

DENNIS PATTERSON

Disaccordo teorico e interpretazione^{*}

La filosofia del diritto deve studiare i diversi modi nei quali i giuristi di fatto argomentano quando ragionano da giuristi.

S. Shapiro, *The Hart-Dworkin Debate: A Short Guide for the Perplexed*¹

1. INTRODUZIONE

Il disaccordo costituisce un fenomeno pervasivo nella pratica giuridica. Per i filosofi il tema del disaccordo è degno di interesse perché, tra le altre ragioni, non sempre risulta chiaro come ci si debba comportare di fronte a esso. Un aspetto del disaccordo che verrà preso in considerazione in questo saggio consiste nel fatto che in ambito giuridico esso assume forme diverse – o perlomeno taluni ritengono che così accada. Detto in altri termini, è plausibile ritenere che il “disaccordo” si manifesti in una varietà di forme e che alcune tra esse siano più importanti di altre. In questo saggio mi chiederò, per l'appunto, sotto quale profilo queste forme di disaccordo siano importanti e che cosa esse ci dicano intorno alla natura del diritto.

A partire dalla pubblicazione de *L'impero del diritto*² (1986), Ronald Dworkin ha fatto riferimento a qualcosa da lui denominato “disaccordo teorico”. Come spesso accade nei suoi scritti, Dworkin discute il concetto di disaccordo teorico sotto forma di una critica rivolta al positivismo giuridico, in particolare al positivismo di Herbert L. A. Hart. Prima di considerare la trattazione offerta da Dworkin del disaccordo teorico, richiamerò dunque brevemente le principali caratteristiche della discussione hartiana della “regola di riconoscimento”. Tale discussione è necessaria perché la regola di riconoscimento sta alla base tanto del positivismo giuridico quanto della tesi sostenuta da Dworkin, secondo cui il positivismo non sarebbe in grado di dar conto del disaccordo teorico. Sosterrò a mia volta che la spiegazione fornita da Hart, per quanto incompleta, non viene colpita dalla critica di Dworkin. In realtà il positivismo di Hart, una volta emen-

* Traduzione dall'inglese di Damiano Canale.

1. S. Shapiro, *The Hart-Dworkin Debate: A Short Guide for the Perplexed*, in A. Ripstein (ed.), *Ronald Dworkin*, Cambridge University Press, Cambridge 2007, pp. 22-54.

2. R. Dworkin, *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge (MA) 1986 (trad. it. di L. Caracciolo di San Vito, *L'impero del diritto*, il Saggiatore, Milano 1986).

dato tramite alcune considerazioni materiali, è perfettamente in grado di spiegare il disaccordo giuridico, sia esso teorico o di altro tipo.

2. IL POSITIVISMO E LA NATURA DEL DIRITTO

Nei primi sei capitoli de *Il concetto di diritto*³, Hart raggiunge due importanti obiettivi. In primo luogo dimostra come la raffigurazione del diritto fornita da Austin non sia in grado di spiegare alcune caratteristiche fondamentali dei sistemi giuridici. Al suo posto, Hart propone una spiegazione del diritto concepito come sistema di regole e, nel fare questo, fornisce una spiegazione delle caratteristiche fondamentali del diritto.

La validità, e in particolare la validità giuridica, costituisce uno degli aspetti su cui Hart concentra maggiormente la propria attenzione ne *Il concetto di diritto*. Il quesito che Hart si pone può essere formulato nel modo seguente: “cosa rende una certa regola una regola giuridica anziché una regola di tipo diverso?” Nel rigettare la tesi austiniana dell’obbedienza abituale all’autorità, Hart introduce la regola secondaria cardinale, vale a dire la regola di riconoscimento⁴. Tale regola, sostiene Hart, consiste in una pratica intersoggettiva tra i funzionari giuridici che qualifica come “valido” lo *status* giuridico dell’attività del legislatore, delle corti e degli altri funzionari. In altri termini, la regola di riconoscimento fornisce ciò che Hart descrive come un “criterio autoritativo” per identificare la regole primarie che impongono obblighi giuridici⁵.

Vi sono due aspetti della regola di riconoscimento che vale la pena sottolineare nell’ambito di qualsivoglia discussione di questo concetto. In primo luogo, la regola di riconoscimento individua le fonti del diritto valide. Sebbene essa ci dica in che cosa consiste una fonte del diritto valida, la regola di riconoscimento non è, in quanto tale, né valida né invalida. Per quanto ciò esponga la spiegazione al pericolo di un regresso all’infinito, tale regola consiste in una pratica sociale di tipo consuetudinario. In una battuta, ci si rivolge alla regola di riconoscimento per conoscere i criteri di validità di quelle che potrebbero essere chiamate le regole giuridiche “subordinate”. In quanto regola definitiva, la regola di riconoscimento si fonda soltanto sul consenso intersoggettivo che si manifesta nell’attuale prassi dei funzionari.

Il secondo punto è più importante e maggiormente controverso. Oltre a identificare le fonti del diritto (disposizioni e precedenti), la regola di riconoscimento identifica anche i modi consuetudinari attraverso i quali tali fonti vengo-

3. H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford 1994² (trad. it. di M. Cattaneo, *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino 2002²).

