

VERITÀ E DISCORSO NEL DIRITTO: IL CASO DELL'INTERPRETAZIONE GIUDIZIALE¹

Enrico Diciotti (Università di Siena)

Il fenomeno del diritto sembra includere, quali caratteri costitutivi, aspetti contraddittori, come il potere e la forza da una parte e la ragione e la legittimità dall'altra parte. L'enfaticizzazione dell'uno o dell'altro di questi aspetti ha dato luogo a definizioni contrastanti di esso, nell'ambito di teorie che, nella terminologia tradizionale, sono dette positiviste e giusnaturaliste.

In queste pagine non mi pongo il compito troppo ambizioso di dare una precisa collocazione al diritto tra i due universi (apparentemente) inconciliabili del potere e della ragione (o del fatto e del valore), proponendo così la mia soluzione di una questione fondamentale della filosofia giuridica; affronterò infatti un problema meno impegnativo, che può però essere posto in relazione con quella questione. Il problema di cui intendo occuparmi è quello della verità dell'interpretazione giudiziale².

Tra le attività intellettuali compiute dagli organi giuridici, l'interpretazione giudiziale è forse quella che appare più prossima alle attività conoscitive tipiche delle discipline scientifiche (nel senso ampio comprendente le scienze umane). Eppure, anche l'interpretazione giudiziale sembra collocarsi all'intersezione degli universi incompatibili del potere e della ragione,

¹ Il presente paper costituisce la rielaborazione di un testo intitolato «Verità e interpretazione giuridica operativa», che è stato oggetto di una comunicazione al convegno *Il concetto di verità tra descrizione e prescrizione*, Certosa di Pontignano, Siena, 9 — 12 dicembre 1993.

² Le conclusioni cui perverrò varranno tuttavia, nelle loro linee generali, anche per quanto riguarda l'interpretazione dei giuristi teorici, almeno nei limiti in cui questa interpretazione può essere vista quale una proposta diretta ai giudici o ad altri organi giuridici. A conclusioni diverse, invece, potrebbe forse condurre un'indagine su due altri generi di interpretazione dei giuristi teorici: rinterpretazione quale attività volta a rilevare le interpretazioni degli organi (sulle due attività di proporre e rilevare interpretazioni, vedi G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980, pp. 61 — 67), e l'interpretazione quale attività «scientifica» volta a «scoprire» tutti i possibili significati di un testo normativo (su questo genere di attività, vedi H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto* (1960), Torino, Einaudi, 1966, pp. 388 — 390).

e nella teoria giuridica è oggetto di una serie di controversie, alcune delle quali riflettono quella più generale tra giuspositivismo e giusnaturalismo cui ho accennato³.

L'accenno alla contrapposizione tra positivismo e giusnaturalismo è generico e poco lascia intendere del complesso dibattito contemporaneo in tema di interpretazione⁴, ma permette di inquadrare in una prospettiva più ampia le questioni fondamentali di questo dibattito: quale ruolo ha la ragione e quale la volontà nell'interpretazione giudiziale? l'interpretazione giudiziale è da vedere come un'attività razionale o come un modo di esercizio del potere?

I legami tra razionalità e verità sono molto stretti in gran parte delle concezioni classiche e moderne di tali concetti, e, come vedremo, risultano ancora più stretti dalla prospettiva teorica che adotterò nelle pagine che seguono. Per quanto, dunque, mi ponga principalmente la questione se sia possibile ritenere vera o falsa l'interpretazione giudiziale, queste pagine

³. Il richiamo alla contrapposizione tra giuspositivismo e giusnaturalismo in merito alla questione della verità dell'interpretazione giudiziale potrebbe anche apparire fuori luogo, o addirittura errato. Infatti, a sostegno della tesi secondo cui l'interpretazione giudiziale è vera o falsa si possono annoverare tanto concezioni giusnaturaliste quanto concezioni giuspositiviste. Ad esempio, può ritenersi protopositivista la dottrina secondo cui il giudice ha il compito di applicare la legge senza «interpretarla», che presuppone la possibilità di pervenire immediatamente e senza difficoltà alla conoscenza dei contenuti del testo legislativo (questa è la classica posizione di Beccaria a proposito dell'applicazione della legge penale, su cui vedi N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, pp. 35 — 38 e G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. Vol I: Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, il Mulino, 1976, pp. 469 — 471), e sono dichiaratamente positiviste alcune teorie secondo cui c'è un metodo corretto, in grado di far conseguire risultati veri, per l'attività interpretativa dei giudici (per un esempio abbastanza recente di questa posizione, vedi N. Bobbio, «Sul ragionamento dei giuristi», *Rivista di diritto civile*, 1, 1955, pp. 3 — 13). Il richiamo alla contrapposizione tra giuspositivismo e giusnaturalismo è però secondo me pertinente quando queste concezioni siano considerate nella loro dimensione più ampia (tale che, ad esempio, il giuspositivismo comprenda le correnti realiste e il giusnaturalismo ogni genere di cognitivismo etico associato al diritto) e, soprattutto, quando ci si riferisca al dibattito attuale sull'attività giuridica interpretativa, in cui è generalmente riconosciuto il carattere «creativo» di questa attività. Da questo punto di vista, si ripropongono relativamente all'interpretazione giudiziale le questioni del fondamento (etico e/o razionale) della produzione del diritto, e in quest'ottica possono ad esempio essere considerate giusnaturaliste teorie secondo cui il diritto consiste in un insieme di valori che, se adeguatamente considerati e soppesati, permettono di giungere ad una tesi interpretativa vera (una posizione simile è, ad esempio, quella di R. DWORKIN, *L'impero del diritto* (1986), Milano, il Saggiatore, 1989).

forniscono indirettamente una risposta a due questioni ulteriori: può la giustificazione dell'interpretazione giudiziale essere razionale? e, se può esserlo, sono però razionali le giustificazioni interpretative generalmente avanzate dai giudici?

Nei paragrafi seguenti, in primo luogo mostrerò che la tradizionale teoria della verità come corrispondenza non permette di ascrivere la verità all'interpretazione giudiziale (primo paragrafo); quindi esporrò una diversa teoria della verità, quella argomentativa e consensuale elaborata da Jürgen Habermas (secondo paragrafo), e presenterò la tesi avanzata da Robert Alexy, secondo cui tale teoria permette di assumere che l'interpretazione giudiziale sia vera o falsa (terzo paragrafo). A mio parere, però, ci sono buone ragioni per non condividere questa tesi; sottoponendola dunque ad una critica, introdurrò alcune distinzioni concettuali trascurate da Alexy: tra argomentazione e uso strategico dell'argomentazione (quarto paragrafo), tra giustificazione e giustificazione convincente (quinto paragrafo), tra istituzioni orientate alla verità e istituzioni orientate alla decisione, caratterizzate le prime dal discorso argomentativo e le seconde dall'uso strategico del discorso (quinto paragrafo). In ultimo, collocando il diritto tra le istituzioni orientate alla decisione, mostrerò come anche la giustificazione dell'interpretazione dei giudici costituisca un esempio di uso strategico del discorso, e come all'interpretazione giudiziale non si addica la qualifica di vero o falso (sesto paragrafo).

1. L'interpretazione giudiziale come ragionamento pratico e la teoria della verità come corrispondenza

‘Interpretazione giuridica’ è un’espressione ambigua, potendo essere usata per indicare sia l’attività interpretativa, sia il prodotto di tale attività⁵.

