tale riguardo sono particolarmente interessanti i capitoli I e IX di LR & LT.

⁸ N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., p. 8.

⁹ Scrive opportunamente MacCormick: “Che dire dell'interpretazione dei precedenti giudiziari? Si sostiene spesso (o viene semplicemente dato per scontato) che il ragionamento a partire da (o in cui sono implicati) precedenti giudiziari è radicalmente diverso rispetto al ragionamento a partire da (o in cui sono implicate) leggi scritte. Tali differenze, in realtà, sono per lo più differenze di grado e non di natura”. N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., p. 213.

¹⁰ Una differenza significativa, ad esempio, è collegata all'interpretazione dei precedenti. Cfr. N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., pp. 152-194.

2.1. Il ragionamento giuridico come caso particolare di ragionamento pratico

E' opportuno sottolineare, prima di ogni altra cosa, che un presupposto fondamentale della teoria del ragionamento giuridico di MacCormick (che caratterizza anche la *Theorie der juristischen Argumentation* di Alexy) è la considerazione del ragionamento giuridico come una specie particolare di ragionamento pratico¹¹. E' proprio questa la ragione principale che impone a MacCormick di presentare ai lettori la concezione della razionalità pratica che sta alla base della sua teoria dell'argomentazione.

La concezione della ragion pratica difesa da MacCormick è, per ammissione dell'autore, di ispirazione humeana. Si tratta quindi di una concezione che si pone a metà strada tra l'ultra-razionalismo (in cui, secondo MacCormick, cade ad esempio Ronald Dworkin quando difende la *one right answer thesis*) e l'irrazionalismo (propugnato da Alf Ross quando afferma che i discorsi sulla giustizia sono come battere i pugni sul tavolo). La ragione ha un ruolo da svolgere nell'organizzare la vita pratica, ma le scelte e le decisioni degli esseri umani non dipendono esclusivamente dalla ragione. Le premesse maggiori del ragionamento pratico non sono infatti individuate per mezzo della razionalità, ma dipendono da quelle che David Hume chiama "passioni calme". La ragione permette comunque di inferire le conclusioni a partire da queste premesse date.

In realtà MacCormick mette in luce anche alcuni limiti della concezione humeana della ragion pratica:

Hume attribuisce alla ragione un ruolo troppo passivo. Almeno su questo punto si può convenire con Reid e Kant. La ragione impone un ordine ed una struttura al mondo fenomenico della nostra esperienza — se tale ordine del mondo fenomenico corrisponda effettivamente ad un ordine reale è una questione di fede e, quindi, non può essere risolta attraverso la ragione. A prescindere da questo, tuttavia, è sempre possibile ordinare il mondo della nostra attività: fondare le nostre azioni su regole e principi e fare in modo che queste regole e questi principi non si contraddicano fra loro e, anzi,

¹¹ Scrive MacCormick: "Non è il ragionamento morale ad essere il parente povero del ragionamento giuridico. Si può dire, casomai, che è il ragionamento giuridico ad essere un tipo speciale, estremamente istituzionalizzato e formalizzato, di ragionamento morale". N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., p. 272. Si veda anche R. Alexy, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, cit. pp. 265-271. Bisogna dire comunque che, mentre MacCormick parte dal "basso", cioè dal ragionamento giuridico per poi allargare il discorso al ragionamento pratico, Alexy, invece, compie il percorso inverso: parte da una teoria generale del ragionamento pratico per arrivare ad una teoria del ragionamento giuridico. Cfr. M. Atienza, *Las razones del derecho. Teorias de la argumentacion juridica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1997, p. 177.

formino un insieme congruente. La ragione svolge un ruolo nello sforzo di raggiungere la coerenza e la congruenza di un sistema giuridico (...).¹²

Anche se la ragione non permette di individuare i principi universali del comportamento e neanche di giustificare la convinzione secondo cui è opportuno essere razionali¹³, sarebbe riduttivo circoscrivere il compito della razionalità all'individuazione dei comportamenti richiesti da principi non giustificati razionalmente. E' infatti proprio la razionalità a far sì che i principi morali accolti da ciascun essere umano siano coerenti e congruenti fra loro.

2.2. Teoria del ragionamento giuridico e teoria del diritto

La teoria del diritto che fa da sfondo a LR & LT è di chiara matrice hartiana:

(...) ogni sistema giuridico è formato da (o quantomeno racchiude) un certo numero di regole che possono essere identificate attraverso criteri comuni di riconoscimento. Ciò che permette di affermare che tali criteri siano i criteri di riconoscimento vigenti in un sistema giuridico è l'accettazione condivisa dai giudici di quel sistema che il loro dovere sia quello di applicare le regole individuabili tramite tali criteri.¹⁴

Sarebbe tuttavia un errore ritenere, sulla base di questa dichiarazione programmatica, che MacCormick recepisca in modo acritico la concezione del diritto difesa da Herbert Hart. E' possibile rilevare alcune importanti differenze tra le tesi sul diritto sostenute dai due giuristi anglosassoni. In particolare MacCormick critica Hart per avere attribuito un ruolo troppo angusto ai principi giuridici e per non avere riconosciuto il giusto spazio alla tematica dell'interpretazione e dell'argomentazione giuridica. MacCormick è particolarmente chiaro a questo proposito in un saggio successivo a LR & LT:

E' illuminante considerare il diritto, seguendo Hart, come un sistema ordinato di regole (per quanto sarebbe un errore ritenere che ciò sia tutto). Bisogna tuttavia riconoscere che a questa concezione del diritto è collegata l'idea che la costruzione ed il mantenimento di tali sistemi di regole è un'impresa

¹² N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., p. 267.

¹³ A questo proposito MacCormick scrive: "A chi la pensasse diversamente [sul valore della razionalità] potrei semplicemente ricordare un argomento di Hume: o la nostra società è organizzata a partire dal valore della razionalità o non lo è, e non riesco ad immaginare, senza provare avversione, una società in preda all'arbitrio più assoluto, in cui le decisioni di ogni tipo siano prese sulla base del capriccio momentaneo di qualcuno, senza il benché minimo riferimento alle decisioni passate o a quelle che saranno prese in futuro". N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., pp. 76-77.

¹⁴ N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., p. 54.

impegnativa, la cui realizzazione richiede che si individuino quei principi e quei valori che, in un certo senso, sono intrinseci all'impresa stessa e che costituiscono una parte importante, anche se non esaustiva, dei valori politico-morali.¹⁵

MacCormick reputa insoddisfacenti anche le tesi hartiane sull'“aspetto interno” delle norme¹⁶. Hart, come è noto, adattando liberamente alcune tesi di Peter Winch allo studio del diritto, distingue il punto di vista interno da quello esterno sulla base dell'accettazione (o meno) delle norme: la prospettiva interna è quella di colui che adotta le norme come criterio di condotta. Per utilizzare il lessico hartiano, è possibile definire il partecipante ad una pratica giuridica come colui che ritiene di “avere l'obbligo” di ubbidire alle leggi.

Il punto di vista esterno è alla base di osservazioni di tipo diverso. Da una prospettiva esterna moderata è infatti possibile osservare i comportamenti di coloro che seguono le norme, prendendo in considerazione il fatto che tali comportamenti dipendono (anche) dall'esistenza di queste regole. In LR & LT MacCormick chiama questa prospettiva “punto di vista cognitivamente interno” (la prospettiva dell'agente è invece “il punto di vista volizionalmente interno”)¹⁷.

Dal punto di vista esterno estremo, si osserva il comportamento di un gruppo senza utilizzare in alcun modo la nozione di regola per interpretare tale comportamento. MacCormick spiega la prospettiva esterna estrema attraverso il brillante esempio dei lillipuziani che descrivono le caratteristiche dell'orologio di Gulliver senza avere la benché minima idea della sua funzione.

Hart sostiene che il punto di vista interno si manifesta attraverso un atteggiamento critico riflessivo che: “(...) trova la sua espressione caratteristica nella terminologia normativa di “dovere”, “obbligo”, “giusto” e “sbagliato””¹⁸. Il fatto che Hart parli di “espressione caratteristica” lascia intendere, secondo MacCormick, che l'atteggiamento critico riflessivo potrebbe manifestarsi anche in

¹⁵ N. MacCormick, *Reconstruction after Deconstruction: A Response to CLS*, “Oxford Journal of Legal Studies” Vol. 10, no. 4, 1990, p. 551.

¹⁶ N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., pp. 275-292. Cfr. anche N. MacCormick, *H. L. A. Hart*, Edward Arnold (Publishers), London 1981, pp. 34-40.

¹⁷ In seguito MacCormick ha definito la prospettiva esterna moderata *hermeneutic point of view*. L'*approach* dello studioso del diritto è ermeneutico in quanto egli deve spiegare la pratica del diritto prendendo in considerazione il significato che tale pratica ricopre per coloro che vi partecipano. Più precisamente, l'*hermeneutic point of view* è: “(...) la prospettiva di chi, non avendo alcun coinvolgimento personale di tipo volitivo o mettendo da parte tale coinvolgimento per ragioni scientifiche, cerca di comprendere, ritrarre o descrivere un'attività umana alla luce del significato che essa riveste ‘dal punto di vista interno’”. [N. MacCormick, *H. L. A. Hart*, cit., p. 29].

¹⁸ H. Hart, *Il concetto di diritto* (1961), trad. di M. Cattaneo, Einaudi, Torino 1991, p. 70.

modo diverso e questo implica che la sua esistenza è logicamente indipendente — al contrario di quel che ritiene Hart — da come è espresso.

Sulla base di questa osservazione MacCormick critica l'affermazione di Hart secondo cui "l'aspetto interno delle norme è spesso travisato, in quanto viene presentato come una mera questione di "sentimenti", in contrasto con il comportamento fisico osservabile. (...) *Ma tali sentimenti non sono né necessari né sufficienti per l'esistenza di norme obbligatorie*"¹⁹.

MacCormick ritiene infatti che l'atteggiamento critico riflessivo presupponga che almeno alcuni tra i membri della comunità preferiscano lo schema di comportamento individuato dalle norme rispetto a schemi alternativi di comportamento. Sostenere ciò non implica che si neghi la possibilità che alcuni seguano le norme per pigrizia (o ipocrisia) o che altri si ribellino alle norme; piuttosto implica, molto semplicemente, che queste ultime situazioni possono essere comprese solamente presupponendo l'esistenza di un gruppo dominante che accetta (da un punto di vista morale) le norme. Tutti gli atteggiamenti che possono essere immaginati in relazione alle norme sono "parassitari" rispetto a quello di coloro i quali ritengono le norme opportune da un punto di vista morale²⁰.

L'analisi delle ragioni profonde che spingono MacCormick a prendere le distanze da alcune tra le principali assunzioni concettuali difese ne *Il concetto di diritto* permette di avvalorare ulteriormente la tesi secondo cui sarebbe riduttivo considerare LR & LT semplicemente come un lavoro sul ragionamento giuridico.

L'intento di MacCormick è infatti quello di delineare una compiuta teoria del diritto in cui l'interpretazione e l'argomentazione occupino un posto centrale. Si può dire — mettendo momentaneamente tra parentesi alcune importanti differenze tra i due autori — che il giurista scozzese abbia preceduto l'intuizione di Dworkin secondo cui "la prassi giuridica, a differenza di altri fenomeni sociali, presenta una natura argomentativa"²¹. MacCormick sembra essere convinto del fatto che le norme giuridiche, almeno quelle appartenenti ai sistemi giuridici evoluti, si caratterizzino per un certo grado di indeterminazione

¹⁹ H. HART, ult. cit., p. 69, corsivo aggiunto. A questo proposito Stephen Perry scrive: "È importante sottolineare che per Hart le obbligazioni sociali non sono obbligazioni morali. Se non fosse così, del resto, egli non potrebbe sostenere di essere un positivista giuridico". [S. R. Perry, *Interpretation and Methodology in Legal Theory*, in A. Marmor (ed. by), *Law and Interpretation-Essays in Legal Philosophy*, Clarendon Press, Oxford 1995, p. 106].

²⁰ Una tesi analoga è sostenuta anche da Carlos S. Nino. Cfr. C. S. Nino, *Breve nota sulla struttura del ragionamento giuridico*, "Ragion Pratica", 1, 1993, pp. 32-37, in particolare, pp. 36-37.

²¹ R. Dworkin, *Law's Empire*, Fontana Press, London 1986, p. 13 [Trad. di L. Caracciolo di San Vito, *L'impero del diritto*, Il Saggiatore, Milano 1989].

o, se si preferisce usare il lessico hartiano, presentino una “struttura aperta”²². MacCormick, però, a differenza di Hart²³, è consapevole del fatto che una tesi di questo genere richiede che una compiuta teoria del diritto non ignori né trascuri la tematica dell’argomentazione²⁴. L’autore scozzese del resto scrive chiaramente che “una teoria del ragionamento giuridico ha bisogno di una teoria del diritto; quest’ultima, a sua volta, non può prescindere da una teoria del ragionamento giuridico”²⁵.

Come ho detto, le differenze tra la teoria del diritto di Hart e quella di MacCormick non sono marginali. Anche se il giurista scozzese condivide la tesi secondo cui il diritto è un sistema di regole, è tuttavia convinto che tale concezione fornisca un’immagine tutto sommato parziale e riduttiva del fenomeno giuridico. La consapevolezza di MacCormick circa l’inadeguatezza della teoria hartiana è andata via via crescendo dopo la pubblicazione di LR & LT. Nella stessa prefazione all’edizione del ’94 di questo libro egli sottolinea esplicitamente di non essere più persuaso della correttezza della maggior parte delle tesi sostenute da Hart²⁶. Del resto, anche le critiche di MacCormick all’analisi hartiana dell’aspetto interno delle norme, contenute nell’Appendice di

²² Cfr. N. MacCormick, *On ‘Open Texture’ in Law*, in P. Amselek, N. MacCormick (ed. by), *Controversies about Law’s Ontology*, Edinburgh University Press, Edinburgh 1991, pp. 72-83, corsivo aggiunto.

