

- A. Belvedere - R. Guastini - P. Zatti - V. Zeno Zencovich, *Glossario*, (1994), pag. XVI-416.
- R. Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, (1993), pag. XX-504.
- U. Breccia, *Le obbligazioni*, (1991), pag. XXVI-882.
- A. Gambaro, *La proprietà, beni, proprietà, comunione*, (1990), pag. X-442.

Per Informazioni e Acquisti

Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Via Busto Arsizio, 40 - 20151 Milano
Tel. 02/380.892.90 - Fax 02/380.095.82
<http://www.giuffre.it>

Centro di documentazione e di distribuzione Eudice

TRATTATO DI DIRITTO PRIVATO
a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti

AURELIO GENTILI
IL DIRITTO
COME DISCORSO



GIUFFRÈ EDITORE

L'ARGOMENTAZIONE NEL SISTEMA DELLE FONTI (*)

1. La teoria giuspositivista dell'estraneità dell'argomentazione alla produzione di diritto oggettivo e del suo ruolo accessorio nella produzione di diritto soggettivo. — 2. Le respiscenze del giuspositivismo: il ruolo dell'argomentazione nell'interpretazione e un'ipotesi debole di suo ruolo nella produzione normativa. — 3. L'ipotesi di un ruolo forte dell'argomentazione nella produzione di diritto oggettivo. — 4. Due obiezioni e una confutazione. — 5. Dei mezzi del legislatore per arginare il ruolo dell'argomentazione e dei loro limiti. — 6. Di un'ipotesi fortissima dell'argomentazione come fonte formale di diritto oggettivo. — 7. Per una valutazione problematica dell'ipotesi.

1. *La teoria giuspositivista dell'estraneità dell'argomentazione alla produzione di diritto oggettivo e del suo ruolo accessorio nella produzione di diritto soggettivo.*

La teoria giuridica del novecento, riflettendo sulla discrezionalità della giurisprudenza (1), ha riscoperto l'incidenza dell'argomentazione sull'interpretazione del diritto oggettivo

Incidenza
della argo-
mentazione
sull'interpre-
tazione

(*) Il testo, con l'aggiunta di una bibliografia essenziale riproduce l'intervento pronunziato al Convegno di Pisa del 1-3 marzo 2001.

(1) Sul tema R. POUND, *Introduzione alla filosofia del diritto*, Firenze, 1963, p. 75 ss.; A. BARAK, *La discrezionalità del giudice*, Milano, 1995; D. KENNEDY, *Comportamenti strategici nell'interpretazione del diritto*, in *Diritto giustizia e interpretazione*, a cura di J. Derrida e G. Vattimo, Bari, 1998, p. 229 ss; Id., *La distinzione tra giudice e legislatore*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, p. 383 ss; G. ALPA, *L'arte di giudicare*, Bari, 1996; J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Napoli, 1996, p. 231 ss. Cfr. inoltre i saggi raccolti in *La regola del caso*, a cura di M. Bessone e R.

vo (2). Sicché oggi è quasi un'ovvietà constatare il concorso determinante dell'argomentazione nella applicazione delle regole legali. Ma per quanto si parli di funzione "creativa" della giurisprudenza, è per lo più sottinteso che si tratti solo di uno sviluppo evolutivo delle regole e principi dell'ordinamento giuridico dello stato. Resta del tutto escluso che l'argomentazione possa invece avere un ruolo (non già nell'interpretazione ma) nella produzione di quelle regole e di quei principi. Così, alle soglie del secolo XXI° sembra consolidata la convinzione che l'argomentazione quanto alla decisione possa solo concorrere, e quanto alla produzione non possa neppure questo. Che, insomma, possa intervenire nella produzione di diritto soggettivo, ma non di diritto oggettivo (3).

Se questa è la convinzione normale del giurista positivo, lo storico sa che questa normalità ha soltanto due secoli. Prima dell'epoca delle codificazioni infatti, in minor misura nel diritto consuetudinario, e in misura più ampia nel *jus commune*, sarebbe stato normale riscontrare quantomeno un concorso dell'argomentazione (non solo nell'interpretazione

Un ruolo dell'argomentazione sulla produzione normativa?

Il concorso della argomentazione nel diritto pre-moderno

Guastini, Padova, 1995, spec.p. 169 ss; *Diritto giurisprudenziale*, a cura di M. Bessone, Torino, 1996; *L'attività del giudice. Mediazione degli interessi e controllo delle attività*, a cura di M. Bessone, Torino, 1997.

(2) Era infatti verità ovvia prima delle codificazioni (ma con autorevoli eccezioni: è nota infatti la posizione assunta in merito da T. HOBBS, *Il Leviatano*, Firenze, 1976, p. 264); per una sintesi A GIULIANI, *Logica: (b) teoria dell'argomentazione*, in *Enc. del dir.*, XXV, Milano, 1975, p. 13 ss.

(3) Tipica in tale materia la posizione di R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982, spec. p. 154 ss., per il quale i principi fondano diritti individuali ma non attribuiscono ai giudici discrezionalità in senso forte (e v. anche p. 173 ss). Su questo aspetto della posizione di R. DWORKIN, G. ZACCARIA, *Diritto come interpretazione. Sul rapporto tra R. Dworkin e l'ermeneutica*, in *Riv.dir.civ.*, 1994, p. 302 ss. Sulle diverse alternative in un sistema di *common Law* v. ancora D. KENNEDY, *La distinzione tra giudice e legislatore*, cit., p. 393 ss.

Nella dottrina italiana una sintesi acuta dei risultati è in G. ALFA, *op cit.*, p. 217: "il testo non vive senza interpretazione, ma l'interpretazione non può, nella sua creatività, raggiungere i limiti dell'arbitrio". È discutibile però il senso di quel *non potere*: impossibilità, illegalità, o semplice auspicio motivato dall'inopportunità?

ed applicazione ma anche) nella produzione di *regulae juris*. Ma soprattutto sarebbe stato assolutamente scontato che fonte del diritto di natura, del diritto delle genti, e dunque di ordinamenti ritenuti primari rispetto a quelli fondati sull'autorità politica, fosse la *recta ratio*. Sicché è soltanto con l'affermarsi attraverso le codificazioni di un'ideologia giuspositivista e statualista che diviene ovvia l'esclusione dell'argomentazione dalla produzione normativa, ed anche, almeno per una lunga epoca storica, il suo arretramento nella funzione giurisdizionale (4).

Quanto alla produzione, quell'esclusione è perseguita disciplinando le fonti. Dapprima timidamente: ancora nei codici austriaco e prussiano si riconosce un potere integrativo del giudice e il ricorso all'equità o al diritto naturale in funzione integrativa. Poi più nettamente; come mostra la cancellazione di un'analogia disposizione dell'art. 9 del Progetto Portalis del *Code civil*, e la sua assenza nel B.G.B. e nel codice italiano (5).

(4) Cfr. M. LA TORRE, *Teoria dell'argomentazione giuridica e concetto di diritto. Una approssimazione. Appendice a R. ALEXI, Teoria dell'argomentazione giuridica*, Milano, 1998, p. 357 ss.