⁴ Non potendo render conto di questo dibattito, mi limito a indicare alcuni testi recenti relativi al ragionamento giuridico interpretativo: A. AARNIO, *The Rational As Reasonable*, Dordrecht, Reidel, 1987; R. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt, Suhrkamp, 1978 (la tesi fondamentale avanzata in questo testo sarà discussa nelle pagine seguenti); R. DWORKIN, op. cit.; N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1978; A. MARMOR, *Interpretation and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1992; A. PECZENIK, *On Law and Reason*, Dordrecht, Kluwer, 1989.

⁵ Questa distinzione è stata particolarmente valorizzata da G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980, pp. 38 — 42.

Nel primo senso, «si riferisce [...] a un fenomeno mentale, come l'attribuire un significato a un documento»; nel secondo senso, indica il risultato di tale attribuzione, che è generalmente incorporato in un ulteriore documento⁶. In differenti teorie della verità si ritiene che la verità sia pertinente a proposizioni, o a enunciati, o a proferimenti; poiché queste differenze non sono qui rilevanti, assumerò (senza voler dare alcun senso teorico alla mia assunzione) che il prodotto dell'interpretazione sia costituito da un enunciato interpretativo. Mi riferirò invece al fenomeno mentale dell'attribuzione di un significato a un testo con l'espressione 'attività interpretativa'.

Con 'attività interpretativa' non si deve intendere un mero atto di ascrizione di significato a un testo, ma tutto l'insieme delle operazioni intellettuali necessarie per giungere a un risultato dell'interpretazione vero, o corretto, o accettabile, o comunque reputato soddisfacente dall'interprete. Questa attività può essere vista come un ragionamento più o meno complesso. Poiché negli ordinamenti moderni è fatto obbligo al giudice di giustificare per scritto la sua decisione, e dunque anche il risultato dell'attività interpretativa necessaria per la decisione, la giustificazione dell'interpretazione giudiziale può essere intesa quale resoconto (almeno parziale) del ragionamento interpretativo compiuto⁷.

La questione della verità degli enunciati interpretativi giudiziali è controversa⁸; tuttavia, è abbastanza diffusa l'opinione che la tradizionale teoria della verità come corrispondenza, secondo cui un enunciato è vero se corrisponde a un fatto, non permetta di assumere che questi enunciati siano veri o falsi. Si possono addurre varie ragioni a sostegno di questa opinione, ma a mio parere la ragione fondamentale è la seguente: gli enunciati interpretativi dei giudici sono enunciati normativi e sulla base della teoria della verità come corrispondenza gli enunciati normativi (ossia gli enunciati sulla validità, o sull'esistenza, delle norme) non possono essere considerati veri o falsi⁹. Entrambe le tesi che compongono questa conclusione sono controverse. Sulla tesi secondo cui la teoria della verità come corrispondenza non permette di assumere che gli enunciati normativi siano veri o falsi non posso qui soffermarmi, e devo limitarmi a far notare come la funzione degli enunciati normativi non sia plausibilmente quella di descrivere fatti, ma quella di influenzare il comportamento umano. In altre parole,

⁶. *Ivi*, p. 39.

⁷. Cfr. M. TARUFFO, *La Motivazione della sentenza civile*, Padova, CEDAM, 1975, pp. 207 — 215.

sembra ragionevole asserire che gli enunciati normativi assumono rilevanza non nel ragionamento conoscitivo, ma nel ragionamento pratico.

Mi soffermerò invece a chiarire brevemente la tesi secondo cui gli enunciati interpretativi dei giudici sono enunciati normativi, dato che essa sembra in contrasto con il modo più consueto di vedere l'attività interpretativa. Questa tesi presuppone infatti che il ragionamento interpretativo dei giudici sia un ragionamento pratico (cioè relativo alla validità delle norme) e non un ragionamento conoscitivo (cioè relativo alla ricostruzione, alla comprensione, o alla spiegazione dei fatti). Ora, ci si può chiedere: perché si dovrebbe ritenere corretta questa presupposizione, quando l'interpretazione è plausibilmente un'attività volta alla comprensione, o alla conoscenza, del significato di un testo, ed è praticata, oltre che nel diritto, in tutto un insieme di discipline, quali la storia e la filologia, che si ritengono (almeno in senso lato) scientifiche?

Si potrebbe pensare che l'attività interpretativa giudiziale consista in un ragionamento pratico in quanto, avendo ad oggetto testi normativi, ha a

^{8.} È stato osservato che la verità/falsità può essere ascritta agli enunciati interpretativi giudiziali nello stesso modo in cui può esserlo a qualsiasi altro enunciato, assumendo quale adeguata definizione della verità la nota formula di Alfred Tarski: «X è vero se e solo se p», in cui «X» è il nome metalinguistico di «p» e «p» un qualunque enunciato (A. TARSKI, 'La concezione semantica della verità e i fondamenti della semantica' (1944), rist. in L. LINSKY (a cura di), *Semantica e filosofia del linguaggio* (1952), Milano, il Saggiatore, 1969, pp. 27 — 68). Infatti, se in questa formula si sostituisce a «p» un enunciato interpretativo, si ottiene: «L'enunciato 'Il testo T ha il significato S' è vero se e solo se il testo T ha il significato S» (cfr. L. FERRAJOLI, «La semantica della teoria del diritto», in U. Scarpelli (a cura di), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali*, Milano, edizioni di Comunità, 1983, pp. 81 — 130, alle pp. 86 — 97; T. GIZBERT — STUDNICKI, «How Many Theories of Truth Are Needed in Jurisprudence?», *Archiv für Rechts — und Sozialphilosophie*, Beiheft 25, 1985, pp. 153 — 161, alle pp. 153 — 154). In questa prospettiva, la verità degli enunciati interpretativi giudiziali non fa dunque problema. Tuttavia, si deve notare che la formula di Tarski può essere usata per definire la verità di qualunque enunciato (quale «Uccidere è male», o «La Gioconda è un capolavoro»), indipendentemente dal suo contenuto. Essa non permette cioè di discriminare enunciati che sono veri o falsi da enunciati che non sono veri né falsi. La questione rilevante non è dunque se questa formula possa essere usata quale definizione della verità degli enunciati interpretativi giudiziali, ma se si possano fornire definizioni esplicite e criteri della verità tali che questi enunciati possano essere detti veri o falsi (sulla distinzione tra teorie definizionali e teorie criteriologiche della verità: R. CARNAP, «Truth and Confirmation», in H. FEIGL, W. SELLARS (a cura di), *Reading in Philosophical Analysis*, New York, Appleton, 1949, pp. 119 — 127; N. RESCHER, *The Coherence Theory of Truth*, Oxford, Clarendon Press, 1973, p. 8).

che fare con le norme; ma che questa idea non colga nel segno appare evidente quando si consideri che anche lo storico del diritto interpreta testi normativi, e tuttavia la sua attività intellettuale è da vedere come un'attività conoscitiva. In che cosa, dunque, consiste la differenza tra l'attività del giudice e quella dello storico del diritto?

