

ENRICO DICCIOTTI

Regola di riconoscimento e concezione retorica del diritto *

SOMMARIO: 1. *Il diritto come contenuto di un accordo: Herbert Hart e l'idea della regola di riconoscimento* – 2. *I disaccordi sulle norme giuridiche valide e la regola di riconoscimento* – 3. *Il diritto come oggetto di un accordo e come oggetto di disaccordi: la retorica* – 4. *Un'immagine retorica del diritto* – 5. *Perché il discorso giuridico è un discorso retorico?*

Nelle pagine che seguono abbozzo una rappresentazione del diritto come aggregato di elementi di un discorso retorico. Il genere al quale appartiene tale rappresentazione è abbastanza noto e riproporlo non è certamente un'operazione originale. Tuttavia, queste pagine potranno forse risultare interessanti per alcune tesi che vi sono sostenute, e in particolare per quella secondo cui una concezione retorica del diritto costituisce l'esito più ragionevole di una teoria piuttosto diffusa, che fa dipendere il diritto dalla prassi dei giudici e dal tacito accordo su cui questa si basa.

Nel primo paragrafo rammento tale teoria del diritto, sostenendo che l'"accordo" che sta alla base della prassi giudiziale dovrebbe essere concepito come un accordo relativo a tutti i criteri necessari per individuare le norme giuridiche valide, cioè ai criteri necessari per individuare le fonti del diritto, per disporre tali fonti in una gerarchia e per ricavare norme da esse. Nel secondo paragrafo mi occupo di disaccordi sulle norme giuridiche valide, mostrando come tali disaccordi paiano presupporre disaccordi sui criteri necessari per individuare le norme giuridiche valide, e principalmente sui criteri interpretativi necessari per ricavare queste norme dalle fonti scritte del diritto. Nel terzo paragrafo discuto alcuni modi in cui potrebbe essere risolta la contraddizione tra l'idea che vi sia un accordo dei giudici e dei giuristi sui criteri necessari per individuare le norme giuridiche valide e l'idea che nei disaccordi sulle

* Questo testo riproduce, con molte modifiche, di cui qualcuna anche sostanziale, il mio saggio *Regola di riconoscimento, controversie giuridiche e retorica*, in M. Manzini e P. Sommaggio (a cura di), *Interpretazione giuridica e retorica forense*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 73-116. Ringrazio Giorgio Pino e Aldo Schiavello per avermi sollecitato a pubblicarlo in questa sede.

norme giuridiche valide si manifesti un disaccordo dei giudici e dei giuristi su questi stessi criteri; la discussione si conclude con la tesi che la retorica fornisca una ragionevole soluzione di questa contraddizione. Nel quarto paragrafo argomento ancora a sostegno di questa tesi, abbozzando una rappresentazione del diritto coerente con essa. Nel quinto paragrafo, infine, cerco di chiarire alcune cause per cui il discorso giuridico presenta i caratteri del discorso retorico.

1. *Il diritto come contenuto di un accordo: Herbert Hart e l'idea della regola di riconoscimento*

La teoria del diritto del Novecento si caratterizza per l'abbandono dell'imperativismo largamente diffuso nel secolo precedente. In essa la concezione del diritto come insieme di norme dipendenti dalla volontà del sovrano viene sostituita da una concezione del diritto come insieme di norme dipendenti da un'idea o una norma, oppure da una pluralità di idee o norme, presupposta o condivisa dai giuristi, o dai giudici, o più in generale da chi dà esistenza al diritto, individuandone, applicandone o osservandone le norme. Ciò accomuna ad esempio, al di là delle loro differenze, la tesi di Hans Kelsen della norma fondamentale come presupposto della scienza giuridica, la tesi di Alf Ross dell'ideologia dei giudici come base della loro attività di applicazione del diritto, la tesi di Herbert Hart della regola di riconoscimento come fondamento del sistema giuridico.

Le teorie di questi autori sono però troppo diverse l'una dall'altra per essere unitamente esaminate e discusse. Qui terrò dunque conto solo di una di esse, la teoria del diritto di Herbert Hart, allo scopo di mostrare come un esito ragionevole di una concezione non imperativista del diritto sia l'abbandono dell'idea che il diritto consista in un sistema di norme, provvisto di un'articolazione e di contorni precisamente definiti, a favore di un'idea del diritto come un campo, non precisamente delimitabile, dell'argomentazione retorica.

La teoria del diritto di Hart è nota e almeno alcune delle sue tesi sono diffusamente accettate. La sua tesi fondamentale, e quella di cui terrò principalmente conto, è che là dove vi è un diritto, o almeno un diritto non primitivo, vi è l'accettazione dei membri di una comunità, e primariamente dei giudici, di una regola che indica i criteri necessari per individuare un insieme di norme nel quale possono essenzialmente distinguersi: alcune norme che impongono obblighi ai membri della comunità; altre norme che stabiliscono la sanzione che i giudici devono erogare nel caso di violazione di quegli obblighi. Tutte queste norme sono norme giuridiche, che i giudici dicono valide quando accertano la loro

rispondenza ai criteri con cui, concordemente, procedono a individuarle. La regola che indica tali criteri è detta *regola di riconoscimento*¹. Il giudizio, espresso o inespresso, che una certa norma è una norma giuridica valida trova dunque il suo fondamento nei criteri indicati dalla regola di riconoscimento.

È importante ricordare che l'esistenza della regola di riconoscimento non dipende da un atto normativo. È possibile che la regola di riconoscimento coincida, per il suo contenuto, con una norma espressa da qualche testo giuridico (ad esempio, una costituzione scritta), ma la sua esistenza dipende unicamente dall'attività dei giudici. Essa esiste solo in quanto i giudici effettivamente mostrano di seguirla, cioè in quanto mostrano concordemente di ritenere che vi siano determinati criteri per individuare norme giuridiche valide. E i giudici mostrano concordemente di ritenere che vi siano questi criteri in quanto ne fanno uso, mostrano di considerarli appropriati quando altri ne facciano uso, mostrano di giudicare sbagliati altri criteri e di essere dunque disposti a criticare chi ne facesse uso, esercitando su questo una pressione per ricondurlo all'osservanza dei criteri generalmente accettati.

Sulla tesi della regola di riconoscimento di Hart possono essere sollevate varie questioni, alcune delle quali non sarebbero irrilevanti per il nostro tema. Ma un loro esame ci condurrebbe troppo lontano e qui dobbiamo dunque accontentarci della plausibilità, almeno a prima vista, di questa tesi: il diritto dipende da un accordo sulla regola di riconoscimento, cioè sulle condizioni che una norma deve soddisfare per essere una norma giuridica valida.

Una questione che dobbiamo esaminare è però quali siano i criteri che la norma di riconoscimento deve indicare per consentire l'individuazione delle norme giuridiche valide. Hart non dice molto a questo riguardo, ma sembra che a suo parere questi criteri siano unicamente quelli che consentono di individuare le fonti del diritto (oltre alle consuetudini provviste di rilievo giuridico, i testi e gli enunciati che esprimono leggi e regolamenti, e, nei sistemi di *common law*, i precedenti giudiziari) e quelli che consentono di disporre queste fonti in una gerarchia.

Se l'idea di Hart è davvero questa, va ragionevolmente corretta. Indubbiamente, i criteri cui egli fa riferimento sono necessari per individuare le norme giuridiche valide, ma non appaiono sufficienti per questo fine, poiché appaiono necessari anche i criteri che consentono di ricavare norme giuridiche dai documenti che costituiscono le fonti del diritto. Come infatti sappiamo, uno stesso testo, enunciato o insieme di enunciati, può spesso (o forse sempre) essere diversamente interpretato, e da esso possono dunque essere ricavate norme diverse e almeno parzialmente contrastanti. Proprio per questa ragione si ritiene utile distinguere, nella teoria del diritto e dell'interpretazione giuridica, gli enunciati normativi dalle prescrizioni che esprimono, e utilizzare il

¹ Sulla regola di riconoscimento, vedi H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto* (1961), Torino, Einaudi, 1965, spec. Capitolo sesto.

sostantivo 'norma' per riferirsi non agli enunciati contenuti in determinati documenti, ma al significato di essi².

Dunque, se la regola di riconoscimento indica tutti i criteri necessari per individuare le norme giuridiche valide, bisogna che indichi non solo a) i criteri necessari per individuare le fonti del diritto e b) i criteri necessari per disporre in una gerarchia le norme contenute nelle fonti del diritto, ma anche c) i criteri necessari per individuare, a partire dalle fonti del diritto, le norme giuridiche, cioè le prescrizioni che sono espresse da queste fonti: questi ultimi criteri sono *criteri interpretativi*³. Se per brevità denominiamo semplicemente *questioni giuridiche* le questioni relative all'individuazione delle norme giuridiche valide, risolvibili sulla base dei criteri indicati dalla regola di riconoscimento, possiamo affermare che vi sono almeno tre tipi di questioni giuridiche: a) le *questioni delle fonti del diritto*, cioè le questioni relative all'individuazione di queste fonti; b) le *questioni della gerarchia delle norme giuridiche*; c) le *questioni interpretative*, cioè le questioni relative all'individuazione delle norme espresse dalle fonti giuridiche⁴.

Si può ipotizzare che Hart non includa i criteri interpretativi tra i criteri indicati dalla regola di riconoscimento in ragione della sua teoria dell'interpretazione giuridica. Hart, infatti, sembra ritenere che i documenti legislativi contengano di per sé norme con un ambito di applicazione incerto, e tuttavia provviste di un nucleo solido e certo. Alcuni degli argomenti che utilizza nella critica dello scetticismo sulle norme sembrano rivelare questa fiducia: vi sono casi ai quali non è chiaro se

² Per quanto riguarda la distinzione tra enunciati normativi e norme, concepite come significati di enunciati normativi, mi limito a ricordare N. Bobbio, *Teoria della norma giuridica* (1958), in Id., *Teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1993, pp. 1-155, alle pp. 48-50; V. Crisafulli, *Disposizione (e norma)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. 12, Milano, Giuffrè, 1964, pp. 195-209; G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi*, Bologna, Il Mulino, 1974, pp. 141-142; U. Scarpelli, *Norma*, in *Gli strumenti del sapere contemporaneo*, vol. 2., *I concetti*, Torino, Utet, 1985, pp. 570-577, alle pp. 570-571; R. Guastini, *Dalle fonti alle norme*, Torino, Giappichelli, 1990, pp. 25-27; M. Jori e A. Pintore, *Manuale di teoria generale del diritto*, 2 ed., Torino, Giappichelli, 1995, pp. 240-241.

³ Forse è opportuno precisare che qui mi riferisco all'interpretazione in senso lato, senza distinguere due attività che in altri contesti sarebbe bene tenere distinte: quella consistente nell'individuare norme espresse, ovvero nell'attribuire un significato a enunciati legislativi, e quella consistente nell'individuare norme inesprese, ovvero nell'integrare la legge colmandone le lacune (per questa distinzione rinvio a E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, Giappichelli, 1999, pp. 202-219, 323-324, 451-469, 482-493).

⁴ In effetti, vi è almeno un'altra questione, sulla quale per brevità sorvolo: la questione determinata dai conflitti tra norme che si collocano sullo stesso livello della gerarchia normativa; conflitti che sono in genere risolti applicando i principi della *lex posterior* e della *lex specialis*.

determinate norme giuridiche si applichino o non si applichino, ma questi casi, per quanto importanti possano apparire, sono in un certo senso marginali, poiché vi è un nucleo delle norme che non è in discussione, essendo direttamente individuabile sulla base dei testi di legge⁵. La teoria dell'interpretazione di Hart sembra cioè assimilabile a quelle teorie di stampo formalista secondo cui possono sì esservi dubbi, incertezze e controversie interpretative, ma questi dipendono principalmente dalla *vaghezza* dei testi di legge, e in qualche circostanza da ambiguità semantiche e sintattiche, da lacune o da antinomie, cioè da caratteristiche proprie dei testi di legge e delle regole linguistiche in base alle quali tali testi devono essere letti⁶.

Come si sa, le regole semantiche delle lingue naturali sono imprecise e ciò comporta che il significato degli enunciati legislativi sia irrimediabilmente vago⁷, cioè che siano irrimediabilmente vaghe le norme espresse da tali enunciati. Assumendo che una norma giuridica sia una prescrizione generale in forma condizionale che indica le conseguenze di una fattispecie astratta, possiamo dire che sia queste conseguenze sia questa fattispecie potranno risultare (e solitamente risulteranno) vaghe. Ed è importante notare che se è vaga la fattispecie astratta, è allora indeterminato il campo di applicazione della norma: vi è un insieme di casi certi o paradigmatici di applicazione della norma, ma accanto a questo vi è anche un insieme di casi dubbi o marginali, cioè di casi ai quali è incerto se la norma si applichi.