Sembra a chi scrive che il punto di svolta — che sul piano legislativo è certamente costituito dalle codificazioni — sul piano scientifico sia stato un altro, e che senza questo il solo fenomeno delle codificazioni non avrebbe mutato il quadro (come infatti non lo mutarono le esperienze dell'area austro-tedesca). Nel corso del XIX secolo muta la concezione del diritto oggettivo: costituito ormai esclusivamente dall'insieme delle norme.

Sul giuspositivismo: N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Torino, 1996, spec. p. 163 ss., ma anche p. 219 ss; U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano, 1965; M. A. CATTANEO, *Positivismo giuridico*, in *Nov.mo dig. it.*, XVIII, Torino, 1966, p. 315 ss; G. TARELLO, *La nozione di diritto positivo*, in *Cultura giuridica e politica del diritto*, Napoli, 1988, p. 205 ss; Id, *Positivismo giuridico*, in *Diritto enunciati usi*, Bologna, 1974, p. 87 ss.

(5) Cfr. ancora M. LA TORRE, *op cit.*, p. 358; N. BOBBIO, *op cit.*, p. 79 ss.

Di natura particolare la disposizione dell'art. 1 del Codice svizzero che nei casi non preveduti dalla legge o dalla consuetudine demanda al giudice di decidere secondo la regola che egli adotterebbe come legislatore. In tema H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1952, p. 104 ss; K. ENGELISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano, 1970, p. 252 s. Nella

L'esclusione di un ruolo dell'argomentazione nel moderno diritto positivo

Quanto alla giurisprudenza, disciplinando l'interpretazione. Il positivismo statalista ha infatti un metodo, il sillogismo giudiziario, nel quale il giudice si limita ad essere *bouche de la loi*. In questo quadro nell'interpretazione l'argomentazione è strumento meramente cognitivo, che non serve a valutare la congruità della risposta normativa al problema, ma soltanto a riconoscere l'esatto significato della regola di legge nella sua applicazione alla fattispecie. Ridotta ad attività teoretica e non pratica, l'argomentazione si rivela piuttosto *demonstratio* (6).

Estromessa l'argomentazione dal sistema formale delle fonti, confinata ad un ruolo interpretativo ausiliare, le codificazioni sostituiscono ad un diritto fondato su argomenti un diritto basato su fondamenti: le norme *positae*. In un supremo slancio, la più alta metagiurisprudenza del novecento potrà ricostruire l'intero sistema, gradino dopo gradino, come una compatta piramide. Ma per scoprire, purtroppo, che il suo vertice è irraggiungibile (7).

2. *Le resipiscenze del giuspositivismo: il ruolo dell'argomentazione nell'interpretazione e un'ipotesi debole di suo ruolo nella produzione normativa.*

È noto come l'ideologia giuspositivista e statalista abbia conosciuto dopo la seconda guerra mondiale un progressivo

dottrina italiana G. ALPA, *L'arte di giudicare*, cit., p. 33 ss.; A. GENTILI, *L'ordinamento delle pretese giudizialmente perseguibili*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, p. 657 ss., p. 674 (ora in questo volume p. 301 ss.).

(6) Per una valutazione, e soprattutto per più ampi riferimenti: A. GENTILI, *op. ult. cit.*, p. 664 ss.

(7) Come visto per H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 74 ss., la norma fondamentale è un presupposto trascendentale: contro la sostenibilità dell'asserto v. le obiezioni di G. WINKLER, *Teoria del diritto e dottrina della conoscenza*, Napoli, 1993, p. 121 ss.

arretramento. La sua tenuta del resto, di fronte alla realtà delle cose appare assai debole. Anzitutto i fatti della premessa minore del sillogismo giudiziario non si lasciano sempre docilmente riconoscere. La sussunzione richiede spesso che non ci si limiti a constatare l'accadimento materiale, ma che se ne elabori una "natura", che in realtà non ha nulla di naturale. Solo così il fatto diviene fattispecie, sussumibile sotto l'efficacia di una regola (8). E altrettanto è da dire per quanto concerne la fondazione della premessa maggiore. La norma infatti non è qualcosa di dato a priori, ma piuttosto il risultato di un'opera interpretativa a partire dal testo legale. Sicché diventa a poco a poco dubbio se davvero *in claris non fit interpretatio*; e comunque evidente che *in obscuris* il giudice deve, per motivare la decisione, offrire un argomento alla sua scelta fra i plurimi significati possibili della regola legale (9).

(8) È controversa anzitutto la nozione di fatto. Per non citare che posizioni radicalmente diverse reperibili ai massimi livelli di approfondimento epistemologico cfr. L. WITTGENSTEIN, *Tractatus logico-philosophicus*, Torino, 1980, p. 5; P. F. STRAWSON, *Truth*, in *Philosophy and analysis*, Oxford, 1954, p. 38; K. POPPER, *Conoscenza oggettiva. Un punto di vista evoluzionistico*, Roma, 1983, p. 92.

È comunemente riconosciuto che il giurista non si occupi in realtà di fatti ma di fattispecie (L. GIANFORMAGGIO, *Modelli di ragionamento giuridico. Modello deduttivo, modello induttivo, modello retorico*, in *La teoria generale del diritto, problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a M. Bobbio*, 1983, p. 149 ss.; O. WEINBERGER, *Fatti e descrizioni di fatti*, in *Il diritto come istituzione*, a cura di M. La Torre, Milano, 1995, p. 95 ss., p. 102; G. ZACCARIA, *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, Padova, 1995, p. 180) rispetto alle quali è decisiva la componente concettuale.

(9) Come questo determini il fallimento necessario dell'approccio positivista ce lo dimostra con sintetica efficacia P.G. MONATERI « *Correct our watches by the public clocks* ». *L'assenza di fondamento dell'interpretazione del diritto*, in *Diritto giustizia interpretazione*, cit., p. 189 ss.: « Il valore dell'*in claris non fit interpretatio* era questo: che l'*interpretatio*, quale ingresso delle *rationes*, era esclusa là dove il *casus* pareva chiaramente regolato dalla *voluntas* » (p. 195).

Che la regola del caso sia ritrovata attraverso una valutazione, e non una constatazione, è ammesso anche da uno dei più autorevoli moderni giuspositivisti, come H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, Torino, 1965, p. 150; v. comunque gli scritti citt. nella nota 1.

Il giudice *bouche de la loi*

Arretramento del giuspositivismo

Il ritorno dell'argomentazione nell'interpretazione

Un'ipotesi debole
sul ruolo attuale
dell'argomenta-
zione nella pro-
duzione
normativa

Alle soglie del secolo nuovo, accanto alla risaputa ovvietà del ruolo interpretativo dell'argomentazione, s'affaccia quantomeno un'ipotesi debole su un ruolo concorrente dell'argomentazione nell'attività di produzione di norme giuridiche. Ritornando parzialmente sui suoi passi il pensiero giuridico prende coscienza che metodo deduttivo e teoria formale delle fonti probabilmente non sono mai stati del tutto veri. In sintesi: dimostrazione è solo la deduzione della conclusione, e purché l'effetto giuridico sia determinato con sufficiente precisione dalla regola invocata, ciò che non è vero almeno per i principi, le clausole generali, e il ragionamento per analogia (10). Sicuramente non deduttiva è invece non soltanto la sussunzione del fatto, che è piuttosto una costruzione dell'interprete, ma soprattutto la fondazione della premessa maggiore. Se il metodo deduttivo poteva credere di limitarsi, nell'atto di porre la premessa maggiore, a riconoscere l'esistenza e il senso della regola legale, la constatazione della discrezionalità della giurisprudenza, avendo appreso oltretutto l'impossibilità logica che la norma preesista all'interpretazione, impone di riconoscere che il giudice non soltanto sceglie tra più norme evincibili

