

Interpretazione e/o argomentazione*

Il presente studio è il risultato di una conferenza tenuta nell'ambito di un seminario della Scuola nazionale di Magistratura, posto sotto il titolo apparentemente univoco dell'interpretazione. L'analisi che qui viene proposta con un doppio titolo pone l'interpretazione in antitesi con un'operazione considerata rivale, ossia l'argomentazione. Come giustificare questa polarizzazione il cui primo effetto è quello di complicare le idee, proprio quando filosofi e giuristi, moralisti e magistrati tentano di elaborare una concezione unificata del dibattito – ossia di quella fase del processo che si svolge tra il momento d'incertezza caratteristico dell'apertura del processo e il momento del dispositivo della sentenza che mette fine a quell'incertezza iniziale con una parola che afferma il diritto? In gioco è quindi la coerenza epistemologica del dibattito, nel senso giudiziario del termine. Preliminarmente bisogna sapere se, tra i sensi latenti attribuibili alla nozione di interpretazione, considerata sinonimo di quella di applicazione (applicazione della norma giuridica a un caso controverso), figura un significato più ristretto che giustifichi, almeno in un primo momento, l'opposizione al concetto di argomentazione. Questione pertinente, nella misura in cui, tra l'altro, si caratterizza il dibattito come una lotta verbale sottratta alla violenza e, meglio ancora, come scontro di argomenti, sottolineando così l'aspetto agonistico ben noto del dibattito nell'aula di una corte di giustizia. La questione più importante consiste allora nel sapere se bisogna attenersi a una concezione puramente antinomica della polarità interpretazione/argomentazione o se, come io credo, si debba tentare di elaborare una versione propriamente dialettica di questa polarità.

A dire il vero, lo stato attuale della discussione non sembra a prima vista orientato verso questo tipo di trattamento dialettico. Le nostre letture ci hanno fatto incontrare, da un lato, un autore come Ronald Dworkin, che pone l'intera seconda parte della sua opera *A Matter of Principle* del 1985 sotto il titolo *Law as Interpretation*, senza apparentemente dare spazio a un eventuale

* Traduzione dal francese di Sylvie Mazurelle.

confronto tra interpretazione e argomentazione¹. Incontriamo, dall'altro lato, teorici dell'argomentazione giuridica, come Robert Alexy, in *Theorie der juristischen Argumentation* del 1978², e Manuel Atienza, in *Teoría de la argumentación jurídica* del 1989³, per i quali l'argomentazione giuridica deve essere considerata come un settore distinto, ma subordinato, all'interno di una teoria generale dell'argomentazione pratica, senza che l'interpretazione sia mai riconosciuta come un elemento originale del discorso (*Diskurs*) giuridico.

Malgrado questa situazione di fatto, che ora ci accingiamo a sviscerare, ho creduto di potermi basare sulle insufficienze di ciascuna posizione considerata per sostenere la tesi secondo la quale una ermeneutica giuridica, incentrata sulla tematica del dibattito, richieda una concezione dialettica dei rapporti tra interpretazione e argomentazione. Sono stato incoraggiato in questa impresa dall'analogia che mi è sembrata esistere, sul piano epistemologico, tra la coppia interpretare-argomentare sul piano giuridico, e la coppia comprendere-spiegare, della quale ho tempo fa mostrato la struttura dialettica, nell'ambito della teoria del testo, della teoria dell'azione o della teoria della storia.

1. DWORKIN: DALL'INTERPRETAZIONE ALL'ARGOMENTAZIONE?

Presentando le idee di Dworkin al riguardo, porrò l'accento sul quadro strategico all'interno del quale ci si richiama alla nozione di interpretazione, con il preciso intento di ricercare nei limiti inerenti a questo quadro le ragioni dell'occultamento della problematica dell'argomentazione che, per ragioni contrarie, occuperà tutta la scena della teoria dell'argomentazione giuridica di Alexy e Atienza.

È degno di nota che la questione dell'interpretazione sia posta da Dworkin partendo da una discussione molto precisa e persino puntigliosa del paradosso costituito, per la pratica giuridica più concreta, dagli *hard cases* – i “casi difficili”. Si esamina pertanto una strategia che parte da una perplessità originata dalla pratica effettiva del giudice e che, da lì, si eleva a considerazioni generali che riguardano la coerenza della pratica giudiziaria.

È in questo ambito che l'autore di *A Matter of Principle* incontra la questione del rapporto tra diritto e interpretazione. La posizione privilegiata accordata ai “casi difficili” in *A Matter of Principle* non è accidentale. Gli *hard cases* costituiscono già una pietra di paragone in *Taking Rights Seriously* (1977) e nel

1. R. Dworkin, *Diritto come interpretazione*, in Id., *Questioni di principio*, il Saggiatore, Milano 1990.

2. R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1978; trad. inglese *A Theory of Legal Argumentation*, Clarendon Press, Oxford 1989.

3. M. Atienza, *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1989.

saggio che citeremo più avanti, *Is Law a System of Rules?*, che fa parte dell'opera collettiva *The Philosophy of Law* (1977) della quale Dworkin è il curatore⁴.

Quand'è che il giudice si confronta con un caso considerato difficile? Quando nessuna delle disposizioni legali ricavate dalle leggi esistenti sembra costituire la norma sotto la quale il suddetto caso potrebbe esser posto; si potrebbe dire, in termini kantiani, che i casi difficili mettono a dura prova il giudizio riflettente.