²³ Hart ha riconosciuto questo limite della sua teoria nel *Postscript* alla seconda edizione di *The Concept of Law*: “(...) Devo riconoscere adesso di aver detto veramente troppo poco nel mio libro a proposito della fase dell’applicazione del diritto e a proposito del ragionamento giuridico; in particolare ho trascurato gli argomenti che si basano su quelli che i miei critici chiamano ‘principi giuridici’”. [H. Hart, *The Concept of Law*, Second Edition-With a Postscript edited by P. A. Bulloch and J. Raz, Clarendon Press, Oxford 1994, p. 259].

²⁴ Questo è vero in particolare per le teorie del diritto normativiste che considerano un valore imprescindibile la certezza del diritto.

²⁵ N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., p. 258.

²⁶ Sono convinto — a dispetto di quanto afferma lo stesso MacCormick — che già in LR & LT egli individui, forse più timidamente di quanto avrebbe potuto, non soltanto i pregi ma anche i limiti della teoria del diritto di Hart. Di contro è opportuno sottolineare che in un lavoro recente MacCormick riconosce ad Hart il grande merito di avere messo in luce che: “per dire che cos’è un principio giuridico, inteso come qualcosa di distinto dai principi della morale autonoma o, più in generale, della ragion pratica, è necessario porre in essere una razionalizzazione interpretativa delle regole giuridiche e delle precedenti ricostruzioni istituzionali dei principi rilevanti. E’ solo a partire da un’analisi sistemica che considera il diritto come un’insieme di regole, determinate in modo sempre incompleto ed imperfetto, che è possibile mettere in luce questo aspetto del discorso giuridico”. [N. MacCormick, *The Concept of Law and ‘The Concept of Law’*, “Oxford Journal of Legal Studies”, vol. 14, 1994, p. 22].

LR & LT, lasciavano presagire gli sviluppi futuri del pensiero del giurista scozzese.

Le opere di MacCormick successive a LR & LT sviluppano la tesi secondo cui il diritto è una pratica sociale e non soltanto un sistema di regole primarie e secondarie. Un insieme di comportamenti e di regole è una pratica sociale solo se è possibile attribuire ad essi un valore. Di conseguenza, l'esigenza primaria dello studioso che aspira a descrivere una pratica sociale è proprio quella di individuare il valore (o scopo) di fondo e di confrontarsi con esso. Le regole sono comunque molto importanti anche per una concezione del diritto di questo genere: esse sono un elemento costitutivo di ogni pratica sociale²⁷. Michael Moore, ad esempio, sottolinea opportunamente che in ogni pratica sociale è possibile distinguere due aspetti, che egli definisce — in modo forse poco felice — dimensione “sintattica” e dimensione “semantica” della pratica²⁸. Attraverso la prima espressione egli individua tutti gli elementi — comprese le regole — che costituiscono un fenomeno sociale potenzialmente dotato di significato; con la seconda egli individua lo scopo profondo di tale pratica. È interessante sottolineare che per Moore non è possibile indagare in modo compiuto la dimensione semantica di una pratica se prima non sono stati identificati gli elementi che costituiscono la dimensione sintattica della stessa. Le regole di un sistema giuridico rappresentano quindi un elemento imprescindibile per delineare in modo soddisfacente lo scopo (o gli scopi) intorno al quale tale sistema si è formato (è anche vero che per individuare gli elementi che costituiscono la dimensione sintattica di una pratica è necessario avere almeno una vaga idea dello scopo di tale pratica).

L'analisi della pratica sociale delineata da Moore riecheggia la distinzione dworkiniana tra “basi” (*grounds*) e “forza” (*force*) del diritto²⁹. Le basi individuano l'insieme dei criteri che consentono di riconoscere le proposizioni

²⁷ Ludwig Wittgenstein nel ben noto § 202 delle *Ricerche filosofiche* scrive: “Per questo ‘seguire la regola’ è una prassi. E credere di seguire la regola non è seguire la regola. E perciò non si può seguire una regola ‘privatim’: altrimenti credere di seguire la regola sarebbe la stessa cosa che seguire la regola”. [L. Wittgenstein, *Ricerche filosofiche* (1953), trad. di R. Piovesan e M. Trincherò, Einaudi, Torino 1967]. Senza bisogno di impelagarsi nella complicata esegesi wittgensteiniana a me sembra che questo pensiero del filosofo austriaco sottolinei in modo particolarmente felice la connessione necessaria tra le nozioni di ‘pratica sociale’ e di ‘regola’.

²⁸ Cfr. M. S. Moore, *Interpreting Interpretation*, in A. Marmor (ed. by), *Law and Interpretation. Essays in Legal Philosophy*, cit., pp. 1-29. Per un'analisi più dettagliata di questo argomento si veda A. Schiavello, *Internal point of view: Dworkin a confronto con Hart*, in P. Comanducci e R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino 1997, pp. 177-197. Cfr. anche F. Viola, *Il diritto come pratica sociale*, Jaca Book, Milano 1990, in particolare pp. 162-170.

²⁹ R. Dworkin, *Law's Empire*, cit., pp. 108-113.

giuridiche valide, mentre la forza individua l'insieme delle ragioni che giustificano il potere coercitivo del diritto. Una teoria del diritto come quella di Hart si occupa pressoché esclusivamente delle basi del diritto, a partire dalla convinzione che l'analisi della forza spetti alla teoria politica. Per le ragioni messe in luce in precedenza MacCormick ritiene invece che una teoria che si disinteressa della forza (o della dimensione semantica) del diritto non possa essere considerata una teoria compiuta.

Credo che da questo punto di vista possano essere rilevate importanti coincidenze tra le riflessioni sul diritto di MacCormick e quelle di John Finnis³⁰. Quest'ultimo, forse più di ogni altro, ha contribuito alla rinascita del giusnaturalismo in questi anni conclusivi del ventesimo secolo. Uno dei principali meriti della sua teoria del diritto è quello di non avere banalizzato le tesi sul diritto propugnate dai giuspositivisti (in particolare da Hart), riuscendo a non cadere nella tentazione di trasformare il giuspositivismo in una caricatura di se stesso³¹. Finnis non nega, infatti, che il diritto possa essere descritto come un sistema di regole o che sia possibile definire la validità giuridica in modo autonomo rispetto al valore morale di una singola legge o di un sistema giuridico nel suo complesso. Egli è però convinto che una descrizione di questo genere sia gravemente incompleta. Anche per Finnis il diritto è una pratica sociale volta a perseguire valori determinati³²: per descrivere il diritto non si può

³⁰ Cfr. J. M. Finnis, *Legge naturale e diritti naturali* (1980), trad. di F. Di Blasi, Giappichelli, Torino 1996.

³¹ Cfr. J. M. Finnis, *The Truth in Legal Positivism*, in R. P. George, *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*, Clarendon Press, Oxford 1996, pp. 195-214. Bisogna altresì riconoscere che molto spesso anche i teorici del diritto positivisti hanno mostrato una certa superficialità nel liquidare il giusnaturalismo. Tra tutti è sufficiente ricordare Hart che, ad esempio, interpreta in modo sbrigativo e superficiale la tesi giusnaturalista *lex iniusta non est lex*. [H. Hart, *Il concetto di diritto* (1961), cit., pp. 182-184. Per una spiegazione accurata di questa espressione si veda J. M. Finnis, *Legge naturale e diritti naturali*, cit., pp. 397-401]. Al contrario MacCormick nel corso del III capitolo di LR & LT dedica un'approfondita ed equilibrata analisi alle ragioni del contendere tra giuspositivismo e giusnaturalismo.

³² Finnis scrive chiaramente: "Una scienza sociale, come la giurisprudenza analitica o sociologica, cerca di descrivere, analizzare e spiegare un certo oggetto o materia di studio. Tale oggetto è costituito dalle azioni, pratiche, abitudini, disposizioni umane, e dal discorso umano. Azioni, pratiche, ecc., sono certamente influenzate dalle cause "naturali" propriamente ricercate con i metodi delle scienze naturali, ivi compresa una parte della psicologia. Ma tali azioni, pratiche, ecc., possono essere pienamente comprese solo afferrando il loro senso, cioè il loro obiettivo, il loro valore, la loro rilevanza o importanza, quali vengono concepiti dagli uomini che le attuano, vi si impegnano, ecc.". [J. M. Finnis, *Legge naturale e diritti naturali*, cit., pp. 3-4]. Cfr. anche L'Appendice di LR & LT e N. MacCormick, *Natural Law and the Separation of Law and Morals*, in R. P. George (ed. by), *Natural Law Theory. Contemporary Essays*, Clarendon Press, Oxford 1992, pp. 110-118.

fare a meno di interrogarsi su quali siano tali valori, a partire da un'analisi che segua il metodo aristotelico dell'individuazione dei casi paradigmatici o esemplari di diritto. La prospettiva in base alla quale selezionare i casi paradigmatici è "(...) il punto di vista di coloro i quali non solo si appellano alla ragionevolezza pratica ma *sono* praticamente ragionevoli..."³³.

Quest'ultima affermazione di Finnis permette di rimarcare una differenza fondamentale — che, più in generale, costituisce la ragione profonda della dicotomia "giuspositivismo/giusnaturalismo"³⁴ — tra la concezione del diritto di Finnis e quella di MacCormick. Il primo individua alcuni valori fondamentali, incommensurabili ed auto-evidenti della vita umana di cui il diritto dovrebbe favorire il perseguimento. Il secondo considera inaccettabile il cognitivismo etico e, di conseguenza, anche l'idea che ogni sistema giuridico debba tendere al raggiungimento degli stessi valori (assoluti)³⁵.

2.3. *La concezione della 'conoscenza' di MacCormick: un'analisi meta-epistemologica*

MacCormick non si preoccupa di presentare esplicitamente i presupposti epistemologici delle sue riflessioni sul diritto e sull'argomentazione giuridica. Un'attenta lettura di LR & LT permette tuttavia di ricostruire la posizione dell'autore scozzese a questo proposito. Per quanto non v'è dubbio che MacCormick come teorico del diritto debba essere considerato un post-positivista o, se si preferisce, un positivista in senso "debole"³⁶, tuttavia egli

³³ J. M. Finnis, *Legge naturale e diritti naturali*, cit., p. 16. Per alcune differenze a livello epistemologico tra Finnis e MacCormick si veda anche il paragrafo successivo.

³⁴ In breve, negare la tesi classica del giuspositivismo secondo cui è opportuno (e possibile) descrivere il diritto senza l'ausilio di giudizi di valore non implica l'accoglimento dell'oggettivismo etico che contraddistingue il giusnaturalismo. Cfr. V. Villa, *Legal Theory and Value Judgements*, "Law and Philosophy" 16(4) 1997, p. 477.

³⁵ MacCormick rifugge da qualsiasi ambiguità su questo punto: "Non riesco in alcun modo a superare la perplessità che mi suscita l'affermazione apodittica secondo cui sarebbe possibile stilare una lista di sette valori fondamentali auto-evidenti. Anche la tesi secondo cui la ragionevolezza pratica sarebbe, al tempo stesso, un valore al pari degli altri valori fondamentali e la fonte di quei principi di cui abbiamo bisogno al momento di stilare la nostra personale classifica tra questi valori, è particolarmente difficile da accettare. Sono convinto quindi che sia più ragionevole pensare che qualsivoglia lista di valori fondamentali scaturisca dall'applicazione della ragion pratica ai fini ed agli interessi reali e possibili che noi attribuiamo agli individui". [N. MacCormick, *Natural Law and the Separation of Law and Morals*, cit., p. 128]. Cfr. anche N. MacCormick, O. Weinberger, *Il diritto come istituzione*, cit., pp. 175-179.

³⁶ Questa versione del positivismo ritiene che non sempre è possibile mantenere la

accoglie — come dimostra anche il richiamo esplicito al pensiero di David Hume — una concezione epistemologica neo-empirista di tipo tradizionale che, a mio avviso, mal si adatta alle sue assunzioni a livello di teoria del diritto. Già nel primo capitolo di LR & LT è possibile rinvenire alcune interessanti riflessioni che avallano questa tesi. In particolare, nel secondo paragrafo MacCormick spiega in modo accurato la “natura” della sua ricerca:

(..) non aspiro a — né pretendo di — fornire una descrizione esauriente di ogni possibile elemento del ragionamento giudiziale così come concretamente si svolge nelle corti e come risulta dai repertori giudiziari (*Law Reports*). In egual misura, non prescindo completamente dai sistemi giuridici realmente esistenti per fare discendere dal cielo i miei personali *ukase* su come giudici ed avvocati dovrebbero argomentare. Presento piuttosto una spiegazione di alcune caratteristiche della argomentazione giuridica che sono effettivamente presenti nei repertori giudiziari ed introduco le ragioni per cui ritengo che tali caratteristiche debbano essere fondamentali, vista la funzione dell’argomentazione giuridica; inoltre utilizzo queste stesse ragioni per spiegare perché queste caratteristiche sono così comuni — come può essere mostrato da una pletora di esempi — nella pratica dell’argomentazione giuridica. Le mie conclusioni presentano dunque un doppio aspetto: *esse sono necessariamente normative ma credo che, allo stesso tempo, descrivano i canoni che sono attualmente operanti nei sistemi sotto osservazione.*³⁷

Alla luce di questa lunga citazione è evidente che MacCormick ritiene possibile ed opportuno distinguere la *descrizione* del diritto e del ragionamento giuridico dalle *valutazioni* sul diritto e sul ragionamento giuridico. Tale distinzione non implica — come MacCormick stesso spiega perfettamente — che questi due aspetti dell’analisi giuridica non comunichino fra loro. Al contrario, la descrizione del diritto costituisce la base su cui edificare le “conclusioni normative” e, al tempo stesso, un criterio per distinguere le valutazioni accettabili da quelle non accettabili. In questa sede l’aspetto saliente che merita di essere sottolineato è però la convinzione espressa da MacCormick secondo cui è possibile descrivere qualcosa in modo assolutamente neutrale ed

tesi della separazione tra diritto e morale. Nei moderni stati costituzionali di diritto, ad esempio, l’individuazione del diritto valido richiede una valutazione, morale in senso lato, delle norme emanate in modo formalmente ineccepibile. Cfr. J. L. Coleman, *Negative and Positive Positivism*, in M. Cohen (ed. by), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, Duckworth, London 1983, pp. 28-48; D. Lyons, *Moral Aspects of Legal Theory*, in M. Cohen (ed. by), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, cit., pp. 49-69; W. J. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, Clarendon Press, Oxford 1994; E. Mitrophanus, *Soft Positivism*, “Oxford Journal of Legal Studies”, vol. 17, 1997, pp. 621-641.