Un modo per distinguere queste due attività è offerto da H.L.A. Hart, che introduce nella filosofia giuridica i concetti di punto di vista interno e di punto di vista esterno. Tra gli ambiti teorici in cui questi concetti possono essere usati, assume rilievo l'ambito della teoria della validità giuridica¹⁰. Secondo Hart, si possono fare «affermazioni interne» e «affermazioni esterne» sulla validità delle norme, ossia sulla loro appartenenza all'ordinamento giuridico. Un'affermazione interna sulla validità è fatta da chi accetta e applica la «nonna di riconoscimento» dell'ordinamento giuridico, cioè la norma che contiene i criteri di validità di tutte le altre norme dell'ordinamento, mentre un'affermazione esterna sulla validità è fatta da chi, non accettando questa norma, riconosce tuttavia la sua esistenza, quale prodotto dell'altrui accettazione e applicazione. Un'affermazione interna sulla validità ha la forma: «Il diritto stabilisce che ...»; un'affermazione esterna sulla validità ha la forma: «Nel luogo X e nel tempo Y è ritenuto diritto valido ... ».

Il giudice fa affermazioni interne sulla validità, dichiarando che cosa è diritto valido; lo storico e il sociologo del diritto fanno affermazioni esterne sulla validità, esponendo quale è o era (quale coloro che adottano o hanno adottato il punto di vista interno ritengono o ritenevano essere) il diritto valido nel luogo X e nel tempo Y. Il ragionamento necessario per un'affermazione esterna sulla validità è un ragionamento conoscitivo, volto alla ricostruzione di un fenomeno sociale. Invece, il ragionamento con il quale si giunge a un'affermazione interna sulla validità e con il quale si giustifica

⁹. Adottando la teoria della verità come corrispondenza si può ritenere che gli enunciati normativi siano veri o falsi soltanto se si assume o si postula che le norme (o i valori) esistano in modo analogo ai fatti. Questa assunzione è alla base di alcune tradizionali teorie giusnaturaliste e dell'intuizionismo etico (sulle teorie giusnaturaliste, vedi N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, edizioni di Comunità, 1965; due testi classici della teoria intuizionista sono G.E. MOORE, *Principia Ethica* (1903), Milano, Bompiani, 1972, e W.D. ROSS, *The Foundation of Ethics*, Oxford, Oxford University Press, 1939).

¹⁰. Per questo segue, vedi H.L.A. HART, *Il concetto di diritto* (1961), Torino, Einaudi, 1965, pp. 118 — 130.

il suo contenuto è un ragionamento pratico, avendo a suo fondamento un enunciato normativo relativo alla validità della norma di riconoscimento¹¹, e concludendosi con un enunciato normativo relativo alla validità di una norma dell'ordinamento.

Si potrebbe a questo punto osservare che tutto ciò non ha molto a che vedere con la questione di una corretta caratterizzazione degli enunciati interpretativi giudiziali e della giustificazione che ne fonda il contenuto, poiché una cosa è il ragionamento sulla validità e una cosa diversa il ragionamento interpretativo. Questa osservazione esprime un'idea molto diffusa nella teoria del diritto, secondo cui la norma di riconoscimento contiene esclusivamente i criteri forniti da quello che può essere chiamato (con terminologia kelseniana) il 'diritto formale', cioè l'insieme delle norme che attribuiscono il potere di compiere atti di produzione e di applicazione del diritto e che stabiliscono le procedure con cui questi atti devono essere compiuti¹².

Si può però notare che i criteri forniti dal diritto formale non sono sufficienti per affermare che «Il diritto stabilisce che ... », o che «La norma X è valida», ossia per fare affermazioni sulla validità, poiché essi permettono di identificare i testi giuridici normativi, ma non la norme contenute in tali testi. Per fare un'affermazione sulla validità è infatti necessario avere interpretato un testo giuridico normativo.

A mio parere, si deve dunque assumere che la norma di riconoscimento dell'ordinamento giuridico contenga l'insieme dei criteri forniti dal diritto formale (in senso kelseniano) e l'insieme dei criteri forniti dalle regole sull'interpretazione giuridica, poiché entrambi sono necessari per un'affermazione sulla validità delle norme giuridiche: i primi permettono infatti di identificare i testi giuridici normativi e i secondi di individuare le norme espresse da tali testi¹³. Questa assunzione ha due conseguenze: la prima è che il ragionamento interpretativo è parte del ragionamento sulla validità

¹¹ Mi discosto su questo punto da Hart, secondo il quale la norma di riconoscimento, anche se accettata e applicata dai giuristi, non può essere detta valida (op. cit., pp. 128 — 129), poiché a differenza di Hart assumo che ci sia una connessione necessaria tra accettazione e validità delle norme.

¹² Per la distinzione tra diritto formale e diritto sostanziale, vedi H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, cit., pp. 260 — 263.

¹³ Cfr. J. WRÓBLEWSKI, «Fuzziness of Legal System», in U. KANGAS (a cura di), *Essays in Legal Theory in Honor of Kaarle Makkonen*, numero monografico di *Oikeustiede*, 16, 1983, pp. 311 — 330; R. Dworkin, *L'impero del diritto*, cit., pp. 7 — 47.

delle norme; la seconda è che il ragionamento interpretativo dei giudici, prendendo avvio da un enunciato normativo relativo alla validità della norma di riconoscimento, è un ragionamento pratico, la cui conclusione è costituita da un enunciato normativo.

È opportuno rilevare che in quest'ottica le controversie interpretative, che generalmente sono dovute all'applicazione di differenti regole sull'interpretazione (ad esempio, la regola che prescrive di interpretare i testi legislativi secondo l'intenzione del legislatore e quella che prescrive di interpretarli in accordo agli scopi del diritto; oppure, la regola che prescrive di attribuire alle parole dei testi giuridici il significato che esse hanno nel linguaggio ordinario e quella che prescrive di attribuire loro il significato che assumono nel linguaggio tecnico giuridico; ecc.), sono da vedere come controversie sul contenuto della norma di riconoscimento e, quindi, sulla validità delle norme dell'ordinamento giuridico.

2. *La teoria argomentativa e consensuale della verità di Jürgen Habermas*

Fra le teorie della verità che permettono di ascrivere la verità/falsità agli enunciati normativi, quella di Jürgen Habermas, in cui la verità è fatta dipendere dall'argomentazione e dal consenso, appare particolarmente interessante ed ha attirato l'attenzione di vari teorici del diritto. Il più noto tra questi è Robert Alexy, la cui concezione dell'argomentazione giuridica — che verrà discussa nei paragrafi seguenti — è costruita sulla base della teoria di Habermas.

In sede di teoria dell'azione, Habermas distingue due modi fondamentali di agire: l'agire strategico e l'agire comunicativo¹⁴. Nell'agire strategico «uno *influisce* su un altro empiricamente, con la minaccia di sanzioni o la prospettiva di gratificazioni, per *indurlo* alla desiderata continuazione di un'interazione». Nell'agire comunicativo «uno viene razionalmente motivato dall'altro a un'azione concordata, e ciò in virtù dell'effetto illocutivo di collegamento che è proprio di una proposta linguistica»¹⁵.

¹⁴. Altri due modelli di azione: l'agire regolato da norme e l'agire drammaturgico, sono affiancati all'agire strategico in J. HABERMAS, *Teoria dell'agire comunicativo: I. Razionalità nell'azione e nazionalizzazione sociale* (1981), Bologna, il Mulino, 1986, pp. 160 — 169.

¹⁵. J. HABERMAS, *Etica del discorso* (1983), Bari, Laterza, 1985, p. 66.