Perché allora battere con l'accanimento e la sottigliezza dispiegati da Dworkin contro la cosiddetta *no right answer thesis* (la tesi che afferma l'impossibilità di reperire una risposta corretta nei casi difficili)? Per opporsi alla teoria positivista del diritto, che è il bersaglio permanente di Dworkin. Secondo quest'ultima, ridotta all'osso, le leggi, ritenute dettate da chi ha posizione di comando, sono identificate dal loro *pedigree* e l'intenzione del legislatore costituisce un corollario a questo primo assioma. In base al secondo assioma, si ritiene che le leggi regolino delle disposizioni non equivocate (si vede qui affiorare la questione ermeneutica nella misura in cui questa è coinvolta nell'equivocità irriducibile dei testi). Infine, per il terzo assioma, quando nessuna risposta al quesito posto sembra essere contenuta nel diritto vigente, il giudizio del caso è allora affidato al potere discrezionale del giudice.

La confutazione di queste tre tesi essenziali farà da base a una teoria dell'interpretazione. Innanzitutto, il senso di una legge non risulta dal suo *pedigree*; come si dice nei termini di una teoria non intenzionalistica del testo letterario, il senso, se c'è, è da ricercare nel testo e nelle sue connessioni intertestuali, e non nel comando di un legislatore, corrispondente – in ambito giuridico – dell'intenzione attribuita all'autore di un testo letterario. Inoltre, secondo quanto confessano teorici positivisti come Hart, le leggi più esplicite hanno una *open structure*, nel senso di un testo aperto a interpretazioni costruttive non previste. Infine la confutazione della terza tesi, quella del ruolo di "tappabuchi" concesso al potere discrezionale del giudice, apre direttamente la via a una teoria dell'interpretazione. Se la discrezione del giudice è l'unica risposta al silenzio della legge, allora l'alternativa è fatale a qualsiasi caratterizzazione giuridica della decisione: essa o è arbitraria, nel senso di fuorilegge, oppure è giuridica solo per la pretesa legislativa che ricopre; solo la capacità di creare un precedente protegge la qualificazione giuridica della decisione scaturita dal potere discrezionale.

Di qui l'interrogativo di Dworkin: come giustificare l'idea che ci sia sempre una risposta valida, senza cadere o nell'arbitrario o nella pretesa del giudice di porsi come legislatore?

4. R. Dworkin, *I diritti presi sul serio*, il Mulino, Bologna 1982 e Id., *Is Law a System of Rules?*, in Id. (ed.), *Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford 1977, pp. 38-65.

È in questa situazione critica che la teoria giuridica incontra il modello del testo letterario e il sottomodello del testo narrativo, il quale diverrà, sotto la penna di Dworkin, il paradigma del testo.

Soffermiamoci brevemente sulla teoria generale del testo letterario: la disgiunzione attuata nella critica letteraria tra il significato immanente del testo e l'intenzione dell'autore trova, nella teoria giuridica, un parallelo nella disgiunzione attuata tra il senso della legge e l'atto di decisione che il positivismo giuridico pone alla fonte del diritto. L'attività letteraria riveste un carattere esemplare per la teoria giuridica dal momento che l'interpretazione poggia sulle polisemie del testo, come si offre alla catena dei suoi lettori.

Ciò che è stato qualificato a malincuore imprecisione o vaghezza del testo letterario non appare più come una debolezza, ma come una forza, per quello che possiamo chiamare simmetricamente l'"impresa giudiziaria".

È allora che il modello narrativo acquista un rilievo particolare, nella misura in cui l'interpretazione visibilmente si richiama nella ricostruzione del senso del testo a dei rapporti di convenienza, di giustizia o di adattamento, tra l'interpretazione proposta di un passo difficile e l'interpretazione dell'insieme dell'opera. Si riconosce in questo *fit* il celebre principio ermeneutico dell'interpretazione reciproca della parte e del tutto. Si vedrà tra breve sotto quale punto di vista l'attività giuridica si lasci meglio considerare come opera che forma un tutto; ma diciamo fin d'ora che l'apprezzare un rapporto di convenienza, di giustizia o di adattamento sfugge all'alternativa tra dimostrabilità e arbitrario. Ci troviamo su di un piano in cui la controversia è certamente possibile, ma in cui un critico può pretendere che un'interpretazione convenga più di un'altra, sia più probabile, più plausibile, più accettabile (tutti termini che richiedono di essere precisati). La *no right answer thesis* era a sua insaputa evidentemente solidale con la tesi della dimostrabilità, cioè, dice Dworkin, con un giudizio retto da argomenti la cui verità si imporrebbe a chiunque comprendesse la lingua nella quale la tesi giuridica venisse enunciata. È forse a questo punto che Dworkin, accecato dalla tesi rivale della dimostrabilità, sbaglia il momento in cui l'interpretazione dovrebbe richiamarsi a una teoria dell'argomentazione ed essa stessa sfugge all'alternativa della dimostrabilità o dell'arbitrario. Si può attribuire questa mancanza nel ragionamento alla forse eccessiva preoccupazione attribuita alla confutazione della *no right answer thesis*, che conduce a stabilire un legame troppo rigido tra la soluzione dei casi difficili e la tesi della dimostrabilità delle tesi giuridiche.