(10) Sui principi v.: V. CRISAFULLI, *A proposito dei principi generali del diritto e di una loro enunciazione legislativa*, in *Jus*, 1940, I, p. 193 ss; E. BETTI, *Sui principi generali del nuovo ordine giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1940, I, p. 217; F. ANDRIOLI, *Intorno ai principi generali del nuovo ordine giuridico*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1940, p. 255 ss; F. SANTORO PASSARELLI, *Riflessioni sulla formulazione legislativa dei principi generali di diritto (dopo il convegno di Pisa)*, in *Riv. dir. civ.*, 1940, p. 271 ss; V. CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, in *Riv. int. fil. dir.*, XXI, 1941, p. 41 ss; N. BOBBIO, *Principi generali di diritto*, in *Nov. mo Dig. it.*, XIII, Torino, 1966, p. 887 ss; S. BARTOLE, *Principi generali del diritto (dir. cost.)*, in *Enc. del dir.*, XXXV, Milano, 1986, p. 495 ss; R. GUASTINI, *Sui principi del diritto*, in *Dir. soc.*, 1986, p. 601 ss; *I principi generali del diritto, atti dei convegni lincei*, Roma, 1992; G. ALPA, *I principi generali*, Milano, 1993; dei principi, ma in un senso diverso, si occupa notoriamente anche R. DWORKIN, *op cit.*, *passim*.

Per l'analogia v. G. CARCATERA, *Analogia, I, teoria generale*, in *Enc. giur.*, II, Roma, 1988; M. ATIENZA, *Analogie en droit*, in *Rev. interd. d'études jur.*, 1988, p. 21; N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, Torino, 1938; Id., *Analogia*, in *Nov. mo Dig. It.*, I, Torino, 1957, p. 601 ss.

dalla disposizione, ma addirittura, come la prassi ci fa constatare, si sente libero di scegliere per l'esistenza di norme senza disposizione, come quando le ritenga implicite nel disegno legislativo, ovvero per l'esistenza di disposizioni senza norme, come quando possa persuadersi e persuaderci che ne siano private da un'antinomia. Quand'anche l'intenzione politica dei redattori del testo, l'*occasio legis*, gli sia nota, il giudice spesso non si preoccupa e talvolta neppure si domanda se l'interpretazione prescelta sia vera, bensì piuttosto se sia giusta. E per la sua giustizia offre argomenti (11).

Ciò visibilmente apre lo spiraglio per un trapasso dell'argomentazione da mero strumento ausiliare per l'applicazione del diritto oggettivo, e per la creazione di diritto soggettivo, a fenomeno concorrente con il diritto scritto, sicuramente nell'applicazione delle *regulae juris*, e possibilmente anche nella loro individuazione. Si profila perciò l'ipotesi: che comunque, di fatto, il giudice per risolvere il caso scelga tra quelle che gli si offrono una regola, e non necessariamente tra quelle scritte precostituite (è in fondo questo il senso della giurisprudenza creativa); che, inoltre, anche il giudice più rispettoso della propria soggezione alla legge, non possa non chiarire e completare con l'interpretazione il diritto scritto di cui fa applicazione.

Che la teoria, o tecnica, dell'argomentazione (12) sia strumento indispensabile dell'interpretazione e dell'applicazione

(11) Oltre gli A.A. citt. nella nota 1 v. anche T. MAZZARESE, *Scoperta vs. giustificazione. Una distinzione illuminante o gravemente fuorviante?*, in *Scritti per U. ScarPELLI*, a cura di L. Gianformaggio e M. Iori, Milano, 1997, p. 587 ss.

(12) Sull'argomentazione A. ROSS, *Diritto e giustizia*, Torino, 1990, p. 143, p. 288; Ch. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, Torino, 1966; Ch. PERELMAN, *Logica giuridica e nuova retorica*, Milano, 1979, spec. p. 2 104 ss; Id., *Il campo dell'argomentazione. Nuova retorica e scienze umane*, Parma, 1979; T. VIEHWEG, *Topica e giurisprudenza*, Milano, 1962; L. GIANFORMAGGIO, *op cit.*, p. 131 ss; N. BOBBIO, *Ragionamento giuridico*, in *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, 1994, p. 281 ss; G. TARELLO, *I ragionamenti dei giuristi tra teoria logica e teoria dell'argomentazione*, in *Diritto enunciati usi*, cit., p. 424 ss; P. RICOEUR, *Interpretazione e/o argomentazione*, in *Ars interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica*, 1996, p. 77 ss; S. TOULMIN, *Gli usi dell'argomentazione*, Torino, 1975; R. ALEXY, *Teoria*

Concorso dell'argomentazione con il diritto scritto



del diritto continua però ad essere semplicemente un'ovvietà. Per quanto come si è visto il pensiero giuridico abbia ripercorso a ritroso gran parte della strada che aveva fatto in direzione opposta sotto la spinta del giuspositivismo statalista, anche in questa tesi debole sul ruolo dell'argomentazione essa, se pure interviene nella produzione di diritto soggettivo, non sembra intervenire realmente nella produzione del diritto oggettivo. Non sembra appartenere infatti alcun reale ruolo fondante. In questa versione debole della teoria dell'argomentazione come fonte, essa al più concorre con la regola scritta preconstituita, in modo puramente marginale. Sicché qualcuno potrebbe giustificatamente osservare che in ogni caso il giudice non fa che rendere esplicito ciò che nella regola, o nella trama delle regole, era implicito. Perché in definitiva, il legislatore non può dir tutto (13).

3. *L'ipotesi di un ruolo forte dell'argomentazione nella produzione di diritto oggettivo.*

Si possono a volte fare scoperte cercando quel che non dovrebbe esserci. Se fosse corretta la concezione giuspositivi-

dell'argomentazione giuridica. *La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, Milano, 1998; ID, *Legal Argumentation as Rational Discourse*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1993, p. 165 ss.

(13) Il caso paradigmatico è ovviamente quello delle lacune. La tesi secondo la quale le lacune corrisponderebbero esclusivamente a un silenzio del testo legislativo, ma in presenza di una norma implicita, e non già ad una smagliatura del sistema, si è consolidata, come noto, con K. BERGBOHM, *Jurisprudenz und rechtsphilosophie*, Leipzig, 1892; E. ZITELMANN, *Lücken im Recht*, Leipzig, 1903. Il tema delle lacune è particolarmente caro agli studiosi di teoria dell'argomentazione: cfr. *Le problème des lacunes en droit*, a cura di Ch. Perelman, Bruxelles, 1968. Per la dottrina italiana recente v. R. GUASTINI, *Le lacune nell'ordinamento italiano*, in *La regola del caso*, cit., p. 53 ss.