Hart sembra avere in mente proprio la nozione di *vaghezza*, o una nozione analoga, nel ritenere che i criteri necessari per individuare le fonti del diritto siano sufficienti per individuare anche le norme giuridiche, sebbene queste norme abbiano un campo di applicazione piuttosto incerto, che necessariamente dovrà essere precisato dai giudici nel momento in cui

⁵ Per questo aspetto, nell'ambito di una critica dello scetticismo relativo alle norme giuridiche, vedi H.L.A. Hart, *op. cit.*, Capitolo settimo.

⁶ *Vaghezza*, ambiguità, lacune e antinomie costituiscono i principali difetti di tipo semantico, sintattico e logico del diritto, inteso come contenuto dei documenti legislativi (per un quadro più completo dei problemi di questo tipo, vedi C.S. Nino, *Introduzione all'analisi del diritto* (1980), Torino, Giappichelli, 1996, pp. 230-258).

⁷ Sul concetto di *vaghezza* in generale e sulla *vaghezza* nel diritto in particolare, vedi F. Waismann, *Verifiability*, in *Proceedings of the Aristotelian Society*, Suppl. Vol. 19, 1945, pp. 119-150, alle pp. 122-127; G. Williams, *Language and the Law*, in *Law Quarterly Review*, 61, 1945, pp. 71-86, 179-195, 293-303, e 62, 1946, pp. 387-406, alle pp. 181-195, 293-302; J. Alston, *Filosofia del linguaggio* (1964), Bologna, Il Mulino, 1971, pp. 135-152; G.R. Carrió, *Sull'interpretazione giuridica* (1965), in P. Comanducci e R. Guastini (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico. Vol. 2*, Torino, Giappichelli, 1989, pp. 127-151; J. Hospers, *An Introduction to Philosophical Analysis*, 2 ed., London, Routledge & Kegan Paul, 1967, pp. 67-77; C. Luzzati, *La vaghezza delle norme*, Milano, Giuffrè, 1990; E. Diciotti, *op. cit.*, pp. 367-376.

saranno chiamati a giudicare casi concreti. Vi è però più di una ragione per respingere la sua posizione.

Anzitutto è sbagliata l'idea che l'individuazione delle norme giuridiche valide dipenda solo da una lettura dei testi di legge eseguita sulla base delle regole linguistiche e, eventualmente, dalla precisazione delle norme vaghe così ottenute. Le norme giuridiche valide individuate da giudici e giuristi sono talvolta diverse da quelle che si otterrebbero quando ci si limitasse a intendere i testi di legge solo sulla base delle regole linguistiche. Ad esempio, accade talvolta che gli interpreti pongano tra le condizioni di una certa conseguenza giuridica F una condizione P di cui non fa menzione l'enunciato legislativo che indica le condizioni di F, né alcun altro enunciato legislativo. Quando ciò accade, dai testi di legge viene ricavata una norma che certamente non può essere ottenuta limitandosi a intendere questi testi sulla base delle regole linguistiche ed a precisare in qualche modo le norme vaghe così ottenute⁸. Ciò mostra che i giudici e i giuristi utilizzano, per individuare le norme giuridiche valide a partire dalle fonti del diritto, particolari criteri interpretativi di cui Hart non tiene conto.

Inoltre si deve osservare che le norme giuridiche applicate dai giudici sono sempre, anche se vaghe, sufficientemente determinate ai fini dell'applicazione: nessun giudice asserisce cioè che una certa norma ha un campo di applicazione tanto indeterminato da rendere impossibile la decisione su un caso concreto. Può accadere che giudici diversi decidano diversamente uno stesso caso C, ricavando da uno stesso testo di legge T due norme diverse, poiché provviste di un campo di applicazione parzialmente diverso: una norma N1, che si applica a C, e una norma N2, che non si applica a C. Ma quando accada questo, chi guardi al diritto dalla prospettiva dell'attività giudiziale dovrà ritenere che giudici diversi abbiano individuato, come norme giuridiche valide, norme parzialmente diverse e non che il testo T contenga una norma giuridica vaga.

D'altra parte, se si guarda al discorso interpretativo dei giudici e dei giuristi, si deve rilevare che essi mostrano di basarsi su criteri sui quali concordano sia quando non vi sia alcun disaccordo sulle norme giuridiche valide, sia quando vi sia un disaccordo di questo genere. In ogni caso, infatti, essi fondano i loro giudizi interpretativi, cioè i loro giudizi sul contenuto dei

⁸ Quando ciò accade viene compiuta un'interpretazione restrittiva di un enunciato legislativo, o meglio viene operata una dissociazione nella classe di casi espressamente indicati da esso. Si può infatti dire che è operata una dissociazione se in una classe di casi indicati da un enunciato legislativo viene distinta una sottoclasse caratterizzata da una particolare proprietà (non indicata dall'enunciato) e viene assunto che tale sottoclasse abbia una disciplina diversa da quella espressamente stabilita per l'intera classe: su questa operazione vedi E. Diciotti, *op. cit.*, pp. 451-455; R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 163-167.

testi di legge, tramite argomenti dell'interpretazione che mostrano concordemente di ritenere appropriati.

Insomma, si può ritenere che la regola di riconoscimento debba essere concepita diversamente da come Hart la concepisce, cioè come una regola che indica anche i criteri interpretativi necessari per ricavare norme giuridiche valide dalle fonti del diritto⁹. E si può inoltre ritenere che questi criteri, dovendo essere cercati nella pratica interpretativa dei giudici, e dunque nelle argomentazioni interpretative che essi ritengono appropriate per mostrare che una certa norma è una norma giuridica valida, corrispondano agli argomenti dell'interpretazione comunemente utilizzati dai giudici e dai giuristi.

Una lista degli argomenti dell'interpretazione non può qui essere fornita. Basterà ricordarne qualcuno a titolo di esempio: l'argomento del significato letterale, utilizzato per giustificare l'attribuzione a un testo di legge del significato che questo esprime conformemente alle regole linguistiche; l'argomento dell'intenzione del legislatore, utilizzato per giustificare l'attribuzione a un testo di legge del significato in cui questo era inteso da coloro che lo produssero e lo approvarono; l'argomento teleologico, utilizzato per giustificare l'attribuzione a un testo di legge di un significato in cui questo esprime norme adeguate al conseguimento degli scopi in vista dei quali tali norme devono essere ragionevolmente applicate. Un aspetto da sottolineare è che alcuni argomenti dell'interpretazione non possono essere utilizzati se non basandosi su giudizi di valore: tra questi l'argomento teleologico, poiché ad ogni norma o insieme di norme potrebbero essere attribuiti scopi diversi e la scelta di uno di questi scopi non può avvenire che sulla base (anche) di un giudizio di valore¹⁰.

Per chiarire meglio in che cosa consistono i criteri interpretativi, si può dire che la regola di riconoscimento indica questi criteri se indica con precisione il genere dei *fatti* e le *finalità* in base ai quali deve essere attribuito un contenuto ai testi di legge. Giustificare un giudizio interpretativo tramite un qualsiasi argomento dell'interpretazione significa infatti giustificare tale giudizio sulla base di determinati fatti rilevanti (ad esempio, se prendiamo in

⁹ Per l'idea che la regola di riconoscimento contenga anche i criteri interpretativi, cfr. A. Baratta, *Ricerche su 'essere' e 'dover essere' nell'esperienza normativa e nella scienza del diritto*, Milano, Giuffrè, 1968, pp. 57-59; N. Bobbio, *Norme primarie e norme secondarie* (1968), in Id., *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1970, pp. 175-197, alle pp. 187-188; G. Tarello, *op. cit.*, nota 20, p. 434, e *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980, nota 96, p. 393; G. Carcaterra, *Analogia. I) Teoria generale*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. 2, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, 1988, alle pp. 4-5.

¹⁰ Sul tema vedi R. Alexy, *Teoria dell'argomentazione giuridica* (1978), Milano, Giuffrè, 1998, p. 192; E. Diciotti, *op. cit.*, pp. 413-417; K. Engisch, *Introduzione al pensiero giuridico* (1968), Milano, Giuffrè, 1970, pp. 121-122.

considerazione l'argomento dell'intenzione del legislatore, il fatto che un testo di legge era inteso in un certo significato da coloro che lo produssero e lo approvarono): indicare gli argomenti dell'interpretazione da utilizzare equivale pertanto a indicare il genere dei fatti di cui tener conto per attribuire un contenuto ai testi di legge. Inoltre, giustificare un giudizio interpretativo sulla base di alcuni argomenti dell'interpretazione significa giustificare tale giudizio sulla base di determinati valori rilevanti (ad esempio, se prendiamo in considerazione l'argomento teleologico, il valore che determina la scelta di uno tra gli scopi possibili di una norma); e siccome questi valori individuano finalità da perseguire, per indicare tutto ciò di cui tener conto per attribuire un contenuto ai testi di legge, è necessario indicare anche determinate finalità.

L'idea di Hart della regola di riconoscimento potrebbe dunque essere precisata in questo modo: vi è un diritto là dove i giudici (e i giuristi) accettano e osservano una stessa regola di riconoscimento che indica i criteri necessari per individuare le norme giuridiche valide, cioè che indica il modo in cui devono essere individuate le fonti del diritto, il modo in cui le norme contenute in queste fonti devono essere disposte in una gerarchia, il modo in cui da queste fonti devono essere ricavate norme giuridiche. Indicare il modo in cui dalle fonti del diritto devono essere ricavate norme giuridiche equivale a indicare argomenti dell'interpretazione da utilizzare e il contenuto dei giudizi di valore necessari per utilizzarli: in altri termini, equivale a indicare i fatti e le finalità in base ai quali deve essere attribuito un significato ai testi di legge. Sulla base della regola di riconoscimento può essere data una giustificazione alle soluzioni delle questioni giuridiche, siano esse questioni delle fonti del diritto, questioni della gerarchia delle norme giuridiche o questioni interpretative. Questo è il modello di tale giustificazione: i) Se una norma presenta i caratteri A, B, C, D (molto schematicamente: è ricavata nel modo X da un testo prodotto e approvato da Y nel modo Z), è una norma giuridica valida; ii) la norma N presenta i caratteri A, B, C, D; iii) dunque, la norma N è una norma giuridica valida.

2. I disaccordi sulle norme giuridiche valide e la regola di riconoscimento

Fin qui l'idea secondo cui il diritto dipende da un accordo sui criteri necessari per individuare le norme giuridiche valide. Adesso è venuto il momento di fare i conti con il fenomeno a tutti noto dei disaccordi sulle norme giuridiche valide.

Questi disaccordi possono dipendere da disaccordi sulle fonti, cioè sulla questione se uno o più documenti contengano o non contengano norme giuridiche valide. Infatti, potrebbe essere controversa la questione del procedimento che un certo organo deve seguire per produrre norme valide (o documenti

contenenti norme valide), oppure la questione se un organo sia o non sia autorizzato a produrre norme di un certo tipo, oppure la questione se norme provviste di un certo contenuto possano essere validamente prodotte. Ad esempio, nel nostro ordinamento potrebbe sorgere la questione se sia valida una modifica dell'art. 138 della Costituzione, o dell'art. 139 della Costituzione, oppure delle norme costituzionali che conferiscono diritti "inviolabili", attuata seguendo il procedimento stabilito dallo stesso art. 138 della Costituzione¹¹.

Inoltre, questi disaccordi possono dipendere da disaccordi sulla gerarchia delle norme giuridiche. Ad esempio, nel nostro ordinamento potrebbe sorgere la questione della posizione del diritto comunitario in rapporto ad alcune norme della costituzione¹².

Infine, questi disaccordi dipendono molto frequentemente da disaccordi sul contenuto delle norme giuridiche valide, cioè su quali norme siano espresse dai documenti che costituiscono le fonti del diritto: ad esempio, disaccordi sulla questione se un enunciato legislativo F esprima la norma N1 o invece la norma N2.

Normalmente, tutti questi disaccordi hanno prima o poi un termine. Ma altri disaccordi incessantemente sorgono. Come e perché abbiano un termine è una questione importante, ma bisogna intanto notare che il modo in cui sorgono induce a ritenere che l'idea hartiana della regola di riconoscimento sia più problematica di quanto potrebbe sembrare. Questo aspetto sarà ora messo in luce, indirizzando l'attenzione sui criteri interpretativi e sull'uso discordante di questi criteri che sembra implicato dai disaccordi interpretativi.