³⁷ N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., p.p 12-13, corsivo aggiunto.

avalutativo: tale convinzione rappresenta la caratteristica principale di un'epistemologia "descrittivista"³⁸. Non è certo questo il luogo per approfondire questa tematica. Per grandi linee si può definire il "descrittivismo" come quella concezione epistemologica secondo la quale il compito del linguaggio della conoscenza è quello di rappresentare il mondo "così com'è". Richard Rorty afferma correttamente che i descrittivisti ritengono che la mente umana funzioni come uno specchio capace di "rispecchiare la realtà"³⁹.

Chi accoglie una concezione epistemologica di tipo descrittivista sostiene, di solito, anche una qualche versione della teoria della verità come corrispondenza con la realtà o, aristotelicamente, come *adaequatio rei et intellectus*⁴⁰. Non stupisce quindi che MacCormick difenda esplicitamente una teoria della verità di questo genere⁴¹. Tale presa di posizione del giurista scozzese anzi avvalora ulteriormente, ove ve ne fosse bisogno, la nostra ricostruzione della sua prospettiva epistemologica.

Alla concezione descrittivista della conoscenza se ne può contrapporre un'altra, nota come concezione "costruttivista" (post-analitica)⁴². Attraverso questa espressione intendo indicare la tradizione di ricerca della filosofia analitica che si rifà al secondo Wittgenstein, in particolare alle sue tesi sul linguaggio come pratica sociale ed alla (conseguente) critica dell'idea filosofica neopositivista che considera la conoscenza come un rispecchiamento della realtà. Riprendendo un'immagine proposta da Vittorio Villa al fine di rendere visivamente le differenze tra descrittivismo e costruttivismo, si potrebbe dire che la metafora privilegiata di quest'ultima concezione epistemologica non è, come per il descrittivismo, la "mente come specchio" ma la "mente come riflettore"⁴³. La mente umana funziona come un riflettore nel senso che ogni "descrizione" della realtà (sia essa realtà fisica o sociale) presuppone un'assunzione di carattere valutativo da parte dello studioso (o, più correttamente, della comunità scientifica) che, quindi, in una certa misura

³⁸ Cfr. V. Villa, *Conoscenza giuridica e concetto di diritto positivo*, Giappichelli, Torino 1993, pp. 173-185.

³⁹ Cfr. R. Rorty, *La filosofia e lo specchio della natura* (1979), trad. di G. Millone e R. Salizzoni, Bompiani, Milano 1986.

⁴⁰ Per una chiara tassonomia delle diverse teorie della verità si veda B. Celano, *Dialettica della giustificazione pratica-Saggio sulla legge di Hume*, Giappichelli, Torino 1994, pp. 335-340. Cfr. anche N. Rescher, *The Coherence Theory of Truth*, Oxford University Press, Oxford 1973.

⁴¹ "Sulla base della vecchia disputa tra teorie della "verità come corrispondenza" e teorie della "verità come coerenza" sembra molto più soddisfacente "definire" veri quegli enunciati che corrispondono ad una realtà la cui esistenza è indipendente dagli enunciati stessi". *Infra*, cap. IV, p. ?

⁴² Cfr. V. Villa, *Conoscenza giuridica e concetto di diritto positivo*, cit., pp. 187-228.

⁴³ Cfr. V. Villa, *Legal Theory and Value Judgements*, cit., pp. 466-472.

sceglie di illuminare una porzione di realtà piuttosto che un'altra. Ne consegue, per dirla con Rorty, che la conoscenza riguarda sempre una "realtà per noi" e non una "realtà in sé". In altri termini, lo studioso deve scegliere un "angolo di visuale" dal quale descrivere la realtà e, di conseguenza, il risultato dell'attività conoscitiva dipenderà, almeno in parte, da questa scelta iniziale.

Sottolineare il fatto che la conoscenza è una pratica sociale permette inoltre di distinguere il costruttivismo dallo scetticismo radicale. Hilary Putnam—filosofo che può essere legittimamente inserito nella tradizione del costruttivismo post-analitico — difende ad esempio una concezione della conoscenza nota come realismo "interno" (o "debole"). Egli contrappone a quest'ultima concezione il realismo "metafisico", difeso da coloro che credono che il mondo sia costituito da oggetti del tutto indipendenti dalla mente dell'uomo e, di conseguenza, che sia possibile una sola descrizione "vera" della realtà. Rifiutare quest'ultima tesi epistemologica non impone di "rifugiarsi" tra le braccia dello scetticismo: basta "accontentarsi" di una forma di realismo meno radicale. Anche se è vero che "(...) chiedersi di quali oggetti consista il mondo [ha] senso soltanto all'interno di una data teoria o descrizione"⁴⁴ e che la realtà conoscibile è sempre "realtà per noi" e la scienza non è neutrale rispetto ai valori, tuttavia non ogni valore è ammesso dalla comunità scientifica, né ogni ricostruzione della realtà è legittima.

Il problema, in questa sede, non è quello di prendere posizione a favore dell'una o dell'altra concezione epistemologica qui brevemente delineate ma piuttosto quello di spiegare perché non è facile conciliare la teoria del diritto difesa da MacCormick con l'accoglimento di un'epistemologia di tipo descrittivista. Lo studioso del diritto deve rendere conto, come abbiamo già visto, dei valori dei partecipanti ad una determinata pratica giuridica. Secondo MacCormick questo non fa problema per una concezione epistemologica che propugna l'avalutatività della conoscenza: è possibile descrivere i valori "come se" si trattasse di fatti. Anche nel caso in cui uno studioso non condivida affatto i valori di un sistema giuridico, ciò non significa che non possa riconoscerli e renderne conto⁴⁵.

La situazione è, a mio avviso, leggermente più complessa. La difficoltà principale consiste nel fatto che non tutti i partecipanti ad una pratica giuridica attribuiscono lo stesso valore alla pratica in questione. Di conseguenza, lo studioso si trova costretto ad operare scelte, basate su giudizi di valore ed opzioni teoriche, per potere individuare i valori che permettono di ricostruire nel modo migliore la pratica *de quo*. Come sostengono, da prospettive diverse,

⁴⁴ H. Putnam, *Ragione, verità e storia* (1981), trad. di A. N. Radicati di Brozolo, Il Saggiatore, Milano 1985, p. 57.

⁴⁵ N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., pp. 152-194. Cfr. anche N. MacCormick, *The Ideal and the Actual of Law and Society*, in J. Tasioulas (ed.), *Law, Values and Social Practices*, Dartmouth Publishing Co., Aldershot 1997, pp. 15-37.

Finnis e Dworkin, uno studioso può spiegare in modo compiuto un sistema giuridico concreto solo a partire da una presa di posizione circa gli scopi che un sistema giuridico “ideale” deve tutelare. MacCormick anche recentemente ha ritenuto di potere aggirare questa obiezione sostenendo che lo studioso non deve fare altro che individuare l’ideal-tipo dell’*homo juridicus*, cioè di colui che “sostiene il sistema di valori più ragionevole che può essere attribuito al diritto e che, quantomeno parzialmente, deve essere compatibile con gli atteggiamenti, verificabili empiricamente, diffusi tra i membri dei vari organi dell’ordinamento giuridico. Questo ipotetico *homo juridicus* fornisce la prospettiva valutativa che rende possibile una scienza giuridica congruente, pur senza accettare in prima persona questi stessi valori”⁴⁶.

Villa⁴⁷ ha opportunamente messo in luce un’evidente ambiguità insita in questa tesi di MacCormick. Sostenere che non è necessario che lo studioso condivida in prima persona i valori di un sistema giuridico determinato non implica che sia possibile descrivere il diritto “in a disinterested and “scientific” way”⁴⁸. Affermare che il compito dello studioso è quello di individuare i valori dell’*homo juridicus* (ammesso che questo possa essere fatto senza l’ausilio di giudizi di valore) presuppone una certa concezione del diritto e dei suoi scopi. Come sottolinea molto bene Stephen Perry, decidere di descrivere il diritto dalla prospettiva dei giudici piuttosto che da quella del *bad man* richiede una presa di posizione da parte dello studioso, e tale presa di posizione evidentemente precede la descrizione dei fatti⁴⁹. In questo senso la metafora della “mente come riflettore” mi sembra più appropriata rispetto a quella della “mente come specchio della realtà”. Per concludere bisogna sottolineare l’opportunità, certamente sfuggita a MacCormick, di distinguere tra giudizi di valore di genere diverso. Bisogna quantomeno separare i giudizi di valore che ricoprono una funzione “giustificativa” — i quali presuppongono la condivisione dei fini e delle regole di una pratica giuridica determinata al fine della giustificazione di un’azione o di una decisione — dai giudizi di valore che svolgono una funzione “esplicativa” — i quali presuppongono esclusivamente un fine conoscitivo⁵⁰. Il fatto che l’attività conoscitiva non debba essere viziata da giudizi di valore “giustificativi” non impone che tutti i giudizi di valore siano estromessi dal campo della conoscenza. Le scienze sociali, il cui oggetto di studio è in parte

⁴⁶ N. MacCormick, *The Ideal and the Actual of Law and Society*, cit., p. 26. Cfr. anche N. MacCormick *Taking the ‘Right Thesis’ Seriously*, in N. MacCormick, *Legal Right and Social Democracy*, Clarendon Press, Oxford 1982, p. 140. Si vedano anche le riflessioni precedenti a proposito del “punto di vista cognitivamente interno” e dell’*hermeneutic point of view*.

⁴⁷ V. Villa, *Legal Theory and Value Judgements*, cit., pp. 463-464.

⁴⁸ N. MacCormick, *The Ideal and the Actual of Law and Society*, cit., p. 26.

⁴⁹ S. R. Perry, *Interpretation and Methodology in Legal Theory*, cit., pp. 97-135.

⁵⁰ Cfr. A. Schiavello, *Internal point of view: Dworkin a confronto con Hart*, cit., p. 186.

costituito dai valori dei partecipanti ad una pratica⁵¹, rappresentano una prospettiva privilegiata da cui difendere la tesi costruttivista secondo cui l'attività conoscitiva non può fare a meno di quei giudizi di valore che ho chiamato "esplicativi".

Lo stesso MacCormick, peraltro, dà l'impressione di oscillare tra prospettive epistemologiche diverse. Ho già sottolineato che nella prefazione all'edizione del '94 di LR & LT egli usa l'espressione 'ricostruzione razionale'⁵² per definire il metodo adottato. Tale opzione metodologica mal si adatta, evidentemente, ad un'epistemologia descrittivista, che presuppone una rigorosa separazione tra giudizi di fatto e giudizi di valore. Nel capitolo V di LR & LT, inoltre, MacCormick presenta un'immagine della conoscenza decisamente più sofisticata rispetto a quella proposta dal neo-empirismo. In particolare, riprendendo alcune tesi peculiari dell'epistemologia contemporanea, egli afferma che ogni osservazione empirica è necessariamente *theory laden*⁵³: essa acquista un valore conoscitivo solo a partire da un quadro teorico di fondo. A questo proposito egli scrive chiaramente:

(...) non è possibile verificare le ipotesi scientifiche del tutto *in vacuo*; tali ipotesi sono verificate sempre e necessariamente all'interno di un contesto teorico con cui esse sono compatibili; esse infatti fanno senso solo se considerate insieme a tale contesto teorico.⁵⁴

Queste ultime affermazioni sono conciliabili con la tesi secondo cui la descrizione del diritto può essere separata dalle valutazioni sul diritto? A me sembra effettivamente molto difficile. MacCormick in ogni caso avrebbe dovuto compiere uno sforzo maggiore per conciliare le sue riflessioni sul diritto e sull'argomentazione giuridica con una prospettiva epistemologica compiuta. L'incompletezza e l'ambiguità di questo aspetto del pensiero del giurista scozzese sono tuttavia facilmente spiegabili. Se MacCormick avesse voluto dotare la sua teoria del diritto e dell'argomentazione giuridica di un'epistemologia conseguente sarebbe stato costretto ad abbandonare il dogma

⁵¹ Cfr. V. Villa, *Conoscenza giuridica e concetto di diritto positivo*, cit., ad esempio pp. 276-282.

⁵² MacCormick spiega più approfonditamente questa opzione metodologica in N. MacCormick, *Reconstruction after Deconstruction: A Response to CLS*, cit., pp. 555-558 e N. MacCormick, *The Ideal and the Actual of Law and Society*, cit., pp. 24-26.