Sul problema della completezza dell'ordinamento giuridico v. per tutti N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, cit., p. 215; G. RADBRUCH, *Propedeutica alla filosofia del diritto*, Torino, 1959, p. 184.

stica delle fonti, non dovrebbe esserci infatti alcun ruolo realmente fondante dell'argomentazione. Ma domandandosi se di fatto essa ne abbia uno, si constatano cose che il filtro della teoria avrebbe altrimenti impedito di vedere. Conviene allora formulare qui l'ipotesi che l'argomentazione intervenga propriamente nella produzione di diritto oggettivo.

La verifica dell'ipotesi richiede però un'avvertenza. Usualmente chi formula un'ipotesi vi si induce perché la giudica con favore, e cerca di convincerne gli altri. Non è questo il caso: sul piano ottativo anche chi scrive rimpiange le perdute certezze del metodo deduttivo e soprattutto biasima lo spazio che il riconoscimento del ruolo dell'argomentazione rischia di lasciare ai cattivi argomenti. Ma disconoscere la realtà non serve a mutarla. Tanto vale perciò confessare lo scopo di ritrovare per una via opposta i risultati che la teoria tradizionale non sembra più in grado di garantire. L'esperienza incoraggia. Accadde anche a Colombo di fare utili scoperte cercando una via alternativa per le Indie. E si può supporre che Copernico si inducesse, magari con rammarico, a detronizzare la terra dal centro dell'universo, per impedire almeno ai pianeti di fare assurde capriole.

Per questo mi induco a formulare qui dubitativamente l'ipotesi che l'argomentazione intervenga nella produzione del diritto oggettivo. La tesi che ne consegue ha due versanti. Uno descrittivo, che può essere formulato così: "l'argomentazione è fonte del diritto oggettivo. L'altro prescrittivo, che può invece essere formulato così: "l'argomentazione *deve essere* fonte del diritto oggettivo".

Va da sé che l'ipotesi che propongo non intende esaurirsi nell'ambito di una teoria meramente materiale delle fonti, una teoria cioè riferita ad un ordinamento astratto, o in generale alla sociologia dei sistemi giuridici, e alla prassi in uso. L'asserto si riferisce dunque alla teoria formale delle fonti nell'ordinamento italiano all'inizio del secolo XXI (14).

(14) Do per scontata, dunque, una certa adesione alla teoria dei plurimi formanti dell'ordinamento (per la quale: R. SACCO, *Formante*, in *Dig.*

Un ruolo fondante dell'argomentazione nella produzione del diritto?

Un'ipotesi forte sul ruolo attuale dell'argomentazione nella produzione normativa

Ma necessariamente nel senso della previsione implicita dell'argomentazione come fonte; perché basta leggere Costituzione e Preleggi per sapere che ne manca il precetto (espreso). Si tratta allora di vedere se tale precetto non sussista per implicito, imposto dalla necessità, come *ratio* di altri, o come spirito del sistema.

L'ipotesi introduce una versione forte della tesi che abbiamo già visto prendere corpo nell'opinione comune per l'indebolimento dell'ideologia giuspositivista e statualista. Una versione che quanto all'interpretazione non intende lasciare nell'ambiguo quel ruolo di concorso marginalmente ammesso da chi crede nella discrezionalità dei giudici e predica una giurisprudenza creativa. E quanto alla produzione intende spezzare con gli stessi strumenti del diritto positivo il monopolio statale della produzione di diritto.

Per una versione forte della tesi, che non si limiti a constatare ciò che di fatto accade, ed intenda indicare ciò che è necessario accada, si richiede un presupposto dirompente rispetto alla teoria classica delle fonti e quindi alla loro avocazione allo stato. Un presupposto che neppure si limiti quindi ad indicare come sia giusto, desiderabile, opportuno il concorso che di fatto avviene dall'argomentazione con le fonti statali nella produzione del diritto; ciò che farebbe rimanere nell'ambito dell'ideologia l'opzione proposta. Un presuppo-

discip. Priv., Sez. civ., vol. VIII, Torino, 1992 p. 438, A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi giuridici contemporanei*, in *Trattato dir. comp.*, diretto da R. Sacco, Torino, 1996, p. 4 ss.

Sulla teoria delle fonti v. R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998 spec. p. 57 ss (e per la questione specificamente dibattuta in queste pagine, circa il ruolo dell'argomentazione nella produzione di diritto oggettivo p. 102-104); V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, *L'ordinamento costituzionale italiano. Le fonti normative. La Corte costituzionale*, Padova, 1984; M. IORI, A. PINTORE, *Manuale di teoria generale del diritto*, Torino, 1995, p. 289; F. MODUGNO, *Fonti del diritto*, I, (diritto costituzionale) in *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1989 spec. p. 3 ss; N. BOBBIO, *Atto normativo*, in *Enc. del dir.*, XVI, Milano, 1967, p. 988 ss.

sto che invece neghi la possibilità del monopolio, così contemporaneamente dimostrando che ciò non può essere e che deve dunque esservi concorso.

È singolare constatare che anche tale dirompente presupposto è ormai tra le ovvietà della scienza giuridica. È sufficiente infatti accogliere la distinzione proposta dalla dottrina di indirizzo analitico tra la disposizione (l'enunciato legale) e la norma (il significato deontico) (15), per doversi arrendere all'idea che le fonti statali di produzione del diritto sono in realtà soltanto fonti di produzione di enunciati, non di norme. Anche in un sistema di fonti formali dunque, come quello vigente da noi, negli altri paesi dell'Unione Europea, e nell'Unione medesima, il legislatore controlla soltanto la produzione dei testi normativi. Controllare la produzione delle norme gli è addirittura impossibile. Il principio della separazione dei poteri sottrae radicalmente al creatore delle *leges* la produzione degli *jura*. Questi nascono soltanto nell'opera di interpretazione ed applicazione compiuta dagli altri poteri della tripartizione tradizionale (16). Anche la cosiddetta interpretazione autentica non è che giustapposizione di nuovi enunciati ai vecchi (17).

Solo nella misura in cui legiferi anche sulle tecniche interpretative il legislatore riesce ad esercitare un'influenza

La distinzione tra la disposizione e la norma

(15) Per la distinzione fra disposizioni e norme v. V. CRISAFULLI, *Disposizione (e norma)*, in *Enc. del dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 195 ss.; R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., p. 15 ss.

(16) Distinguendo *jura* dalle *leges* non intendo riferirmi ai diritti soggettivi, bensì propriamente al diritto oggettivo: *jura* come senso delle *leges*. Accolta la distinzione delle disposizioni dalle norme queste si distinguono dalle prime come i significati dagli enunciati. Non a caso la teoria giuridica recente si muove nell'alveo di un parallelismo fra teorie della norma e teorie del significato (cfr. tra altri M. LA TORRE, *Norme, istituzioni, valori. Per una teoria istituzionalistica del diritto*, Bari, 1999, spec. p. 93 ss; A. PINTORE, *Il diritto senza verità*, Torino, 1996; J. HABERMAS, *Fatti e norme*, cit. spec. p. 143 ss.).