Se gli interpreti condividessero i medesimi criteri interpretativi, cioè si avvalsero degli stessi argomenti dell'interpretazione e degli stessi valori necessari per utilizzare questi argomenti, i loro disaccordi sul contenuto dei testi di legge dipenderebbero unicamente da disaccordi in merito ai fatti in base ai quali, dati quei criteri interpretativi, deve essere attribuito un significato ai testi di legge. Ciò può talvolta accadere, perché è ad esempio possibile che interpreti diversi intendano attribuire ad un testo di legge il significato in cui questo era inteso dal legislatore, e che concepiscano il legislatore

¹¹ Si deve peraltro ricordare che secondo una certa posizione sarebbe logicamente impossibile il mutamento dell'art. 138 Cost. tramite il procedimento previsto dallo stesso articolo (questa posizione è sostenuta da A. Ross, *Sull'autoriferimento e su un "puzzle" nel diritto costituzionale* (1969), in Id., *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, Bologna, Il Mulino, 1982, pp. 205-232; la posizione contraria in H.L.A. Hart, *Self-referring Laws*, in Id., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983, pp. 170-178). Per quanto concerne le posizioni, alcune pacifiche ed altre effettivamente controverse, della nostra dottrina e giurisprudenza su tali questioni, vedi R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 375-379.

¹² Vedi R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., pp. 673-676.

esattamente nello stesso modo, ma si trovino in disaccordo sulla seguente questione: come era esattamente inteso quel testo dal legislatore? Oppure è possibile che interpreti diversi intendano attribuire ad un testo di legge il significato in cui esso esprime norme adeguate al conseguimento di uno stesso scopo Z, in vista del quale essi concordemente ritengono che quelle norme dovrebbero essere ragionevolmente applicate, ma che si trovino in disaccordo sulla seguente questione: quale contenuto quelle norme dovrebbero avere per essere meglio adeguate per il conseguimento di Z? Però, non sembra possibile sostenere che i disaccordi interpretativi dipendano esclusivamente da simili disaccordi sui fatti.

L'idea che ogni genuino disaccordo interpretativo dipenda esclusivamente da un simile disaccordo sui fatti può essere attribuita a concezioni dell'interpretazione giuridica che in passato hanno avuto molta diffusione. Secondo queste concezioni l'interpretazione giuridica consiste esclusivamente nella conoscenza di fatti: nella conoscenza delle norme che i testi di legge di fatto esprimono; oppure nella conoscenza della volontà del legislatore¹³. È però facile notare come nessuna di queste concezioni possa essere accolta ove si prenda per buona l'idea hartiana secondo cui il diritto dipende dalla pratica effettiva dei giudici, ovvero dai criteri che essi effettivamente utilizzano per individuare le norme giuridiche valide.

La concezione secondo cui l'interpretazione consiste nella conoscenza delle norme effettivamente contenute nei testi di legge¹⁴, non è chiara, a meno che venga precisata assumendo che oggetto di conoscenza siano le norme espresse dai testi di legge *conformemente alla regole linguistiche*. Ma, così precisata, questa concezione deve essere immediatamente respinta, almeno per la seguente ragione: se i criteri per l'individuazione delle norme giuridiche sono, così come vuole Hart, quelli effettivamente utilizzati dai giudici, allora è facile notare che i giudici non tengono conto delle sole regole linguistiche per individuare le norme contenute nei testi di legge. Spesso, infatti, essi precisano il significato che i testi di legge esprimerebbero conformemente alle sole regole linguistiche e, in molti casi, danno a questi testi un significato parzialmente diverso da quello che essi esprimerebbero conformemente a tali regole. Inoltre, sono ben consapevoli di far questo, come appare evidente quando utilizzano argomenti diversi da quello del significato letterale per precisare il signi-

¹³ Da qui la tradizionale distinzione di due teorie o dottrine dell'interpretazione: quella oggettiva e quella soggettiva (vedi in proposito K. Engisch, *op. cit.*, pp. 133-135).

¹⁴ Questa è la concezione dell'interpretazione tipicamente etichettata come formalista: su di essa, e sulla sua inconsistenza, vedi N. Bobbio, *Formalismo giuridico*, in Id., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, Comunità, 1965, pp. 79-100, alle pp. 93-97; M. Jori, *Formalismo*, in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, vol. 8, Torino, Utet, 1992, pp. 425-438, alle pp. 429-431; G. Tarello, *Formalismo*, in *Novissimo digesto italiano*, vol. 7, Torino, Utet, 1961, pp. 571-580, alle pp. 577-580.

ficato S che ai testi di legge dovrebbe essere attribuito sulla base di quest'ultimo argomento o, addirittura, per attribuire a questi testi un significato parzialmente diverso da S: non è infatti raro che giudici diversi diano ad uno stesso testo di legge due diversi significati, avvalendosi l'uno dell'argomento del significato letterale e l'altro di un diverso argomento dell'interpretazione.

Osservazioni analoghe valgono per la concezione secondo cui l'interpretazione consiste nella conoscenza della volontà del legislatore¹⁵. L'idea che il contenuto dei testi di legge possa essere individuato e precisato individuando la volontà del legislatore che li ha prodotti è di per sé dubbia, perché non è chiaro come all'organo collegiale della legislazione, composto da una pluralità di individui provvisti di valori e ideologie differenti, possa essere attribuita una volontà univoca e associata a una prefigurazione degli eventi mondani tanto sapiente da abbracciare ogni possibile caso concreto che possa divenire oggetto di giudizio. Ma, al di là di questo, si può notare che i giudici giustificano spesso i loro giudizi interpretativi sulla base di argomenti dell'interpretazione diversi da quello dell'intenzione del legislatore, e talvolta in contrasto con i giudizi che sarebbero giustificabili o sono effettivamente giustificati sulla base di quest'ultimo argomento. Essi, cioè, mostrano di ritenere che vi siano altri fatti, oltre a quello della volontà del legislatore, di cui tener conto per individuare le norme giuridiche valide a partire dai testi di legge.

Si potrebbe forse essere tentati di sostenere che gli interpreti, utilizzando argomenti dell'interpretazione differenti, cerchino in effetti di individuare la volontà non del legislatore che effettivamente ha prodotto quei testi, ma di un legislatore ideale, una figura fittizia alla quale si può ascrivere la produzione di tutti i testi di legge¹⁶. Secondo quest'idea i giudici cercherebbero in ogni caso di *conoscere* il contenuto dei testi di legge, dipendente dalla volontà di un legislatore ideale; poiché però si imbatterebbero spesso in indizi contrastanti di tale volontà, finirebbero talvolta con l'affidarsi all'uno o all'altro di questi, trovandosi così in disaccordo sul contenuto di tale volontà. Non diversamente gli archeologi e i paleontologi, che pure

¹⁵ Questa è la concezione in genere attribuita alla cosiddetta Scuola dell'Esegesi, sorta in Francia all'inizio del XIX secolo (N. Bobbio, *Il positivismo giuridico* (1961), Torino, Giappichelli, 1996, pp. 72-84; G. Tarello, *Scuola dell'Esegesi*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. 16, Torino, Utet, 1969, pp. 819-823; ma per una ricostruzione più problematica del metodo esegetico dell'interpretazione vedi P. Chiassoni, *L'utopia della ragione analitica*, Torino, Giappichelli, 2005, pp. 336-362).

¹⁶ Sulla nozione di legislatore razionale (o ideale) presupposta (o da presupporre) nell'interpretazione della legge, vedi N. Bobbio, *Le bon législateur*, in H. Hubien (a cura di), *Le raisonnement juridique*, Bruxelles, Bruylant, 1971, pp. 243-249; J. Lenoble e F. Ost, *Droit, mythe et raison*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1980, pp. 137-141; C.S. Nino, *op. cit.*, pp. 288-292; L. Nowak, *De la rationalité du législateur come élément de l'interprétation juridique*, in *Logique et analyse*, 12, 1969, pp. 65-86.

mirano all'accertamento di fatti, dando diverso peso a indizi diversi o intendendoli diversamente, finiscono spesso col trovarsi in disaccordo sulle parentele di determinate culture preistoriche o sulla linea evolutiva di un determinato essere vivente. Gli interpreti avanzerebbero cioè ipotesi sulla base di ragionamenti che possono essere ricondotti al modello induttivo, o meglio a quello abduttivo: le loro conclusioni, sebbene siano sempre incerte e spesso controverse, sarebbero determinate dall'osservanza di un unico principio regolativo, ovvero dai medesimi criteri interpretativi¹⁷.

Ma neppure quest'idea sembra sostenibile. È vero che ogni argomento dell'interpretazione utilizzato da giudici e giuristi può essere concepito come relativo a indizi della volontà di un legislatore ideale: può essere concepito così l'argomento del significato letterale, perché si può assumere che il legislatore ideale intenda esprimersi in un linguaggio condiviso; può essere concepito così l'argomento teleologico, perché si può assumere che il legislatore ideale intenda produrre norme adeguate per il conseguimento di scopi ragionevoli; ecc. Però, bisogna anche notare che quando si concepiscano così gli argomenti dell'interpretazione, bisogna poi assumere che interpreti diversi, nell'attribuire ad uno stesso testo di legge significati diversi sulla base di differenti argomenti dell'interpretazione, si trovino in disaccordo sui caratteri del legislatore ideale, ossia cerchino di individuare la volontà di figure distinte e diverse del legislatore ideale. Ad esempio, se un interprete ricava da un testo di legge T la norma N1, adducendo il fatto che T esprime N1 conformemente alle regole linguistiche, mentre un altro ricava da T la norma N2, adducendo il fatto che N2 è la norma meglio adeguata per il conseguimento degli scopi della disciplina giuridica contenuta in T, bisogna assumere che il primo interprete cerchi di individuare la volontà di un legislatore ideale che sempre (o almeno in circostanze come quella presente) si esprime in un linguaggio condiviso dagli altri parlanti e che invece il secondo interprete cerchi di individuare la volontà di un legislatore ideale che almeno talvolta (in circostanze come quella presente) utilizza le parole in un significato peculiare, diverso da quello in cui sono comunemente usate dagli altri parlanti, ma che sempre produce norme adeguate per il conseguimento di scopi ragionevoli. Bisogna cioè assumere che il loro disaccordo interpretativo non dipenda da un disaccordo sulla questione se la volontà di un determinato legislatore ideale L sia (sarebbe) V1 o V2, ma dipenda da un disaccordo sulla questione se il legislatore ideale abbia i caratteri di un soggetto L1 o di un soggetto L2.

¹⁷ L'idea che l'interpretazione di testi letterari (ma anche di altro genere) si svolga tramite ragionamenti abduttivi è piuttosto diffusa: vedi ad esempio U. Eco, *Trattato di semiologia generale*, Milano, Bompiani, 1975, pp. 185-188, e *I limiti dell'interpretazione*, Milano, Bompiani, 1990, pp. 34, 224-225; M. Bonfantini, *La semiosi e l'abduzione*, Milano, Bompiani, 1987, pp. 103-114.

Insomma, la ragione principale per cui non possiamo accogliere le concezioni dell'interpretazione giuridica come semplice conoscenza di fatti è che la gran parte dei disaccordi interpretativi dipende dall'uso di differenti argomenti dell'interpretazione e dall'adozione di differenti valori necessari per l'uso di questi argomenti. Poiché l'uso di differenti argomenti dell'interpretazione in una medesima occasione presuppone l'adozione di criteri interpretativi diversi (ovvero criteri interpretativi disposti in un diverso ordine gerarchico), bisogna ammettere che i giudici in effetti non condividano i medesimi criteri interpretativi.

Per chiarire questo aspetto, si potrebbe dire che giudici e giuristi diversi mostrano in effetti di adottare differenti *principi metodologici dell'interpretazione*, cioè differenti prescrizioni relative alle circostanze in cui utilizzare i diversi argomenti dell'interpretazione ed ai giudizi di valore in base ai quali utilizzarli¹⁸. In altri termini, differenti prescrizioni relative ai fatti e alle finalità in base ai quali attribuire un significato ai testi di legge nelle diverse occasioni e circostanze (quando oggetto di interpretazione siano testi di legge di un certo tipo o di un altro, quando i casi per i quali si cerca una disciplina giuridica siano di un certo tipo o di un altro, quando manchino indizi di alcuni fatti rilevanti per l'interpretazione o di altri)¹⁹.