⁵³ Questo concetto è ben esemplificato da Willard Quine: "Tutte le cosiddette conoscenze o convinzioni, dalle più fortunate questioni di geografia e di storia alle leggi più profonde della fisica atomica o financo della matematica pura e della logica, tutto è un edificio fatto dall'uomo che tocca l'esperienza solo lungo i margini". [W. V. O. Quine, *Due Dogmi dell'Empirismo* (1951), in A. Pasquinelli (a cura di), *Il Neoempirismo*, trad. a cura di A. Pasquinelli, Utet, Torino 1969, p. 40].

⁵⁴ N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., p. 102.

dell'avalutatività della conoscenza. Di contro, se avesse optato decisamente per un'epistemologia descrittivista, sarebbe stato costretto ad ammettere che la maggior parte delle riflessioni contenute in LR & LT non possono essere insignite del "marchio" della scientificità. Non stupisce, quindi, la scelta di non scegliere posta in essere da MacCormick⁵⁵.

3. *Caratteristiche salienti della teoria del ragionamento giuridico di MacCormick*

Uno dei pregi indiscutibili della teoria del ragionamento giuridico di MacCormick è quello di essere una teoria semplice e immediatamente convincente. Ritengo che la "semplicità" di una teoria sia un pregio in quanto spesso la "complicatezza" è indice di confusione e di approssimazione, piuttosto che di una migliore comprensione della realtà. Inoltre, la semplicità è, almeno per chi accoglie un'epistemologia post-positivista⁵⁶, uno dei criteri privilegiati per scegliere tra due o più teorie che rendono conto della realtà in modo altrettanto convincente. E' altresì vero che talvolta la semplicità di una teoria è conseguenza di una indebita semplificazione della realtà, ma non è certo questo il caso di LR & LT. MacCormick individua puntualmente le possibili obiezioni ed i problemi collegati alla sua analisi e, nella maggior parte dei casi, fornisce risposte e soluzioni non solo convincenti ma, come dicevo, anche eleganti e semplici.

Il presupposto delle riflessioni di MacCormick sul ragionamento giuridico è che "(...) nei contesti pratici gli argomenti vengono usati per persuadere; essi sono rivolti ad un uditorio determinato con l'intento di convincere quell'uditorio a fare qualche cosa. Gli argomenti quindi sono in una certa misura relativi sia all'uditorio sia alla materia trattata..."⁵⁷.

Una teoria del ragionamento giuridico si occupa quindi degli argomenti (o, meglio, delle giustificazioni) che accompagnano le sentenze dei giudici e le richieste processuali degli avvocati. In altre parole si può sostenere che il

⁵⁵ Come mostra V. Villa, *Legal Theory and Value Judgements*, cit., questa "prudenza" caratterizza la maggior parte degli autori post-positivisti. Cfr. anche A. Schiavello, *Diritto come integrità: incubo o nobile sogno? Saggio su Ronald Dworkin*, Giappichelli, Torino 1998, pp. 12-26, dove muovo una critica analoga a Dworkin.

⁵⁶ Evidentemente faccio qui riferimento alla *underdetermination thesis* elaborata da Quine. Cfr. W. V. O. Quine, *Parola e oggetto* (1960), trad. di F. Mondadori, Il Saggiatore, Milano 1970, capp. 1 e 2.

⁵⁷ N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., p. 14. MacCormick riconosce esplicitamente il suo debito nei confronti della *Nouvelle Rhétorique* di Chaïm Perelman. Per un'analisi dei presupposti teorici delle teorie dell'argomentazione giuridica di MacCormick si veda M. La Torre, *Appendice all'edizione italiana* di R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, cit., pp. 363-367.

compito di una teoria dell'argomentazione giuridica è quello di individuare gli argomenti che rendono una sentenza o una richiesta processuale ben fondata. Quali argomenti "deve" presentare il giudice x se vuole che la decisione y sia giustificata? Quali argomenti "deve" avanzare l'avvocato w a sostegno della sua richiesta processuale z ? Queste sono le domande cui ogni teoria del ragionamento giuridico cerca di dare una risposta. Per dirla con MacCormick "il processo che merita di essere studiato è il processo dell'argomentazione come processo di giustificazione"⁵⁸.

Una teoria del ragionamento giuridico, quindi, non si occupa tanto dei motivi di fondo che spingono giudici ed avvocati ad emettere o a richiedere determinati provvedimenti processuali ma piuttosto delle giustificazioni che rendono tali provvedimenti legittimi. E' possibile e probabilmente anche auspicabile che le motivazioni di fondo non prescindano dalla giustificazione: un giudice può prendere una decisione proprio in ragione del fatto che gli argomenti che la sorreggono sono più fondati di quelli a sostegno della decisione rivale. Un avvocato può difendere una causa perché è convinto che le richieste del suo cliente siano giustificate. Non si può escludere, tuttavia, che le motivazioni private dei giudici e, a maggior ragione, degli avvocati non abbiano nulla a che vedere con la giustificazione razionale delle decisioni emesse dai primi e richieste dai secondi. Un giudice può emettere un provvedimento favorevole ad una parte perché la trova simpatica o perché detesta l'avvocato della parte avversa. Un avvocato può difendere una causa di cui non è convinto semplicemente per garantirsi un buon onorario. In questi ultimi casi le motivazioni private non possono certo essere adottate come giustificazioni pubbliche⁵⁹.

Uno degli scopi principali delle teorie dell'argomentazione del tipo di quelle elaborate da MacCormick ed Alexy⁶⁰ è quello di dimostrare che è possibile

⁵⁸ N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., p. 15. Sulla nozione di 'giustificazione' si vedano anche R. Guastini, *Produzione di norme a mezzo di norme. Un contributo all'analisi del ragionamento giuridico*, in L. Gianformaggio e E. Lecaldano (a cura di), *Etica e diritto*, Laterza, Roma-Bari 1986, pp. 173-174 e P. Comanducci, *Osservazioni in margine a N. MacCormick, La congruenza nella giustificazione giuridica*, in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico*, vol. I, Giappichelli, Torino 1987, pp. 265-271.

⁵⁹ N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., p. 13-18.

⁶⁰ Sono perfettamente d'accordo con Manuel Atienza nel ritenere che le teorie dell'argomentazione di Alexy e MacCormick siano in fin dei conti molto simili. Si può dire, brevemente, che, per quanto MacCormick sia stato influenzato in particolare da Hume ed Hart mentre Alexy da Kant ed Habermas, entrambi gli autori individuano dei vincoli alla discrezionalità dei giudici, ma negano che sia sempre possibile trovare la *one right answer*. Anche la differenza legata al fatto che MacCormick si pone dalla prospettiva dello "spettatore imparziale" (o, meglio, dell'*homo juridicus*), mentre Alexy, sulla scorta di Habermas, presuppone una comunità ideale di dialogo è più apparente che reale. Alexy infatti riconosce che in

distinguere tra decisioni giustificate (e quindi corrette) e decisioni non giustificate (e quindi sbagliate). Anche se questa tesi non implica che si accolga la tesi dworkiniana della *one right answer*, senza dubbio presuppone che vi siano limiti molto forti alla discrezionalità dei giudici e che l'ideale della certezza del diritto non sia un mero *flatus voci*. Molti critici di queste teorie dell'argomentazione hanno concentrato la loro attenzione sulla divaricazione tra motivazioni private e giustificazioni pubbliche.

Lo scetticismo sulle norme, la cui versione più recente è rappresentata dal *Critical Legal Studies Movement*, afferma, ad esempio, che lo scarto tra motivazioni private e giustificazioni pubbliche è una spia del fatto che i giudici esercitano una discrezionalità pressoché illimitata. Gli scettici, in breve, sostengono che *ex post* è possibile giustificare qualsiasi decisione⁶¹. Gli esponenti del *Critical Legal Studies Movement*, in particolare, affermano che le teorie del ragionamento giuridico à la MacCormick servono semplicemente a mascherare il fatto che le decisioni giudiziarie hanno necessariamente natura politica⁶². Di conseguenza, tali teorie contribuiscono a frenare le rivendicazioni dei gruppi (o, per usare un'espressione desueta, delle classi) che, alla luce dell'ideologia politica dominante dei giudici, possono essere considerati svantaggiati⁶³. In altre parole, sostenere che le decisioni giudiziarie consistano nell'applicazione di regole giuridiche preesistenti consente di ridurre

ambito giuridico il procedimento discorsivo è in realtà una semplice finzione, un ideale regolativo, che deve guidare l'argomentazione di ogni individuo. [Cfr. M. Atienza, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, cit., pp. 177-233; R. Alexy, *Giustizia come correttezza*, "Ragion Pratica" 9, 1997, pp. 103-113].

⁶¹ Cfr. anche H. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., pp. 159-165.

⁶² Roberto Unger, in conclusione del saggio che può essere considerato il "manifesto" del *Critical Legal Studies Movement*, scrive con una certa dose di retorica: "Il mondo accademico che ci si è presentato davanti si trastullava con un'ennesimo tentativo di spacciare il potere ed il preconetto per diritto. (...) Quando siamo sopraggiunti noi, i membri dell'accademia sembravano dei preti che, pur avendo perso la fede, non intendevano rinunciare al proprio lavoro. Essi stavano di fronte ad algidi altari mostrando un imbarazzo fastidioso. Noi invece ci siamo discostati da questi altari, individuando l'opportunità della mente nella rivincita del cuore". [R. M. Unger, *The Critical Legal Studies Movement*, "Harvard Law Review", vol. 96, no. 3, 1983, pp. 674-675]. A proposito della indeterminazione (in senso forte) del linguaggio giuridico si veda anche J. Boyle, *Introduction*, in J. Boyle (ed.), *Critical Legal Studies*, New York University Press, New York, 1994, p. xx.

⁶³ Cfr. in particolare M. Kelman, *A Guide to Critical Legal Studies*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1987; R. M. Unger, *The Critical Legal Studies Movement*, cit. Per una breve ma efficace ricostruzione delle tesi principali del *Critical Legal Studies Movement* si veda B. Bix, *Jurisprudence: Theory and Context*, Sweet & Maxwell, London 1996, pp. 181-185, ovvero J. W. Harris, *Legal Philosophies*. Second Edition, Butterworths, London, Edinburgh, Dublin 1997, pp. 108-113.

considerevolmente la responsabilità dei giudici per le scelte da loro poste in essere.

La replica di MacCormick — che in questa sede può essere presentata solo per grandi linee⁶⁴ — prende a sua volta spunto dal fatto che non sempre le motivazioni private e le giustificazioni pubbliche coincidono. Perché, si domanda il giurista scozzese, un giudice non può motivare una decisione giudiziaria dicendo di essersi innamorato di una delle parti in causa e di averla fatta vincere proprio per questa ragione? La risposta è che uno dei valori fondamentali dei moderni stati di diritto — valore cui sovente si fa riferimento attraverso il termine ‘legalismo’⁶⁵ — prescrive che le decisioni giudiziarie siano fondate su regole giuridiche preesistenti. Difendere questo valore non richiede che si neghi che i giudici esercitano un certo grado di discrezionalità o che l’attività giudiziaria sia in una certa misura “politica”: è sufficiente dimostrare la possibilità di presentare una “ricostruzione razionale” del diritto e del ragionamento giuridico che tenga conto del valore del legalismo. Come abbiamo visto in precedenza, MacCormick sostiene che il diritto è una pratica sociale. Questo comporta, per dirla con Dworkin, che il compito del teorico e, più in generale, dello studioso, è quello di ricostruire tale pratica *in the best light*. In altre parole, egli deve individuare i valori e gli scopi che permettono di rendere conto della pratica giuridica nel modo migliore. Il teorico del diritto, si badi, deve ricostruire una pratica preesistente e non inventarne una *ex novo*. MacCormick afferma che la sua teoria rispetta i vincoli imposti dalla pratica in modo più convincente di quanto non faccia il *Critical Legal Studies Movement* (e, più in generale, lo scetticismo normativo) e sostiene anche che una teoria del diritto che riconosce un ruolo importante alle regole giuridiche è più attraente rispetto ad una teoria che si basa proprio sulla negazione di questa idea di senso comune. Non è tuttavia necessario condividere questa presa di posizione del giurista scozzese per riconoscere l’importanza della sua teoria del ragionamento giuridico. Anche chi propugna lo scetticismo normativo più radicale non può difendere la sua posizione senza confrontarsi in modo rigoroso con le giustificazioni presentate dai giudici a sostegno delle proprie decisioni⁶⁶. E’

⁶⁴ Cfr. N. MacCormick, *The Ethics of Legalism*, “Ratio Juris” vol. 2, no. 2 1989, pp.184-193; N. MacCormick, *Reconstruction after Deconstruction: A Response to CLS*, cit., pp. 539-558.

⁶⁵ In realtà il termine italiano ‘legalismo’ è più ambiguo dell’inglese *legalism*. Come sottolinea opportunamente Mauro Barberis è più corretto parlare di ‘concezione legislativa del diritto’. Cfr. M. Barberis, *Diritto e legislazione. Rileggendo Leoni*, “Rivista internazionale di filosofia del diritto”, LXXIII, 1996, p. 232.

⁶⁶ MacCormick a questo proposito scrive chiaramente: “Certamente in linea teorica potrebbe darsi che le giustificazioni in ambito giuridico siano per loro natura così vaghe e non decisive da corroborare qualsiasi decisione venga presa (...). Possiamo tuttavia stabilire che questo è vero solamente dopo aver compiuto uno studio accurato delle giustificazioni presentabili che accompagnano le decisioni in ambito

dunque giunto il momento di analizzare in modo più approfondito la teoria dell'argomentazione giuridica proposta da MacCormick.

3.1. *La giustificazione deduttiva*

Come abbiamo ripetuto più volte, la teoria del ragionamento giuridico elaborata da MacCormick presuppone l'esistenza di regole giuridiche generali ed astratte che prescrivono che al verificarsi di determinati fatti debba seguire una determinata conseguenza giuridica.