(17) Sull'interpretazione autentica G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 270; F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, p. 3 ss; P. ZAGREBELSKY, *Sull'interpretazione autentica (a proposito della legge per Assisi)*, in

Limitata influenza del legislatore sull'individuazione delle norme

sulla produzione di norme a partire dalle disposizioni (18). Mentre a prescindere da ciò non gli è possibile neppure fissare il significato letterale delle disposizioni (19), perché anche questo appartiene all'interprete, disciplinando l'interpretazione — che non a caso con le codificazioni moderne è regolata da norme *giuridiche* — egli riesce almeno ad additare la preminenza — per servirsi dell'espressione utilizzata dal legislatore italiano — del significato *proprio* delle parole sugli altri alternativamente possibili. E la rilevanza di un misterioso oggetto chiamato *intenzione del legislatore*. Ma si tratta di una ben modesta influenza. E comunque non si tratta certo di un pieno controllo sulla produzione delle norme. Tutto ciò che al legislatore riesce, in tal modo, è (non di imporre un significato, ma) di escluderne altri: quelli rigorosamente incompatibili con il significato proprio o letterale. E anche questo, gli riesce solo tendenzialmente. Non solo perché è l'interprete a stabilirlo (ma indubbiamente è difficile far dire a una disposizione il contrario di quel che dice) (20), quanto perché

Giur.cost., 1974, p. 3482 ss; G. TEDESCHI, *Su alcune forme di interpretazione autoritativa della legge*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, p. 133 ss; G. GAVAZZI, *Sull'interpretazione autentica della legge*, in *Studi Passerini*, Milano, 1955, p. 151.

(18) Ovviamente è questo il senso di una disposizione come quella dell'art. 12 della Preleggi. Sulla quale v. per tutti R. QUADRI, *Applicazione della legge in generale*, in *Commentario del codice civile* a cura di A. Scialoja e G. Branca, *Disposizioni sulla legge in generale*, art. 10-15, Bologna-Roma, 1974, p. 194 ss

(19) Sul significato letterale nell'ambito dell'interpretazione della legge v. ora *Significato letterale e interpretazione del diritto*, a cura di V. Velluzzi, Torino, 2000.

(20) Lo stravolgimento giurisprudenziale del significato di una disposizione sufficientemente chiara non è un fenomeno infrequente. Per non fare che un esempio, basterà ricordare il caso regolato dal secondo comma dell'art. 1414 del cod. civ., per il quale l'efficacia del contratto dissimulato è rigidamente subordinata alla circostanza che "ne sussistano i requisiti di sostanza e di forma". Un interprete che muova dal significato letterale arriverà a concludere che, per tutti gli atti per i quali è richiesta la forma scritta, sia necessario trovare nello scritto tutte le dichiarazioni che occorrono a formare in ogni sua parte il contratto dissimulato. Se perciò, sempre in via di esempio, la donazione dissimuli la compravendita, ovvero

all'interprete basta desumere da altre disposizioni di sufficiente livello gerarchico significati che abroghino, deroghino, correggano, per sfuggirvi.

La produzione della norma dunque è inevitabilmente opera dell'interprete; al quale appartiene anzitutto di stabilire quale sia il significato proprio delle parole; poi se esso non sia alterato dal significato che assumono nella loro connessione; se inoltre questo non riveli una portata più ampia o più ristretta per le discrasie dell'enunciato rispetto alla *ratio legis*; se, ancora, l'esistenza stessa della disposizione non sia travolta da esigenze di compatibilità con altre disposizioni, contestuali o sopravvenute, o dall'influenza di principi costituzionali; se, infine, il combinato disposto con altre disposizioni, di pari gerarchia, o di superiore livello, non porti la regola dettata ad un significato che, quand'anche del tutto estraneo all'intenzione storica dell'autore, appare imposto dall'*esprit de système* (21). Sebbene sia ormai noto a tutti che il sistema è un postulato, non una realtà, e che i principi che dovrebbero ordinarlo sono, negli odierni sistemi giuridici, pluralisti e quindi improntati a più valori, plurimi e discordi (22). Il che rimette definitivamente la scelta alle preferenze dell'interprete.

Ne segue che se il legislatore è l'autore dell'enunciato, necessariamente è l'interprete sempre e comunque l'autore della norma. Ne segue, inoltre, sul versante prescrittivo, che per la funzionalità del sistema, e comunque per la mancanza

la compravendita a prezzo meno elevato dissimuli quella a prezzo più elevato, occorrerà trovare il documento che attesti l'effettività del corrispettivo. Molta nostra giurisprudenza invece rovescia sistematicamente il senso della disposizione, e consente al venditore di vantare il credito del prezzo, e dimostrarne l'ammontare, con mezzi diversi: cfr. Cass. 21 giugno 1988, n. 526, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1988, I, p. 534; Cass. 2 ott. 1978, n. 4366, in *Mass. Foro it.*, 1978, e 863.

(21) Su tutto ciò C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, Milano, 1990.

(22) In questo senso P. RESCIGNO, *Sui principi generali del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, p. 379 ss., p. 395-396; G. ALPA, *I principi generali*, cit., p. 142

La norma è prodotta dall'interpretazione

Ruolo dell'argomentazione nella correttezza dell'interpretazione

di alternative, l'interprete *deve*, tanto in senso logico che giuridico, da un lato produrre norme a partire dagli enunciati, e dall'altro ricavare da quelle, come premessa maggiore del ragionamento, la regola giuridica e quindi la soluzione del caso. Nell'una come nell'altra operazione soltanto argomentazioni possono rendere ragione di quanto fatto. È soltanto in base ad un'argomentazione che può ritenersi che la norma sia ricavata "a partire dall'enunciato"; è soltanto per mezzo di argomentazioni che dalla norma generale ed astratta può essere ricavata la regola del caso. È dunque l'argomentazione che produce concretamente il diritto soggettivo. Ma anche in una certa misura il diritto oggettivo. Certo, sempre all'interno dell'applicazione al caso. Ma esiste, opera il diritto oggettivo fuori della sua applicazione ai casi? Si deve dunque chiedere all'argomentazione di far funzionare il sistema assicurandoci la possibilità della statuizione e della decisione.

4. *Due obiezioni e una confutazione.*

Due obiezioni all'ipotesi forte sul ruolo dell'argomentazione nella produzione normativa

Contro questa ipotesi forte dell'argomentazione come fonte, oltre che come strumento del decidere, si possono sollevare, e infatti per lo più si sollevano, due ordini di obiezioni.

Il primo rileva che il giudice ha comunque l'obbligo di ricondurre, o quantomeno di fare apparire riconducibile la decisione alle fonti preesistenti. Questo vincolo potrà essere debole, ma è pur sempre un vincolo che il legislatore non ha.

Un secondo eccepisce che nonostante tutto l'attività di chi applica non può comunque per natura considerarsi produttiva di norme, perché il giudice, o l'autorità amministrativa, deve motivare, il legislatore no (23).

(23) R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., p. 104: "L'obbligo di motivare in base alla legge, crea un vincolo di subordinazione del giudice rispetto al legislatore: in virtù di tale obbligo, il giudice è tenuto a mostrare,

Per quanto suggestive, e non prive di giustificazione, entrambe le obiezioni non colgono nel segno. Non solo perché non portano reali elementi di differenziazione fra l'opera di chi chiamiamo non a caso legislatore, e l'opera di chi interpreta ed applica. Quanto perché intendono far apparire secondaria e derivata l'argomentazione e primaria e originaria la fonte; laddove una riconsiderazione spregiudicata delle cose ci mostra che in realtà il loro concorso è per lo meno paritario.