Ma spingiamo più in là il ricorso al modello letterario nella sua forma squisitamente narrativa. In quale contesto bisogna porsi per vedere la ricerca del *fit* interpretativo corroborato da ciò che Dworkin chiama i "fatti di coerenza narrativa"? Bisogna uscire dal caso isolato e puntuale di un dato giudizio e porsi nella prospettiva di una storia dell'"impresa giudiziaria", considerandone quindi la dimensione temporale. È in questa occasione che Dworkin ricorre

alla metafora della *chain novel* (romanzo a catena). Ogni narratore aggiunge il proprio capitolo alla redazione di una storia; e benché nessun narratore possa da solo determinare il senso globale di tale storia, ognuno deve tuttavia immaginarlo, se adotta come regola la ricerca della massima coerenza. Questa anticipazione della coerenza narrativa, unita alla comprensione dei capitoli precedenti di una storia che ogni narratore trova già incominciata, dà alla ricerca del *fit* una doppia garanzia, quella dei precedenti, da una parte, e quella dell'obiettivo presunto dell'insieme giuridico in fase di elaborazione, dall'altra parte. In altre parole offre, da una parte, il già giudicato, dall'altra, il profilo anticipato dell'impresa giuridica considerata nella sua storicità. In questo modo il modello del testo – e più particolarmente del testo narrativo – fornisce un'alternativa accettabile alla risposta offerta agli *hard cases* dalla *no right answer thesis* e, nel contempo, alla concezione positivista del diritto.

Sfortunatamente, Dworkin non ha colto l'occasione di coordinare la propria nozione di *fit* e, più precisamente, la versione narrativista di questo *fit* con una teoria dell'argomentazione che potrebbe perfettamente esser considerata come criterio stesso di coerenza, sia o non sia questa riducibile alla coerenza narrativa. I sinonimi proposti – integrità, identità – non aggiungono alcuna precisione particolare alla nozione troppo indeterminata di coerenza. Tutt'al più ci si richiama a concetti che si trovano in Toulmin⁵, ad esempio “peso” (*weight*), “importanza” (*relevance*), “garanzia” (*warrant*), “confutazione” (*rebuttal*) ecc.; tutti concetti che dipendono da una teoria ancora incoativa dell'argomentazione, come diranno Alexy e Atienza. Possiamo allora chiederci perché Dworkin non si sia servito di una teoria più raffinata dell'argomentazione. Non certo per mancanza di sottigliezza; sappiamo che è un temibile oratore; ma per motivi più profondi che si capiscono meglio se si confronta la sezione *Law as Interpretation* di *A Matter of Principle* con il saggio *Is Law a System of Rules?* tratto da *The Philosophy of Law*. Questo saggio rivela che Dworkin è molto meno interessato alla forma degli argomenti che alla loro sostanza e, diciamolo subito, alla loro pregnanza morale e politica. La concezione del diritto proposta da questo autorevole articolo si basa su di una gerarchia dei diversi elementi normativi del diritto. È ancora una volta la *querelle* con il positivismo di Hart che dirige il gioco. Viene qui denunciata la complicità tra la rigidità giuridica che sposa l'idea di regola univoca e il decisionismo che conduce ad aumentare il potere discrezionale del giudice. L'univocità, vi è detto con insistenza, è una caratteristica delle regole. Non si addice ai principi che, in ultima istanza, sono di natura etico-giuridica. Il diritto stabilito, in quanto sistema di regole, non esaurisce il diritto in quanto impresa politica.

In che modo questa distinzione tra principi e regole contribuisce alla teoria

5. S. Toulmin, *Gli usi dell'argomentazione*, Rosenberg & Sellier, Torino 1975.

ermeneutica del giudizio giudiziario? In questo senso: i principi più che le regole consentono la soluzione dei casi difficili. Ora questi principi, a differenza delle regole, non possono essere identificati mediante il loro *pedigree* (chi li ha dettati? il costume? il potere? una legislatura inafferrabile? dei precedenti?), ma mediante la loro specifica forza normativa. Inoltre, a differenza delle regole di secondo grado, come le “regole di riconoscimento” di Hart, il loro statuto etico-politico esclude l’univocità. Bisogna interpretarli ogni volta. E ogni interpretazione può esser detta “supportare” tal o talaltra soluzione; “pesare” più o meno, pendere senza necessità, per parlare come Leibniz. Bisogna parlare del loro peso da valutarsi di volta in volta; soprattutto bisogna provare il *sense of appropriateness* che si è sviluppato nella storia della professione e del pubblico preparato. Pertanto non è possibile procedere a una elencazione completa delle eccezioni, come non è nemmeno possibile fare una panoramica completa dei principi in vigore. I termini contenuti in molte sentenze nel regime di *common law*, ad esempio irragionevole, negligente, ingiusto, significativo, evidenziano il ruolo dell’interpretazione fino all’enunciato della sentenza.

Questa concezione elastica e non codificabile dell’interpretazione è comprensibilmente contraria al formalismo di una teoria dell’argomentazione giuridica. Dworkin è molto più interessato all’orizzonte etico-politico nel quale si stagliano i principi irriducibili alle regole. Ne accetta tutti gli inconvenienti: il carattere interminabile della controversia, che non può essere compensato se non dal grande consenso di una società democratica (ritroviamo qui l’ultimo Rawls e il suo “consenso per intersezione”); la fragilità di giudizi affidati alla capacità di accettazione dei vari uditori interessati (le parti nel processo, la professione giuridica, i giuristi dottrinari). Dworkin ritrova qui, senza forse prenderne coscienza, le difficoltà sollevate dalla scuola della ricezione del testo nella teoria letteraria.