Ciò che si è detto sui disaccordi interpretativi potrebbe essere detto anche sui disaccordi sulle fonti del diritto e sui disaccordi sulla gerarchia delle norme giuridiche. Anche questi disaccordi, infatti, sorgono in quanto giudici e giuristi diversi si basano su ragioni diverse per sostenere tesi contrastanti relative alle fonti o alla gerarchia delle norme. Ciò in quanto giudici e giuristi diversi adottano, a quanto pare, criteri parzialmente diversi per l'individuazione delle fonti e delle gerarchie normative, ossia differenti principi o prescrizioni riguardanti il modo di procedere in queste attività.

Dunque, siccome non vi è un accordo completo sulle norme giuridiche valide, non si può sostenere che vi sia un accordo completo sui criteri indicati dalla regola di riconoscimento. Essendo il primo accordo parziale,

¹⁸ Il fatto che un principio o una regola siano necessari per la giustificare la scelta tra diversi metodi o argomenti dell'interpretazione è messo in rilievo da molti autori: tra questi ricordo P. Chiassoni, *Codici interpretativi*, in P. Comanducci e R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto 2003-2004*, Torino, Giappichelli, 2004, pp. 55-124, alle pp. 74-92; E. Diciotti, *op. cit.*, pp. 277-291, 494-539; R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, *cit.*, pp. 141-142; L. Lombardi Vallauri, *Corso di filosofia del diritto*, Padova, Cedam, 1981, pp. 53-79; C. Luzzati, *op. cit.*, pp. 116-118; N.L. MacCormick e R.S. Summers, *Interpretation and Justification*, in N.L. MacCormick e R.S. Summers (a cura di), *Interpreting Statutes*, Aldershot, Dartmouth, 1991, pp. 511-544, alle pp. 527-530; U. Scarpelli, *Interpretazione. Diritto, in Gli strumenti del sapere contemporaneo. Vol. 2. I concetti*, *cit.*, pp. 423-427, alla p. 426; J. Wróblewski, *The Judicial Application of Law*, Dordrecht, Kluwer, 1992, pp. 113-116.

¹⁹ Per un esame dei principi metodologici dell'interpretazione rinvio a E. Diciotti, *op. cit.*, spec. pp. 494-521.

cioè relativo alla validità di alcune norme, ma non di altre, si potrà ritenere che sia parziale anche il secondo accordo, ossia che giudici e giuristi diversi condividano insieme parzialmente diversi di criteri per l'individuazione delle norme giuridiche valide, e quindi adottino non la medesima regola di riconoscimento K, ma regole di riconoscimento parzialmente diverse K1, K2, K3, ... Kn²⁰.

Ciò significa che alla base del diritto non vi è una precisa regola sociale seguita dai giudici (e dai giuristi), ma vi sono tante regole diverse: al limite una regola per ciascun giudice (e ciascun giurista). Data questa situazione si può anche affermare che, a rigore, non vi è neppure un unico sistema giuridico, cioè un unico sistema di norme giuridiche valide, ma tanti sistemi quanti sono le diverse regole di riconoscimento adottate dai giudici (e dai giuristi). Poiché queste regole di riconoscimento non possono essere concepite come regole sociali, mancando esse dell'esistenza sociale determinata dalla condivisione, possono essere concepite unicamente come norme morali, componenti della morale autonoma dei giudici (e dei giuristi).

Quest'ultimo punto richiederebbe forse un lungo discorso, ma per esso bastino qui le seguenti osservazioni. Se concepiamo il diritto come diritto positivo, una norma giuridica deve essere o una norma provvista di esistenza consuetudinaria o una norma prodotta da un organo giuridico (ricavabile da testi prodotti da organi giuridici): ma le diverse regole di riconoscimento adottate dai giudici (e dai giuristi) non sono prodotte da organi giuridici, né sono norme consuetudinarie. Che non siano norme prodotte da organi giuridici è una necessità concettuale, in quanto servono per individuare gli organi giuridici e le norme poste da questi; che non siano norme consuetudinarie è il fatto che abbiamo prima chiarito: una norma consuetudinaria è una norma sociale esistente in quanto osservata da una pluralità di individui, mentre queste sono osservate solo dai singoli giudici (o giuristi) che le adottano. E per la stessa ragione per cui non sono norme giuridiche consuetudinarie, non sono neppure norme o regole sociali di altro genere (ad esempio, norme della morale sociale di una comunità o di un particolare gruppo di questa). Si deve inoltre osservare che queste regole indicano il modo in cui individuare le norme che impongono obblighi ai membri della comunità e le norme in base alle quali devono essere erogate sanzioni nel caso di inosservanza di quegli obblighi. Si potrebbe anche dire, in termini kelseniani, che esse indicano il modo in cui devono essere individuate le condizioni delle sanzioni: privazione della vita, della libertà, dei beni. E si può concludere che regole sprovviste di esistenza sociale e la cui osservanza o applicazione incide in aspetti tanto importanti della vita

²⁰ Cfr. U. Scarpelli, *Il metodo giuridico* (1971), in Id., *L'etica senza verità*, Bologna, Il Mulino, 1982, pp. 179-203, alle pp. 191-193; M. Jori, *L'ultimo Hart e la teoria dionisiaca del diritto: una discussione mancata*, in *Ragion pratica*, 21, 2003, nota 49, p. 431.

umana, non possono che essere concepite come norme morali, ragionevolmente giustificabili, ove una giustificazione fosse richiesta, solo sulla base di valori o principi morali.

3. *Il diritto come oggetto di un accordo e come oggetto di disaccordi: la retorica*

Le due visioni del diritto che emergono nelle pagine precedenti appaiono incompatibili. Se sono incompatibili, bisogna pensare che una delle due sia sbagliata. Il problema da esaminare è dunque se siano davvero incompatibili e, nel caso in cui lo siano, quale delle due sia da ritenere sbagliata.

Iniziamo dalla prima questione: le due visioni del diritto sono davvero incompatibili? Non vi è modo di conciliarle? Non è possibile trovare un'unica visione del diritto che renda conto dell'accordo sui criteri di individuazione delle norme giuridiche valide, e dunque incorpori l'idea hartiana della regola di riconoscimento, e al tempo stesso renda conto del disaccordo sulle norme giuridiche valide, e dunque sui criteri indicati dalla regola di riconoscimento?

Si potrebbe pensare che vi sia un modo semplice per conciliare le due visioni: assumere che la regola di riconoscimento adottata da giudici e giuristi sia vaga, cioè che abbia un contenuto abbastanza indeterminato da consentire frequentemente soluzioni contrastanti di questioni giuridiche²¹. Sebbene possa apparire a prima vista attraente, quest'idea non sembra però sostenibile, perché da una regola di riconoscimento dal contenuto indeterminato dovrebbe seguire l'indecidibilità di alcune questioni giuridiche e non il sorgere di disaccordi riguardo alle corrette soluzioni di tali questioni. Il fatto che sorgano questi disaccordi mostra che i giudici e i giuristi ritengono di avere criteri (sebbene siano in disaccordo su di essi) per dare soluzione a tali questioni e che dunque, nel dare ad esse soluzione, non seguono una regola di riconoscimento dal contenuto indeterminato.

Si potrebbe allora pensare che i giudici e i giuristi adottino una stessa regola di riconoscimento provvista di un contenuto parzialmente indeterminato e che precisino tale contenuto, in modi che inevitabilmente saranno spesso diversi, quando ciò risulti necessario per risolvere alcune questioni giuridiche. Ma quest'idea non sembra migliore della precedente.

²¹ H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., pp. 173-181; G. Carriò, *Principi di diritto e positivismo giuridico*, in *Rivista di filosofia*, 61, 1970, pp. 127-148, alle pp. 144-145; M. Jori, *Il metodo giuridico tra scienza e politica*, Milano, Giuffrè, 1976, pp. 326-327; J. Wróblewski, *Fuzziness of Legal System*, in U. Kangas (a cura di), *Essays in Legal Theory in Honor of Kaarle Makkonen*, Vammala, 1983, pp. 313-330, alle pp. 326-329; C. Luzzati, *op. cit.*, pp. 407-410.

Anzitutto appare irrealistica l'ipotesi di un accordo iniziale di giudici e giuristi su una stessa regola di riconoscimento indeterminata, seguito nel tempo da una sorta di disaccordo sull'interpretazione della regola; inoltre, anche quando si voglia ipotizzare questo accordo "iniziale", bisogna ritenere che esso venga meno quando giudici e giuristi diversi precisino diversamente il contenuto della regola di riconoscimento. Infatti, quando accada questo, si dovrà ritenere che ad una concorde adozione "iniziale" di una regola di riconoscimento K si sia sostituita l'adozione da parte di giudici e giuristi diversi di regole di riconoscimento parzialmente differenti K1, K2, K3, ... Kn.

Un'altra possibile idea è che la regola di riconoscimento non abbia un contenuto indeterminato, ma permetta in alcuni casi di utilizzare criteri diversi per risolvere questioni giuridiche, e consenta così soluzioni contrastanti di tali questioni. Secondo quest'idea, la regola di riconoscimento sarebbe, molto schematicamente, così formulabile: «Se una norma presenta i caratteri A o B, C o D, E o F o G, allora è una norma giuridica valida». Anche questa concezione della regola di riconoscimento non sembra però accettabile, in quanto contrasta profondamente con la nostra esperienza dell'attività dei giudici e dei giuristi. Infatti, se essi condividessero una regola di riconoscimento così formulabile, le diverse soluzioni che offrono delle questioni dell'individuazione delle norme giuridiche valide non sarebbero in effetti soluzioni diverse e contrastanti: essi non sarebbero effettivamente in disaccordo, poiché individuerebbero norme che tutti sarebbero disposti a riconoscere come norme giuridiche valide. Ma la nostra percezione della pratica giuridica è qui profondamente diversa: giudici e giuristi mostrano di essere effettivamente in disaccordo sulle norme giuridiche valide e ciascun giudice o giurista avanza argomentazioni allo scopo di mostrare che la propria soluzione, e non quella di altri, è corretta.

Non sembra dunque che vi sia un modo per conciliare la visione secondo cui il diritto dipende da un accordo con la visione secondo cui il diritto è oggetto di disaccordi: le due visioni sembrano effettivamente incompatibili. Ma, se sono davvero incompatibili, quale delle due deve essere abbandonata?

È difficile ritenere che sia sbagliata l'idea secondo cui giudici e giuristi discordano spesso sui criteri per l'individuazione delle norme giuridiche valide. Infatti, come abbiamo visto in riferimento all'interpretazione, se giudici o giuristi diversi sostengono, sulla base di ragioni diverse, che diverso è il contenuto di uno stesso testo, allora non possono che dissentire sul modo in cui il testo deve essere interpretato, ossia sui criteri interpretativi da utilizzare. Come ho già detto, quest'idea potrebbe essere respinta solo adottando la posizione secondo cui gli interpreti svolgono un'attività puramente conoscitiva, nella quale ogni disaccordo è un disaccordo sui fatti; questa posizione, però, non pare plausibile.

Dunque, l'idea da respingere potrebbe essere quella secondo cui vi è un accordo alla base del diritto, in quanto i giudici (e i giuristi) adottano una medesima regola di riconoscimento. Forse dovremmo abbandonare quest'idea e sostituirla con la tesi secondo cui i giudici (e i giuristi) adottano regole di riconoscimento parzialmente diverse, che in qualche caso conducono a un accordo sulle norme giuridiche valide, ma che in molti casi conducono a disaccordi.

Ma questa tesi rende adeguatamente conto della pratica giuridica, includendo in essa anche la pratica argomentativa dei giudici e dei giuristi? Davvero si può credere che i giudici e i giuristi adottino regole di riconoscimento sufficientemente definite e chiaramente diverse?

Se si guarda al modo in cui si presentano i disaccordi sull'individuazione delle norme valide, cioè al modo in cui si articolano i discorsi contrastanti dei giudici e dei giuristi, mi sembra difficile sostenere che questi disaccordi dipendano da chiari disaccordi sui criteri per l'individuazione delle norme giuridiche valide, ossia dall'adozione di regole di riconoscimento differenti. In particolare, i disaccordi di cui parliamo molto raramente acquistano caratteri tali da apparire, agli occhi stessi dei giudici e dei giuristi, o di alcuni di questi, controversie politiche o morali relative alla regola di riconoscimento da adottare per individuare le norme giuridiche valide.