4. Ivi, pp. 94-5; trad. it. pp. 111-2.

5. Ivi, p. 100; trad. it. p. 113.

no considerate e utilizzate per decidere le controversie. La regola di riconoscimento, tuttavia, non fornisce una guida completa per la decisione del caso. Essa identifica soltanto le fonti del diritto valide e fissa i modi convenzionali di costruire tali fonti a fini decisionali. Tuttavia, come detto, questa regola non è un algoritmo: non fornisce una guida completa per l'attività giurisdizionale.

La regola di riconoscimento solleva innumerevoli problemi, alcuni di tipo epistemologico, altri di tipo metafisico⁶. Sebbene sia chiaro che tale regola impone ai giudici il dovere di applicare regole giuridiche valide⁷, non è sempre chiaro quale sia la “corretta applicazione” di queste ultime. Ogni spiegazione della regola di riconoscimento deve chiarire quale relazione vi sia tra l'aspetto di certificazione della validità da essa svolto e il ruolo guida nell'attività giurisdizionale che pure le spetta. Le ragioni di tale affermazione verranno rese manifeste qui di seguito.

3. DWORKIN E IL DISACCORDO TEORICO

Ne *L'impero del diritto*, Dworkin si propone di spiegare la natura del disaccordo in ambito giuridico. Le proposizioni giuridiche, sostiene Dworkin, sono «tutte le diverse affermazioni e richieste che gli individui fanno in merito a ciò che il diritto permette, proibisce e concede loro di avere»⁸. Le proposizioni giuridiche possono avere gradi diversi di generalità: esse vanno, ad esempio, da «il diritto proibisce agli Stati di negare *equal protection* a chiunque lo richieda ai sensi del Quattordicesimo Emendamento» per arrivare a «il diritto esige che la Acme Corporation indennizzi John Smith per l'incidente di cui è stato vittima sul luogo di lavoro nel febbraio scorso»⁹.

Secondo Dworkin, le proposizioni giuridiche sono vere o false, e sono vere o false «in virtù di» altre proposizioni. Perlomeno questo è ciò che «tutti pensano»¹⁰. La proposizione “il limite di velocità è di 55 miglia orarie in California” è vera se il legislatore della California ha emanato una legge che prescrive tale limite. È l'atto del legislatore di emanare la legge che “rende” vera la proposizione relativa al limite di velocità.

A volte i giuristi discutono in merito al fatto che una legge, come quella appena richiamata, vi sia oppure no: essi discutono cioè l'esistenza di una legge.

6. Per una recente discussione di questo punto vedi J. Dickson, *Is the Rule of Recognition a Conventional Rule?*, in “Oxford Journal of Legal Studies”, 27, 2007, pp. 373-402.

7. Secondo Hart, il “dovere” di seguire la regola di riconoscimento non dipende dalla morale. Esso identifica piuttosto la percezione o attitudine (Hart la chiama “punto di vista interno”) che i funzionari assumono nei confronti della regola di riconoscimento.

8. Dworkin, *Law's Empire*, cit., p. 4; trad. it. p. 10.

9. *Ibid.*

10. *Ibid.*

Questo tipo di disaccordo riguarda un “fatto” e può essere risolto consultando la raccolta di testi normativi appropriata (*statutory reference*). Ma questo tipo di disaccordo, che Dworkin chiama “empirico”, non esaurisce i tipi di disaccordo che i giuristi hanno tra loro. Oltre al disaccordo empirico vi è infatti il “disaccordo teorico”, richiamando la denominazione utilizzata da Dworkin, il quale risulta assai più importante del primo. Questo tipo di disaccordo non riguarda i fatti ma, sempre utilizzando le parole di Dworkin, «i veri fondamenti del diritto»¹¹. A differenza del disaccordo empirico, il disaccordo teorico non può essere risolto «facendo riferimento ai libri che contengono i resoconti delle decisioni istituzionali»¹². Serve più di questo.

Dworkin ritiene che il disaccordo teorico sia una caratteristica fondamentale della pratica giuridica. Egli biasima «la nostra teoria del diritto» (vale a dire, il positivismo giuridico) poiché questa non possiederebbe «una teoria plausibile del disaccordo teorico»¹³. Ma quando i giuristi sono in disaccordo tra loro in un modo che potremmo chiamare “teorico”, qual è la natura di questa loro disputa? Dworkin sostiene che tale disputa concerne il fatto che «la raccolta dei documenti legislativi e le decisioni giuridiche esaurisc[a]no le basi del diritto pertinenti»¹⁴.

Prima di considerare alcuni dei casi richiamati da Dworkin per illustrare la propria tesi, è importante perlomeno chiarire cosa Dworkin potrebbe sostenere mediante la sua caratterizzazione del disaccordo teorico, inteso quale disputa attorno alla circostanza che le leggi e le decisioni giudiziali passate esauriscono o meno i “fondamenti del diritto”. Sono tre le tesi che Dworkin potrebbe avanzare. Va sottolineato che per sostenere che il positivismo giuridico non sarebbe in grado di spiegare il disaccordo teorico, egli non può limitarsi ad aggiustare i difetti della spiegazione positivista del diritto. Dworkin deve mostrare che il positivismo giuridico è, sotto un qualche profilo, fuorviante.