Come si fa ad individuare le regole giuridiche vigenti all'interno di una determinata comunità? MacCormick risponde a questa domanda in modo pressoché analogo a Hart e Raz: "(...) ogni sistema giuridico è formato da (o quantomeno racchiude) un certo numero di regole che possono essere identificate attraverso criteri comuni di riconoscimento. Ciò che permette di affermare che tali criteri siano i criteri di riconoscimento vigenti in un sistema giuridico è l'accettazione condivisa dai giudici di quel sistema che il loro dovere sia quello di applicare le regole individuabili tramite tali criteri"⁶⁷. Per usare il lessico hartiano è la regola di riconoscimento accettata dai giudici a consentire di identificare tutte le altre regole di un sistema giuridico. Questa tesi, nota come "tesi della validità", sembra, almeno a prima vista, viziata da circolarità. Per stabilire infatti quali siano le regole giuridiche valide bisogna individuare la regola di riconoscimento accettata dai giudici; tuttavia, per stabilire quali siano i giudici bisogna guardare a quelle che Hart chiama "regole di giudizio". In realtà si tratta di una circolarità soltanto apparente. Il fatto che alcuni individui siano chiamati a risolvere le controversie rispettando certe procedure presuppone infatti che la maggioranza dei membri della comunità — o almeno il gruppo più potente ed influente — riconosca a quegli individui l'autorità di giudicare le controversie. Questo passaggio ulteriore è importante anche per comprendere l'opportunità di considerare il diritto una "pratica sociale" e non solo un sistema di regole.

Alla luce di ciò si può dire che il compito dei giudici è quello di giustificare le sentenze a partire da tali regole generali ed astratte. Nei casi facili — vale a dire in quei casi in cui non si presentano dubbi sull'interpretazione della norma da applicare o sulla classificazione dei fatti — è sufficiente presentare una giustificazione deduttiva: i giudici devono giustificare le proprie sentenze

giuridico (...). Di conseguenza, anche ammesso che tutte le giustificazioni in campo giuridico svolgano soltanto il compito di giustificazioni presentabili che entrano in gioco per coprire decisioni prese inevitabilmente su altre basi, tuttavia l'unico modo per stabilirlo passa attraverso uno studio serio ed un'analisi accurata per individuare quali sono queste giustificazioni presentabili. Insomma, è necessario occuparsi di questo argomento e vedere cosa succede". N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., p. 16.

⁶⁷ N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., p. 54.

attraverso l'individuazione di un sillogismo valido. L'argomento si presenta come un classico *modus ponens*:

Se p, allora q

p

*Quindi q*⁶⁸

Per fare un esempio, se una norma giuridica stabilisce che gli automobilisti che superano i 50 km/h nei centri abitati devono essere puniti con una multa di £ 50.000 (premessa maggiore) e se è stato provato che Tizio ha superato il limite previsto (premessa minore), allora segue che a Tizio deve essere comminata una multa di £ 50.000 (conclusione)⁶⁹. Se le premesse sono vere, allora la conclusione deve essere a sua volta vera.

In realtà, la situazione, come del resto ammette lo stesso MacCormick, non è mai così semplice. Il fatto stesso che un caso venga presentato in giudizio costituisce un indizio da non sottovalutare a sostegno della tesi secondo cui la giustificazione deduttiva non permette mai, da sola, di giustificare una decisione in modo compiuto⁷⁰. La linea di demarcazione tra casi facili e casi difficili non è, purtroppo, netta⁷¹: è sempre possibile, almeno in linea di principio, che un caso

⁶⁸ Il simbolo ... sta per "sempre, se...allora...", mentre il simbolo \ individua la conclusione dell'argomento. Nella prefazione del '94 MacCormick ha riconosciuto la fondatezza della critica secondo cui sarebbe stato più opportuno utilizzare la simbologia della logica predicativa anziché quella della logica proposizionale. Si tratta di una questione che non mina le tesi fondamentali sulla giustificazione deduttiva presentate in LR & LT e, dunque, non è necessario approfondirla in questa sede. Cfr. M. Atienza, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, cit., pp. 158-159.

⁶⁹ Come questo esempio mostra chiaramente, il "sillogismo pratico" presenta una conclusione normativa che segue da una premessa maggiore a sua volta normativa e da una premessa minore non normativa. Sulle differenze tra "sillogismo teoretico" e "sillogismo pratico" si veda L. Gianformaggio, *In difesa del sillogismo pratico, ovvero alcuni argomenti kelseniani alla prova*, Giuffrè, Milano 1987, in particolare pp. 33-35. Cfr. anche B. J. Jackson, *Law, Fact and Narrative Coherence*, Deborah Charles Publications, Merseyside 1988, cap. 2.

⁷⁰ Così J. W. Harris, *Legal Philosophies*, cit., p. 220.

⁷¹ MacCormick a questo proposito scrive: "È possibile immaginare uno spettro che ricomprende i casi giudiziari dal più semplice al più complicato: traversando tale spettro da una parte all'altra non è possibile stabilire, se non vagamente, qual è il punto a partire dal quale è ammissibile sollevare dubbi di "rilevanza", di "interpretazione" e di "classificazione" che legittimino il ricorso all'argomento consequenzialista e agli argomenti basati sui principi o sull'analogia". [N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., p. 198]. Per una difesa di una distinzione più netta tra casi facili e casi difficili si veda A. Marmor, *Interpretation and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford 1992, pp. 124-154.

ritenuto a prima vista facile venga trasformato — ad esempio da un avvocato particolarmente ingegnoso — in un caso difficile. Alla luce di ciò, l'affermazione che nei casi facili è sufficiente la giustificazione deduttiva perde buona parte della sua forza e della sua attrattiva. Per decidere se un caso è facile o difficile bisogna preliminarmente porre in essere delle valutazioni che trascendono inevitabilmente l'ambito della giustificazione deduttiva. La giustificazione deduttiva consente quindi di giustificare quei casi che sono "già" stati classificati come casi facili. Del resto, anche i casi difficili⁷² sono soggetti ai vincoli imposti dalla logica. I giudici, infatti, una volta superate tutte le difficoltà collegate all'interpretazione della norma o alla classificazione dei fatti, non possono esimersi dal presentare una conclusione che scaturisca logicamente dalle premesse. In altre parole, come sottolineava con la consueta chiarezza Hart già alla fine degli anni '50⁷³, la giustificazione deduttiva da sola è insufficiente perché non ci dice nulla circa la verità (o falsità) delle premesse. MacCormick a questo proposito scrive chiaramente:

E' (...) importante sottolineare che la validità logica di un argomento non garantisce la verità della sua conclusione; la validità di un argomento implica che se le sue premesse sono vere, anche la conclusione deve essere vera; ma la logica in se stessa non può stabilire o garantire la verità delle premesse. Che esse siano o meno vere (o almeno che possano esserlo) è una questione empirica.⁷⁴

In breve, la presente analisi della giustificazione deduttiva in ambito giuridico suggerisce di non attribuire un'importanza eccessiva alla distinzione tra casi facili e difficili: qualsiasi decisione giudiziaria, per essere giustificata, deve seguire logicamente dalle premesse accolte, esplicitamente o implicitamente, dai giudici. Di contro, è sempre possibile, almeno in linea di principio, mettere in discussione le premesse della giustificazione che

⁷² Tradizionalmente si parla di casi difficili in relazione alle lacune ed alle antinomie di un sistema giuridico. Cfr. N. Bobbio, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Giappichelli, Torino 1960, rist. come parte II di N. Bobbio, *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino 1993, pp. 201-273. Per un'analisi accurata della locuzione 'caso difficile' si veda anche R. Guastini, *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, Torino 1990, p. 133.

⁷³ "(...) La logica non prescrive alcuna interpretazione di termini, e non suggerisce interpretazioni, intelligenti o no, di alcuna espressione. La logica si limita a dirci, in forma ipotetica, che se noi diamo di un certo termine una certa interpretazione, allora ne consegue una certa soluzione del problema. La logica resta silenziosa per quel che riguarda la classificazione del particolare — mentre è proprio questa, che sta al cuore di ogni decisione giudiziaria". [H. Hart, *Il positivismo e la separazione tra diritto e morale* (1958), in H. Hart, *Contributi all'analisi del diritto*, trad. di V. Frosini, Giuffrè, Milano 1964, p. 134].

⁷⁴ N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., p. 25.

accompagna un provvedimento giudiziario. Per concludere su questo punto, si può affermare che l'assenza di contraddizioni tra le premesse e la conclusione del ragionamento presentato dai giudici a sostegno delle loro decisioni è una condizione necessaria ma non sufficiente della giustificazione in ambito giuridico.

3.2. La giustificazione di secondo livello

La necessità di andare oltre la semplice giustificazione deduttiva si presenta con particolare urgenza nei cosiddetti casi difficili.

MacCormick individua quattro “casi difficili”-tipo. Il primo si ha quando si presentano “problemi di interpretazione”: le regole giuridiche possono essere vaghe o ambigue e, dunque, i giudici devono stabilire quale sia il significato corretto di tali regole prima di poter ricorrere alla giustificazione deduttiva. In breve si può dire che un problema di interpretazione impone ai giudici di decidere se il significato di una regola è *se p^1 , allora q* ovvero *se p^2 , allora q* . Il classico esempio hartiano dell'ordinanza comunale che vieta ai veicoli di entrare nel parco costituisce un caso paradigmatico di problema interpretativo: per decidere se il bambino che entra nel parco con l'automobile-giocattolo debba essere punito, bisogna preliminarmente stabilire quale sia il significato corretto del termine ‘veicolo’ nel contesto dell'ordinanza in questione.

Il secondo “caso difficile”-tipo dipende dal cosiddetto “problema della rilevanza”. Il fatto che una richiesta processuale venga avanzata non implica che esista un'esplicita regola giuridica che la sostenga. I giudici talvolta devono stabilire quale decisione è giustificabile su basi giuridiche senza poter ricorrere alla giustificazione deduttiva a partire da regole giuridiche generali ed astratte. Ad esempio, nel celebre caso scozzese *Donoghue v. Stevenson* del 1932, la *House of Lords* doveva decidere se un consumatore che aveva subito dei danni fisici dovuti a negligenza nella produzione di beni alimentari (nella fattispecie si trattava di una bevanda) avesse diritto ad ottenere un risarcimento dal produttore. Nessuna esplicita regola giuridica preesistente disciplinava questa fattispecie e, dunque, i giudici sono stati chiamati a rispondere alla seguente domanda: “Esiste una ragione giuridica per cui, se i fatti presentati in giudizio fossero provati, [il ricorrente] potrebbe avere diritto al risarcimento dei danni richiesti?”⁷⁵.

Il terzo “caso difficile”-tipo riguarda i problemi della prova. Secondo la classica teoria della verità come corrispondenza — che, come abbiamo visto, è quella accolta da MacCormick — la verità o falsità di una proposizione dipende dalla sua corrispondenza con la realtà. La proposizione ‘il gatto è sul cuscino’ è vera se il gatto è effettivamente sul cuscino. La difficoltà collegata al ragionamento giuridico è che le proposizioni che bisogna provare si riferiscono ad eventi passati. Ad esempio, i giudici non hanno alcun modo per “verificare”

⁷⁵ N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., pp. 69-70.

in modo diretto se la proposizione ‘X ha ucciso Y’ corrisponda alla realtà dei fatti. Anche nel caso in cui tutti i testimoni diretti affermino che la proposizione in questione è vera, è sempre possibile che essi si sbagliano o che siano in mala fede. Per stabilire quale ricostruzione dei fatti sia quella corretta bisogna “soppesare” tra loro le varie possibilità per individuare la più convincente. MacCormick parla a questo proposito di “congruenza narrativa”⁷⁶.

Infine, il quarto “caso difficile”-tipo è collegato al cosiddetto “problema della classificazione dei fatti secondari”. Può capitare talvolta che alcuni fatti primari vengano provati e tuttavia si discuta se tali fatti possano essere considerati un’istanza del “fatto secondario” richiesto da una norma giuridica per produrre determinate conseguenze. Ad esempio, nel caso *MacLennan v. MacLennan* un marito chiedeva il divorzio dalla moglie per adulterio. Il fatto primario — ammesso da entrambi i coniugi — era che la moglie aveva procreato grazie all’inseminazione artificiale e contro la volontà del marito. I giudici dovevano decidere se questo fatto primario potesse essere considerato un’istanza di adulterio come pretendeva il marito. MacCormick mette opportunamente in luce che i problemi di fatto secondari possono essere anche presentati come problemi di interpretazione: qual è il significato corretto del termine ‘adulterio’ nella legge sul divorzio?

L’unico motivo per cui potrebbe essere importante distinguere il “problema della classificazione” dal “problema dell’interpretazione” è che, di solito, le corti giudiziarie di grado più elevato possono decidere solo questioni di diritto (si veda, ad esempio, l’art. 360 del codice di procedura civile italiano che elenca i motivi di ricorso di fronte alla Corte di Cassazione). Di conseguenza, la medesima questione potrebbe essere ritenuta ammissibile o meno, ad esempio dalla Corte di Cassazione italiana, a seconda che essa venga considerata dai giudici come un problema di interpretazione (quindi come una questione di diritto) ovvero come un problema di classificazione (quindi come una questione di fatto)⁷⁷.

La giustificazione di secondo livello (e, più in generale, la teoria del ragionamento giuridico di MacCormick nel suo insieme) ruota intorno al principio di giustizia formale⁷⁸. Come è noto tale principio prescrive che casi

⁷⁶ MacCormick scrive: “Con l’espressione ‘congruenza narrativa’ faccio riferimento ad un criterio di verità o probabilità relativo a questioni di fatto e di valutazione di elementi di prova che non sono verificabili attraverso l’osservazione diretta” [N. MacCormick, *Coherence in Legal Justification*, in A. Peczenik et al. (eds.), *Theory of Legal Science*, Reidel, Dordrecht/Boston/Lancaster 1984, p. 245].