La motivazione razionale a tenere una linea d'azione comune viene fornita dalle ragioni: nell'agire comunicativo i parlanti avanzano infatti pretese di validità, soddisfacibili producendo ragioni a loro sostegno. Una pretesa di validità è una pretesa della verità di un enunciato assertivo (cioè di un enunciato che si riferisce al mondo dei fatti), o una pretesa di correttezza di un enunciato normativo (cioè di un enunciato che verte sulla validità di norme)¹⁶. Poiché il senso di 'verità' (*Wahrheit*) e di 'correttezza' (*Richtigkeit*) è il medesimo, pur essendo diverso il genere degli enunciati cui sono annesse pretese di verità e di correttezza, per semplificare la terminologia userò il termine 'verità' anche relativamente agli enunciati normativi.

Habermas tratta dunque il concetto di verità dalla prospettiva della pragmatica, e non da quella più consueta della semantica. Secondo quanto egli assume, chiunque avanzi una pretesa di verità, presuppone che la propria asserzione possa essere razionalmente accettata da tutti gli individui. Il consenso razionale, cioè motivato dalla sola forza delle ragioni, costituisce dunque *il criterio della verità* degli enunciati assertivi e normativi. Pertanto¹⁷, «il senso di verità non consiste nel fatto che in generale viene raggiunto un consenso, bensì che sempre e dovunque, non appena ci impegnamo in un discorso, può essere raggiunto un consenso in condizioni che dimostrano che esso è fondato. *Verità significa «warranted assertability».*»

Il consenso razionale, che è il solo tipo di consenso che vale quale «garante di verità», può essere unicamente conseguito tramite l'agire comuni-

¹⁶. Una terza pretesa di validità avanzata nella comunicazione è la pretesa di veracità, ossia la pretesa del parlante di credere in ciò che asserisce. Questa pretesa, a differenza delle pretese di verità e di correttezza, è soddisfacibile non discorsivamente, ma «comportandosi in modo coerente» (J. HABERMAS, op. cit., p. 66). Queste tre pretese si accompagnano in ogni caso ad una pretesa più fondamentale: la pretesa del parlante che le sue asserzioni siano comprensibili agli interlocutori: «[il] consenso [tra i partecipanti al discorso] si forma nel reciproco riconoscimento di almeno quattro pretese di validità, che i parlanti avanzano reciprocamente: la comprensibilità dell'espressione, la verità del suo elemento proposizionale, l'esattezza o l'adeguatezza del suo elemento operativo e la veracità del soggetto parlante.» (J. HABERMAS, *Prassi politica e teoria critica della società* (1971), Bologna, il Mulino, 1973, p. 49) Per un commento critico alla nozione habermasiana di pretesa di esattezza, o di correttezza (*Richtigkeit*), e per una sua plausibile caratterizzazione, vedi R. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*, cit., pp. 141 — 146.

¹⁷. J. HABERMAS, «Discorso e verità» (trad. parziale di «Wahrheitstheorien», in H. FAHRENBACH (a cura di), *Wirklichkeit und Reflexion. Walter Schulz zum 60. Geburtstag*, Pfuldingen, Neske, 1973, pp. 211 — 265), in J. HABERMAS, *Agire comunicativo e logica delle scienze sociali*, Bologna, il Mulino, 1980, pp. 319 — 343, alla p. 320 (corsivo mio).

cativo, il discorso. L'agire comunicativo è retto secondo Habermas da un insieme di regole, che egli chiama universal — pragmatiche, la cui validità è necessaria e non può essere coerentemente negata.

Le regole universal — pragmatiche sono necessariamente valide in quanto necessariamente presupposte da chiunque avanzi una pretesa di verità; e poiché costituiscono i presupposti necessari del discorso, non possono essere coerentemente negate. Infatti, colui che intendesse negarle, non potrebbe farlo che avanzando una pretesa di verità (ad esempio, la pretesa che sia vero l'enunciato «Le cosiddette regole universal — pragmatiche non sono necessariamente presupposte nell'interazione comunicativa»); ma così facendo presupporrebbe proprio ciò che intende negare. Egli incorrerebbe cioè in una contraddizione performativa, eseguendo «un'azione linguistica constatava «Cp» [che] si fonda su presupposti non contingenti, il cui contenuto proposizionale contraddice l'asserto affermato «P»»¹⁸.

In base alla lista elaborata da Robert Alexy, le regole universalpragmatiche possono essere distinte in logico — semantiche, procedurali, processuali¹⁹. Fra queste sono da ricordare la regola procedurale che prescrive la sincerità («Ciascun parlante può affermare solo ciò che egli stesso crede») e le seguenti regole processuali:

1. Ogni soggetto capace di parlare e di agire può prendere parte a discorsi.
- 2.a. Chiunque può problematizzare qualsiasi affermazione. b. Chiunque può introdurre nel discorso qualsiasi affermazione. c. Chiunque può esternare le sue disposizioni, i suoi desideri e i suoi bisogni.
3. Non è lecito impedire a un parlante, tramite una coazione esercitata dall'interno o dall'esterno del discorso, di valersi dei suoi diritti fissati in 1. e 2²⁰.

Le regole processuali richiedono quindi che la totalità degli individui siano liberi da costrizioni esterne e interne alla comunicazione e abbiano uguale opportunità di partecipare al discorso, avanzando pretese di verità, giustificandole, criticandole. Una situazione in cui esse sono pienamente

¹⁸. J. HABERMAS, *Etica del discorso*, cit., pp. 89 — 90.

¹⁹. R. ALEXY, op. cit., pp. 233 — 254.

²⁰. Riproduco le regole riportate da J. HABERMAS, *Etica del discorso*, pp. 97 — 99.

soddisfatte è chiamata da Habermas ‘situazione linguistica ideale’. Il consenso conseguito in una tale situazione costituisce il criterio della verità degli enunciati assertivi e normativi; infatti, «un consenso razionale può essere distinto da uno ingannevole in ultima istanza solamente mediante il riferimento ad una situazione linguistica ideale»²¹.

La situazione linguistica ideale non è però umanamente conseguibile, poiché «ogni parlare empirico è per principio sottoposto a restrizioni che escludono una completa realizzazione delle condizioni ideali, sia per le limitazioni temporali e spaziali del processo di comunicazione, sia per i limiti di sopportazione psichica dei partecipanti alla discussione»²². Essa non è comunque una semplice costruzione teorica, poiché le regole che la fondano sono necessariamente presupposte in ogni effettiva interazione comunicativa²³. Inoltre, una realizzazione approssimativa della situazione linguistica ideale è di fatto possibile; si può cioè effettivamente ottenere una più o meno ampia comunità di comunicazione tramite ‘disposizioni istituzionali’ atte a «neutralizzare inevitabili limitazioni empiriche ed inevitabili influssi esterni e interni, di modo che si possano soddisfare per lo meno con sufficiente approssimazione quelle condizioni idealizzate [...] sempre presupposte dai partecipanti all’argomentazione»²⁴. È importante notare che disposizioni istituzionali di questo tipo vengono effettivamente realizzate, come si può vedere, secondo Habermas, guardando alle «giustificazioni, immunizzazioni, regolamentazioni d’affari ecc., mediante le quali i discorsi teoretici sono stati istituzionalizzati nella pratica scientifica, e i discorsi pratici ad esempio nella pratica parlamentare»²⁵.

3. Pretesa di validità e giustificazione

La teoria di Habermas può suscitare alcune perplessità, in particolare per la trasposizione che essa opera del concetto di verità dal piano della semantica al piano della pragmatica²⁶. Lo scopo che mi propongo non è però quello di valutare la consistenza di questa teoria, cercando di individuare i suoi punti deboli o di evidenziare le questioni che lascia insolte, bensì di

21. J. HABERMAS, «Discorso e verità», cit., p. 339.

22. *Ibidem*.