Ma non vorrei lasciare Dworkin senza aver sottolineato i meriti della sua tesi. Al modello del testo egli deve una concezione della legge liberata da ciò che egli chiama il suo *pedigree*. Al modello della narrazione, malgrado una certa ingenuità di fronte allo sviluppo contemporaneo delle teorie che riguardano la narratività, egli deve l’aver considerato la “pratica legale” nel suo svolgimento storico, la “storia legale” scelta come quadro interpretativo. Infine, alla distinzione tra principi e regole, egli deve una concezione generale del diritto inseparabile “da una teoria politica sostantiva”. Questo interesse ultimo e fondamentale in fin dei conti lo allontana da una teoria formale dell’argomentazione giuridica.

2. DALL’ARGOMENTAZIONE ALL’INTERPRETAZIONE?

La strategia attuata dagli specialisti dell’argomento giuridico come Alexy e Atienza è molto diversa. Si tratta essenzialmente di occuparsi di questo come di un caso speciale della discussione pratica normativa generale, quindi di iscri-

vere il piccolo cerchio dell'argomentazione giuridica nel grande cerchio dell'argomentazione pratica generale. È quindi da questa che si partirà a titolo di *Begründung*, quindi di giustificazione o di fondazione⁶. Importa quindi l'articolazione tra i due livelli, nella misura in cui è nei vincoli e nei procedimenti caratteristici dell'argomento giuridico che si può trovare l'occasione di imperniare l'interpretazione sulla giustificazione, anche se gli autori lo fanno solo saltuariamente. A questo riguardo Atienza dà più possibilità di Alexy a un tale tentativo di conciliazione, come suggerisce la sua considerazione dei casi che egli chiama tragici⁷. Soffermiamoci quindi a lungo sul piano del discorso pratico normativo. Questi tre termini meritano di esser spiegati: con pratica si intende il campo intero delle interazioni umane; questo è considerato peculiarmente dal punto di vista delle norme che lo regolano e che, in quanto norme, pretendono la correttezza (*Richtigkeit*, *correctness*, *corrección*) mediante uno scambio di argomenti la cui logica non soddisfa la semplice logica formale, senza però cedere né all'arbitrario del decisionismo né al cosiddetto intuito delle teorie morali intuizionistiche facendo così, di primo acchito, sospettare grandemente del concetto di potere discrezionale. Il concetto di discorso impone un certo formalismo, precisamente quello dell'argomentazione, al punto che i termini discorso e argomentazione tendono a sovrapporsi.

La questione è quindi di sapere in che modo si definisce la pretesa alla rettitudine, alla correttezza. Troviamo una risposta in Habermas e nella scuola di Erlangen: la rettitudine è la pretesa che intensifica l'intelligibilità giacché essa ammette il criterio della comunicabilità universalizzabile. Un buon argomento è quell'argomento che idealmente sarebbe non solo capito, considerato plausibile ma accettato da tutte le parti interessate. Si riconosce a questo punto la tesi habermasiana dell'accordo potenziale a livello di una comunità priva di limiti e di vincoli. È in questa prospettiva di consenso universale che trovano posto le regole formali di qualsiasi discussione che aspiri alla correttezza. Queste regole, che come vedremo non sono numerose, costituiscono l'essenziale della pragmatica universale del discorso, della quale sottolineiamo con forza l'accento normativo, contrariamente a qualsiasi riduzione all'argomentazione strategica che sorregge la contrattazione, la quale è sottoposta a molti e vari limiti e ambisce al successo e non alla correttezza.

All'obiezione che immediatamente viene in mente, e cioè che un consenso

6. Il traduttore inglese ha scelto il termine *justification* e il traduttore spagnolo, Atienza in quel caso, *fundamentación*.

7. Una precisazione sul lessico: in tedesco, in particolare nel tedesco di Habermas e della sua scuola, *Diskurs* significa nello stesso tempo discorso in generale, cioè concatenamento di frasi, e discorso nel senso di discussione, quindi di concatenamento di argomenti. L'inglese ha adottato *discourse* e lo spagnolo *discurso*; in francese il termine *discours* è facilmente ammesso nel senso di discussione che poggia su degli argomenti, è così che si parla di etica del discorso o della discussione.

simile sia irraggiungibile, irrealizzabile, si risponde proprio che il carattere falsificabile dell'idea di correttezza giustifica il suo statuto trascendentale che la tratta come un compito senza fine. All'obiezione che queste basi siano da sole insufficienti si risponde che è proprio compito dell'argomentazione giuridica completare le regole generali del discorso normativo in un campo particolare, quello del diritto. All'obiezione, infine, che proprio in virtù del suo carattere ideale, la teoria dell'argomentazione possa servire da alibi a distorsioni sistematiche si risponde che l'ideale dell'accordo potenziale racchiude in sé le condizioni di una critica serrata degli accordi empirici più o meno carpitati, o scaturiti da interessi coalizzati e più in generale rappresentativi di un equilibrio di fatto tra vari poteri in conflitto.