⁷⁷ In realtà sembrerebbe che solo l’accertamento del fatto (e non la sua qualificazione giuridica) sia sottratto al controllo della Corte di Cassazione italiana. Cfr. S. Satta, *Diritto processuale civile*, xii edizione aggiornata ed ampliata da C. Punzi, Cedam, Padova 1996, pp. 596-598; A. Pagliaro, *Fatto (dir. proc. pen.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XVI, Giuffrè, Milano 1986, pp. 961-966.

⁷⁸ Così anche J. W. Harris, *Legal Philosophies. Second Edition*, cit., p. 216; M.

uguali vengano trattati in modo uguale e casi diversi in modo diverso⁷⁹. Ad esempio, se una decisione giudiziaria precedente al caso *Donoghue* avesse stabilito che un produttore di dolci confezionati è responsabile dei danni da lui causati ai consumatori per mancanza di diligenza, allora i giudici del caso *Donoghue*, per non violare la giustizia formale, avrebbero dovuto riconoscere un'“uguale” responsabilità in capo al produttore di bevande del caso in questione. MacCormick sottolinea opportunamente che il principio di giustizia formale non impone soltanto vincoli legati al passato (il rispetto dei precedenti) ma anche vincoli rivolti al futuro. Come vedremo più approfonditamente tra breve, i giudici devono valutare le conseguenze che potrebbero essere prodotte da una decisione nel caso in cui nel futuro si presentassero situazioni simili. In altre parole, ogni decisione giudiziaria per essere giustificata deve essere universalizzabile.

Non bisogna commettere l'errore di ritenere che il principio di giustizia formale possa essere rispettato da giudici ed avvocati in modo assolutamente meccanico: esso richiede che vengano istituite classi di uguaglianza tra enti diversi che presentano uno o più elementi rilevanti in comune. Quando si parla di uguaglianza in sistemi non formalizzati non si intende quindi un'identità fra due enti ma, per l'appunto, un'assimilazione di enti in parte diversi, che presentano alcune caratteristiche salienti in comune⁸⁰. In precedenza ho sostenuto in modo perentorio che i giudici del caso *Donoghue* non avrebbero rispettato la giustizia formale se avessero trattato il produttore di bevande in modo diverso da un (ipotetico) produttore di dolci confezionati condannato in precedenza a risarcire i danni causati dalla sua mancanza di diligenza. Evidentemente il presupposto di questa affermazione è che sia possibile (o meglio opportuno) mettere tra parentesi la differenza, legata alla natura dei beni prodotti, tra le due situazioni⁸¹.

Atienza, *Las razones del derecho. Teorias de la argumentacion juridica*, cit., pp. 134-135; M. La Torre, *Appendice all'edizione italiana* di R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, cit., p. 370.

⁷⁹ La letteratura su questo principio e sulla sua importanza è sterminata; qui è sufficiente ricordare A. Ross, *Diritto e giustizia* (1958), trad. di G. Gavazzi, Einaudi, Torino 1965, pp. 253-272; H. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., pp. 182-196; J. Rawls, *Una teoria della giustizia* (1971), trad. di U. Santini, Feltrinelli, Milano ed. riv. 1989, pp. 23.

⁸⁰ Peter Westen scrive chiaramente: “Dire che due persone o cose sono eguali non significa che sono identiche sotto ogni aspetto descrittivo o prescrittivo: due persone o cose identiche sotto ogni aspetto non esistono”. [P. Westen, *The Concept of Equal Opportunity*, “Ethics”, 95, 1985, p. 843]. Cfr. P. Comanducci, ‘Uguaglianza’: una proposta neo-illuminista, in P. Comanducci e R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino 1992, p. 89.

⁸¹ La distinzione tra “giustizia” ed “equità” è uno dei *loci classici* della filosofia del diritto. La giustizia richiede, come abbiamo visto, che i giudici decidano i casi sulla

Nei casi difficili però, come abbiamo visto, esiste più di una decisione universalizzabile: bisogna scegliere tra (possibili) decisioni concorrenti. Il compito di una teoria dell'argomentazione è proprio quello di individuare i criteri che permettono di compiere scelte "giustificate". A questo proposito MacCormick parla di "giustificazione di secondo livello", proprio per rimarcare la differenza rispetto alla giustificazione deduttiva che entra in gioco nei casi facili. La giustificazione di secondo livello presenta interessanti analogie con la giustificazione scientifica⁸². Secondo Karl Popper — al cui pensiero MacCormick si rifà esplicitamente — lo scienziato può avvalorare la propria spiegazione di fenomeni naturali tra loro collegati solo attraverso un idoneo processo di sperimentazione: egli deve individuare e porre in essere alcuni esperimenti che falsifichino tutte le possibili spiegazioni di quei fenomeni tranne la propria. E' evidente che questa non è una dimostrazione conclusiva, dal momento che nel futuro tale spiegazione potrà a sua volta essere falsificata. E' tuttavia altrettanto evidente che una spiegazione che supera il processo di verifica deve essere preferita (almeno sino a prova contraria) rispetto alle spiegazioni che sono state falsificate. Un altro aspetto della giustificazione scientifica che merita di essere sottolineato è che essa è sottoposta non soltanto ai vincoli imposti dalla realtà, ma anche a quelli imposti dalle assunzioni teoriche di fondo. Si diceva anche in precedenza che ogni spiegazione della realtà è sempre *theory laden*: ogni esperimento scientifico fa senso solo a partire da un contesto teorico dato.

Una decisione giudiziaria è giustificata se si può "dimostrare" che è preferibile rispetto alle decisioni alternative. Anche in questo caso vi sono alcune "prove" che permettono di verificare (o falsificare) le diverse decisioni disponibili. Ma di che genere di prove si tratta? In prima battuta MacCormick ci dice che "(...) tali prove pertinenti hanno a che fare con ciò che fa senso nel mondo e con ciò che fa senso nel contesto del sistema"⁸³.

base di regole generali che individuano classi di uguaglianza. L'equità sottolinea invece l'unicità di ogni caso giudiziario e, di conseguenza, l'impossibilità di decidere sulla base di regole. MacCormick mette correttamente in luce che si tratta di una contrapposizione priva di qualsiasi fondamento, almeno se intesa in questi termini. Se esiste una buona ragione per decidere un caso concreto in un certo modo, allora la stessa ragione permetterà di decidere tutti i casi dello stesso tipo del caso *de quo*. Anche l'equità è quindi universalizzabile alla stregua della giustizia. In conclusione, dire che una decisione non è equa è un modo come un altro per mettere in luce l'opportunità di prevedere alcune eccezioni (a loro volta universali) ad una legge.

⁸² Contro l'assimilazione tra la concezione della verità nelle scienze naturali e nel diritto si veda M. Atienza, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, cit., pp. 165-166.

⁸³ N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., p. 103.

L'argomento che permette di stabilire se una decisione "fa senso nel mondo" presenta tre caratteristiche. Si tratta di un argomento consequenzialista: bisogna dimostrare che le conseguenze che potrebbero scaturire da una decisione sono preferibili rispetto alle conseguenze collegate alla decisione alternativa. E' quindi anche un argomento valutativo, in quanto bisogna "valutare" la preferibilità di alcune conseguenze rispetto ad altre. E' importante sottolineare che i giudici compiono questa valutazione sulla base di criteri diversi — giustizia, senso comune, ordine pubblico, convenienza, opportunità e così via — che non è detto che possano essere ricondotti, come sostiene invece l'utilitarismo, ad un unico meta-criterio. Quest'ultima osservazione ci permette di rilevare la terza caratteristica, vale a dire la soggettività dell'argomento: persone diverse possono dare un peso diverso ai criteri di cui sopra e, di conseguenza, arrivare a conclusioni diverse. MacCormick parla di "(...) differenze di opinioni insanabili tra persone ragionevoli e in buona fede"⁸⁴.

I criteri che permettono di stabilire se una decisione fa senso nel sistema giuridico sono la "coerenza" e la "congruenza". MacCormick scrive: "L'idea fondamentale è quella di considerare un sistema giuridico come un sistema di norme coerenti e congruenti la cui osservanza assicura il raggiungimento di alcuni obiettivi — ritenuti degni di essere perseguiti — compatibili fra loro"⁸⁵. La coerenza richiede che non vi siano contraddizioni logiche tra due (o più) norme generali ovvero tra una decisione di un caso concreto ed una norma generale. Tale criterio impone dei vincoli molto forti ai giudici. Tornando all'esempio del caso *Donoghue*, se i giudici fossero giunti alla conclusione che riconoscere la responsabilità per mancanza di diligenza del produttore di bevande avrebbe prodotto conseguenze devastanti, ma nel contempo non fossero riusciti a "distinguere" questa situazione dal precedente in cui era stata riconosciuta la responsabilità del produttore di dolci confezionati, allora essi non avrebbero potuto dare seguito alle valutazioni consequenzialiste.

La congruenza è un canone interpretativo che è difficile definire in modo puntuale. La maggior parte degli studiosi che si sono occupati di questa tematica concordano nel ritenere che la coerenza è una condizione necessaria (ma non sufficiente) perché si possa parlare di congruenza di una decisione giudiziaria rispetto al sistema giuridico nel suo complesso⁸⁶. Una norma

⁸⁴ N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., p. 106. E' opportuno sottolineare che anche se fosse possibile ricondurre i valori che entrano in gioco nella giustificazione delle sentenze ad un unico meta-valore (ad es. la massimizzazione del benessere sociale), ciò non permetterebbe di escludere l'esistenza di disaccordi tra i giudici. L'esistenza di un meta-valore non impedisce infatti che i giudici lo intendano in modo differente; di conseguenza, anche in questo caso le loro valutazioni sarebbero irrimediabilmente soggettive.

⁸⁵ *Infra*, cap. V, p. 106.

⁸⁶ Per una ricostruzione articolata delle letterature sulla relazione che lega "coerenza" e "congruenza" si veda A. Schiavello, *Su "congruenza" e "diritto": un'analisi*

giuridica o una decisione che siano coerenti nel contesto del sistema giuridico cui appartengono possono infatti non essere congruenti con i principi ed i valori del suddetto sistema. MacCormick a questo proposito immagina un legislatore che prevede limiti di velocità diversi a seconda del colore delle automobili: tale norma non contraddice alcuna disposizione legislativa ma non può certo dirsi congruente, in quanto è priva di qualsiasi *ratio*⁸⁷. La congruenza richiede quindi che ogni norma giuridica ed ogni decisione giudiziaria vengano armonizzate con i principi fondamentali del sistema. L'esempio dworkiniano della *chain novel* è particolarmente adatto a spiegare il ruolo della congruenza come vincolo alla discrezionalità dei giudici⁸⁸. Gli scrittori a cui sono stati assegnati gli ultimi capitoli di un romanzo a più mani non hanno la stessa libertà dei loro colleghi a cui sono toccati i primi capitoli: la storia è ormai incanalata entro certi binari, il carattere dei personaggi è quasi del tutto delineato, lo stile narrativo determinato. In breve, gli ultimi capitoli di un romanzo scritto a più mani saranno tanto più riusciti quanto più rispetteranno i vincoli imposti dai capitoli precedenti. Allo stesso modo, le decisioni giudiziarie saranno tanto più giustificabili quanto più saranno congruenti con i principi fondamentali del sistema e, più in generale, con la storia giuridica precedente.

E' molto importante non sottovalutare i limiti della congruenza come canone interpretativo. MacCormick dice molto chiaramente — al contrario di Dworkin — che decidere della maggiore (o minore) congruenza di una decisione rispetto ad un'altra dipende almeno in parte dalle valutazioni e dalle preferenze di ognuno e dunque non è sempre possibile ottenere un risultato univoco⁸⁹. Quest'ultima osservazione aiuta a comprendere perché talvolta non è facile

comparata di modelli diversi, "Ragion Pratica" 9, 1997, pp. 206-207.

⁸⁷ N. MacCormick, *Coherence in Legal Justification*, cit., pp. 235-238.

⁸⁸ Cfr. R. Dworkin, *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), and London 1985, pp. 158-162, [Trad. di E. D'Orazio, *Questioni di principio*, Il Saggiatore, Milano 1990]; R. Dworkin, *Law's Empire*, cit., pp. 228-232; R. Dworkin, *Law, Philosophy and Interpretation*, "Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie", vol. 80, heft 4, 1994, pp. 466-467.

⁸⁹ Cfr. A. Schiavello, *Su "congruenza" e "diritto": un'analisi comparata di modelli diversi*, cit., in particolare pp. 206-216 e G. Pino, *Coerenza e verità nell'argomentazione giuridica. Alcune riflessioni*, "Rivista internazionale di filosofia del diritto", IV Serie, LXXV, 1998/1, in particolare pp. 107-117. E' interessante notare, tuttavia, che dopo la pubblicazione di LR & LT le differenze tra il pensiero di MacCormick e quelle di Dworkin sono andate via via diminuendo. MacCormick, ad esempio, proprio a proposito della *one right answer thesis* scrive: "Non v'è ragione di dubitare che la valutazione del peso dei diversi argomenti permetta abbastanza spesso di risolvere in modo univoco una questione giuridica aperta". [N. MacCormick, *Reconstruction after Deconstruction: A Response to CLS*, cit., p. 555]. Dworkin, dal canto suo, in *Law's Empire* non usa più l'espressione 'unica risposta giusta', ma preferisce piuttosto parlare di "(...) un unico modo corretto (...) di decidere un caso difficile". [R. Dworkin, *Law's Empire*, cit., p. 412].

distinguere gli argomenti consequenzialisti da quelli relativi alla coerenza e alla congruenza. Per stabilire se una decisione è in contraddizione o meno con un precedente giudiziario o per individuare la decisione più congruente bisogna infatti ricorrere a valutazioni consequenzialiste. E' emblematica, a questo proposito, la tesi di MacCormick secondo cui l'interprete deve sempre preferire l'interpretazione letterale — che prescrive di attribuire alle parole il loro significato più immediato — a meno che non sia possibile individuare forti ragioni consequenzialiste a sostegno di un'interpretazione diversa. In breve, la coerenza e la congruenza rappresentano un argine alla discrezionalità dei giudici meno solido di quanto MacCormick lasci intendere.