23. *Ibidem*; vedi anche R. ALEXI, op. cit., pp. 155 — 161.

24. J. HABERMAS, *Etica del discorso*, cit., p.102.

25. *Ibidem*.

comprendere se in base ad essa si possa qualificare come vero o falso il risultato dell'interpretazione giudiziale. Nel far ciò assumo che essa sia degna di interesse e in grado di render conto, se non di tutti gli usi di 'verità', almeno della maggior parte degli usi rilevanti, e più precisamente di quelli che si danno nei contesti discorsivi in cui è richiesta ai parlanti una fondazione intersoggettivamente apprezzabile delle loro asserzioni²⁷.

Per affrontare con chiarezza la questione della verità degli enunciati interpretativi giudiziali in relazione alla teoria argomentativa della verità è bene distinguere due concetti fondamentali di questa teoria: *la verità, cioè la verità di un enunciato* (i criteri della sua verità), e *la pretesa di verità, cioè la pretesa che un enunciato sia vero* (le condizioni in cui un atto della comunicazione è una pretesa di verità). Un enunciato è vero se su di esso si dà un consenso razionale e universale, cioè se tutti gli individui razionali accettano il suo contenuto sulla base di ragioni. Una pretesa di verità consiste nella pretesa che un enunciato sia accettato sulla base di ragioni da tutti gli individui razionali. Una pretesa di verità trova dunque soddisfazione nell'effettiva accettazione dell'enunciato che essa ha ad oggetto da parte di tutti gli individui razionali — o meglio, vi troverebbe soddisfazione se il consenso razionale universale fosse (poiché di fatto non è) possibile.

^{26.} Nella teoria della verità di Habermas si fondono due note concezioni non semantiche della verità: quella performativa, secondo cui 'vero' è un'espressione performativa il cui uso ha la sola funzione di rimarcare il carattere constativo di una illocuzione, e quella pragmatica, secondo cui la verità di un'idea consiste nella sua asseribilità giustificata (*warranted assertability*); per una breve esposizione di queste concezioni vedi C. EZORSKY, «Performative Theory of Truth» e «Pragmatic Theory of Truth», entrambi in *The Encyclopedia of Philosophy*, New York, The MacMillan Company and Free Press, 1967, vol. 6, pp. 88 — 90 e 427 — 430. Come però nota la stessa Ezorsky, la concezione performativa della verità (e anche una versione di questa concezione che, come quella di Habermas, sia integrata dalla concezione pragmatica) non si pone necessariamente in contrasto con la concezione semantica della verità. In questo stesso senso credo che possano essere lette alcune asserzioni di Habermas, tra cui, ad esempio, la seguente: «La verità degli enunciati significa l'esistenza di stati di cose.» (*Etica del discorso*, cit., p. 67)

^{27.} Nell'ambito di una discussione sull'etica del discorso di Habermas, ho notato come la teoria argomentativa della verità abbia quanto meno il difetto di non coprire alcuni usi rilevanti della parola 'verità'. Questa teoria, infatti, non permette di assumere che siano veri o falsi gli enunciati che non possono essere fondati su ragioni intersoggettivamente apprezzabili, tra cui, ad esempio, «Gli esseri umani hanno un'anima immortale» e «Dio ha dato origine all'universo» (vedi E. DICIOTTI, «I conflitti normativi e l'etica del discorso», di prossima pubblicazione in *Studi senesi*).

Il consenso razionale universale si situa in una dimensione puramente ideale, potendo essere conseguito solo nella perfetta comunità della comunicazione che è espressione della situazione linguistica ideale. Le pretese di verità, che pure tendono al consenso razionale universale, sono invece effettivamente avanzate nelle nostre imperfette comunità umane.

Ora, tornando alla questione della verità degli enunciati interpretativi giudiziali, a me sembra che essa, in relazione alla teoria argomentativa di Habermas, dia luogo a due questioni distinte, l'una banale e di facile soluzione, l'altra interessante e problematico.

La prima questione è: gli enunciati interpretativi dei giudici possono essere oggetto di consenso razionale universale? La risposta — banale almeno all'interno delle concezioni teoriche di Habermas — è senza dubbio affermativa: possono esserlo, così come ogni altro enunciato nonnativo, a patto che siano oggetto di pretese di verità (o, più in generale, che siano tema di un «discorso», nel senso in cui Habermas usa questo termine).

La seconda questione è: gli enunciati interpretativi giudiziali sono oggetto di pretese di verità? La risposta è qui più incerta, almeno a mio parere, poiché per dare una risposta è necessario misurarsi con fenomeni reali, sfuggenti e ambigui. Tale questione è però la sola veramente interessante, la sua soluzione richiedendo una comprensione del fenomeno giuridico, visto in comparazione con altri fenomeni sociali e sulla base del modello (della pretesa di verità e del discorso) fornito dalla teoria argomentativa.

Una tesi avanzata da Robert Alexy offre una risposta affermativa a tale questione²⁸. Da una parte, Alexy riconosce che le condizioni che si hanno nel contesto istituzionale del processo e della deliberazione giudiziale, in cui si svolge l'attività interpretativa dei giudici, non permettono probabilmente che si instauri un «discorso» (nel senso in cui Habermas intende questa parola) tra le parti — lo rendono infatti impossibile l'insieme delle

²⁸. La tesi di Alexy non riguarda la sola interpretazione giudiziale, ma tutte le attività di elaborazione, di interpretazione e di applicazione di norme giuridiche che consistano in attività discorsivi, quali i dibattiti parlamentari, l'interpretazione condotta dalla dottrina, il dibattito fra le parti nel processo, la deliberazione del giudice, le discussioni su questioni giuridiche da parte degli studenti di diritto, del personale qualificato della pubblica amministrazione e dell'industria, degli organi di informazione, dei comuni cittadini (R. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*, cit., pp. 261 — 263). Per una ampia esposizione e un commento critico della teoria giuridica argomentativa di ALEXY, vedi L. GIANFORMAGGIO, «Il gioco della giustificazione», *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 14, 1984, pp. 475 — 504.

regole procedurali che disciplinano la trattazione dei temi e gli interventi dei partecipanti, la limitata disponibilità di tempo per il dibattito e per la deliberazione giudiziale, l'ineguale distribuzione del potere. Dall'altra parte, però, egli osserva che tutto ciò ha scarso rilievo quando si consideri che proprio il diritto, quale istituzione, obbliga i suoi attori al «discorso», costringendoli ad avanzare pretese di verità²⁹.

Egli caratterizza infatti la pretesa di verità in modo tale da poter assumere che tutti gli attori della comunità giuridica, e in modo particolare il giudice, elevino tipicamente pretese di verità. Secondo Alexy, una pretesa di verità consiste in un'asserzione giustificata. La giustificazione è un elemento assolutamente necessario, perché non si può ritenere che qualcuno avanzi la pretesa che un determinato enunciato sia razionalmente accettato, se costui non ha ragioni a fondamento di quell'enunciato, o se non è disposto a fornirle a chi le richieda. A questo proposito, Alexy suggerisce che ci sia una regola costitutiva dell'atto linguistico di asserzione, chiamata 'regola generale di giustificazione', secondo cui «Ogni parlante deve, se richiesto, fondare ciò che asserisce, a meno che possa giustificare il rifiuto di fondare»³⁰.