Quanto infatti alla riconduzione della decisione a regole precostituite, è evidente che perché si possa sostenere che la regola cui ci si riporta è prodotta dal legislatore e non dall'interprete occorre poter dimostrare che quella dall'interprete applicata deriva dal testo normativo. Ciò è duplicemente contestabile. Quanto, infatti, all'aspetto logico-contenutistico, come già detto (e non servirebbe ripetersi) la stessa ormai generale ammissione dell'esistenza di una discrezionalità dell'interprete lo rende almeno dubbio. Sebbene discrezionalità non significhi arbitrio, comunque significa che la scelta della norma, a partire dal testo della disposizione, appartiene all'interprete. Tutto si riduce dunque a stabilire quanto ampia sia quella possibilità di scelta. Per poter sostenere che la regola è prodotta, se non esclusivamente, primariamente dal legislatore e non dall'interprete, non basta dimostrare che il testo ammette solo un numero limitato di interpretazioni, sicché impone dei limiti che non consentono di collegare qualunque norma alla disposizione (24), ma anche che rinchioda in uno spazio angusto la scelta interpretativa. Anche questo però è già smentito dalla realtà: questi limiti sopravvivono soltanto se pensiamo all'interpretazione di un articolo di legge assai completo e strutturato, che individui in modo

La discrezionalità dell'interprete

in modo argomentato, che la norma a cui egli ha dato applicazione era una norma "preesistente" nella legge. Si tratta, nuovamente, di un vincolo piuttosto debole. Ma un vincolo debole è più forte di nessun vincolo".

(24) Così, ad esempio, L. MENGONI, *L'argomentazione orientata nelle conseguenze*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, p. 1 ss., p. 10.

integrale la fattispecie cui si riferisce, e individui in modo altrettanto integrale l'effetto giuridico che ne fa discendere. Ma di fatto non è certamente in questo modo che sono costruite tecnicamente le disposizioni delle leggi in vigore nel nostro come negli altri ordinamenti.

Se poi, uscendo dall'alveo delle norme in senso stretto, comprensive di una fattispecie e di un effetto, si pensa all'interpretazione ed applicazione dei principi, incapaci per natura di individuare fattispecie specifiche e di connettervi effetti determinati, c'è da domandarsi se il limite immaginato alla discrezionalità interpretativa sussista realmente o sia soltanto un effetto di illusione. E la prassi si incarica di confermare che ciò che di fatto accade dimostra l'elasticità, quantomeno, di quel limite. E di conseguenza l'ampiezza se non illimitata comunque espansiva della discrezionalità dell'interprete.

È dunque del tutto contestabile che la norma derivi realmente dalla fonte. Se mai ciò è vero nel senso che i giudici hanno bisogno di far apparire le loro decisioni derivate da regole preesistenti poste attraverso un sistema legislativo democratico-rappresentativo. La fonte sembra insomma aver un miglior *pedigree* democratico dell'argomentazione. Ma anche ciò sta cessando di esser vero: in comunità giuridiche formate da plurimi gruppi contrapposti, quali sono le società contemporanee, le decisioni dei giudici possono apparire più oggettive delle regole del potere politico *pro-tempore*.

Quanto poi all'obbligo di motivazione non è da credere che una radicale alterità tra la normazione, cui l'argomentazione resterebbe estranea, e l'interpretazione ed applicazione, nelle quali invece l'argomentazione avrebbe largo ruolo, sussisterebbe comunque per la necessità soltanto per queste ultime della motivazione. Si tratta in realtà di un'illusione. La differenza così enfaticamente segnata si riduce infatti a questo: che il giudice deve mentre, sembrerebbe, il legislatore non deve, dire le proprie ragioni. Ma a prescindere dal dirle, nessuno dubita che entrambi debbano averne. Anche la produzione normativa obbedisce infatti a regole, e non soltanto

La *ratio legis*
come motivazione
della legge

procedurali: la validità sostanziale della legge ordinaria è negli argomenti, impliciti e tuttavia evidenti, ma spesso indicati anche nei lavori preparatori, e oggi sempre più frequentemente nei preamboli e nei *considerando*, che ne assicurano la riconducibilità ai fondamenti costituzionali. Sicché, dopo tutto, si tratta solo di diverse tecniche di *drafting*.

5. *Dei mezzi del legislatore per arginare il ruolo dell'argomentazione e dei loro limiti.*

Contro la creatività dell'argomentazione, il produttore del testo ha una sola arma: circoscrivere in via generale la possibilità di esercitarla, imponendo una tecnica dell'interpretazione e vincolando l'interprete. Infatti, come constata chiunque rilegga l'art. 12 delle nostre leggi, si legifera sulla tecnica interpretativa imponendone una a preferenza di altre, e, come constata chiunque ricordi l'art. 360 del c.p.c., si impone per legge la necessità di una motivazione completa e razionale della decisione. Soltanto con questi mezzi infatti, vale a dire il rispetto di una tecnica interpretativa approvata e l'obbligo di renderla evidente nella motivazione, il legislatore può imporre all'interprete di rientrare dal puro arbitrio quantomeno in un controllabile esercizio di discrezionalità.

Ma proprio questo trasforma in un dover essere giuridico la necessità altrimenti solo pragmatica e logica dell'argomentazione. Da strumento retorico essa si trasforma così in strumento tecnico. E questo legittima ciò che comunque inevitabilmente accadrebbe.

Per ridurre la, ormai legittima, discrezionalità che ne consegue, il legislatore dovrebbe rendere, tutte le volte che è possibile, stringente il significato letterale e chiara l'intenzione. La prassi legislativa recente, fatta di lunghi complicati e puntigliosi enunciati si incarica di dimostrare che il rimedio è concretamente applicato.

I mezzi del
legislatore per
ridurre il
ruolo
dell'argomen-
tazione

Loro inefficacia

Ma questo rimedio per un verso non funziona, per l'altro avvalora, anzi impone, l'argomentazione come fonte.

Il rimedio non funziona: anche prescindendo dalla difficoltà di predisporre testi, e quindi significati letterali, chiari ed univoci, che comunque ammettono sempre una pluralità di esiti interpretativi, ci si accorge ben presto che sussistono limiti di altra natura alla possibilità del legislatore di ricorrere a questa tecnica. Infatti, anche ammesso (ma in realtà non è così) che si potessero produrre — volendolo — enunciati (o disposizioni) chiare, fornite di un significato letterale e inequivocabile, anzitutto va scontato che quanto più stretto è tale senso letterale della disposizione, tanto più stretta è la zona coperta dalla norma; e il moderno legislatore ha invece bisogno per dominare la multiforme realtà di rendere la norma la più ampia ed espansiva. Inoltre, come visto, mai il giudice applica solo una disposizione, ma sempre più d'una, e la combinazione consente una sempre crescente quantità di assemblaggi di senso. Come non funziona, almeno entro un certo limite, la tecnica di rendere più stringente il significato letterale, così neppure funziona, almeno oltre un certo limite, la tecnica di rendere sempre più chiara l'intenzione. Che i nostri legislatori la pratichino si constata (ma non è l'unico caso) dai preamboli che caratterizzano da sempre la normazione comunitaria e oggi anche gran parte di quella interna. Le ragioni del limite di questa tecnica stanno però nella natura stessa dell'"intenzione del legislatore". Tutti sanno infatti che assai spesso essa non è già reale, ma solo verbale, si limita cioè al testo e non si estende al suo significato, perché l'accordo politico che è matrice della legge si è potuto raggiungere soltanto su formulazioni in difficile equilibrio fra intenzioni diverse, faticosamente conciliate in un testo ambiguo (25). E comunque proprio perché il nostro come gli altri