3.2.1. *Il ruolo dei principi del diritto nella giustificazione di secondo livello*

Nei paragrafi precedenti si è fatto spesso riferimento, sia pure per brevi cenni, ai principi giuridici. Abbiamo appena visto, ad esempio, come il canone interpretativo della congruenza presupponga l'esistenza di tali principi e la possibilità di individuarli. In LR & LT MacCormick rivolge l'attenzione dovuta all'analisi dei principi del diritto ed all'analisi delle differenze tra principi e regole giuridiche⁹⁰. Egli presenta esplicitamente le sue tesi su questi argomenti come una replica alla concezione dei principi giuridici proposta da Dworkin in un saggio del '67⁹¹.

Dworkin sostiene che la concezione del diritto elaborata dal positivismo giuridico (dal normativismo, in particolare) rappresenta la realtà in modo eccessivamente semplificato: il diritto, per il giuspositivismo, non è altro che un insieme di regole, la cui validità è collegata al rispetto di un *pedigree*, cioè di criteri meramente formali di produzione della norma. Secondo Dworkin, invece, esistono, oltre alle regole, altri *standards* giuridici, tra cui i principi. La caratteristica in negativo che accomuna tutti gli elementi del diritto diversi dalle regole è che essi non passano al vaglio del *pedigree* formale che consente di identificare queste ultime. I principi, in particolare, permettono di introdurre all'interno di un ordinamento giuridico una determinata concezione della

⁹⁰ E' abbastanza usuale, anche se non unanimemente condiviso, considerare "principi" e "regole" come *species* del *genus* "norma". Cfr. P. Comanducci, *Principi giuridici e indeterminazione del diritto*, in Id., *Assaggi di metaetica due*, Giappichelli, Torino 1998, pp. 81-95, in particolare pp. 82-90. *Contra*, E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Giuffrè, Milano 1949, pp. 205-212.

⁹¹ R. Dworkin, *The Model of Rules*, "University of Chicago Law Review" 35, 1967, pp. 14-46, ripubblicato in Id. *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1977, pp. 14-45 [Trad. par. di F. Oriana, *I diritti presi sul serio*, Il Mulino, Bologna 1982]. Per una ricostruzione critica di questo aspetto del pensiero di Dworkin si veda il mio A. Schiavello, *Riflessioni sulla distinzione rules/principles nell'opera di Ronald Dworkin*, "Rivista internazionale di filosofia del diritto", LXXII, 1995, pp. 159-185.

giustizia e di tutelare i diritti dei cittadini. Non c'è modo dunque di distinguere chiaramente tra principi giuridici e principi morali: i diritti dei cittadini, riconosciuti dai principi, sono “briscole” — Dworkin parla esplicitamente di *rights as trumps* — che i cittadini possono utilizzare *against the state, against the government, against the majority*. Il positivismo giuridico, al contrario “(..) rifiuta la tesi secondo cui gli individui o gruppi di individui possano essere titolari di diritti da far valere in sede giurisdizionale, oltre a quelli esplicitamente riconosciuti dalle regole che esauriscono l'intero ambito del diritto di una comunità”⁹².

Tra regole e principi giuridici c'è poi una differenza qualitativa, che si manifesta nella fase dell'applicazione del diritto: le regole si applicano seguendo il criterio del “tutto-o-niente”, mentre i principi vanno “soppesati” tra loro. Più precisamente, nei casi facili il giudice non deve fare altro che stabilire, meccanicamente, se una certa regola sia rilevante o meno e, in caso di risposta affermativa, sussumere il caso concreto sotto la regola generale. Nei casi difficili, al contrario, le regole non sono di nessun aiuto per i giudici; questi ultimi, però, non sono chiamati a decidere esercitando una discrezionalità forte ma, posti sui piatti della bilancia i principi rilevanti, devono optare per la soluzione indicata dal principio più pesante. E' importante sottolineare che Dworkin difende — così come Alexy — una distinzione forte tra regole e principi: le differenze tra questi tipi di norme rappresentano una condizione necessaria e sufficiente del fatto che regole e principi svolgono un ruolo diverso nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto. Per dirla con Paolo Comanducci, la tesi della separazione forte “sembra presupporre un'ontologia delle norme, così che una norma, fin dall'inizio (...), o è un principio o è una regola”⁹³.

MacCormick riconosce a Dworkin il grande merito di avere sottolineato l'importanza dei principi giuridici, ma non condivide gli esiti, almeno apparentemente anti-positivisti, della sua analisi⁹⁴.

MacCormick afferma che i principi giuridici sono norme generali a cui viene attribuito un valore positivo⁹⁵. Il giurista scozzese nega che vi sia una differenza qualitativa tra principi e regole e, infatti, difende la tesi secondo cui tra questi tipi di norme sussiste solamente una separazione debole. Regole e principi non sono ontologicamente differenti; tuttavia, è possibile distinguere i principi dalle regole (anche) in relazione alla diversa funzione che tali *standards* ricoprono nell'argomentazione giudiziaria⁹⁶. Come abbiamo visto, per Dworkin le

⁹² R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, cit., p. XI.

⁹³ P. Comanducci, *Principi giuridici e indeterminazione del diritto*, cit. p. 85.

⁹⁴ I capitoli di LR & LT dedicati ai principi giuridici sono in particolare il VII, il IX e l'*excursus* del IX.

⁹⁵ Così anche F. Viola, *Autorità ed ordine del diritto*, Giappichelli, Torino 1987, p. 213.

⁹⁶ Per un'analisi più completa delle funzioni dei principi giuridici si veda almeno S.

differenze (sostanziali) tra principi e regole sono un *prius* rispetto al ruolo diverso che tali norme ricoprono nella fase dell'interpretazione del diritto. Per MacCormick (e per tutti i sostenitori della separazione debole), al contrario, l'unico modo di apprezzare le differenze tra regole e principi è quello di sottolineare la loro diversa funzione nella fase dell'interpretazione del diritto. Più precisamente, secondo la tesi della separazione debole una stessa norma giuridica può essere sia una regola sia un principio a seconda del ruolo che ricopre nell'argomentazione che fonda una decisione giudiziaria determinata. Sostenere la tesi della separazione debole non impedisce di prendere i principi giuridici sul serio; a tal proposito vale la pena ricordare che per MacCormick ogni ordinamento giuridico (anche il più malvagio) si regge necessariamente su alcuni principi⁹⁷.

Comanducci sottolinea opportunamente che secondo la tesi della separazione debole la differenza tra regole e principi è relazionale e graduale. E' relazionale in quanto una norma giuridica può essere configurata come un principio solo rispetto ad altre norme configurate come regole; è graduale perché ciò che distingue i principi dalle regole è il fatto che i primi possiedono alcune caratteristiche in maggior grado rispetto alle seconde⁹⁸.

Il compito dei principi è, almeno per quanto riguarda l'argomentazione giudiziaria, quello di "giustificare" e di "spiegare" le regole giuridiche. Una regola che può essere sussunta sotto un principio è infatti una regola giustificata proprio in relazione al valore positivo riconosciuto al principio⁹⁹. Inoltre, una regola il cui significato è ambiguo può essere spiegata optando per quell'interpretazione che permette di sussumere tale regola sotto un principio. MacCormick dunque ritiene, a differenza di Dworkin, che i principi giuridici sono collegati, sia pure indirettamente, con la regola di riconoscimento. I principi giuridici rappresentano infatti l'esito di un'opera di razionalizzazione a partire dalle regole giuridiche individuate attraverso la *rule of recognition*. Va detto, comunque, che i principi non sono determinati completamente dalla regola di riconoscimento in quanto "è possibile suggerire più di una generalizzazione normativa che permetta di razionalizzare le regole che

Bartole, *Principi generali del diritto (Diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXV, Giuffrè, Milano 1986, pp. 494-533, in particolare pp. 511-517.

⁹⁷ Viola afferma opportunamente che "nessuna regola potrebbe esistere se non vi fossero dei principi. Se non ve ne fossero, la regola in realtà sarebbe un comando privo di ragioni e basato unicamente su minacce, ma non certo adatto a guidare il comportamento di esseri ragionevoli e liberi". F. Viola, *Regole e principi*, scritto inedito che costituisce parte di un lavoro di F. Viola e G. Zaccaria su diritto ed interpretazione di prossima pubblicazione per i tipi di Laterza.

⁹⁸ P. Comanducci, *Principi giuridici e indeterminazione del diritto*, cit. p. 86.

⁹⁹ Cfr. M. Jori, *I principi nel diritto italiano*, "Sociologia del diritto", 2, 1983, pp. 7-10.

“appartengono” ad un determinato settore del diritto”¹⁰⁰. Ciò significa, molto semplicemente, che una regola può spesso essere giustificata o spiegata facendo ricorso a principi giuridici diversi.

Queste riflessioni sui principi giuridici sembrano celare un paradosso: i principi vengono individuati attraverso le regole le quali, a loro volta, possono essere qualificate e comprese appieno solo attraverso i principi. In realtà, se si condivide la tesi secondo cui il diritto è una pratica sociale e non soltanto un sistema di regole, è agevole dimostrare che il circolo logico è soltanto apparente. L’idea rawlsiana di equilibrio riflessivo è particolarmente indicata per mostrare che in questo caso il circolo è virtuoso e non vizioso; l’“equilibrio riflessivo” aiuta inoltre a comprendere il rapporto che lega tra loro regole e principi e ad apprezzare la dinamicità del diritto¹⁰¹. Per stabilire che cosa prescrive il diritto in relazione ad uno stato di cose determinato bisogna in primo luogo individuare le regole e, in secondo luogo, ricavare i principi che permettono di spiegare e giustificare l’esistenza di tali regole. A questo punto sarà possibile tornare alle regole e modificare l’interpretazione iniziale; tale processo continuerà sino a quando non si raggiungerà una posizione di equilibrio riflessivo. Tuttavia il diritto è soggetto a frequenti cambiamenti che rompono la condizione di equilibrio ed impongono di andare alla ricerca di un nuovo equilibrio. E così via all’infinito.

La concezione dei principi giuridici (e del loro ruolo) elaborata da MacCormick conduce ad una teoria dell’argomentazione giudiziaria ben diversa da quella accolta dal primo Dworkin¹⁰²: regole e principi non entrano in gioco alternativamente nella giustificazione di una decisione giudiziaria, ma congiuntamente. Non è possibile sussumere un caso concreto sotto una regola senza ricorrere ai principi che permettono di spiegare tale regola. Di contro, la vaghezza tipica dei principi impedisce che questi ultimi possano, da soli, fondare una decisione giudiziaria¹⁰³. Evidentemente la teoria dell’argomentazione abbozzata da Dworkin in *Taking Rights Seriously* si basa su una credenza errata

¹⁰⁰ N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., pp. 234-235. A queste osservazioni di MacCormick bisogna aggiungere che i principi giuridici espressi — si pensi ai principi contenuti nella Costituzione — sono individuabili direttamente attraverso la regola di riconoscimento, esattamente come le regole.

¹⁰¹ J. Rawls, *Una teoria della giustizia*, cit., pp. 56 ss. Cfr. N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., pp. 245-246.

¹⁰² La distinzione tra un “primo” ed un “secondo” Dworkin non è usuale; personalmente sono convinto che a partire *Law’s Empire* Dworkin viri æ forse inconsapevolmente e contro la sua stessa volontà æ verso una concezione del diritto compatibile con il giuspositivismo. Cfr. il mio A. Schiavello, *Diritto come integrità: incubo o nobile sogno? Saggio su Ronald Dworkin*, cit.

¹⁰³ Cfr. A. Pintore, *Norme e principi. Una critica a Dworkin*, Giuffrè, Milano 1982, pp. 42-43.

(in parte condivisa anche da MacCormick¹⁰⁴): la possibilità di distinguere in modo netto i casi facili dai casi difficili.

Dworkin considera i principi un argine alla discrezionalità dei giudici. I giudici, come abbiamo visto, devono “pesare” i principi ed optare per la soluzione che rispetta il principio più pesante. La tesi della *one right answer* presuppone quindi la possibilità di stabilire quale sia il principio più pesante; purtroppo però non esiste una bilancia che permetta di pesare i principi con la stessa precisione con cui si pesano gli oggetti materiali. A questo riguardo MacCormick scrive chiaramente che “(..) la nozione di “peso” è (...) una nozione metaforica che può indurre in errore proprio perché fa riferimento ad una qualità degli oggetti materiali che è oggettivamente misurabile”¹⁰⁵.

Alcuni autori sostengono addirittura che la vaghezza tipica dei principi accresce, anziché diminuire, l’indeterminatezza del diritto; attraverso i principi, infatti, i giudici possono giustificare *ex post* qualsiasi decisione. Tuttavia, anche se i principi non ci conducono per mano alla risposta giusta e, forse, non ci permettono neanche di restringere la rosa delle soluzioni accettabili, essi rimangono un elemento insostituibile della giustificazione giudiziaria. Una decisione è giustificata solo se è universalizzabile, se poggia, cioè, sopra un principio di carattere generale. Il compito fondamentale dei principi giuridici non è, quindi, come pretende Dworkin, quello di creare un argine alla discrezionalità dei giudici, ma quello, messo bene in luce da MacCormick, di consentire la giustificazione delle decisioni giudiziarie¹⁰⁶.