È opportuno quindi ricondurre l’attenzione alla visione positivista del diritto e alla sua tesi centrale, in base alla quale le regole giuridiche traggono la loro validità dalla regola di riconoscimento. Qualora Dworkin, attraverso la sua tesi, sostenga che la regola di riconoscimento contiene di più rispetto a un mero riferimento alle leggi e ai precedenti, allora la sua critica risulta utile. In altri termini, se la tesi in questione fosse che la regola di riconoscimento rinvia non solo alle leggi e ai precedenti ma anche, diciamo, ai principi, allora Dworkin avrebbe utilmente emendato la comprensione che abbiamo di tale regola. Di più: egli non avrebbe dimostrato che l’immagine della validità fornita dal

11. Ivi, p. 6; trad. it. p. 12.

12. Ivi, p. 7; trad. it. p. 13.

13. Ivi, p. 6; trad. it. p. 12 (trad. modificata).

14. Ivi, p. 5; trad. it. p. 11.

positivismo giuridico è fondamentalmente sbagliata, ma semplicemente che la spiegazione hartiana della regola di riconoscimento è incompleta. Mi riferirò a questa lettura della tesi di Dworkin denominandola “critica utile”.

In base a una seconda lettura, la tesi del disaccordo teorico potrebbe riguardare il modo in cui i giudici costruiscono le fonti del diritto identificate dalla regola di riconoscimento. I giudici spesso concordano sul fatto che una legge stabilisca una norma giuridica valida ma sono tra loro in disaccordo su come tale norma debba essere applicata al caso concreto. Non siamo qui di fronte né a una disputa circa la validità della regola di riconoscimento né a una disputa che concerne la spiegazione del diritto offerta dal giuspositivismo. Si tratta piuttosto di un disaccordo in merito all'*applicazione* di una norma giuridica particolare a un caso concreto. Chiamerò questa versione della tesi di Dworkin “obiezione dell’applicazione” alla spiegazione hartiana della regola di riconoscimento. Così come l’obiezione della critica utile, questa versione della tesi non colpisce le fondamenta dell’immagine della validità giuridica fornita da *Il concetto di diritto*. La questione in gioco qui è che, per decidere il caso di specie, il giudice ha bisogno di qualcosa di più rispetto alle mere regole giuridiche valide identificate mediante la regola di riconoscimento. Il giudice ha bisogno di conoscere cosa significhino tali regole in rapporto al caso, e i giudici a volte sono in disaccordo tra loro in merito a questo punto.

Come lo stesso Hart giunse ad ammettere¹⁵, la critica del primo Dworkin al positivismo hartiano poteva essere considerata “utile” perché Dworkin aveva posto l’attenzione sull’importante ruolo svolto dai principi nella soluzione dei casi difficili. In un passaggio che si rivelò in seguito importante nel processo che condusse il positivismo giuridico a separarsi in due correnti distinte, il positivismo giuridico inclusivo e quello esclusivo, Dworkin sostiene che i principi trovano posto nel diritto non in virtù del loro pedigree ma sulla base di un «senso di appropriatezza nell’attività professionale»¹⁶. Riconoscendo di non aver mai considerato il test del pedigree come il fondamento di validità del diritto, Hart preparò dunque il terreno per l’appropriazione della critica di Dworkin da parte di quello che venne in seguito denominato “positivismo giuridico inclusivo”.

Se consideriamo per un momento gli esempi che Dworkin propone ne *L’impero del diritto*, tale lettura non appare implausibile. Nel caso *Riggs v. Palmer*¹⁷, il disaccordo non verteva sul carattere vincolante della legge sulle successioni promulgata nello Stato di New York. La disputa concerneva il modo

15. Vedi H. L. A. Hart, *Postscript*, in *Id.*, *The Concept of Law*, cit.; trad. it. pp. 307-53.

16. R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge 1977, p. 40 (trad. it. di F. Oriana, *I diritti presi sul serio*, il Mulino, Bologna 1982, p. 114; trad. modificata).

17. *Riggs v. Palmer*, 115 NY 506, 22 NE 188 (1889).

in cui le regole giuridiche contenute in questo documento legislativo dovevano essere applicate nelle circostanze inusuali presenti in questo caso. Torniamo su questo modo di considerare il caso *Riggs v. Palmer* in seguito. Per il momento, basta osservare come Dworkin rifiuti chiaramente questa visione della sua impresa poiché egli insiste nel ritenere che casi come *Riggs* non rappresentano una emendazione del diritto esistente, ma «contengono uno sviluppo di ciò che il diritto, propriamente parlando, è già». In situazioni come queste, in altri termini, i giudici «sostengono che una corretta percezione delle basi reali del diritto esige l'affermazione di una nuova proposizione giuridica, anche se in precedenza ciò non è stato riconosciuto o è stato negato»¹⁸.