(25) Un'ulteriore difficoltà, di cui però non si fa considerazione qui nel testo (ma v. nella pagina conclusiva), discenderebbe dal fatto che l'attività interpretativa non può essere pienamente procedimentalizzata, non potendosi escogitare regole circa l'avanzare diverse ipotesi interpretative.

moderni sistemi esprimono più valori contemporanei, e non ne è fissata che marginalmente la gerarchia, l'intenzione, più o meno reale che sia, è comunque esposta alle oscillazioni che la sua inserzione nel quadro generale degli obiettivi dell'ordinamento è capace di produrre. Anzi, a ben vedere, non soltanto a livello esegetico, ma anche a livello sistematico è proprio l'argomentazione a fissarla.

Il rimedio avvalora, anzi impone, l'argomentazione come fonte: per quanto possa desiderare fedeltà, il legislatore è costretto a esigere soprattutto efficienza. E non può garantirlo se non lasciando agli interpreti di reinterpretare e ricreare continuamente il "sistema" (26). Senza "sistema" infatti la funzione stessa della normazione cade, perché l'antinomia distrugge la regola. La constatazione è così forte, e la necessità così irresistibile, che i moderni legislatori hanno finito per rassegnarsi trovandosi dei vantaggi. Lo dimostrano le volute supplenze chieste alla giurisdizione in materie scottanti, per l'impossibilità di raggiungere un'accettabile soluzione normativa di compromesso, con l'effetto della produzione di testi intenzionalmente ambigui perché fossero adattati e

Su questo aspetto, ma in senso abbastanza critico, C. LUZZATI, *Se una volta un giurista al buffet della stazione*, in *Significato letterale ed interpretazione del diritto*, cit., p. 65 ss., p. 77.

Inoltre vanno condivise le censure che la dottrina più recente rivolge alla acritica fiducia dei giuristi nella oggettività del significato letterale: cfr. T. MAZZARESE, *Interpretazione letterale: giuristi e linguisti a confronto*, in *Significato letterale ed interpretazione del diritto*, cit., p. 95 ss.

(26) Con forza, sul punto, N. LIPARI, *Sistematica giuridica e nuovo contrattualismo*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, I, p. 225 ss.

È ormai dai più abbandonata l'idea che gli ordinamenti giuridici siano in modo attuale dei sistemi organici e coerenti. Semmai si propende a credere che siano sistemi eternamente *in fieri*. In tema J. RAZ, *Il concetto di sistema giuridico*, Bologna, 1977, spec. p. 175 ss., p. 229 ss.; N. LUHMANN, *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale*, Bologna, 1990; G. TEUBNER, *Il diritto come sistema autopoietico*, Milano, 1996; nella dottrina italiana recente M. BARCELLONA, *Su sistema e metodo (per una teoria giuridica sistemica)*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1990, p. 27 ss.; ID., *Diritto, sistema e senso. Lineamenti di una teoria* Torino, 1996, spec. p. 406 ss.

riempiti di senso in sede giudiziale. Lo dimostra, in ordinamenti ancor più attaccati del nostro al formalismo giuridico, il riconoscimento al più alto livello della funzione giurisprudenziale creativa, purché fondata su un'argomentazione razionale (27).

6. *Di un'ipotesi fortissima dell'argomentazione come fonte formale di diritto oggettivo.*

Un'ipotesi fortissima sul ruolo dell'argomentazione nella produzione normativa

La teoria dell'argomentazione come fonte qui ipotizzata ci si offre però in una versione ancor più forte. Rigettata l'idea che essa non abbia alcun ruolo nella produzione di diritto oggettivo, superata l'opinione di un ruolo solo marginale e ricognitivo, appare inadeguata anche l'idea di un paritario concorso. Lo si comprende più facilmente se ci si ripropone per l'ultima volta l'opposta e tradizionale idea del primato delle fonti. Un primato che sarebbe basato sulla circostanza che solo le fonti (formali) fanno dell'ordinamento un diritto positivo: senza le *leges*, cioè i testi, e l'autorità ad esse conferite dalla competenza normativa della fonte, gli *jura* sarebbero solo un'opinione. A questa stregua, dire che l'argomentazione concorre, tanto nel momento della statuizione e quindi per la creazione del diritto oggettivo, quanto nel momento della decisione e quindi per la creazione di diritto soggettivo, con quei procedimenti di produzione normativa che chiamiamo fonti in senso formale, significherebbe presupporre tuttora il ruolo fondamentale e primario di questi, anche se ammettendo quello accessorio e concorrente dell'argomentazione. In fin dei conti, i testi (che restano, mentre le interpretazioni passano) derivano solo da fondamenti (fonti formali), non da argomenti.

A ben vedere è invece primaria ed originaria la forza produttiva di regole dell'argomentazione e non quella dei

(27) B. Verf. G., 14 gennaio 1973, in *NJW*, 1973, p. 16.

procedimenti formali: nel concorso di fondamenti ed argomenti spetta a questi non solo l'ultima parola (nel momento della decisione) ma anche la prima (alle origini della statuizione).

Non è difficile constatarlo. Anzi, benché sembri il contrario, è piuttosto nella decisione ed a livello microsistemico che l'argomentazione si limita a concorrere accessoriamente con le fonti. A livello macrosistemico infatti basta ripercorrere la gerarchia delle fonti per cogliere la supremazia dell'argomentazione; in duplice forma. Ai livelli intermedi della gerarchia l'argomentazione è indispensabile sia a fissare la competenza della fonte sia a formulare il testo prodotto. La normazione secondaria discende, sia pure in base ad argomenti di compatibilità, da un fondamento nella primaria; questa egualmente dal suo fondamento costituzionale. Sicché quel fondamento è nell'argomento che assevera la competenza e garantisce la compatibilità; ed è solo per esigenze di funzionalità dei sistemi giuridici se d'uso lo si dà per presunto e solo a prova contraria si disconosce la legittimità della normazione. Che quindi riposa su argomenti.

Questo però non renderebbe ancora la funzione dell'argomentazione originaria e primaria rispetto a quella della fonte. Ma la costituzione? La risposta delle teorie tradizionali si diversifica (28).

Per alcuni alla base delle norme di vertice di un ordinamento sta un fatto, e non un'altra regola: un atto di volontà politica, un consenso sociale, la forza. Ma la risposta ha due notori limiti: che in tal modo sul piano giuridico politico si avalla un potere (produttivo di norme) di cui non si riesce a dimostrare la legittimità; e che sul piano logico giuridico si compie un inammissibile salto dal dover essere all'essere.

Per altri, più solleciti della purezza della costruzione, alla base delle norme costituzionali sta una *Grundnorm*. Ma questa

(28) Per una sintesi delle posizioni circa la validità della costituzione, R. GUASTINI, *Sulla validità della costituzione dal punto di vista del positivismo giuridico*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1989, p. 424 ss..