Dunque, secondo Alexy, essendo nel diritto prodotte argomentazioni a sostegno di asserzioni sulla validità di norme, il discorso giuridico rappresenta un caso del discorso pratico — cioè del discorso in cui vengono avanzate pretese di verità relative a enunciati normativi — anche se è provvisto di alcune peculiarità nei confronti del discorso pratico tipizzato dal discorso morale. Tre sono le assunzioni principali di cui si compone la sua tesi: il discorso giuridico è un discorso pratico, in quanto «(1) le discussioni giuridiche vertono su questioni pratiche — cioè, sul dovere o sul permesso di fare o non fare qualcosa — e (2) tali questioni sono discusse

²⁹. Per la precisione, Alexy parla di 'pretese di correttezza', conservando la distinzione habermasiana tra verità degli enunciati assertivi e correttezza degli enunciati normativi. Sulla necessaria correlazione tra decisione giuridica e pretesa di correttezza, vedi in particolare R. ALEXY, «On Necessary Relations Between Law and Morality», *Ratio Juris*, 2, 1989, pp. 167 — 183.

³⁰. R. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*, cit., p. 167. Aggiunge Alexy: «se si lega la pretesa di verità [...] al concetto di asserzione, si deve anche ritenere che la regola di giustificazione sia costitutiva dell'asserzione.» (*Ivi*, nota 408) Secondo questa proposta, dunque, un atto linguistico di asserzione non è felice se il parlante non giustifica il contenuto della sua asserzione (o se si rifiuta di soddisfare la richiesta di giustificare la sua asserzione).

con la pretesa di correttezza [di verità]»; costituisce però un caso peculiare del discorso pratico, perché «la discussione giuridica (3) si svolge sotto restrizioni» del genere già indicato (limitazioni di tempo, distribuzione ineguale del potere, obbligo limitato di dire la verità, ecc.)³¹.

Essendo tre le sue assunzioni principali, tre sono anche le possibili obiezioni da cui egli ritiene di dover difendere la sua tesi. Secondo queste obiezioni, le discussioni giuridiche «(1) non vertono su questioni pratiche, (2) in esse non viene avanzata alcuna pretesa di correttezza [di verità], o (3) in esse vengono avanzate tali pretese, ma per le restrizioni cui sono soggette non possono essere chiamate ‘discorsi’»³². Ai fini della nostra indagine, è qui interessante ricordare alcuni punti della difesa di Alexy nei riguardi della seconda e della terza obiezione.

Respingendo la seconda obiezione, Alexy constata che nel diritto vengono addotte giustificazioni a sostegno di asserzioni, e che avanzando una giustificazione si presuppone necessariamente che la giustificazione sia corretta e che ciò che viene giustificato sia vero: si eleva cioè una pretesa di verità. Ora, nota Alexy, è possibile che qualcuno finga di pretendere la verità di qualcosa, cercando in realtà di perseguire i propri interessi; ma ciò non inficia la pretesa di verità, così come il fatto che qualcuno faccia una promessa pensando di non mantenerla non impedisce che dalla promessa abbia origine un obbligo³³.

Discutendo della terza obiezione, Alexy riconosce che in effetti non ogni discussione giuridica è «da vedere come un discorso nel senso di una comunicazione priva di restrizioni e costrizioni», ma considera questo come un aspetto secondario di fronte al fatto fondamentale che «nelle dispute giuridiche si discute con pretese di correttezza [di verità] e quindi in riferimento a condizioni ideali»³⁴.

4. Argomentare e fare uso strategico dell'argomentazione

Se la tesi di Alexy sia o non sia coerente con le concezioni contenute nei testi di Habermas non è secondo me facile a giudicarsi, poiché in quei testi,

³¹. R. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*, cit., p. 263.

³². *Ibidem*.

³³. *Ivi*, p. 265.

³⁴. *Ivi*, p. 271.

talvolta non del tutto limpidi, sono lasciati parzialmente indeterminati alcuni punti rilevanti per questo giudizio³⁵. Comunque sia, non mi propongo qui di offrire una ricostruzione esegeticamente corretta delle concezioni di Habermas, bensì di discutere se la tesi di Alexy possa essere ragionevolmente sostenuta all'interno di una teoria argomentativa della verità *i cui tratti essenziali* siano quelli della teoria contenuta nelle pagine di Habermas. In una tale linea di riflessione, ritengo di poter mostrare come la tesi di Alexy presenti delle debolezze piuttosto gravi.

Questa tesi, infatti, non permette di distinguere o trascura le distinzioni tra *convincimento e persuasione, tra argomentazione e uso strategico dell'argomentazione,*

³⁵ La questione della coerenza tra la teoria argomentativa della verità e la teoria giuridica argomentativa di Alexy non è da risolversi guardando alla posizione di Habermas in merito alla relazione tra diritto e «discorso». Infatti, si può assumere che Habermas abbia prodotto una buona teoria dell'argomentazione, ma ritenere che egli la usi impropriamente quale schema per la descrizione e comprensione di alcuni fenomeni sociali. Si può comunque notare che Habermas, per quanto concerne la questione della relazione tra diritto e «discorso», ha probabilmente mutato idea nel corso degli anni, prima negando e poi affermando che una tale relazione sussista. Quali testimonianze di questo mutamento citerò due passi tratti da suoi testi. Nel primo, contenuto in «Teoria della società o tecnologia sociale? Una discussione con Niklas Luhmann», in J. HABERMAS e N. LUHMANN, *Teoria della società o tecnologia sociale* (1971), Milano, Etas, 1973, il processo è visto «come [...] un gioco strategico», in cui le parti «vogliono conseguire vantaggi ed evitare perdite. Il loro obiettivo non è la ricerca della verità, ma una decisione di una lite, decisione a loro, di volta in volta, favorevole. Persino il giudice è tenuto istituzionalmente a subordinare l'obiettivo della ricerca della verità alla necessità di giungere a delle decisioni entro un determinato termine [...] La disputa, in quanto mezzo della realizzazione strategica di tali obiettivi definiti con la distribuzione dei ruoli, non è un discorso.» (pp. 95 — 195) Il secondo, assai più recente, recita: «Le procedure morali [...] hanno in comune con le procedure giuridiche soltanto questo: che in entrambi i casi la razionalità procedurale serve a garantire la 'validità' di risultati conseguiti a partire da regole. Senonché i procedimenti giuridici si approssimano anche ai requisiti di una razionalità procedurale *completa*, dal momento che si connettono a criteri istituzionali [...] tramite i quali è possibile stabilire — dalla prospettiva di chi *non* è coinvolto — se una certa decisione è stata presa seguendo le regole oppure no». («Diritto e morale» (1988), in J. HABERMAS, *Morale diritto politica*, Torino, Einaudi, 1992, pp. 5 — 78, p. 33) L'idea che ci sia una corrispondenza tra procedure giuridiche e regole del discorso è espressa da Habermas anche in «Wie ist Legitimität durch Legalität möglich?», *Kritische Justiz*, 1, 1987, pp. 1 — 16, e in «Towards a Communication — Concept of Rational Collective Will — Formation. A Thought — Experiment», *Ratio Juris*, 2, 1989, pp. 144 — 154. Una discussione critica di questa idea si trova in K. TUORI, «Discourse Ethics and the Legitimacy of Law», *Ratio Juris*, 2, 1989, pp. 125 — 143.

tra giustificazione convincente (o accettabile) e giustificazione non convincente (o inaccettabile), tra istituzioni orientate alla verità e istituzioni orientate alla decisione, e in definitiva tra una effettiva pretesa di verità e un atto della comunicazione che appare come una pretesa di verità senza effettivamente esserlo. Le pagine che seguono saranno dedicate a chiarire queste distinzioni, a sottolinearne la rilevanza ed a mostrare come esse siano negate o trascurate dalla tesi di Alexy.