Se davvero i giudici e i giuristi adottassero regole di riconoscimento contrastanti, la questione del contenuto della regola di riconoscimento dovrebbe plausibilmente trovare spazio nel loro discorso. Il disaccordo su questa regola dovrebbe cioè risultare esplicito nelle loro argomentazioni e dar luogo a controversie sui criteri adeguati per l'individuazione delle norme giuridiche valide, per risolvere le quali dovrebbero essere avanzate ragioni che, almeno in larga parte, possono essere attinte solo da un universo esterno a quello comunemente riconosciuto come giuridico, cioè dall'universo della politica o della morale. Tutto ciò, però, non accade: giudici e giuristi argomentano a sostegno di giudizi contrastanti relativi alle norme giuridiche valide adducendo ragioni diverse, e si mostrano dunque in disaccordo sulla "forza" o sulla "persuasività" delle ragioni adottate, ma non sembrano ritenere che qualcuna di queste non sia giuridicamente adeguata, dipendendo da una concezione politicamente o moralmente inaccettabile della regola di riconoscimento.

Insomma, l'idea che giudici e giuristi siano in disaccordo sulla regola di riconoscimento non sembra agevolmente sostenibile quando si guardi al modo in cui effettivamente si svolge la discussione giuridica e al modo in cui si presentano, in tale discussione, i disaccordi sulle norme giuridiche valide. Quest'idea sembra da una certa prospettiva irrinunciabile, perché i giudici e i giuristi, se sono in disaccordo sulle norme giuridiche valide, e se questo disaccordo non dipende esclusivamente da un disaccordo sui fatti, allora essi *devono necessariamente essere in disaccordo* sui criteri per

l'individuazione delle norme giuridiche valide, ossia sulla regola di riconoscimento. Allo stesso tempo, però, quest'idea appare in contrasto con il modo in cui giudici e giuristi effettivamente agiscono e argomentano. La logica spinge ad accogliere una visione del diritto che i fatti sembrano negare.

Come muoversi in questo dilemma? Credo che la risposta dipenda dai nostri scopi. Se vogliamo chiarire, in astratto, la logica del ragionamento giuridico, bisogna ammettere che i disaccordi sulle norme giuridiche valide dipendono in molti casi da disaccordi sui criteri per l'individuazione di queste norme. Se però siamo interessati a chiarire il modo in cui giudici e giuristi effettivamente operano e il modo in cui effettivamente si presenta il fenomeno giuridico, penso che allora dovremmo seguire una strada diversa: riconoscere che nel mondo reale i ragionamenti e le argomentazioni, gli accordi e i disaccordi si presentano talvolta in modo diverso da come si presentano nel mondo della razionalità argomentativa e della logica. Più precisamente, penso che vi sia qui una sola mossa da fare: abbandonare, come inadeguato, il concetto di regola di riconoscimento e ammettere che il diritto è ad un tempo oggetto di accordo (di accordi) e disaccordo (di disaccordi).

Il concetto di regola di riconoscimento suggerisce che la pratica dei giudici e dei giuristi si basi su un insieme definito di criteri per l'individuazione delle fonti giuridiche, di criteri relativi alla gerarchia delle fonti e di criteri interpretativi; che questi criteri siano sufficientemente precisi o precisabili e, quando possano risultare contrastanti, disposti o disponibili in una gerarchia sufficientemente stabile; che questi criteri consentano di dare un'unica soluzione alle questioni giuridiche. E in quanto fornisce questa immagine della pratica giuridica, tale concetto può essere considerato inadeguato o fuorviante. La pratica dei giudici e dei giuristi, infatti, sembra basarsi non su un siffatto insieme di criteri, ma su un complesso di idee relative alle condizioni di validità e alle modalità dell'interpretazione provvisto di confini piuttosto incerti; queste idee, inoltre, sebbene possano trovare una formulazione in massime o principi, sembrano difficilmente precisabili e, soprattutto, non sempre disponibili in una stabile gerarchia; infine, queste idee, ovvero le massime e i principi in cui si incarnano, plausibilmente non consentono, se non forse in qualche caso, di dare un'unica soluzione alle questioni giuridiche.

Tutti questi aspetti si presentano, a quanto credo, con una certa evidenza. Pensiamo in particolare agli argomenti dell'interpretazione: sono state proposte varie liste di questi argomenti²², che hanno indubbiamente un valore orientativo, ma non sembra possibile produrre una lista completa, che indichi con

²² Vedi ad esempio le liste fornite da G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit., pp. 341-396; E. Diciotti, *op. cit.*, pp. 309-323; R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., pp. 142-179; P. Chiassoni, *Codici interpretativi*, cit., pp. 66-73.

precisione tutti i tipi delle ragioni utilizzabili per attribuire un significato ai testi di legge, distinguendoli in conformità alle idee effettive di coloro che se ne avvalgono. Se ad esempio prendiamo l'argomento dell'intenzione del legislatore, che viene paradigmaticamente utilizzato ricorrendo ai lavori preparatori, possiamo notare che riguardo ad esso è possibile porre molte domande che non hanno una risposta precisa e attendibile: quali sono i confini di questo argomento, o, in altri termini, quali elementi valgono come indizi dell'intenzione del legislatore? Solo il contenuto dei lavori preparatori? Oppure, anche altri elementi, tra i quali il senso in cui i termini contenuti in un documento legislativo venivano usati nel momento in cui il documento fu prodotto, o i problemi sociali per la cui soluzione fu probabilmente approvata una legge? O far valere questi ultimi elementi significa addurre argomenti diversi da quello addotto rinviando al contenuto dei lavori preparatori, poiché, ad esempio, gli usi dei termini nel momento della produzione di un documento legislativo potrebbero essere adottati per sostenere tesi interpretative diverse da quelle che possono essere sostenute sulla base dei lavori preparatori? L'atteggiamento più ragionevole sembrerebbe quello di lasciar perdere tutte queste domande e ammettere di trovarsi in un campo non ben definibile di ragioni che possono essere utilizzate nell'interpretazione, talvolta unitamente e talvolta per sostenere tesi contrastanti. Né sembra che miglior successo possano avere i tentativi di disporre gli argomenti dell'interpretazione in una gerarchia, non solo perché interpreti diversi assegnano peso diverso ad argomenti differenti, ma anche perché non è insolito che uno stesso interprete assegni peso diverso ad argomenti differenti al variare delle circostanze: accade infatti che giudici e giuristi che abbiano assegnato un'importanza decisiva al contenuto dei lavori preparatori quando si trattava di stabilire il significato di un enunciato legislativo *F1*, assegnino invece importanza decisiva al significato letterale o agli scopi della legge quando si tratti di stabilire il significato di un diverso enunciato legislativo *F2*. Infine, non sembra che gli argomenti dell'interpretazione consentano, almeno talvolta, di condurre a soluzioni univoche delle questioni concernenti il contenuto delle norme valide. Infatti, anche quando non sorgano controversie interpretative, sembra che gli argomenti dell'interpretazione possano essere utilizzati per sostenere tesi interpretative differenti da quelle effettivamente accettate (tesi che, magari, apparirebbero al momento inaccettabili; ma non è questo il punto). In altri termini, è ragionevole pensare che tanto gli accordi quanto i disaccordi sulle norme giuridiche valide dipendano solo in parte da ciò che gli argomenti dell'interpretazione consentono di sostenere, poiché tali argomenti consentono di sostenere molto più di quanto viene effettivamente sostenuto²³; si può cioè pensare che questi

²³ Ciò è provato dal fatto che talvolta anche interpretazioni apparse per lungo tempo indiscutibili divengono prima dubbie o controverse e poi finiscono con l'essere abbandonate a favore di altre interpretazioni.

accordi e disaccordi costituiscano anche il prodotto di dinamiche da esaminare su un piano esclusivamente sociologico o psicologico.

Abbandonare l'idea della regola di riconoscimento, mettendo al suo posto un insieme molto indeterminato di massime o principi, non è però sufficiente. Vi è un altro passo da fare: respingere l'idea che venga a mancare un accordo su queste massime o questi principi laddove sorgano disaccordi sulle norme giuridiche valide, ed assumere invece che anche quando sorgano disaccordi di questo genere i giudici e i giuristi condividano, a grandi linee, le stesse idee riguardo al modo di risolvere tali questioni. Questo passo appare ripugnante dalla prospettiva della logica, ma sembra necessario per render conto della realtà dei fatti (e la logica, ovviamente, non si oppone davvero ad esso, perché non può impedire che di fatto gli individui ragionino e argomentino in modi diversi da quelli che essa approva).

Questo è il passo che conduce decisamente da una visione del diritto improntata dalla logica a una visione del diritto improntata dalla retorica.

4. *Un'immagine retorica del diritto*

La retorica può essere definita come lo «studio delle tecniche che mirano a provocare o ad accrescere l'adesione degli individui alle tesi che vengono sottoposte al loro assenso»²⁴. Questa definizione non esclude che la retorica possa fornire anche una precettistica, un insieme di regole tecniche che indichino all'oratore il modo di ottenere un consenso sulle tesi che propone, però qualifica la retorica come una disciplina essenzialmente descrittiva, volta a individuare i modi in cui, di fatto, si argomenta quando lo scopo del discorso sia la persuasione degli ascoltatori.

Lo studio delle tecniche discorsive efficaci ai fini della persuasione ha avuto come risultato l'individuazione di argomenti, cioè di modi di presentare ragioni a sostegno di una conclusione, diversi da quelli logicamente cogenti. Un'argomentazione, o un discorso, che si avvalga di questi argomenti potrà dirsi argomentazione retorica, o discorso retorico. Tra i campi in cui argomentazioni di questo genere trovano largo spazio vi è, secondo i cultori della retorica, il diritto: molti dei cosiddetti argomenti dell'interpretazione, come l'argomento *a simili*, l'argomento *a contrario*, l'argomento *a fortiori*, sarebbero appunto da considerare argomenti retorici²⁵.

Ma non è possibile concepire questi e altri argomenti utilizzati dai giudici e dai giuristi come argomenti logicamente cogenti? Non è possibile individuare sotto la superficie del discorso retorico una struttura logica nascosta?

²⁴ C. Perelman, *Logica giuridica nuova retorica* (1976), Milano, Giuffrè, 1979, p. 163.

²⁵ *Ivi*, pp. 31-33, 97-100.

È indubbio che ogni argomento retorico possa essere ricostruito o rappresentato in modo tale da risultare logicamente cogente. Per far ciò, è sufficiente aggiungere ad esso una o più premesse, sostenendo che queste, sebbene non esplicitate nel discorso, vi sono necessariamente implicite. Ma la domanda da porre è la seguente: ricostruire un argomento (apparentemente retorico) in modo tale che esso risulti logicamente cogente, agguinzando una o più premesse alle premesse espressamente avanzate, è un'operazione utile od opportuna?

Questa domanda non ha certamente una sola risposta: l'utilità o l'opportunità di tale operazione dipende sia dalle finalità che ci poniamo, sia dal modo e dal contesto in cui è avanzata l'argomentazione oggetto di analisi²⁶. Però, se l'argomentazione presa in considerazione è quella di un giudice o di un giurista, e se lo scopo perseguito è chiarire il modo in cui questi *effettivamente* argomentano, ovvero fornire un'immagine attendibile dell'argomentazione giuridica o del diritto così come questo si manifesta nel discorso dei giudici e dei giuristi, allora io credo che la risposta debba essere negativa.

Lasciamo qui da parte il problema della ricostruzione adeguata di argomenti interpretativi come quelli *a simili*, *a contrario* ed *a fortiori*, e torniamo alla questione affrontata nei paragrafi precedenti: si può ritenere che i giudici e i giuristi, in quanto adducono ragioni diverse a sostegno di soluzioni contrastanti di questioni giuridiche, si basino su differenti regole di riconoscimento, cioè su insiemi diversi di criteri per l'individuazione delle norme giuridiche valide, o, che è lo stesso, su massime o principi concernenti le fonti del diritto, la gerarchia normativa e l'interpretazione, provvisti di un contenuto parzialmente diverso e disposti su gerarchie diverse?