Per concludere, la terza versione della tesi di Dworkin che considererò qui può essere denominata “critica metafisica” alla spiegazione hartiana della regola di riconoscimento. Tale critica costituisce una vera e propria presa di congedo dal positivismo giuridico, poiché, in base a essa, i fondamenti del diritto trascenderebbero pratiche istituzionali come la legislazione e i precedenti. Sulla scorta di questa tesi, i fondamenti del diritto non farebbero capo a una pratica sociale (la regola di riconoscimento) che conferisce validità alle fonti del diritto, ma si situerebbero in un regno diverso. Richiamando il lessico di Dworkin, la verità delle proposizioni giuridiche dipenderebbe dalla verità delle proposizioni morali. La relazione tra proposizioni giuridiche e proposizioni morali sarebbe di tipo “metafisico” poiché la verità delle prime non dipenderebbe affatto dalle credenze di chi prende parte alla pratica giuridica, così come invece sostenuto dalla concezione positivista della natura del diritto. Per rispondere alla domanda circa i “veri fondamenti del diritto”, il giudice dovrebbe necessariamente andare oltre i limiti della prassi giuridica per addentrarsi nel regno della metafisica.

Nel corso degli anni, Dworkin è sembrato voler abbracciare una qualche forma di realismo morale o metafisico, ma non è riuscito a importare lo strumentario metafisico nell’arena del diritto. Dopo che il suo ultimo tentativo in tal senso¹⁹ è stato energicamente criticato²⁰, Dworkin sembra non dare più ascolto al seducente richiamo del realismo metafisico.

Ritorniamo, dunque, alle prime due possibili letture della critica dworkiniana al positivismo giuridico. Sebbene Dworkin sembri affermare che la concezione positivista della validità sia profondamente sbagliata, un’attenta lettura de *L’impero del diritto* rivela come egli non metta mai in dubbio in realtà gli assunti centrali della spiegazione che il positivismo fornisce. Quando

18. Dworkin, *Law’s Empire*, cit., p. 6; trad. it. p. 12 (trad. modificata).

19. R. Dworkin, *Hart and the Character of Political Philosophy*, ora in Id., *Justice in Robes*, Harvard University Press, Cambridge (MA) 2006, pp. 140-86.

20. D. Patterson, *Dworkin on the Semantics of Legal and Political Concepts*, in “Oxford Journal of Legal Studies”, 26, 2006, pp. 545-57.

Dworkin si chiede se le raccolte di documenti legislativi e i precedenti «esaurisc[a]no i fondamenti pertinenti del diritto»²¹, non sta mettendo in dubbio la tesi positivista in base alla quale quelle appena citate sono fonti del diritto valido. Sta semplicemente suggerendo che questa lista potrebbe essere incompleta. Allo stesso modo, se consideriamo il modo in cui Dworkin discute i casi che sembrano confermare la sua tesi, è possibile notare come non vengano poste in dubbio le fonti del diritto pertinenti: l'oggetto del contendere è costituito dal modo migliore di applicare tali fonti al caso.

4. DISACCORDO TEORICO: COSA CI DICE LA PRASSI

Secondo Dworkin il disaccordo teorico è una caratteristica centrale del diritto. Dworkin usa casi come *Riggs* e *TVA*²² per mostrare come occorra prendere le mosse dalla spiegazione del fenomeno del disaccordo teorico, e dal suo ruolo fondamentale nella spiegazione del concetto di diritto, per comprendere adeguatamente il diritto e la prassi giuridica. Se si osserva la prassi giuridica, tuttavia, la situazione appare ben diversa.

Vorrei evidenziare come non si possa comprendere il disaccordo teorico nel diritto fintantoché non si comprenda il fenomeno dell'accordo, con particolare riguardo all'accordo nelle decisioni giuridiche. Detto in termini più netti, il disaccordo può intervenire solo sullo sfondo di un diffuso accordo di giudizio²³. Se ciò è vero, ne segue che Dworkin muove da premesse sbagliate e che l'importanza attribuita al disaccordo teorico è ampiamente sovrastimata.

È il caso innanzitutto di osservare, così come ha fatto recentemente Brian Leiter, che «vi è un ampio e diffuso accordo circa cosa preveda il diritto in un sistema giuridico»²⁴. Se ciò è vero dal punto di vista sociologico, come si spiega questa circostanza? Vi sono due aspetti di questo pervasivo “accordo di giudizio”²⁵ che meritano la nostra attenzione. Il primo consiste nel fatto che gli

21. Dworkin, *Law's Empire*, cit., p. 5; trad. it. p. 11.

22. *TVA v. Hill*, 437 us 153 (1978).

23. «Una teoria, o perlomeno un insieme di punti di vista in merito ai casi facili è un primo, necessario passo verso una teoria che tratti i casi difficili» (F. Schauer, *Easy Cases*, in “South California Law Review”, 58, 1985, p. 407). «Il disaccordo, anche quando è sostanziale, ha luogo entro un orizzonte di significati comuni» (G. Postema, “*Protestant*” *Interpretation and Social Practices*, in “Law & Philosophy”, 6, 1987, p. 316).

24. B. Leiter, *Explaining Theoretical Disagreement*, in “University of Chicago Law Review”, 76, 2009, pp. 1215-50. Vedi anche D. Patterson, *Law and Truth*, Oxford University Press, Oxford 1996, p. 92: «Una buona parte del lavoro del giurista non comporta alcun tipo di “interpretazione” o di “riflessione teorica”».