Quando si chiede di precisare le modalità fin d'ora formulabili di questa pragmatica, appare che l'universalizzazione possibile di un argomento consiste in ciò che ne costituisce la rettitudine. Vediamo cosa significa tutto questo sul piano giuridico. Significa forse che ci limitiamo a ripetere Kant? Lo negano gli habermasiani: il principio di universalità è subito attuato in una situazione di dialogo, mentre in Kant rimane limitato al monologo interiore (questo, lo dico per inciso, è molto contestabile e sicuramente falso dal punto di vista della filosofia kantiana del diritto).

Come già osservato, le regole della pragmatica universale sono poco numerose ma sufficienti per un'etica della discussione. Alcune regolano l'esordio nel discorso, la presa di parola: tutti hanno ugual diritto a intervenire, a nessuno è proibito prendere la parola. Altre regole accompagnano la discussione nel suo intero svolgimento: ognuno deve accettare la richiesta che gli viene posta di fornire dei motivi e, se possibile, il miglior argomento, o di giustificare il proprio rifiuto. Questa è la regola generale di giustificazione. Altre regole disciplinano la conclusione della discussione: ognuno deve accettare le conseguenze di una decisione se le richieste ben argomentate di tutti sono soddisfatte. Prendiamone nota! Questa ultima regola si trova già nel punto di intersezione del formale e del sostanziale (o del materiale) in virtù del ricorso che si fa alle nozioni di bisogno o di interesse⁸. Lì una qualche interpretazione s'inserisce nella discussione quando bisogni o interessi dipendono dalla comprensione e dalla valutazione e, per esser intesi o recepiti, hanno già dovuto superare il primo test di una stima condivisa da comunità di tipo variabile⁹.

8. Abbiamo qui una situazione paragonabile a quella che si incontra nella *Teoria della giustizia* di Rawls, dal momento in cui si tratta in quest'ultimo di "beni sociali fondamentali" da distribuire.

9. Si ritrova qui l'equivalente della nozione kantiana di massima, che corrisponde al fatto che i desideri empirici devono aver raggiunto una certa generalità, diciamo quella di un piano d'azione, se non addirittura di un piano di vita, se devono potersi prestare a dei criteri di universalizzazione.

Nella misura in cui ci si pone sul piano della comunicabilità, interessi e bisogni rientrano nella discussione regolata in termini di comprensione condivisa. La normativa formale comporta fatalmente la normativa presunta mediante la quale una posizione particolare si presenta come discutibile, cioè, nel senso proprio del termine, come plausibile. Questo carattere di discutibilità soggiace a delle idee come *Offenheit* (*openness*, apertura). Infine una decisione presa in un ambito discorsivo limitato è sottomessa a delle condizioni di accettabilità sul piano di ciò che Perelman chiama uditorio universale¹⁰. A dire il vero, c'è una lunga serie di uditori interessati, visto che si tratta della ricezione da parte di altre istanze discorsive, anch'esse preoccupate e in modi concretamente diversi, dalla pretesa alla giustizia (o correttezza).

Al termine di questa rapida evocazione delle regole costitutive del discorso pratico razionale generale, si può certamente concedere che, per il suo carattere falsificabile, la nozione di situazione ideale di discorso offra una prospettiva di rettitudine a qualsiasi discorso nel quale i partner cerchino di convincere con degli argomenti: l'ideale non è solo anticipato ma già in atto. Però bisogna anche sottolineare che il formale può inserirsi nel corso di una discussione solo se si snoda lungo le espressioni già pubbliche d'interessi, quindi di bisogni contrassegnati da interpretazioni prevalenti che riguardano la loro legittimità e che costituiscono ciò che prima è stato chiamato il loro carattere discutibile. È in questa occasione che Alexy stesso introduce, ma senza insistere più di tanto, la nozione di interpretazione, quando evoca «le regole che governano l'interpretazione dei bisogni propri o altrui come generalizzabili o non generalizzabili»¹¹. Questa confessione non rappresenta una concessione fatale al formalismo della teoria, nella misura in cui si sottolinea che i protagonisti tendono alla rettitudine del loro discorso dall'interno dello stesso. È qui che si incontra la questione relativa a ciò che è discorsivamente possibile in una data situazione storica. In mancanza di ciò non si dovrebbe nemmeno parlare della capacità di problematizzare, presupposta – e necessaria – in ognuno dei protagonisti della discussione.

È arrivato il momento di caratterizzare il discorso giuridico come tipo particolare del genere discorso pratico generale. Bisogna innanzitutto ricordare la diversità dei luoghi in cui si svolge il discorso giuridico, prima di parlare dei vincoli che gli impongono dei limiti specifici. La procedura giudiziaria che sceglierò in quanto paradigmatica, con le sue corti, i suoi tribunali e i suoi giudici, è solo uno tra i luoghi dove il discorso giuridico si svolge: c'è al di sotto di essa la procedura legislativa, produttrice di leggi, e al suo fianco, al di sopra di essa la procedura dei giuristi che si esprimono mediante ciò che i teorici di lingua tedesca chiamano dogmatica giuridica. Bisognerebbe inoltre aggiunger-

10. Cfr. C. Perelman, L. Olbrechts-Tyteca, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, Einaudi, Torino 1966.

11. Alexy, *A Theory*, cit., p. 133.

re, con Perelman, l'opinione pubblica e, al limite, l'uditorio universale, alla cui discussione sono sottomesse le teorie dei giuristi, le leggi prodotte dai corpi legislativi e, infine, le decisioni emesse dalle procedure giudiziarie. Tra tutte queste procedure è la giudiziaria a essere sottoposta ai vincoli più forti capaci di scavare un divario tra discorso pratico generale e discorso giudiziario. Ci soffermeremo ora proprio su questi vincoli.