Come ho già detto, soprattutto quando si guardi all'attività interpretativa, bisogna notare che generalmente i giudici e i giuristi non chiariscono nelle loro argomentazioni i criteri interpretativi che seguono, né la gerarchia in cui, a loro parere, questi dovrebbero essere disposti. Quando, ad esempio, sorge un disaccordo interpretativo, accadono spesso cose di questo genere: un giudice o un giurista giustifica un determinato giudizio interpretativo adducendo una certa ragione considerata pertinente, come ad esempio il contenuto dei lavori preparatori; un altro giudice o giurista giustifica un giudizio interpretativo

²⁶ Il contesto serve per cogliere ciò che un parlante intende dire al di là del significato delle parole che usa, cioè il contenuto implicito del suo discorso, ovvero le *implicature conversazionali* (su questo concetto vedi S.C. Levinson, *La pragmatica* (1983), Bologna, Il Mulino, 1993, cap. III; va peraltro ricordato che le implicature conversazionali dipendono da regole individuate da H.P. Grice, *Logica e conversazione* (1975), e *Ancora su logica e conversazione* (1978), entrambi in Id., *Logica e conversazione*, Bologna, Il Mulino, 1993, pp. 55-76, 77-95). Ma, per l'appunto, il contesto in cui sono avanzate le argomentazioni giuridiche induce a ritenere che queste non abbiano il contenuto implicito che ad esse è attribuito da chi le ricostruisce in modo da renderle logicamente cogenti.

alternativo adducendo un'altra ragione considerata pertinente, come ad esempio il significato che il testo di legge oggetto di interpretazione esprime in conformità alle regole linguistiche; nessuno dei due giudici o giuristi chiarisce i criteri interpretativi che adotta ed eventualmente la gerarchia in cui questi, a suo parere, dovrebbero essere disposti.

Per questo fatto, le argomentazioni interpretative si presentano in genere come non logicamente cogenti, ovvero come entimemi, sillogismi privi di una necessaria premessa²⁷. Ad esempio si presentano, approssimativamente, così:

Argomentazione A:

- (i) Secondo le dichiarazioni contenute nei lavori preparatori, la parola *P*, contenuta nell'enunciato legislativo *F*, è da intendere nel significato *S1*.
- (ii) Dunque, la parola *P*, contenuta nell'enunciato legislativo *F*, è da intendere nel significato *S1*.

Argomentazione B:

- (i) Secondo le regole della lingua italiana, la parola *P*, contenuta nell'enunciato legislativo *F*, è da intendere nel significato *S2*.
- (ii) Dunque, la parola *P*, contenuta nell'enunciato legislativo *F*, è da intendere nel significato *S2*.

Volendo fornire una ricostruzione logicamente adeguata delle argomentazioni giuridiche, si potrà asserire che in queste argomentazioni vi è una premessa tacita, o sottintesa. Ad esempio, nell'argomentazione A la premessa che le parole contenute nei testi di legge sono da intendere conformemente al contenuto dei lavori preparatori e nell'argomentazione B la premessa che le parole contenute nei testi di legge sono da intendere conformemente alle regole della lingua italiana. Esplicitando queste premesse, infatti, si potrà sostenere che le due argomentazioni sono conformi al modello deduttivo, e dunque logicamente cogenti:

Argomentazione A:

- (i) Le parole contenute nei testi di legge sono da intendere conformemente al contenuto dei lavori preparatori.
- (ii) Secondo le dichiarazioni contenute nei lavori preparatori, la parola *P*, contenuta nell'enunciato legislativo *F*, è da intendere nel significato *S1*.

²⁷ Come è noto, Aristotele configura l'entimema come un sillogismo provvisto di premesse verosimili e non necessarie (*Primi analitici*, II, 27, 70a, e *Retorica*, I, 2, 1355a); tuttavia 'entimema' ha successivamente acquisito il diverso significato di sillogismo privo di una premessa, taciuta dall'oratore (a partire da un aspetto secondario di questo argomento messo in luce dallo stesso Aristotele, *Retorica*, I, 2, 1357a).

(iii) Dunque, la parola *P*, contenuta nell'enunciato legislativo *F*, è da intendere nel significato *S1*.

Argomentazione B:

(i) Le parole contenute nei testi di legge sono da intendere conformemente alle regole della lingua italiana.

(ii) Secondo le regole della lingua italiana, la parola *P*, contenuta nell'enunciato legislativo *F*, è da intendere nel significato *S2*.

(iii) Dunque, la parola *P*, contenuta nell'enunciato legislativo *F*, è da intendere nel significato *S2*.

Data questa ricostruzione delle argomentazioni interpretative, si potrà sostenere la posizione secondo cui i giudici e i giuristi, per il fatto che avanzano tesi interpretative adducendo ragioni diverse a loro sostegno, si basano su insiemi diversi di criteri interpretativi, ossia su differenti principi metodologici dell'interpretazione. Ma perché dovremmo ricostruire in questo modo le argomentazioni interpretative, seguendo sulla sua strada il fautore di una ricostruzione logicamente adeguata delle argomentazioni giuridiche?

Costui ha indubbiamente ragione su un punto: la logica impone di ritenere che la conclusione di ciascuna delle due argomentazioni prese in esame discenda non dalla sola premessa esplicita nel discorso del giudice o del giurista, ma anche da un'altra premessa, cioè da un principio metodologico dell'interpretazione, che in questo discorso non è stata esplicitata. Noi, però, abbiamo già dubitato dell'idea che vi sia un chiaro disaccordo tra giudici e giuristi sui criteri indicati dalla regola di riconoscimento, e in particolare sui criteri interpretativi. E adesso è possibile fare qualche altra considerazione a questo proposito.

Queste considerazioni possono prendere spunto da un passo di Chaïm Perelman, il quale, ammettendo che «è sempre possibile trasformare una qualsiasi argomentazione in un sillogismo, aggiungendo una o più premesse supplementari»²⁸, osserva che però, quando si faccia questo, la controversia relativa alla forza dell'argomento [...] si trasformerà inevitabilmente in una discussione sulla verità della premessa maggiore che si è aggiunta e senza la quale l'argomentazione non avrebbe potuto divenire dimostrazione, formalmente corretta [...]. Né sarà difficile mostrare la falsità di tale premessa maggiore, conseguenza del fatto che un argomento plausibile, ma non vincolante, è stato trattato come una verità universale. Voler ricondurre un argomento qualsiasi a uno schema valido formalmente può servire solo a metterne in risalto l'insufficienza²⁹.

²⁸ C. Perelman, *op. cit.*, p. 23.

²⁹ *Ivi*, p. 24.

Ove si tolgano i concetti di verità e falsità, sostituendoli con altri che facciano riferimento all'accettazione delle premesse, questo passo chiarisce una ragione per cui può essere respinta la posizione del fautore di una ricostruzione logicamente adeguata delle argomentazioni giuridiche. Nelle argomentazioni interpretative effettivamente avanzate la mancanza di una premessa, necessaria dal punto di vista logico, non è un accidente, ma è una necessità, data la funzione di queste argomentazioni, che è quella di far accettare una tesi, o almeno di mostrarne l'accettabilità. Questa premessa non solo manca, ma deve mancare, perché porla equivarrebbe a fondare una tesi interpretativa su un insieme di principi dell'interpretazione, ovvero su una regola di riconoscimento, inaccettabile per la gran parte dei giudici e dei giuristi (probabilmente, come vedremo, anche per colui che avanza la tesi), con il risultato di trasferire l'inaccettabilità della premessa alla tesi avanzata³⁰. Chi, infatti, sarebbe disposto ad accettare il principio metodologico dell'interpretazione secondo cui i testi di legge devono *sempre* essere intesi conformemente al contenuto dei lavori preparatori o, in alternativa, conformemente alle regole linguistiche? Sembra che i giudici e i giuristi ritengano che tanto i lavori preparatori quanto le regole linguistiche siano rilevanti per attribuire un significato ai testi di legge, e tutti troverebbero probabilmente inaccettabile l'idea che il contenuto dei lavori preparatori debba *sempre* prevalere sulle regole linguistiche e su qualsiasi altro elemento o considerazione pertinente per attribuire un significato ai testi di legge. La stessa cosa può ovviamente dirsi per quanto concerne il principio metodologico secondo cui le regole linguistiche devono *sempre* prevalere sul contenuto dei lavori preparatori e su qualsiasi altro elemento o considerazione pertinente per attribuire un significato ai testi di legge. E la stessa cosa può ragionevolmente dirsi per quanto concerne principi metodologici più complicati, che pure sarebbe possibile elaborare, secondo cui ai lavori preparatori, o al contrario alle regole linguistiche, deve essere assegnata una prevalenza soltanto in circostanze determinate. Sembra dunque che una ricostruzione conforme al modello deduttivo dell'argomentazione interpretativa dia luogo a un'immagine fuorviante dal modo in cui questa argomentazione effettivamente opera. E a conclusioni analoghe si può ragionevolmente pervenire per quanto riguarda l'argomentazione giuridica sulle fonti e quella sulla gerarchia delle norme.

Non si deve peraltro arguire che ogni giudice e giurista, per il fatto di non chiarire nella propria argomentazione i criteri in base ai quali ritiene che debbano essere individuate le norme giuridiche valide, nasconda agli

³⁰ E. Diciotti, *op. cit.*, p. 531. Come osservano Chaim Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca, «in logica, la falsità di una premessa non modifica per nulla la verità di una conseguenza, se questa è provata per altre vie. La verità di quest'ultima proposizione resta indipendente da queste false premesse. In retorica, invece, l'utilizzazione di un cattivo argomento può avere un risultato nefasto» (*Logica e retorica* (1950), in C. Perelman, *Retorica e filosofia* (1952), Bari, De Donato, 1979, pp. 55-88, alle pp. 77-78).

altri questi criteri. È infatti improbabile che i giudici e i giuristi riflettano assiduamente sul preciso contenuto di questi criteri, anche perché non è questa la questione che sono chiamati a risolvere. Essi hanno unicamente il compito di risolvere questioni concernenti l'individuazione delle norme giuridiche valide, e per avvalorare le soluzioni che propongono utilizzano le risorse argomentative che, nell'ambito della loro cultura giuridica, sono utilizzabili. Questo aspetto dell'attività giuridica è riconosciuto dalle teorie retoriche del diritto, quando presentano il ragionamento dei giudici e dei giuristi come un ragionamento che si svolge a partire da casi o da problemi concreti e non dai presunti assiomi del sistema giuridico³¹.

Non si può escludere che nella mente, e anche nelle argomentazioni, di giudici e giuristi acquistino talvolta contorni abbastanza definiti idee particolari, e potenzialmente controverse, sui criteri per l'individuazione delle norme giuridiche valide. Ma i disaccordi su questi criteri, anche quando in qualche modo emergono, rimangono latenti, non divengono oggetto di discussione e di controversia, e così restano privi di quell'evidenza che sarebbe necessaria per produrre incrinature visibili nell'accordo che sta alla base della pratica giuridica.

Tutto ciò probabilmente vale per ogni tipo di argomentazione giuridica, ma certamente ed evidentemente vale per l'argomentazione interpretativa. Una ricostruzione delle argomentazioni interpretative conforme al modello deduttivo, attuata aggiungendo a queste argomentazioni premesse costituite da principi metodologici dell'interpretazione, appare futile, fuorviante e arbitraria dalla prospettiva di una teoria che intenda chiarire il modo in cui l'interpretazione effettivamente si svolge. Appare futile perché non sembra avere altro scopo che quello di ottenere una piccola soddisfazione intellettuale. Appare fuorviante perché nasconde il modo in cui effettivamente argomentano i giudici e i giuristi. Appare arbitraria perché è molto probabile che i giudici e i giuristi, argomentando a sostegno di un certo giudizio interpretativo, non abbiano in mente alcun principio metodologico dell'interpretazione precisamente formulabile e, anche se l'avessero, sarebbe per noi impossibile conoscerlo. Infatti, se ad esempio un interprete avanza una determinata tesi interpretativa adducendo il contenuto dei lavori preparatori, su quale principio metodologico dell'interpretazione si potrà asserire che si è basato? Forse sul principio secondo cui il contenuto dei lavori preparatori è determinante per attribuire un significato ai testi di legge? Oppure

³¹ L'idea che il ragionamento giuridico si svolga a partire da problemi che reclamano una soluzione emerge con forza nelle indagini relative alla struttura topica di questo ragionamento (vedi T. Viehweg, *Topica e giurisprudenza* (1953), Milano, Giuffrè, 1962), ma è generalmente presente nelle teorie retoriche del diritto (vedi L. Gianformaggio, *Modelli di ragionamento giuridico. Modello deduttivo, modello induttivo, modello retorico*, in U. Scarpelli (a cura di), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali*, Milano, Comunità, 1983, pp. 131-152, alle pp. 146-148)

sul principio secondo cui il contenuto dei lavori preparatori è determinante soltanto quando ricorrano determinate circostanze? Ma quali circostanze? Forse la circostanza in cui non è possibile ricorrere a qualche altro argomento? Ma quale argomento? Oppure si potrà asserire che l'interprete si è basato sul principio metodologico secondo cui l'intenzione del legislatore è determinata per attribuire un significato ai testi di legge, assumendo che il contenuto dei lavori preparatori sia solo uno degli elementi che può fornire un indizio di questa intenzione? Le domande si potrebbero moltiplicare, ed è evidente che per esse non vi è una risposta certa³².