25. Vedi L. Wittgenstein, *Philosophical Investigations*, trans. by G. E. M. Anscombe, Blackwell, Oxford 1958 (trad. it. a cura di M. Trichero, *Ricerche filosofiche*, Einaudi, Torino 1995, prop. 242): «Dalla comprensione che si raggiunge tramite il linguaggio non fa parte soltanto

avvocati, i giudici e gli altri funzionari istituzionali concordano in merito a cosa sia un caso giuridico. Il secondo aspetto concerne invece le ragioni di tale accordo: sono le medesime per tutti?

È ampiamente provato, dal punto di vista sociologico, istituzionale e della ricerca accademica, che nella gran parte dei casi è pressoché fuori discussione cosa il diritto effettivamente prevede. Ovviamente, quando mi riferisco ai "casi" non intendo riferirmi alle controversie giudiziarie, poiché queste costituiscono una porzione minuscola delle innumerevoli circostanze nelle quali, su base quotidiana, gli avvocati e i funzionari rispondono alla domanda "cosa prevede il diritto in un caso come questo?". Chiunque intenda sostenere l'indeterminazione globale del diritto ha di fronte a sé un'enorme massa di evidenze empiriche che dimostrano il contrario.

Passiamo dunque alla seconda questione, relativa alle ragioni sottese all'accordo di giudizio. Una delle caratteristiche principali della teoria hartiana della regola di riconoscimento consiste nel fatto che essa fornisce un "test per il diritto". Ma nessun test può risultare adeguato se i partecipanti applicano criteri differenti per raggiungere il medesimo risultato. In altri termini, l'accordo di giudizio deve essere motivato dai medesimi materiali affinché la regola di riconoscimento compia il lavoro che Hart le riconosce.

Se si osserva il lavoro ordinario degli operatori giuridici, si nota come la loro attività sia intessuta da una fitta rete di mutua intelligibilità. Per fare soltanto un esempio, l'interpretazione del contratto parte dal testo: viene attribuita un'autorità *prima facie* al significato ordinario dei termini. Allo stesso modo, i testi normativi vengono consultati per attingere da essi qualsiasi tipo di norma, da quelle relative al trasferimento di un bene a quelle che concernono gli aspetti fiscali. Perfino la Costituzione degli Stati Uniti, attorno alla quale vi sono innumerevoli controversie, gode una struttura solida ed ermeneuticamente trasparente²⁶.

una concordanza nelle definizioni, ma anche (per quanto strano ciò possa sembrare) una concordanza nei giudizi. Ciò sembra togliere di mezzo la logica, ma non è così. – Una cosa è descrivere i metodi di misurazione, un'altra è ricavare ed enunciare i risultati della misurazione. Ma ciò che chiamiamo "misurare" è determinato anche da una certa costanza nei risultati delle misurazioni».

26. «Se si prende atto del modo nel quale molte disposizioni costituzionali raramente discusse in giudizio condizionino in maniera assai rilevante la natura e l'andamento della vita pubblica americana, risulta controintuitivo escludere tali disposizioni dal campo di attenzione della teoria costituzionale. Non si tratta qui semplicemente di distinguere, entro l'universo della teoria costituzionale, l'ambito di pertinenza dei giuristi da quello di pertinenza della scienza politica. Le disposizioni strutturali della Costituzione, comprese e forse soprattutto quelle che non entrano mai nel circuito delle decisioni giudiziali, rappresentano una fonte critica dell'atteggiamento pubblico nei confronti di questa Costituzione e del costituzionalismo in generale. Questo atteggiamento, a sua volta, entra sempre in gioco nel tipo di questioni e di controversie con le quali i

5. FORME DI ARGOMENTAZIONE GIURIDICA

Vorrei sostenere la tesi che nel caso *Riggs v. Palmer* il disaccordo verteva semplicemente sul significato della legge che disciplinava le successione nello Stato di New York. A tal fine, spiegherò nel dettaglio cosa intendo quando dico che la disputa concerneva il significato di questa disposizione legale e niente di più. In breve, la mia tesi è che nel caso *Riggs* si assista a un tipico conflitto tra interpretazioni. In tale conflitto, vi sarà accordo in merito all'oggetto da interpretare, ovverosia, tipicamente, il testo legislativo o il precedente. Ciò che è oggetto di disaccordo è il modo di costruire questa fonte autoritativa. Caratterizzerò pertanto tale disputa come un caso di disaccordo circa il significato di una fonte autoritativa. È necessario tuttavia costruire lo scenario nel quale si colloca la mia tesi.