Come abbiamo visto, se il diritto non è, come per il positivismo giuridico tradizionale, un mero dato di fatto ma, piuttosto, una pratica sociale, allora è evidente che esiste una connessione necessaria tra diritto e morale: i principi giuridici, almeno quelli costituzionali, non sono altro che la concretizzazione normativa dei valori morali incarnati da un particolare ordinamento giuridico¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Cfr. 3.1., *supra*.

¹⁰⁵ N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., pp. 155-156.

¹⁰⁶ Viola afferma correttamente che la tesi secondo cui i principi giuridici contribuiscono all’indeterminatezza del diritto è facilmente “gestibile” alla luce di una concezione del diritto come pratica sociale, che presuppone l’esercizio della ragione (pratica) e della libertà, mentre crea dei problemi a tutte quelle concezioni che considerano il diritto come una mera tecnica. [F. Viola, *Autorità ed ordine del diritto*, cit., p. 205].

¹⁰⁷ Cfr. V. Villa, *Conoscenza giuridica e concetto di diritto positivo*, cit., pp. 252-254. I principi supremi o fondamentali meriterebbero, peraltro, un discorso a parte; essi costituiscono la “mappa genetica” di ogni ordinamento giuridico e possono essere distinti dalle regole in modo più chiaro rispetto a tutti gli altri principi. Ad esempio, i principi fondamentali delle moderne democrazie liberali sono (almeno secondo MacCormick) la separazione dei poteri e la tutela dei diritti derivanti dalla costituzione. Cfr. N. MacCormick, *Diritto, “Rule of Law”, e democrazia*, in P. Comanducci e R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino 1994, pp. 189-209. Sulla peculiarità dei principi

Qualcuno potrebbe affermare che l'idea secondo cui ogni ordinamento giuridico recepisce necessariamente alcuni valori morali non crea alcun problema al positivismo metodologico il quale, come è noto, si limita a negare la connessione identificativa tra diritto e morale, cioè la tesi secondo cui per identificare il diritto bisogna assumere un punto di vista morale¹⁰⁸.

In realtà, il modo in cui lo studioso ricostruisce la pratica giuridica contribuisce a “dare forma” alla pratica stessa. Per chiarire il senso di quest'ultima affermazione può essere utile richiamare alla mente alcune ben note osservazioni di Dworkin.

Abbiamo già parlato in questo saggio della tesi dworkiniana secondo cui l'attività dell'interpretazione del diritto è simile all'esercizio letterario della *chain novel*. L'interprete del diritto, così come l'autore del capitolo conclusivo di un romanzo scritto a più mani, da un lato è profondamente vincolato dal rispetto della storia giuridica precedente ma, dall'altro, attraverso la sua interpretazione (soprattutto nei casi giudiziari controversi) contribuisce a modificare l'ordinamento giuridico. In questo senso Dworkin afferma che l'interprete “crea mentre interpreta”, precisando però che questa situazione è diversa e riconoscibile rispetto a quella in cui “si interpreta mentre si crea”¹⁰⁹. L'interpretazione, quindi, pur non essendo un'attività puramente meccanica, è perfettamente distinguibile dalla situazione in cui si crea qualcosa *ex novo*.

Allo stesso modo, lo studioso che descrive il diritto non fa altro che offrire un'interpretazione di una realtà giuridica particolare. Si tratta, senza alcun dubbio, di un'interpretazione soggetta a molti vincoli, ma non per questo essa può essere assimilata alla mera descrizione di un dato oggettivo.

Benché MacCormick non sia disposto a riconoscere esplicitamente i limiti della prospettiva metodologica positivista, egli ha tuttavia il grande merito di essere stato certamente fra i primi giuspositivisti a sostenere la tesi secondo cui l'esistenza di un ordinamento giuridico possa essere rilevata solo a partire dall'individuazione dei valori morali accolti dall'ordinamento in questione¹¹⁰. La concezione dei principi giuridici elaborata da MacCormick permette di ribadire, ove ve ne fosse bisogno, il ruolo di assoluto rilievo che il giurista scozzese, rompendo parzialmente con la tradizione del positivismo giuridico, attribuisce alla ragion pratica¹¹¹. Ogni ordinamento giuridico nasce e si sviluppa intorno ad

fondamentali rispetto agli altri principi si veda anche F. Viola, *Regole e principi*, cit.

¹⁰⁸ Così P. Comanducci, *Principi giuridici e indeterminazione del diritto*, cit. p. 91. Come ho mostrato al paragrafo 2.3., MacCormick stesso difende questa tesi.

¹⁰⁹ R. Dworkin, *A Matter of Principle*, cit., p. 158.

¹¹⁰ Hart era giunto sino ad affermare che “in alcuni ordinamenti, come negli Stati Uniti, i criteri ultimi di validità giuridica incorporano esplicitamente dei principi di giustizia o dei valori morali sostanziali [...]”. [H. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., p. 236].

¹¹¹ Cfr. F. Viola, *Regole e principi*, cit.

alcuni principi e valori condivisi dalla maggior parte dei membri di una comunità o, quantomeno, dal gruppo di individui che, pur essendo minoranza numerica, hanno la forza di imporre il rispetto del diritto a tutti. Il compito di rendere coerenti e congruenti tra loro tali valori e principi spetta alla ragione. Il momento privilegiato di quest'opera di armonizzazione affidata alla ragione è senza alcun dubbio rappresentato dall'interpretazione del diritto compiuta dai giudici per decidere un caso concreto. Un aspetto ineliminabile della giustificazione di una decisione, infatti, consiste nel dimostrare che essa è congruente con la storia giuridica precedente — storia giuridica che a sua volta deve essere ricostruita dai giudici in modo tale da mettere in luce la sua coerenza e congruenza interna.

Quanto appena detto permette di apprezzare una significativa differenza metodologica tra l'*approach* al diritto di MacCormick e quello di Dworkin. Abbiamo già osservato che, a prescindere dalla prospettiva epistemologica adottata, è possibile e, direi, opportuno, distinguere tra la descrizione di un ordinamento giuridico e la giustificazione del medesimo. L'importanza di tale distinzione non sfugge a MacCormick; lo studioso che vuole descrivere un ordinamento giuridico deve essere in grado di comprendere la prospettiva del partecipante, la prospettiva, cioè, di chi accoglie i valori di un ordinamento particolare. Ciò non preclude, ovviamente, la possibilità di criticare, a partire dalle proprie convinzioni morali, i valori ed i principi espressi da una determinata comunità. L'unica condizione richiesta è che il momento della descrizione sia accuratamente distinto da quello della critica¹¹².

Nel pensiero del primo Dworkin, al contrario, la separazione tra descrizione e giustificazione è meno netta. La prospettiva del teorico del diritto coincide con quella del partecipante solo nel caso in cui il primo condivida in prima persona i valori del secondo; in tutti gli altri casi sembrerebbe che la descrizione non possa essere separata dagli apprezzamenti positivi o negativi dello studioso. In altre parole, il punto di partenza di ogni analisi teorica deve essere un modello ideale di diritto α nel caso di Dworkin il diritto dei moderni stati liberali — mentre l'esito una "descrizione" che enfatizzi le coincidenze tra modello ideale e modello reale e mortifichi le differenze. Una prospettiva metodologica siffatta

¹¹² MacCormick ad esempio scrive: "[...] i nazionalisti sudafricani accolgono il principio dell'*apartheid* come parte della "loro" concezione della moralità politica. Dal "mio" punto di vista, dire che quello è un "principio morale" significa soltanto che è un principio della loro moralità, non che è (da un punto di vista normativo) un principio giusto o che deve essere usato come base per l'azione. Se si vuole provare a comprendere il diritto del Sud Africa contemporaneo, le sue regole, i suoi principi e tutto il resto, bisogna sforzarsi di individuare i principi di questo sistema giuridico; dire questo non implica che si accettino in prima persona tali principi. E' più corretto dire che il diritto sudafricano non si regge su alcun principio, ovvero che i suoi principi non sono accettabili?". [N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., pp. 238-239].

produce come conseguenza inevitabile l'impossibilità di distinguere tra teoria e politica del diritto. Questa unione inestricabile tra descrizione e valutazione ha portato non senza ragioni MacCormick ad accusare Dworkin di avere elaborato una teoria del diritto pre-benthamita¹¹³.

Anche la tesi dworkiniana secondo cui i principi giuridici individuano i diritti dei cittadini non viene accettata da MacCormick. Si tratta infatti di una definizione stipulativa che presenta il grave difetto di non tenere in alcun conto l'uso ordinario della locuzione 'principio giuridico'; tale espressione, infatti, non viene utilizzata solo in riferimento a norme giuridiche che tutelano i diritti dei cittadini¹¹⁴. Riccardo Guastini sottolinea correttamente che "(...) i giuristi comunemente usano il vocabolo 'principio' per riferirsi a non meno di sei tipi differenti di disposizioni o norme"¹¹⁵. Sono principi, ad esempio, quelle norme che presentano — come l'art. 1176, I c., cod. civ.: "Nell'adempiere l'obbligazione il debitore deve usare la diligenza del buon padre di famiglia" — un alto grado di generalità.

La definizione dworkiniana di principio giuridico è dunque profondamente influenzata dall'idea che i giudici non debbano fare altro che riconoscere i diritti dei cittadini. Anche nei casi difficili c'è una parte processuale che ha diritto a vincere la causa, precisamente quella la cui pretesa è sostenuta dal principio più pesante. Questa teoria della decisione giudiziaria presuppone a sua volta la possibilità di stabilire qual è il principio oggettivamente più pesante a prescindere da qualsiasi valutazione che non riguardi la tutela dei diritti. Abbiamo già visto che non esiste alcuna "bilancia" che permetta di stabilire in modo incontrovertibile il peso dei principi. Inoltre i casi difficili sono tali proprio perché entrambe le parti in causa possono avanzare pretese in qualche modo tutelate dal diritto. Ha ragione quindi MacCormick quando afferma che i giudici non possono fare altro che optare per la decisione sostenuta dagli argomenti consequenzialisti più convincenti. Se si vuole rispettare il lessico dworkiniano si può affermare che il principio giuridico più pesante è quello

¹¹³ N. MacCormick, *Dworkin as Pre-Benthamite*, in M. Cohen (ed. by), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, Duckworth, London 1983, p. 183.

¹¹⁴ Viola tuttavia sottolinea che: "I principi giuridici, il cui contenuto — contrariamente a quanto ritiene Dworkin — non riguarda soltanto diritti individuali, fanno valere esigenze non derogabili arbitrariamente e introducono, così, un criterio di misura dell'azione non certamente strumentale, ma basato sul suo valore intrinseco". [F. VIOLA, *Autorità ed ordine del diritto*, cit., p. 223].

¹¹⁵ R. Guastini, *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, Torino 1990, p. 112. MacCormick individua ben otto differenti tipi di norme che possono essere considerate principi. [N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., pp. 260-261]. Anche Atienza e Manero individuano ben otto accezioni di 'principio'. [M. Atienza, J. R. Manero, *Tre approcci ai principi di diritto*, in P. Comanducci e R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino 1993, pp. 9-11].

individuato dagli argomenti consequenzialisti più forti. Non bisogna dimenticare, però, che questi ultimi sono almeno in parte soggettivi e dunque non permettono di avallare la tesi, cara a Dworkin, della *one right answer*. MacCormick non intende sostenere che i giudici abbiano una discrezionalità assoluta, ma negare che la loro discrezionalità sia tanto limitata quanto vorrebbe Dworkin. Ogni decisione giudiziaria, quantomeno ogni decisione di un caso non banale presenta “sempre (..) un’area residua di puro disaccordo pratico”¹¹⁶.

In conclusione si può dire che la concezione dei principi giuridici elaborata da MacCormick non è altro che un tentativo di conciliare alcune importanti intuizioni di Dworkin con il positivismo giuridico. Che il tentativo sia andato a buon fine è dimostrato anche dal fatto che la teoria del diritto del Dworkin maturo è sempre meno distinguibile æ probabilmente a dispetto dello stesso autore æ dalla teoria del diritto di MacCormick o di altri autori che appartengono a pieno titolo alla tradizione del positivismo giuridico.

4. Conclusioni

La precedente analisi critica dei passaggi principali della teoria dell’argomentazione di MacCormick non deve far dimenticare che LR & LT deve essere principalmente considerato un tentativo (a mio avviso riuscito) di elaborare una teoria del diritto che prenda sul serio la tesi hartiana della struttura aperta del diritto. Se è vero che il diritto presenta una struttura aperta, allora tutte le concezioni del diritto che identificano il diritto con le norme sono insoddisfacenti. La stessa teoria di Hart presenta questo limite: il diritto è l’insieme delle regole primarie e secondarie individuate da una regola di riconoscimento.

Il merito principale di MacCormick è quello di avere messo in luce chiaramente che l’interpretazione è un elemento costitutivo del fenomeno giuridico almeno quanto lo sono le norme. Bisogna inoltre riconoscere al giurista scozzese di essere riuscito a preservare quanto di buono c’era nella teoria del diritto di Hart. Altri autori æ Dworkin, in particolare æ hanno preferito buttare il bambino insieme all’acqua sporca. Una buona teoria del diritto è quella che riesce ad assemblare in modo convincente i vari fattori che contribuiscono all’esistenza del diritto e non quella che ricerca l’originalità ed il *coup de théâtre* ad ogni costo, enfatizzando un elemento a discapito di tutti gli altri. Questa è, credo, la lezione principale di quegli autori che, come MacCormick, affermano che il diritto è, innanzitutto, una pratica sociale.

¹¹⁶ N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., p. 251.