Innanzitutto la discussione si svolge in un preciso contesto istituzionale (tribunali e corti). In quella sede, non tutte le questioni sono aperte al dibattito bensì solo quelle che si inseriscono nell'ambito codificato del processo. Nel processo stesso, i ruoli sono distribuiti in modo disuguale (l'accusato non è presente di sua spontanea volontà, è stato convocato). Inoltre la deliberazione è sottomessa a delle regole di procedura esse stesse codificate. Aggiungiamo pure che la deliberazione avviene in un tempo limitato, a differenza della dogmatica giuridica e, fino a un certo punto, delle deliberazioni della procedura legislativa. Infine la discussione nella procedura giudiziaria non termina con un accordo e non cerca nemmeno un accordo, almeno in una prima approssimazione; giudicare significa decidere e quindi separare le parti, stabilire, come è stato sottolineato altrove, una giusta distanza tra di esse. Infine non bisogna perdere di vista l'obbligo legale di giudicare a carico del giudice.

Cosa ne è, in queste condizioni vincolanti, delle regole del discorso normativo generale? Alexy e i fautori di quella che generalmente viene chiamata la teoria *standard* insistono sulla filiazione a partire dalla pretesa alla correttezza comune a qualsiasi discorso normativo, prima di soffermarsi più a lungo sui caratteri specifici del discorso giuridico. La loro tesi è che la pretesa alla correttezza di un argomento giuridico non differisce punto da quella avanzata nei confronti di qualsiasi discorso normativo. La norma generale è implicita. Idealmente, il perdente, il condannato, sono inclusi nel riconoscimento di questa pretesa, che si suppone condivisa da tutte le parti in gioco. Questo presupposto implicito si esprime in certi sistemi giuridici con l'obbligo di motivare la decisione. Ma anche se la decisione non è pubblicamente motivata, è almeno giustificata dagli argomenti usati. Ecco perché un giudice non può nello stesso tempo deliberare un caso e dichiarare che la sua sentenza è ingiusta. Questa contraddizione performativa è palese quanto quella di un locutore che contemporaneamente dicesse che il gatto si trova sul tappeto e che non crede che vi sia¹².

La tesi funge essa stessa da argomento *a contrario*: se l'argomentazione giuridica non avesse in prospettiva il discorso normativo generale che mira alla correttezza, nessun senso potrebbe esser dato all'idea di argomentare razional-

12. Un'applicazione immediata si presenta. Sul piano penale, nessun progetto educativo, nessuna preoccupazione di reinserimento del condannato sarebbero giustificati né potrebbero perfino esser efficaci se il condannato non fosse trattato come un essere razionale, capace almeno di capire gli argomenti opposti al suo comportamento delittuoso.

mente. Se quindi si devono portare dei vincoli nuovi alla teoria della discussione normativa, questi devono entrare per ultimi.

Pertanto quale posto può esser dato all'interpretazione? Il passaggio dall'argomentazione all'interpretazione mi sembra imporsi sin dal piano che Alexy caratterizza come "giustificazione interna", per opporla alla "giustificazione esterna". La giustificazione interna riguarda la coerenza logica tra premesse e conclusione; essa caratterizza quindi l'argomentazione in quanto inferenza. Secondo me, il sillogismo giuridico non può esser ridotto alla via diretta della sussunzione di un caso a una regola, ma deve inoltre soddisfare il riconoscimento del carattere appropriato dell'applicazione di tale norma a tali casi. Ritroviamo a questo punto qualche aspetto della regola di convenienza evocata da Dworkin; l'applicazione di una regola è infatti un'operazione molto complessa nella quale l'interpretazione dei fatti e l'interpretazione della norma si condizionano vicendevolmente, prima di condurre alla qualificazione mediante la quale è detto che tal comportamento presunto delittuoso è da ricondurre a tale norma che si dice esser stata infranta. Per cominciare con l'interpretazione dei fatti, non si insisterà mai abbastanza sulla molteplicità dei modi con i quali una concatenazione fattuale può esser considerata e, diciamolo, raccontata. Bisognerebbe allargare qui l'indagine a tutto il campo pratico che Wilhelm Schapp percorre in *Empêtré dans des histoires*¹³. Non si finisce mai di sbrogliare con certezza i fili della vicenda personale dell'accusato, e tal modo di leggerne il concatenamento è già orientato dalla presunzione che vuole che tale concatenamento ponga il caso considerato sotto tale regola. Dire che "a" è un caso particolare di "d", significa già decidere che il sillogismo giuridico è valido per lui (il sillogismo è giuridico e non soltanto pratico perché la stessa sussunzione pone il problema).