Il diritto, come ci ricorda Dworkin, è una pratica argomentativa²⁷. In quanto tale, gli operatori giuridici sviluppano la loro argomentazione nell'ambito di modalità discorsive condivise. Il discorso giuridico si struttura attorno a forme ben identificabili di argomentazione che gli operatori giuridici usano per sostenere le loro asserzioni giuridiche. È importante notare come le asserzioni che ho in mente concernano cosa il diritto prescrive in merito a una certa questione. Ad esempio, la proposizione oggetto del contendere nel caso *Riggs* – Elmer è titolare del diritto di succedere al nonno – fa parte delle proposizioni che

costituzionalisti, in quanto tali, hanno a che fare. Le controversie che riguardano il controllo del Congresso sulla giurisdizione della Corte suprema, i vizi e le virtù dell'annullamento selettivo delle decisioni, o persino la struttura di dottrine sostanzive più particolari prendono costantemente in considerazione se e in che modo l'apparato giurisdizionale sta in equilibrio o in conflitto con gli organi politici e le altre istituzioni pubbliche. La giurisprudenza costituzionale si inserisce in un quadro complessivo tenuto insieme dall'accettazione della Costituzione, intesa come strumento costitutivo e direttivo della nazione. Questa accettazione, così come i suoi punti deboli e la consistenza delle loro possibili fratture, sono il prodotto delle disposizioni costituzionali non soggette a controversie perlomeno altrettanto, se non di più, di quanto non lo siano di quelle disposizioni costituzionali discusse in ambito giudiziario. Ad ogni modo, la giurisprudenza costituzionale è fortemente e frequentemente interessata a quegli atteggiamenti generali nei confronti della Costituzione che sono peculiari o vengono inevitabilmente generati dalle decisioni giudiziali poiché preservare questo quadro e operare al suo interno è in parte un dovere delle corti. Le porzioni della Costituzione che non vengono discusse dalle corti restano tuttavia importanti e influenzano in vari modi l'attività giurisdizionale. Il tracciare una linea artificiale tra le parti della Costituzione il cui contenuto è oggetto di disputa e quelle invece stabili, con l'obiettivo di distinguere le aree di competenza delle *law school* da quelle dei dipartimenti di scienze politiche, elude uno dei fattori più rilevanti della giurisprudenza costituzionale» (Schauer, *Easy Cases*, cit., pp. 403-4, note omesse).

27. Utilizzando le parole di Dworkin, «ogni attore della prassi giuridica è consapevole del fatto che ciò che essa permette o richiede dipende dalla veridicità di certe proposizioni che hanno senso solo all'interno di essa; la prassi consiste in gran parte nello sviluppare e discutere queste proposizioni» (Dworkin, *Law's Empire*, cit., p. 13; trad. it. pp. 18-9).

vengono discusse usando forme di argomentazione che ciascun giurista accetta come “ valide”²⁸.

Come detto in precedenza, la forma fondamentale di espressione legale è l’asserzione. Le controversie giuridiche muovono dall’asserire che qualcosa è vero conformemente al diritto. Qualsiasi affermazione giuridica, da quelle secondo le quali una legge è incostituzionale all’affermazione che un contratto non è azionabile, sono esempi di asserzioni giuridiche, di affermazioni che la proposizione espressa è vera *in base al diritto*.

I giuristi valutano la verità e la falsità delle asserzioni giuridiche mediante forme di argomentazione. Tali forme non sono a loro volta vere o false. Piuttosto, le forme di argomentazione giuridica sono lo strumento mediante il quale i giuristi mostrano la verità e la falsità delle proposizioni giuridiche²⁹. Le forme argomentative costituiscono la grammatica della giustificazione giuridica. Esse sono immanenti nel senso che rendono possibile asserire la verità di proposizioni giuridiche che vengono poi discusse, valutate e giudicate da tutti gli individui competenti nel loro uso (tecnico).

Vi sono sei forme di argomentazione giuridica nel sistema giuridico statunitense. Sebbene in talune branche del diritto alcune siano più diffuse di altre³⁰, queste forme forniscono una lista completa degli strumenti argomentativi del diritto statunitense.

1. L’argomento testuale, che considera le parole di un testo autoritativo (ad esempio una Costituzione, una legge, un contratto, un *trust*) secondo il loro significato ordinario.
2. L’argomento dottrinale, che ricorre a regole ricavate da casi decisi anteriormente (precedenti).
3. L’argomento storico/intenzionale, che fa riferimento alle intenzioni dei padri costituenti (nel caso della Costituzione), del legislatore (nel caso delle leggi) o delle parti di un accordo (nel caso dei contratti).
4. L’argomento prudenziale, in base al quale vengono soppesate o valutate le conseguenze (in termini di “costi”) di una regola particolare.
5. L’argomento strutturale, che inferisce regole da relazioni strutturali originate dalla Costituzione o dalle leggi.

28. Sebbene Hart non le abbia mai caratterizzate in questo modo, sosterrò nel prosieguo del saggio che queste forme argomentative sono parte della regola di riconoscimento e che questa loro caratterizzazione completa la rappresentazione hartiana di tale regola.

29. «Le proposizioni giuridiche, tipicamente, sono delle asserzioni che riguardano non cosa sia “diritto” ma cosa *il diritto* sia, vale a dire cosa il diritto di un qualche sistema giuridico permetta, obblighi o attribuisca il potere di fare» (Hart, *The Concept of Law*, cit., p. 247; trad. it. p. 318).

30. L’espressione “branche del diritto” (*departments of law*) è di Dworkin. Vedi Dworkin, *Law’s Empire*, cit., pp. 250-4; trad. it. pp. 235-6.