In effetti, comunque si affronti la questione, ad apparire poco ragionevole è l'idea stessa che l'interprete, attribuendo a un testo di legge un determinato significato sulla base di determinate ragioni, segua un principio metodologico dell'interpretazione. In genere, infatti, gli interpreti non sembrano seguire alcun piano prestabilito nell'utilizzare, nelle diverse occasioni operano, i vari argomenti dell'interpretazione. Come ho già notato, avviene spesso che l'interprete che abbia prediletto l'uso dei lavori preparatori per attribuire un significato all'enunciato F1, mostri subito dopo di prediligere un altro argomento dell'interpretazione per attribuire un significato all'enunciato F2. Né sembrano individuabili generi particolari di occasioni in cui l'uno o l'altro interprete utilizzi l'uno o l'altro argomento. Qualcuno potrebbe forse asserire che vi è sempre un principio metodologico dell'interpretazione alla base dell'attività interpretativa, sebbene gli interpreti cambino probabilmente i loro principi metodologici nelle diverse occasioni in cui operano. Ma l'idea che vi siano principi o regole che nessuno ha espressamente posto o formulato e che tuttavia sono seguiti da singoli individui in singole occasioni, appare tutt'altro che ragionevole³³; quando infatti si dice che qualcuno segue una certa regola o

³² L'osservazione che un insieme di individui *G* tiene un determinato comportamento *C* non consente mai di dare una risposta certa alla questione delle regole seguite da *G*, poiché l'eventuale asserzione che *C* dipende dalla regola *N* costituisce il risultato di un ragionamento non deduttivo, ma abduttivo (vedi G. Carcaterra, *Indizi di norme*, in *Sociologia del diritto*, 29, 3, 2002, pp. 123-139, alle pp. 129-134). Ma quando si pretende di individuare la regola seguita da un singolo interprete a partire dall'osservazione di un suo singolo atto, il grado di incertezza diviene così elevato che l'operazione di individuazione di tale regola può essere considerata del tutto arbitraria.

³³ Ovviamente, è sempre possibile sostenere che il comportamento di un individuo, e dunque anche l'attività interpretativa del giurista, è conforme a una o più regole, anche quando l'apparenza sia del tutto contraria. Per sostenere questo, basterà riformulare continuamente tali regole, introducendo in esse sempre nuove condizioni dell'obbligo e clausole di eccezione, in modo da renderle via via adeguate alle azioni effettivamente eseguite dall'individuo o alle operazioni interpretative effettivamente compiute dal giurista, oppure si potrà asserire che l'individuo o il giurista seguono una regola defettibile, cioè una regola secondo cui si deve fare *X*, tranne nel caso in cui sussistano più forti ragioni in contrario. È però evidente che far ciò, anche se è sempre possibile, non è sempre ragionevole (una critica dell'idea che i giuristi seguano regole

do infatti si dice che qualcuno segue una certa regola o un certo principio si vuole appunto significare che *i suoi comportamenti*, e non un suo singolo atto, sono ad essi conformi.

Insomma, si può ragionevolmente concludere che le argomentazioni dei giudici e dei giuristi, e in particolare le loro argomentazioni interpretative, non dipendano da idee ben definite dei criteri adeguati per individuare le norme giuridiche valide, ma si avvalgano di ragioni che sono comunemente considerate pertinenti a questo riguardo, dove questa pertinenza ha che fare con un accordo di massima e non soggetto a indagine e discussione su un insieme indeterminato e confuso di massime o principi.

Adesso dobbiamo notare che questa conclusione ci costringe ad abbandonare il concetto di sistema giuridico, o almeno il modo abituale di pensare questo sistema, e dunque ad abbandonare una diffusa immagine del diritto. Infatti, se concepiamo il diritto come l'oggetto di un accordo e se dobbiamo ritenere che non vi sia un accordo su una precisa regola di riconoscimento, ma vi sia un accordo di massima su un insieme indeterminato e confuso di massime e principi da seguire per l'individuazione delle norme giuridiche valide, dobbiamo allora configurare le norme giuridiche valide non come elementi che compongono un sistema giuridico in quanto presentano i requisiti richiesti dalla regola di riconoscimento, ma come elementi di un accordo in qualche misura contingente, cangiante e spesso parziale. L'immagine del diritto che otteniamo è quella di un luogo di accordi e disaccordi, non sempre ben chiari; di un campo del discorso attraversato da controversie e conflitti, ma tenuto insieme da accordi generali sui modi in cui si deve argomentare per mostrare che una certa norma è una norma giuridica valida e da accordi puntuali su norme giuridiche valide.

Non è qui possibile precisare questa immagine, ma credo che valga la pena di soffermarsi almeno su un suo aspetto. Se nel diritto vogliamo distinguere due componenti, consistenti l'una in norme giuridiche valide e l'altra in massime o principi che indicano il modo di individuare fonti, gerarchie normative e contenuti delle fonti, dobbiamo rappresentarle entrambe come indeterminate e la prima come costituita anche da elementi contrastanti.

La componente delle norme giuridiche valide non è ben determinata ed è costituita da elementi contrastanti per le seguenti ragioni. Anzitutto accade che giudici e giuristi non si trovino d'accordo sulle norme giuridiche valide, ritenendo che norme differenti siano elementi di questo insieme. E se i caratteri delle giuridicità e della validità di una norma dipendono da un accordo, quando accada questo noi possiamo dire che norme diverse e contrastanti presenta-

no, in qualche misura, questi caratteri³⁴. Inoltre, le norme giuridiche valide su cui si accordano giudici e giuristi sono entità fluide e indeterminate, precisabili solo al prezzo di disaccordi interpretativi. Questa indeterminatezza non dipende necessariamente dalla vaghezza del significato delle parole contenute nei testi di legge; infatti, è possibile che un enunciato legislativo sia inteso da tutti i giudici e giuristi in un significato più preciso di quello che, in astratto, esso avrebbe in conformità alle regole linguistiche. Questa indeterminatezza riguarda le idee condivise del contenuto delle norme: giudici e giuristi diversi si trovano d'accordo su idee vaghe relative al contenuto di norme. Solo la vaghezza di queste idee garantisce un accordo, che viene spesso a mancare quando queste idee debbano essere rese più precise ai fini della qualificazione giuridica di determinati casi concreti. Ma l'accordo su un'idea vaga del contenuto di una norma e il disaccordo su un più preciso contenuto della stessa norma possono in un certo senso convivere, perché in alcuni contesti argomentativi l'idea vaga di una norma, su cui si dà un accordo, può essere pacificamente richiamata anche quando vi siano dissensi sulla precisazione di questa. Da ciò risulta un'immagine multidimensionale delle norme piuttosto difficile da precisare. A tutto questo si deve poi aggiungere che la componente delle norme valide è indeterminata anche in un altro senso: non abbiamo criteri precisi per individuare gli elementi di questa. Da un lato, infatti, non è misurabile l'estensione dell'assenso di giudici e giuristi all'idea che una norma abbia un determinato contenuto; dall'altro lato non è chiaro quanto debba essere esteso tale assenso affinché si possa affermare che una certa norma, provvista di un determinato contenuto, costituisce un elemento del diritto. Per affermare questo, è sufficiente l'assenso di un singolo interprete? E se non è così, quanti interpreti devono allora assentire? È evidente che queste domande non possono avere una risposta precisa.

Come poi abbiamo visto, deve essere considerato indeterminata la componente delle massime e dei principi in base ai quali sono individuate le norme giuridiche valide. L'accordo su questi principi dipende infatti dalla loro estrema indeterminatezza, fluidità, mancanza di ordine gerarchico. A ciò si deve adesso aggiungere che non è neppure possibile delimitare con precisione l'insieme di questi principi, tracciando una linea netta di confine tra questo insieme e l'insieme di idee e principi che esprimono la cultura o la mentalità della società in cui i giudici e i giuristi operano. Da ciò segue che, da una prospettiva retorica, anche la distinzione tra il diritto e la morale diviene incerta e sfumata.

³⁴ Come scriveva Letizia Gianformaggio a proposito della "positività" del diritto, «laddove non sia discusso e controverso quali sono le parole del diritto, che cosa esse significano [...], lì la positività del diritto è massima. La positività non è, insomma, un concetto *tutto o niente*: la positività si gradua» (L. Gianformaggio, *Il filosofo del diritto e il diritto positivo* (1991), in Ead., *Filosofia e critica del diritto*, Torino, Giappichelli, 1995, pp. 26-42, a p. 31).

È poi opportuno osservare che le relazioni tra queste due componenti non vanno in una sola direzione. Infatti, se da una parte dobbiamo assumere che le norme giuridiche valide siano individuate seguendo i principi e le massime di cui abbiamo parlato, dall'altra parte bisogna rilevare che il contenuto di tali principi e massime dipende anche dal contenuto di norme giuridiche valide (relative alle fonti, alle gerarchie normative, all'interpretazione).

5. *Perché il discorso giuridico è un discorso retorico?*

Se siamo d'accordo che il discorso giuridico è un discorso retorico, possiamo porre la questione perché lo sia, cioè quali fatti, funzioni del diritto, esigenze sociali determinino o favoriscano questo suo carattere. La questione è piuttosto complicata e certamente potrebbero essere individuate molte ragioni per cui il discorso giuridico è così com'è e non come appare quando sia reso conforme ai modelli della logica. Ma alcune di queste ragioni sono già emerse nelle pagine precedenti e qui sarà opportuno riprenderle, aggiungendo ad esse qualcun'altra particolarmente importante, ma senza avere la pretesa di esaurire con ciò la discussione.

Una di queste ragioni ha a che fare con l'*accordo sul diritto*. Se le argomentazioni giuridiche divenissero conformi al modello deduttivo, se cioè venissero in esse esplicitate tutte le premesse necessarie per renderle conformi a tale modello, diverrebbero concreti i disaccordi di carattere generale latenti nei disaccordi su singole norme giuridiche valide. Si potrebbe allora asserire che davvero giudici e giuristi diversi adottano criteri parzialmente diversi per individuare le norme giuridiche valide, cosicché risulterebbe visibilmente incrinata l'idea, apparentemente condivisa, dell'unicità dell'ordinamento giuridico. Gli stessi giudici e giuristi non potrebbero far altro che riconoscere di operare all'interno di ordinamenti giuridici, o meglio di sistemi normativi, parzialmente diversi, in quanto provvisti di assiomi (i criteri per l'individuazione delle norme giuridiche valide) differenti.

Ciò non porterebbe alcun vantaggio e produrrebbe ovvi inconvenienti. Non porterebbe alcun vantaggio perché dal chiarimento dei fondamenti che i singoli giudici e giuristi pongono alle loro tesi non seguirebbe un accordo su questi fondamenti: questo accordo, infatti, dovrebbe trovarsi sul terreno della politica e della morale, cioè là dove gli accordi sembrano estremamente improbabili. E produrrebbe ovvi inconvenienti perché risulterebbe evidente che, là dove sembrava esservi *un* ordinamento giuridico, vi sono in realtà giudici e giuristi che fanno valere o cercano di far valere le proprie idee politiche o morali relative al diritto. Da ciò seguirebbe la delegittimazione di ogni pratica giuridica.

Da questo punto di vista il diritto sembra funzionare come una sorta di ideologia da cui dipende l'unità di un gruppo³⁵; un'ideologia che tollera in qualche misura divergenze che possono sorgere localmente su questioni concrete, ma non un dissenso sulle parole d'ordine fondamentali. Il consenso sulle parole d'ordine fondamentale è infatti condizione dell'esistenza stessa dell'ideologia e, dunque, del gruppo. Il fatto che il consenso su queste parole – o, fuor di metafora, sui principi relativi alla validità e all'interpretazione – sia per l'appunto un consenso su parole, al quale potrebbe non corrispondere un consenso sul preciso significato di queste parole – fuor di metafora, un consenso sul preciso contenuto di una regola di riconoscimento che indica i criteri per l'individuazione delle norme giuridiche valide –, non è rilevante, perché i latenti dissensi sul significato di queste parole si manifestano unicamente come dissensi locali su questioni di concreta applicazione dell'ideologia. Così l'ideologia assolve la propria funzione, che è quella di soddisfare bisogni di riconoscimento e di cooperazione: riconoscersi nelle stesse parole d'ordine, discutere sulla base dei “medesimi” paradigmi e nello stesso linguaggio, lavorare a un progetto “comune”. Così l'ideologia assorbe le differenze e i conflitti sociali, poiché ogni conflitto determinato da interessi individuali contrastanti, quando la sua espressione sia affidata al linguaggio dell'ideologia, si presenta come un contrasto sul diverso modo di interpretare o applicare localmente le parole d'ordine condivise.