Alla distinzione tra argomentazione e uso strategico dell'argomentazione (e tra convinzione e persuasione) riserverò questo paragrafo; alla distinzione tra mera giustificazione e giustificazione convincente (o accettabile) e alla distinzione tra istituzioni orientate alla verità e istituzioni orientate alla decisione dedicherò i due paragrafi successivi.

Il concetto di convinzione ha un'importanza fondamentale nella teoria argomentativa della verità. Infatti, se la verità consiste nel consenso razionale universale, essa dipende allora dalle convinzioni cui pervengono gli individui razionali tramite la riflessione privata e, soprattutto, l'interazione comunicativa. Nell'interazione comunicativa qualcuno convince qualcun'altro della verità di un enunciato, se lo induce ad accettare il contenuto di quell'enunciato tramite la sola forza delle ragioni che egli esibisce a suo fondamento.

È stato però notato, soprattutto negli studi sulla retorica, che tramite il discorso si può indurre altri ad accettare una certa tesi teorica o pratica non solo esibendo ragioni, ma anche con altri mezzi, quali l'appello alle passioni e ai sentimenti, l'artificio retorico, la definizione persuasiva, ecc. Un discorso in cui siano sfruttati espedienti di questo genere è comunemente detto 'persuasivo'.

Si può però sostenere che la persuasione, quale fenomeno alternativo alla convinzione, riguardi un genere del discorso assai più esteso di quanto sia dato di assumere in accordo alle comuni definizioni del discorso persuasivo. Ciò è ad esempio sostenuto da Chaïm Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca, i quali propongono «di chiamare *persuasiva* una argomentazione che pretende di valere soltanto per un uditorio particolare, e di chiamare invece *convincente* quella che si ritiene possa avere l'adesione di qualunque essere ragionevole»³⁶. Se questa definizione è — come io credo che sia — plausibile, la distinzione tra convincere e persuadere può allora essere

³⁶. *Trattato dell'argomentazione* (1958), Torino, Einaudi, 1966, p. 30; su questa distinzione, vedi anche, degli stessi autori, «Logica e retorica» (1950), rist. in C. PERELMAN e L. OLBRECHTS TYTECA, *Retorica e filosofia* (1952), Bari, De Donato, 1979, pp. 55 — 88.

accostata a quella tra argomentare e fare uso strategico dell'argomentazione, e può essere chiarita proprio a partire da questi ultimi concetti.

Ricordo che Habermas distingue due fondamentali modi di agire: l'agire comunicativo, in cui si avanzano pretese di verità, perseguendo tramite l'accordo razionale una cooperazione tra gli individui, e l'agire strategico, in cui si perseguono invece i propri scopi individuali (o di gruppo) cercando di influire sugli altri individui per far loro tenere un certo comportamento. Si potrebbe sbrigativamente dire, con terminologia kantiana, che nell'agire comunicativo trattiamo gli altri come fini, mentre nell'agire strategico li trattiamo come mezzi³⁷.

Ora, si può assumere che l'agire strategico comprenda non solo «la minaccia di sanzioni o la prospettiva di gratificazioni», ma anche la menzogna e l'inganno. E infatti possibile influire sul comportamento di un altro, in modo tale che egli tenga la linea d'azione che meglio soddisfa il nostro interesse, dandogli false informazioni o comunque inducendolo a credere in ciò che noi sappiamo (o riteniamo) essere falso.

Per avere un chiaro esempio di questo fenomeno nella vita pubblica, si pensi ad alcune forme di propaganda politica³⁸. Ora, come si può indurre qualcuno a credere in ciò che è (o che noi riteniamo essere) falso? Talvolta sarà possibile sfruttare la fiducia che il nostro interlocutore ripone in noi, ma più spesso sarà necessario ricorrere alla nostra capacità argomentativa. Nel far ciò cercheremo di indurre l'interlocutore ad accettare la nostra tesi (che sappiamo falsa) mostrandogli come essa discenda da o sia coerente con teorie, fatti, dottrine, principi, che egli ritiene veri.

³⁷. L'idea che solo la convinzione — e non anche la persuasione — si accordi con il rispetto degli altri (dell'altrui autonomia individuale) è piuttosto diffusa, almeno nella teoria politica liberale (una discussione critica di questa idea, in S.I. BENN, «Freedom and Persuasion», *Australasian Journal of Philosophy*, 45, 1967, pp. 259 — 275).

³⁸. Non solo nel momento della propaganda, ma anche in quello della gestione degli affari pubblici, l'uso della menzogna costituisce un aspetto tipico della politica, tradizionalmente rilevato e discusso dalla teoria politica. Per una concisa rassegna di posizioni teoriche e dottrinali sui rapporti tra potere e menzogna, vedi C. LAFER, «La menzogna. Un capitolo dei rapporti fra l'etica e la politica», *Teoria politica*, 10, 1994, pp. 3 — 15. Come vedremo nelle pagine seguenti, dal punto di vista della teoria dell'argomentazione la reticenza ha caratteristiche e conseguenze simili all'uso della menzogna; è dunque opportuno segnalare che anche la reticenza (la segretezza) ha stretti rapporti con l'esercizio del potere, come testimonia una lunga tradizione di pensiero: su questo tema vedi N. BOBBIO, «La democrazia e il potere invisibile», in N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, Torino, Einaudi, 1991, pp. 85 — 113.

Questo può essere detto ‘uso strategico dell’argomentazione’. Non si deve però pensare che tutti gli usi strategici dell’argomentazione comportino lo sfruttamento della capacità argomentativa per il conseguimento di scopi egoistici³⁹, e neppure che si abbia l’uso strategico dell’argomentazione solo ove non si creda alla tesi in favore della quale si argomenta. Si ha infatti l’uso strategico dell’argomentazione ogni volta che un parlante avanzi un’argomentazione il cui contenuto (le cui premesse e/o la cui conclusione) sia costituito non da ciò che egli ritiene essere vero, ma da ciò che ritiene più idoneo per il conseguimento delle sue finalità, consistenti nell’ottenere un certo comportamento o più semplicemente l’accettazione della sua tesi da parte di coloro cui l’argomentazione è diretta.

La relazione tra fare uso strategico dell’argomentazione e persuadere da una parte e argomentare e convincere dall’altra parte, appare ora abbastanza chiara. Tranne l’uso strategico dell’argomentazione si mira ad ottenere la persuasione, cioè l’adesione a una tesi da parte di un determinato uditorio per mezzo di una giustificazione che si considera valida (efficace) solo per quell’Uditorio. Tramite l’argomentazione si persegue invece la convinzione, cioè l’adesione a una tesi vera (ritenuta vera da chi argomenta) da