6. L'argomento etico, che deriva regole dall'*ethos* morale stabilito dalla Costituzione o dalla legge³¹.

Prediamo in considerazione questo elenco e torniamo al caso *Riggs* per verificare se esso consenta di chiarire tale controversia. Alla luce del testamento che aveva validamente formulato, Francis Palmer intendeva lasciare in eredità la maggior parte dei propri beni al nipote Elmer. Dopo che il nonno, rimasto nel frattempo vedovo, si era sposato una seconda volta, Elmer temette di perdere la propria eredità. Per impedire tale evenienza, Elmer uccise il nonno avvelenandolo.

Non vi fu alcuna disputa in merito al testo legislativo che inevitabilmente stava al centro della discussione del caso. La legge che disciplinava le successioni dello Stato di New York sanciva ciò che tutte le legislazioni su questo tema prevedono: in presenza di una dichiarazione di volontà validamente espressa dal *de cuius* e di un erede da questi nominato, all'erede spetta la proprietà dei beni del testatore conformemente alle indicazioni di volontà contenute nel testamento. La proposizione giuridica su cui le parti concentrarono la loro attenzione è semplice: Elmer aveva il diritto di succedere al nonno sulla base delle ultime volontà di quest'ultimo. L'argomento di Elmer si fondava sul linguaggio non ambiguo della legge dello Stato di New York.

Prima di considerare gli argomenti pro e contro la proposizione giuridica asserita, è opportuno, tuttavia, formulare alcune considerazioni preliminari in merito al concetto di comprensione e alla sua relazione con le forme argomentative discusse all'inizio di questo paragrafo. Come sostenuto in precedenza, la comprensione è esibita dai partecipanti in una pratica giuridica attraverso l'impiego irriflesso di forme argomentative, le quali vengono utilizzate per mostrare la verità di una proposizione giuridica. Ciò è evidente, ad esempio, nel caso in cui un omicidio non entri tra gli elementi di fatto rilevanti in una successione, vale a dire in un normale contesto successoriale. Una volta validata dal giudice competente (*Probate Court*), la volontà del testatore fissa il trasferimento della proprietà del testatore medesimo, e tale regola è ricavata dalla chiara lettera della legge. Detto in breve, l'argomento testuale è sufficiente per mostrare la verità della proposizione in base alla quale a chi viene nominato erede in forza di una dichiarazione di volontà validamente espressa deve essere trasferita la proprietà dei beni del testatore conformemente alle indicazioni da

31. Queste sei forme di argomentazione del diritto statunitense, qui parafrasate in termini aggiornati, sono state individuate per la prima volta da Philip Bobbitt. Vedi P. Bobbit, *Constitutional Interpretation*, Oxford University Press, London-New York 1991; Id., *Constitutional Fate: Theory of the Constitution*, Oxford University Press, Oxford-New York 1982. La struttura argomentativa nel contesto costituzionale americano è stata per la prima volta ricostruita da Charles Black. Vedi Ch. Black Jr., *Structure and Relationship in Constitutional Law*, Louisiana State University Press, Baton Rouge 1969.

questi fornite. Che cosa trasforma dunque la situazione di comprensione in una situazione in cui sorge l'esigenza di interpretare?

6. INTERPRETAZIONE

L'esigenza di interpretare nasce dai fatti. Nel caso *Riggs*, il fatto scatenante fu l'omicidio del testatore da parte del nipote. Ma perché questo fatto attiva l'esigenza di interpretare? L'opinione espressa della maggioranza della corte non solo offre una risposta a tale quesito: essa mostra anche come ciò che il diritto prescrive spieghi la rilevanza legale (vale a dire, interpretativa) dell'omicidio. In altri termini, è necessario spiegare come la comprensione – ovvero, l'atto irriflesso di validare l'espressione di volontà del testatore in un corso normale di eventi – venne meno nel momento in cui la corte accettò la rilevanza dell'omicidio del testatore, dell'evento cioè che determinò la sospensione della comprensione.

L'opinione di maggioranza nel caso *Riggs* è costituita da un sofisticato argomento dottrinale. Come ci ha insegnato il professor Dworkin, tale opinione fa buon uso della massima di *common law* secondo la quale nessuno può trarre vantaggio da un proprio illecito³². Ma nelle parole della corte vi è ben di più che una mera recitazione di una massima di giustizia. Se consideriamo il modo in cui il giudice Earl mostrò ciò che il diritto veramente stabiliva, possiamo infatti cogliere perché i fatti medesimi evidenzino che una lettura della legge sulla base della sua lettera era in questo caso del tutto impossibile.

L'opinione di maggioranza muove, in modo classico, dalla distinzione tra diritto ed equity. Questa distinzione è profondamente radicata nei sistemi di *common law*, sia americano sia inglese, e può essere fatta risalire ai testi di Aristotele. L'ampiezza e diversità di opinioni che ritroviamo nei classici in merito al ruolo dell'equity in ciascuna branca del diritto dovrebbe generare, in chi possiede un'educazione giuridica, un senso di disagio se confrontata con i fatti del caso *Riggs*.