È sufficiente allora dire, insieme ai fautori dell'argomentazione, che bisogna aggiungere delle regole supplementari? Alexy scrive a questo punto: «Quando si dubita se "a" sia "T" o "M", bisogna produrre una regola che risolva la questione»¹⁴. L'argomento è tratto dalla regola di universalizzazione: se non esistessero modi di assicurarsi che "a", come "b", come "c", è un caso di "d", allora si infrangerebbe la regola di universalizzazione. Bisogna quindi procedere per gradi di scomposizione fino a trovare un impiego delle espressioni della legge la cui applicazione a un dato caso non lasci più spazio alla disputa. Ma questa condizione, seppure del tutto formale, può essere sempre soddisfatta? La sussunzione, anche per gradi distinti, può evitare un'interpretazione congiunta della norma e dei fatti con aggiustamenti reciproci? Direi, per conto mio, che l'interpretazione è diventata l'*organon* dell'inferenza. In termini kantiani, l'interpretazione è la strada che segue l'immaginazione creatrice

13. W. Schapp, *Empêtré dans des histoires*, trad. francese di J. Greisch, Cerf, Paris 1992.

14. Alexy, *A Theory*, cit., p. 226.

nell'operazione del giudizio riflettente. La questione proposta consiste in effetti nello stabilire sotto quale regola sia da porre tale caso. L'universalizzazione non vale allora se non come regola di controllo del processo di mutuo adattamento tra la norma interpretata e il fatto interpretato. In questo senso, l'interpretazione non è esterna all'argomentazione: essa ne costituisce l'*organon*. La stessa idea di casi simili si basa sull'interpretazione di un'analogia; è così che bisogna sempre interpretare nello stesso tempo la norma, in quanto coprente, e il caso, in quanto coperto, perché funzioni il sillogismo giuridico che, da questo momento, non differisce in nessun modo dal sillogismo pratico generale¹⁵. Concludo quindi che l'interpretazione è incorporata nella giustificazione già dal livello di ciò che Alexy chiama giustificazione interna e che mette in causa la sola coerenza logica dell'inferenza.

Qualunque cosa provenga dall'interpretazione sul piano più formale dell'inferenza giuridica, l'intrecciarsi di argomentazione e interpretazione mi sembra fuori discussione a livello di ciò che Alexy chiama "giustificazione esterna", e cioè giustificazione delle premesse. Ricordiamo innanzitutto che il limite fondamentale incontrato dall'argomentazione giuridica sta nel fatto che il giudice non è il legislatore, che egli applica la legge, cioè incorpora ai suoi stessi argomenti il diritto vigente. È qui che ritroviamo il carattere vago del linguaggio giuridico, i conflitti possibili tra le varie norme, il silenzio provvisorio della legge sui "casi difficili" (gli *hard cases* di Dworkin), l'opportunità e spesso la necessità di scegliere tra la lettera e lo spirito della legge. Ora, nell'applicazione non solo si riconosce la norma in quanto vincolante ma si mette alla prova la sua variabilità, nel culmine del gioco già illustrato della doppia interpretazione della legge e dei fatti¹⁶.

Al secondo posto bisogna porre gli *alea* e il brancolare dell'indagine propriamente empirica. Ciò permette di ricordare che l'interpretazione di ciò che rileva come fatto, pertinente nel campo d'investigazione del caso interessato, riguarda allo stesso modo la giustificazione detta interna e la giustificazione detta esterna. I "fatti" di tale caso, non solo la loro valutazione ma pure la loro

15. Autori come Engisch e Larenz, citati da Alexy, sottolineano il ruolo della "scoperta" nell'operazione di giustificazione e parlano a questo riguardo di ermeneutica giuridica (cfr. Alexy, *A Theory*, cit., p. 228, nota 44). Alexy rimanda alla parte della descrizione psicologica del processo questo momento di "scoperta" e lo separa dalla giustificazione. Ma l'argomentazione non ha essa per caratteristica primaria di non separare scoperta e giustificazione?

16. Si possono, è vero, isolare ciò che gli autori chiamano "argomenti giuridici speciali" come l'analogia, l'argomento *a contrario*, l'argomento *a fortiori*, l'argomento per assurdo ecc. Ma se essi operano al limite tra formale e sostanziale non sono per nulla specifici del diritto; li ritroviamo in altri campi del discorso. Così Alexy, come altri autori, li riformula nell'ambito dell'inferenza logica. A questo riguardo il destino dell'analogia è particolarmente esemplare; scrive Alexy a proposito: «La si può trattare alla stregua di una variante della regola di universalizzazione comune al discorso pratico generale e giuridico» (Alexy, *A Theory*, cit., p. 282).

semplice descrizione, sono oggetto di molteplici controversie legali nelle quali, ancora una volta, l'interpretazione della norma e l'interpretazione dei fatti si sovrappongono. Anche qui è legittimo invocare Dworkin, quando ripete con insistenza che i "fatti" di un caso non sono fatti grezzi ma che essi sono carichi di significati e quindi sono interpretati.

In terzo luogo poniamo, sempre sul piano della giustificazione delle premesse, i ricorsi e i prestati fatti alla teoria giuridica, a ciò che Alexy chiama dogmatica giuridica. Qui s'impone un confronto con la distinzione introdotta da Dworkin tra regola e principio. Infatti grazie a lui abbiamo potuto notare quanto il ricorso a dei principi sia diverso dal ricorso a delle regole. La regola vincola, i principi "pendono", pesano più o meno a favore di tale tesi ecc.