L'argomentazione è indispensabile ai livelli intermedi della gerarchia delle fonti

Opinioni che escludono il ruolo dell'argomentazione al vertice dell'ordinamento

ci riconduce invariabilmente ad argomenti e non a fondamenti: impossibile come norma concreta, perché richiederebbe un ulteriore fondamento, con un regresso infinito, o la si intende come un'ipotesi teorica, e allora è appunto un argomento teoretico, o la si intende come un valore fondante, che può essere tale soltanto grazie agli argomenti pratici che lo giustificano (29).

Loro
infondatezza

Queste constatazioni travolgono il carattere positivo dell'ordinamento e il concetto di fonte: la legittimità del diritto *posto*, la qualità formale della fonte, *non possono* avere un fondamento. Per quanto il giuspositivismo statalista abbia potuto credere di edificare l'ordinamento su fondamenti, ha in realtà costruito anch'esso, senza rendersene conto, su argomenti (30).

7. *Per una valutazione problematica dell'ipotesi.*

Un ruolo anche
formale della
argomentazione
nella produzione
normativa?

Bisogna chiedersi a questo punto se alla teoria sviluppata soltanto in ipotesi sia davvero necessario prestare consenso. Sembra però difficile negarglielo per la parte in cui afferma la natura dell'argomentazione di fonte e il suo ruolo produttivo di diritto oggettivo a tutti i livelli dell'ordinamento. Quel che non è persuasivo è che essa sia fonte anche in senso formale. Per l'affermativa depone il fatto che ai tre livelli essenziali, la decisione con la creazione di diritto soggettivo, la statuizione

(29) R. GUASTINI, *op. ult. cit.*, p. 436.

(30) Scrive P.G. MONATERI, *op. cit.*, p. 198: « In sostanza ogni sistema permette sempre l'appello a una qualche "x" che legittimi una costruzione anti-letterale o ultra-letterale della legge, e che a seconda delle epoche storiche prende i nomi più diversi: il *common sense*, la Ragione', il Diritto di Natura, i principi generali, il ricorso ai valori costituzionali. In fondo tutte queste denominazioni assolvono alla medesima funzione ». Sottoscrivendo, aggiungerei: tutte queste denominazioni designano l'argomentazione. Per questo, come l'A., *op. cit.*, p. 206, scrive « l'uso dei testi non ha bisogno di un fondamento ».

con creazione di diritto oggettivo, e la fondazione del sistema, il ruolo produttivo dell'argomentazione o è ammesso implicitamente, o per definizione non potrebbe essere formalizzato. Lo si ammette formalmente per la decisione quando si impone l'obbligo di motivazione. Lo si ammette formalmente, sebbene implicitamente, per la normazione quando si impone la conformità alla costituzione. Se non lo si ammette formalmente per la fondazione del sistema è perché questa sfugge per natura a qualsiasi formalizzazione.

Se non ci si convince definitivamente è perché la nozione comunemente, e ragionevolmente, adottata di fonte formale, non si contenta dell'implicito: i meccanismi produttivi di norme si trasformano in fonti in senso formale non soltanto attraverso la loro previsione e il riconoscimento della loro funzione produttiva ma anche attraverso la loro proceduralizzazione. Soltanto allorché organi, strutture, funzioni, fasi, effetti del meccanismo produttivo acquisiscono una forma stabile e vincolata noi ci sentiamo propensi a definirli fonti in senso formale.

Ma le argomentazioni attraverso le quali si interpreta e si applica il diritto non partecipano certo di questa nota. Anzi, dimostrano come la logica del discorso giuridico non sia affatto quella della deduzione da principi sicuri, ma quella della controversia (31). Per la verità anche questa (lo afferma una dottrina recente) (32) può forse essere formalizzata e soprattutto proceduralizzata. Di fatto però, e allo stato attuale delle cose, ciò non è avvenuto.

Questo unico passo dunque resterebbe da compiere per trasformare l'argomentazione in una fonte nel senso più pieno. Ma è possibile compierlo? (33).

(31) R. GIULIANI, *op. cit.*, p. 28 ss.; e v. in generale gli scritti di Ch. PERELMAN cit. nella nota 12.

(32) R. ALEXY, *op. ult. cit.* (cfr. nota 12).

(33) Compierlo significherebbe regolare normativamente sia la proceduralizzazione della controversia (come suggerito da R. ALEXY, *op. ult. cit.*) sia gli argomenti.

Un ruolo for-
male richiede
una procedi-
mentalizzazione

Forse no. Vi ostano infatti varie difficoltà. Anzitutto quella stessa di irregimentare il pensiero. Non perché non si possano sceverare i procedimenti argomentativi fallaci dai corretti. Quanto perché occorre ogni volta riconoscerli nel concreto e confutarli. Inoltre è piuttosto difficile immaginare di trovare nelle carte costituzionali un trattato di retorica, per quanto i legislatori mostrino la tendenza a intervenire su tutto.

Che una regolamentazione delle tecniche argomentative e la formalizzazione dei procedimenti sia improbabile, non vuol dire che non sarebbe opportuna. In definitiva il sillogismo giudiziario, metodo argomentativo principe di un sistema basato su fondamenti, ha funzionato e si è imposto benché nessun legislatore l'abbia mai adottato per legge. E con tutti i suoi limiti, ha reso per quanto possibile razionale e controllabile la funzione di interpretazione e applicazione del diritto.

Però è inopportuno che sia il legislatore a dettarla. Regolare le tecniche argomentative è allora un compito della dottrina e della giurisprudenza; ma a queste bisogna chiedere con più istanza di farlo. E un suggerimento potrebbe essere sin d'ora avanzato. Anzitutto, bisognerebbe rendere in qualche modo ineludibile, quantomeno come obbligo morale e di correttezza dell'interprete, che egli, argomentando, quanto alle scelte interpretative che intende respingere si rappresenti gli argomenti contrari e indichi specificamente quali ragioni li confutino, e quanto a quella accolta, mostri passo per passo, nel procedere della tesi, come ciò che se ne deriva discenda senza incongruenze e senza salti dalle premesse. Ma questo — che certamente accade almeno nei casi migliori, sebbene non sempre — è il meno: è nella cultura dei giuristi procedere per congetture e confutazioni, e forse è nella natura del diritto.

Bisognerebbe però aggiungervi un'accortezza, ricavata dall'insegnamento di chi di un tal metodo ha fatto il canone della validità scientifica: indicare a quali condizioni l'autore stesso riconoscerebbe confutata la congettura. Per quanto poco, già questo servirebbe ad evitare i più vistosi vizi dell'ar-

gomentazione. Ad evitare, per esempio, di ritrasformare in dogmi le congetture. Ad evitare, quantomeno, di leggere sui repertori del XXI secolo, come è capitato di leggere su quelli del XX, a firma della Cassazione, che “se il debitore preordina l'inadempimento, la sua prestazione non è giuridicamente dovuta, perché il contratto manca di causa in concreto, e quindi è nullo” (34).

Regolare le tecniche argomentative è compito della giurisprudenza e non del legislatore

(34) La sentenza, della Cass. 15 giugno 1999 n. 5917 (in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 135) è commentata da G. SICCHIERO, *L'inadempimento preordinato è causa di nullità del contratto?*, in *Contratto e impresa*, 2000, p. 613 ss.