Una volta mostrato come il principio in base al quale nessuno può trarre vantaggio da un proprio illecito è costitutivo del diritto nel senso più generale del termine, poiché si radica nella stessa distinzione tra diritto ed equity, il giudice Earl illustrò la portata di questo principio nelle diverse branche del diritto. Citando casi tratti dal diritto delle successioni e delle assicurazioni, Earl asserì con decisione la proposizione giuridica secondo la quale i precedenti immediatamente rilevanti per il caso (relativi cioè al diritto delle successioni), così come quelli attinenti ad altre branche del diritto, supportavano una ecce-

32. Vedi Dworkin, *Taking Rights Seriously*, cit., pp. 14-45; trad. it. pp. 79-121; Id., *Law's Empire*, cit., pp. 15-20, trad. it. pp. 21-5.

zione al significato ordinario delle parole della legge. Detto altrimenti, Earl presentò un argomento dottrinale in base al quale alle parole di una disposizione legislativa valida (nel nostro caso, la disciplina legale delle successioni) deve essere riconosciuta la loro normale forza e vigenza fintantoché non si presenti una qualche eccezione supportata dai fatti. Detto in breve, il giudice Earl non modificò il diritto; egli ne chiarì il contenuto (puntando l'attenzione su un ben determinato principio giuridico retrostante).

Per converso, il giudice Gray, in dissenso con Earl, si espresse a favore di una lettura piana del testo di legge. Egli affermò che la corte era «vincolata dalle rigide regole del diritto»³³ e che Elmer sarebbe stato punito due volte per il reato che aveva commesso. In una lucida replica al giudice Gray, la maggioranza della corte sostenne che egli aggirava la questione di fondo, vale a dire se Elmer avesse o meno il diritto di succedere nella proprietà dei beni della propria vittima. La vera questione che la corte doveva dirimere, in altri termini, era se la proprietà dei beni del nonno spettava giuridicamente a Elmer oppure no. Il giudice Gray non sembrò notare tuttavia il proprio errore.

Cosa ci insegna il caso *Riggs* in merito all'interpretazione del diritto? In primo luogo, per quanto riguarda le forme argomentative, è chiaro che in assenza della complicazione costituita dall'omicidio del testatore, l'argomento testuale sarebbe stato decisivo. In assenza dell'omicidio del testatore, era senz'altro vero che Elmer aveva il diritto di succedere alla proprietà dei beni del nonno conformemente a quanto previsto dalla legge. Soltanto nel momento in cui si aggiunse il fattore di complicazione costituito dall'omicidio del testatore, i giuristi cominciarono a porre in questione cosa veramente prevedesse il diritto.

In che modo riuscì il giudice Earl a persuadere i propri colleghi che il diritto andava considerato secondo la sua prospettiva? Tre fattori sembrano di immediata rilevanza. In primo luogo, l'opinione di maggioranza non pregiudicava il contenuto consolidato del diritto. Chiamerò tale fattore principio interpretativo di minima mutilazione³⁴. Detto in altri termini, una sentenza a sfavore di Elmer non metteva in dubbio l'efficacia degli altri elementi normativi che componevano la disciplina legale delle successioni nello Stato di New York. In secondo luogo, mediante la propria decisione la maggioranza della corte evidenziò che la conclusione cui era giunta concordava con qualsiasi altra

33. *Riggs v. Palmer*, cit., 22 NE p. 191 (Gray J., dissenting).

34. Per una discussione delle virtù della conservazione vedi W. V. Quine, J. S. Ullian, *The Web of Belief*, McGraw-Hill, London 1978, pp. 66-7. Vedi anche G. Harman, J. Jarvis Thomson, *Moral Relativism and Moral Objectivity*, Blackwell, Cambridge (MA) 1996, p. 12: «Al fine di ottenere una maggiore coerenza nelle nostre credenze, è razionale apportare il cambiamento minimo nel nostro punto di vista». Cfr. H. M. Hart Jr., A. M. Sacks, *The Legal Process. Basic Problems in the Making and Application of Law*, Foundation Press, St. Paul (MN) 1994, p. 147, ove si discute una elaborazione ragionata di tale criterio.

proposizione giuridica che essa riteneva essere vera con riferimento al diritto delle successioni. Denominerò tale aspetto “coerenza” della decisione³⁵. Infine, l’opinione dei giudici evidenziò come una sentenza sfavorevole a Elmer fosse in armonia con le decisioni simili prese in altri settori del diritto. Chiamerò questo aspetto “generalità”³⁶. Presi insieme, minima mutilazione, coerenza e generalità sono tre aspetti dell’opinione di maggioranza che spiegano come mai la soluzione del caso proposta dalla maggioranza fosse più persuasiva rispetto a quella offerta dall’opinione dissenziente.

35. L’idea di coerenza appare qui appropriata. Vedi C. Condren, *The Status and Appraisal of Classic Texts: An Essay on Political Theory, Its Inheritance, and the History of Ideas*, Princeton University Press, Princeton 1985, p. 148: «In senso generalissimo, la nozione di coerenza si riferisce ai modi nei quali le parti si connettono tra loro a formare il tutto; sempre in senso generalissimo, la categoria valutativa di coerenza costituisce una abbreviazione della serie di questioni che concernono un testo per quanto riguarda la sua articolazione in parti e il grado di interrelazione di queste ultime».

36. «Quanto più ampio è l’ambito di applicazione di una ipotesi, tanto più generale essa è» (Quine-Ullian, *The Web of Belief*, cit., p. 73).