Un'altra ragione ha a che fare con la *flessibilità del diritto*. È evidente che un diritto costituito esclusivamente da un insieme di norme provviste di un preciso contenuto sarebbe un diritto rigido e provvisto di molti interstizi, ovvero sia lacune, nei quali il giudice non potrebbe far altro che svolgere un'attività palesemente creativa. Un diritto indeterminato, nel modo che sopra ho cercato di chiarire, appare invece in grado di fornire risposte a tutte le questioni sottoposte al giudice, consentendo oltretutto di dare a queste risposte, almeno entro certi limiti, il contenuto che meglio soddisfa esigenze sociali mutevoli nel tempo. Come infatti si sa, accade spesso che i mutamenti nell'interpretazione giudiziale dei testi di legge registrino mutamenti delle esigenze, della mentalità e della morale sociali.

³⁵ Uso qui 'ideologia' in “senso debole”, per indicare un insieme di idee condivise che forniscono una guida per i comportamenti politici, e non in “senso forte”, per indicare forme di mistificazione, (auto)illusione, falsa coscienza (questi due sensi sono distinti da N. Bobbio, *L'ideologia in Pareto e in Marx* (1968), in N. Bobbio, *Saggi sulla scienza politica in Italia*, Bari, Laterza, 1971, pp. 109-122, alle pp. 114-116). Il fatto che il diritto costituisca un'ideologia in senso debole risulta ovvio nell'ambito di una concezione del diritto come oggetto di un “accordo” di gruppi sociali più o meno ampi (vedi A. Ross, *Diritto e giustizia* (1953), Torino, Einaudi, 1965, Capitolo secondo e Capitolo terzo).

Un'altra ragione dipende dal fatto che il diritto è, per così dire, *un'istituzione orientata alla decisione e non al consenso universale razionale*. Può accadere che una questione normativa, cioè una questione relativa ai comportamenti da tenere in determinate circostanze, sia affrontata allo scopo di individuare una soluzione universalmente convincente, cioè la soluzione che dovrebbe essere accettata da tutti gli esseri umani in grado di ragionare. Chi l'affronta in questo modo avanza una tesi esibendo tutte le ragioni che a suo parere la giustificano e che servono a confutare le tesi alternative, ma non può pretendere di chiudere così la discussione. Infatti, si potrebbe asserire che la tesi avanzata è convincente per tutti soltanto nel momento in cui tutti, dopo aver partecipato alla discussione esprimendo le loro opinioni, finissero col dividerla. La convinzione di tutti può cioè essere ottenuta solo quando le ragioni e le obiezioni di tutti siano state adeguatamente prese in considerazione. Poiché non è possibile che tutti (coloro che presentemente vivono, coloro che sono vissuti, coloro che vivranno) partecipino alla discussione, la condizione necessaria per ottenere la convinzione di tutti è irrealizzabile e l'idea di appodare a una soluzione universalmente convincente di una data questione può costituire soltanto l'orizzonte ideale cui tende un'indagine o una discussione. Se in vista di questo ideale alcuni individui conducono un'indagine riguardo a una data questione e tramite discorsi propongono soluzioni, ragioni che potrebbero fondare tali soluzioni, obiezioni ad alcune di queste soluzioni, si può assumere che essi diano esistenza a un'istituzione orientata al consenso universale razionale. Un'istituzione retta da regole che qui non possiamo elencare, ma che alcuni autori, tra i quali Robert Alexy e Jürgen Habermas, hanno cercato di precisare³⁶.

Due aspetti di questa istituzione sono qui da mettere a fuoco. Il primo aspetto è che in essa il discorso è sempre aperto e, dunque, interminabile. Infatti, nessuna delle soluzioni proposte per una data questione può essere considerata con certezza come universalmente convincente. Non potrebbe essere considerata tale neppure una soluzione che ottenesse, in un certo momento, l'adesione di tutti i partecipanti alla discussione, perché altri parlanti potrebbero successivamente entrare nella discussione, dichiarando il loro disaccordo e avanzando obiezioni fino a quel momento non prese in considerazione. Il secondo aspetto è che in questa istituzione è assente la dimensione del potere. In essa, infatti, nessuno ha il potere di stabilire quale soluzione di una questione normativa debba essere considerata vincolante e, dunque, quale norma debba essere da tutti osservata: l'accettazione di una tesi dipende solo dalla forza delle ragioni poste a suo fondamento. La scienza per le questioni teoriche e una parte della filosofia morale, la cosiddetta

³⁶ R. Alexy, *op. cit.*, pp. 149-163; J. Habermas, *Etica del discorso* (1983), Roma-Bari, Laterza, 1985, pp. 97-106.

etica normativa, per le questioni normative possono essere considerate approssimazioni a un'istituzione di questo genere.

Un carattere del discorso giuridico che manca nel discorso morale è il seguente: il discorso giuridico presuppone un accordo preventivo, per quanto confuso o di massima, almeno su un insieme di fonti dalle quali devono essere tratte le soluzioni delle questioni pratiche da risolvere. Questo carattere, sebbene sia rilevante, può però non essere considerato determinante per rispondere alla domanda se il discorso giuridico si collochi o non si collochi in un'istituzione orientata al consenso universale razionale³⁷. Infatti, nulla impedisce di ritenere che un discorso orientato al consenso universale razionale possa avere ad oggetto la soluzione da dare a determinate questioni normative sulla base di un insieme di fonti normative (poste in una determinata gerarchia e da intendere sulla base di un insieme di criteri interpretativi).

Nel rispondere a questa domanda non si può invece trascurare, almeno a mio parere, il fatto che il diritto manca necessariamente dei due aspetti tipici, ai quali ho prima accennato, di un'istituzione orientata al consenso universale razionale. La questione se Tizio debba o non debba ricevere un risarcimento da Caio, così come qualsiasi altra questione cui debba essere data una risposta nell'ambito del diritto, è una questione pratica concreta, che richiede una soluzione vincolante in tempi ragionevolmente brevi, pena il venir meno della funzione stessa del diritto³⁸. Per questa ragione il diritto non può prevedere discussioni interminabili sulla migliore soluzione di questioni normative e pertanto istituisce organi provvisti del potere di dare ad esse soluzioni per tutti vincolanti. Il diritto, in altri termini, si presenta non come un'istituzione orientata al consenso universale razionale, ma come un'istituzione orientata alla decisione.

Il giudice che è chiamato a dare soluzione a una determinata questione normativa non può ragionevolmente proporsi di affrontarla allo stesso modo in cui essa sarebbe affrontata in un'istituzione orientata al consenso universale razionale. Cercare di affrontarla così sarebbe per il giudice: poco ragionevole, se non impossibile, dati i limiti di tempo in cui deve fornire la soluzione; inutile, dato il carattere vincolante della propria

³⁷ Un'opinione contraria è espressa da J. Habermas, *Fatti e norme* (1992), Milano, Guerini e Associati, 1996, pp. 273-278, che pone questo aspetto tra quelli per cui il discorso giuridico non può essere concepito come un caso particolare del discorso morale.

³⁸ Per questo aspetto fondamentale delle questioni pratiche, intese come questioni relative al comportamento da tenere in una particolare occasione, vedi B. Celano, *Dialettica della giustificazione pratica*, Torino, Giappichelli, 1994, pp. 682-684; C. Perelman, *Il ragionamento pratico* (1968), e *Quel che il filosofo può imparare da una riflessione sul diritto* (1968), entrambi in Id., *Morale, diritto e filosofia*, Napoli, Guida, 1973, pp. 197-205 e pp. 313-327, alle pp. 204, 326-327.

decisione; controproducente, dati gli scopi dell'argomentazione avanzata a sostegno della propria decisione.

Il fatto che far ciò sarebbe poco ragionevole, se non impossibile, è abbastanza evidente. Produrre un'argomentazione in vista del consenso universale razionale comporterebbe chiarire e precisare tutte le ragioni che giustificano la tesi avanzata, ovverosia, tra le altre cose, i principi relativi alle fonti, alla gerarchia normativa e all'interpretazione da cui la tesi discende e tutte le ragioni, di tipo morale o politico, che stanno alla base di quei principi e che dovrebbero indurre ad abbandonare principi ad essi alternativi. Questa è un'impresa che potrebbe essere condotta da un filosofo che la includesse tra i suoi progetti di lungo termine, ma non, ragionevolmente, da un giudice.

Un'argomentazione di questo genere, peraltro, sarebbe inutile, per almeno due ragioni. La prima ragione è che essa non risulterebbe comunque convincente per tutti: oltre a non poter essere considerata con certezza convincente per tutti gli esseri umani, non risulterebbe con ogni probabilità convincente neppure per tutti coloro che, nel momento in cui essa venisse prodotta, ad essa fossero effettivamente interessati. Da una parte, infatti, se vi è un disaccordo sulla tesi avanzata, un disaccordo si manifesterà probabilmente anche sulle premesse che implicano la tesi, quando queste siano perfettamente chiarite; dall'altra parte, come ho già accennato, è estremamente probabile che un chiarimento dei principi che fondano la tesi accresca i dissensi, invece di farli venir meno. La seconda ragione dipende dal fatto che, come dicevo, il diritto è un'istituzione orientata alla decisione, nella quale il giudice ha, diversamente dagli altri individui, il potere di risolvere una questione normativa in modo per tutti vincolante. Se l'accettazione della soluzione fornita dal giudice non dipende, come nelle istituzioni orientate al consenso universale razionale, unicamente dalle ragioni, ma dipende anche o soprattutto dal potere del giudice, non vi è allora alcuna necessità che il giudice persegua l'obiettivo di ottenere un (impossibile o improbabile) accordo di tutti sulla soluzione da lui fornita. Ciò non toglie che il giudice cerchi di mostrare l'accettabilità della soluzione che fornisce, avvalendosi del confuso insieme di principi relativi alla validità e all'interpretazione accettati da tutti; che possa proporsi di avanzare un'argomentazione persuasiva per i giudici di legittimità che eventualmente saranno chiamati ad occuparsi della sua decisione; ecc.

Infine, produrre un'argomentazione in vista del consenso universale razionale sarebbe non solo inutile, ma anche controproducente. Come ho già detto, infatti, il chiarimento e la precisazione delle ragioni che fondano la decisione determinerebbe probabilmente maggiori dissensi di quanti ne possa di per sé determinare la decisione stessa.

Queste non sono forse le sole cause per cui il discorso giuridico presenta i caratteri del discorso retorico. Altre cause potranno eventualmente essere individuate in un'indagine più estesa di quella che adesso si conclude. Vi è però un ultimo aspetto al quale vorrei accennare: l'accordo su cui si basa il diritto non ha probabilmente carattere diverso da quello che determina l'esistenza di vari gruppi sociali, contraddistinti da una particolare cultura, o ideologia, o religione. Anch'essi, probabilmente, devono la loro esistenza a un accordo di massima su un insieme indeterminato di idee fondamentali o principi, che perdura solo fin quando i loro membri non chiariscano i disaccordi di fondo che implicano i loro inevitabili disaccordi, apparentemente non letali, su questioni particolari.

Charles Baudelaire scriveva: «Il mondo non va avanti che per effetto del malinteso. Mediante l'universale malinteso, tutti si mettono d'accordo. Perché se, per disgrazia, ci si capisse, non ci si potrebbe mai mettere d'accordo»³⁹. Pur senza necessariamente condividere il pessimismo del poeta francese, si può pensare che le cose stiano davvero così.

³⁹ C. Baudelaire, *Il mio cuore messo a nudo*, in Id., *Poesie e prose*, Milano, Mondadori, 1973, pp. 1009-1043, alle pp. 1039-1040. Queste parole di Baudelaire mi sono state ricordate da Alberto Andronico, che le pone come epigrafe al suo saggio *Le radici del malinteso*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 6, 2006 (www.dirittoquestionipubbliche.org/D_Q-6/contributi.htm).