A questo punto si può capire il ricorso a quelli che dal *Sistema del diritto romano attuale* (1840) di Savigny si chiamano i "canoni d'interpretazione". Si può certamente darne una versione formale, dicendo che essi consistono nell'interpretare la norma N nei termini di W. Questa interpretazione può tradursi in una semplice disputa semantica, ma può anche fare entrare in gioco un argomento "genetico" quando si invoca l'intenzione del legislatore in rapporto alla distinzione tra lo spirito e la lettera di una norma. Ancora una volta, senza saperlo, Alexy incontra Dworkin. Non c'è niente di più facilmente contestabile che il fatto di richiamare l'intenzione del legislatore: il legislatore voleva che si interpretasse N nei termini di W? Mirava a un fine oltre la norma N? Così un argomento che si rifà all'intenzione del legislatore viene inevitabilmente valutato. In ogni modo, anche se la conoscessimo, la stessa intenzione non sarebbe univoca. A questo riguardo tutti gli argomenti "genetici" o di *pedigree*, come dice Dworkin, devono essere collocati nella stessa rubrica degli argomenti storici o comparativi. In fin dei conti, il ricorrere alla teoria e agli argomenti detti sistematici non allontana dall'ermeneutica ma vi riconduce curiosamente per i loro aspetti molteplici di plurivocità.

Infine un trattamento particolare deve essere riservato all'argomento del precedente¹⁷. Non si tratta, in un certo senso, di giustificazione esterna, nella misura in cui il precedente, una volta riconosciuto simile, non mette in gioco nessun altro criterio se non quello della sua capacità di universalizzazione (trattare in modo simile i casi simili). Problematico è, però, il riconoscere la similitudine; dire che tale situazione diventa un precedente significa già operare una selezione nel *thesaurus* delle sentenze di giustizia. Sotto quali aspetti due casi sono simili? Si ritorna alla "valutazione" rispettiva delle somiglianze e delle differenze. Pur accordandoci su queste, rimarrebbe il problema di sapere quali somiglianze e quali differenze sono pertinenti nella vicenda che si considera. Si può certo adottare come regola l'affidare l'onere dell'argomentazione a colui il

17. Cfr. Alexy, *A Theory*, cit., pp. 274-9.

quale contesta un precedente già stabilito e sostiene l'eccezione. A questo riguardo Perelman invoca una specie di principio di inerzia a favore del precedente: vista l'inerzia del giudizio acquisito bisogna avere buoni motivi per deviare dalla china presa. Il precedente assicura, nel momento della decisione, stabilità, sicurezza, fiducia.

A questo punto i formalisti fanno osservare che questa giustificazione troppo sociologica del ricorso al precedente non risolve il problema della struttura argomentativa dello stesso. Hanno ragione. Ma è proprio questa struttura argomentativa che mobilita l'interpretazione. Il precedente rimanda alla similarità, la quale non è né data né inventata, bensì costruita. Nel lessico di Dworkin si tratta di un caso d'interpretazione costruttiva. L'argomentare pro o contro presuppone che si metta alla prova mediante l'immaginazione l'ipotesi della somiglianza o della differenza.

Infine bisogna probabilmente lasciar spazio, come richiede Atienza, ai casi insolubili nello stato attuale del diritto; Dworkin è probabilmente andato troppo in là quando affermava che c'è sempre una risposta corretta alla domanda posta dagli *hard cases*, per contrastare i ricorsi invadenti al potere discrezionale in una concezione positivista del diritto. I casi tragici dei quali parla volentieri Atienza fanno appello, in effetti, a un senso dell'equità difficilmente formalizzabile oppure, si potrebbe dire, a un senso della giustezza più che della giustizia.

Giunto al termine di questa discussione il lettore forse mi concederà che l'intreccio tra argomentazione e interpretazione sul piano giudiziario è proprio simmetrico all'intreccio tra spiegazione e comprensione sul piano delle scienze del discorso e del testo. Contrariamente a un approccio puramente dicotomico della celebre polarità avevo tempo fa concluso la mia arringa a favore di un trattamento dialettico con una formula aforistica: "spiegare di più per capire meglio". Concludendo la riflessione su interpretazione e argomentazione, propongo una formula affine capace di restituire all'epistemologia del dibattito giudiziario la sua complessa unità. Il punto in cui interpretazione e argomentazione si intersecano è quello in cui si incrociano la via regressiva e ascendente di Dworkin e la via progressiva e discendente di Alexy e Atienza. La prima prende come proprio punto di partenza la questione arguta posta dagli *hard cases* e da lì si spinge nella prospettiva etico-politica dell'attività giudiziaria, considerata nel suo dispiegarsi storico. La seconda scaturisce da una teoria generale dell'argomentazione, valida per qualsiasi forma di discussione pratica normativa, e incontra l'argomentazione giuridica in quanto settore subordinato. Il primo percorso raggiunge il punto d'incontro nel momento in cui la teoria dell'interpretazione incrocia la questione posta dallo stesso modello narrativo dei criteri di coerenza del giudizio in materia giuridica. Il secondo lo raggiunge quando, per rendere conto della specificità dell'argomentazione giuridica, le procedure di interpretazione ritrovano la loro pertinenza in quanto *organon* del sillogismo giuridico, in virtù del quale un caso è posto sotto una

regola. Mi sono inoltre arrischiato a suggerire un'analogia diversa da quella dialettica tra spiegare e comprendere e cioè quella del giudizio riflettente nel senso della *Critica del giudizio*. L'interpretazione diventa così la strada seguita dall'immaginazione creatrice quando il problema non consiste più nell'applicare una regola conosciuta a un caso supposto correttamente descritto, come nel giudizio determinante, ma nel "trovare" la regola sotto la quale è appropriato porre un fatto che richieda da sé di essere interpretato. Bisognerebbe allora mostrare come non si cambi propriamente problematica quando si passa dall'analogia tra la coppia interpretazione-argomentazione e la coppia comprendere-spiegare all'analogia con il giudizio riflettente.