³⁹. Approssimativamente, è questo il significato ristretto che Jon Elster attribuisce all’espressione ‘uso strategico dell’argomentazione, in *Argomentare e negoziare*, Milano, Anabasi, 1993, un testo che contiene alcune idee simili a quelle che presento in queste pagine (diversamente da me, inoltre, Elster sembra considerare la persuasione e l’uso strategico dell’argomentazione come due fenomeni distinti: cfr. op. cit., nota 1, pp. 53 — 54 e *passim*). Io ritengo che si abbia l’uso strategico dell’argomentazione ogni volta che il parlante cerchi di persuadere gli ascoltatori affinché essi, mutando le loro credenze fattuali e/o morali, scelgano di tenere una linea di azione diversa da quella che avrebbero altrimenti tenuto. Chi fa uso strategico dell’argomentazione cerca dunque generalmente di ottenere dal suo uditorio il comportamento che egli desidera; è però possibile che egli sia animato dall’altruismo invece che dall’egoismo, e che desideri questo comportamento non per la soddisfazione dei propri interessi, ma perché lo ritenga adeguato a soddisfare gli interessi del suo uditorio (per un esempio, si può pensare a recenti pubblicità televisive tendenti a dissuadere dall’uso di sostanze stupefacenti). Si può dunque avere un genere peculiare di paternalismo, attuato discorsivamente, influenzando tramite la menzogna e (come vedremo in seguito) la reticenza sulla formazione delle credenze necessarie per elaborare piani di azione; questo paternalismo può essere detto ‘paternalismo epistemico’ (cfr. A.I. GOLDMAN, «Epistemic Paternalism: Communication Control in Law and Society», *The Journal of Philosophy*, 88,1991, pp. 113 — 131, in cui questa espressione è però usata in un senso meno ampio di quanto io propongo; per il concetto di paternalismo mi permetto di rinviare al mio «Paternalismo», *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 16, 1986, pp. 557 — 586).

parte di tutti coloro con cui sia possibile comunicare, tramite una giustificazione che si ritiene valida per tutti gli individui razionali.

Il criterio per distinguere la persuasione dalla convinzione non può dunque essere fornito dalla struttura o dal contenuto della giustificazione, ma dalla sincerità di chi elabora e avanza la giustificazione. Si può infatti asserire che colui che avanza una giustificazione *intende convincere se egli stesso crede in ciò che asserisce*, e che *intende invece persuadere se non crede a tutto ciò che asserisce*, ma lo reputa efficace per il conseguimento dei suoi scopi, tra cui primariamente l'adesione dell'uditorio a una determinata tesi.

Il consenso razionale universale può essere conseguito soltanto tramite la convinzione, poiché tale consenso deve necessariamente comprendere il consenso di colui che avanza la giustificazione; in altre parole, non si può asserire che tutti siamo convinti della verità di una tesi se qualcuno, pur fingendo di esserlo, non lo è effettivamente⁴⁰. Tutto ciò è colto da Habermas, e sembra esserlo anche da Alexy, poiché entrambi assumono che una delle regole universal — pragmatiche, che pongono i requisiti del «discorso», stabilisca che «Ciascun parlante può affermare solo ciò che egli stesso crede.»

A questa regola è però necessaria una postilla: *il requisito della sincerità deve essere inteso in un senso ampio che comprenda l'assenza di reticenze*, se si vuole distinguere chiaramente l'argomentazione dall'uso strategico dell'argomentazione. Infatti, si può cercare di persuadere anche avanzando un enunciato che riteniamo vero e giustificandolo sulla base di alcune ragioni che riteniamo buone, però tenendo nascoste una o più ragioni che riteniamo concorrere a fondare l'enunciato di cui si asserisce la verità.

Per esempio, supponiamo che un individuo *X* ritenga vero un enunciato normativo *E*, secondo il quale è valida la norma *N*, in quanto fondato sull'enunciato *E1*, secondo cui c'è un valore *V1* immediatamente soddisfatto dall'applicazione di *N*, e sull'enunciato *E2*, secondo cui dall'applicazione generale di *N* si avranno conseguenze desiderabili dal punto di vista dei valori *V2* e *V3*. Ora, se *X* asserisce *E*, giustificandolo sulla base di *E1* ed *E2*, si dirà che egli intende sinceramente convincere coloro cui la giustificazione è rivolta. Questo non potrà invece dirsi se *X* poniamo, non adduce *E2* nel corso della giustificazione né successivamente, nel protrarsi della discussione sulla verità di *E*. È infatti plausibile che una tale reticenza sia interessata, poiché senza un interesse particolare nessuno che voglia

⁴⁰. Cfr. J. Habermas, *Etica del discorso*, cit., pp. 100 — 101.

convincere della verità di un enunciato rinuncia a presentare una buona ragione in grado di fondarlo. La spiegazione di tale atteggiamento potrebbe infatti essere che *X* ritiene che i suoi interlocutori non condividano i valori *V2* e *V3*, e che pertanto considererebbero *E2* una ragione per non accettare *E*, invece che una ragione per accettarlo. Ad ogni modo, qualunque sia la spiegazione di questo atteggiamento, c'è un aspetto della questione che deve essere evidenziato: non essendo *E2* sottoposto al pubblico dibattito, i valori *V2* e *V3* restano valori privati di *X*, così come lo scopo che egli ritiene di poter perseguire tramite l'applicazione generale di *N*; per questa sola ragione si può asserire che *X* cerca di persuadere gli altri ad accettare *E* per un proprio scopo privato.

L'argomentazione richiede dunque la sincerità e l'assenza di reticenze, ossia la trasparenza. Tutto questo sembra sfuggire ad Alexy — nonostante che egli stesso ponga la regola che prescrive la sincerità fra le regole universal — pragmatiche del discorso — nel momento in cui, parlando della giustificazione nel diritto, assume come un dato assolutamente ap problematico che «una pretesa di correttezza [di verità] [...] non diviene illusoria per il fatto che la persona che avanza la giustificazione soggettivamente persegue soltanto i suoi interessi»⁴¹. Ora, è senza dubbio difficile stabilire quando qualcuno, fingendo di argomentare, faccia in realtà un uso strategico dell'argomentazione. Habermas suggerisce che la coerenza del comportamento sia la sola spia efficace dell'insincerità⁴². Sulla stessa linea, Elster, a proposito dei partecipanti a un discorso, dice: «un partecipante [...] che mostri di scegliere gli argomenti [...] come le portate al ristorante, scartando tutti quelli che vanno contro di lui, sarà facilmente considerato insincero»⁴³. Io credo che, pur potendosi raramente distinguere con certezza le argomentazioni volte a persuadere da quelle volte a convincere, la ricerca sociologica ci indichi con buona approssimazione i contesti del discorso in cui si ha tipicamente l'uso strategico dell'argomentazione. In particolare, quanto più assume legittimità una spiegazione secondo cui in un certo contesto le argomentazioni sono avanzate per conseguire scopi generalmente non menzionati dai parlanti, tanto più è plausibile che in quel contesto si abbia un uso strategico dell'argomentazione⁴⁴.

⁴¹. R. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*, cit., p. 265.

⁴². Su questo punto, vedi la nota 16 del presente saggio.

⁴³. J. ELSTER, op. cit., p. 62.

Ad ogni modo, la difficoltà di individuare i casi in cui qualcuno faccia un uso strategico dell'argomentazione a mio modo di vedere non rende meno plausibile la seguente conclusione: *chi fa uso strategico dell'argomentazione, finge di avanzare una pretesa di verità, ma non l'avanza effettivamente*. Infatti, la pretesa di verità consiste nella pretesa che si dia il consenso razionale universale su un certo enunciato, e l'uso strategico dell'argomentazione è inconsistente con una tale pretesa.

5. *La giustificazione convincente*

Il requisito della sincerità, e più generalmente della trasparenza, è in relazione con il requisito dell'imparzialità, che svolge un ruolo fondamentale in gran parte delle concezioni classiche e moderne del discorso razionale⁴⁵. Essere imparziali significa porre tutte le ragioni su uno stesso piano, per valutarle in base alla loro «forza» e non al fatto contingente che siano state avanzate da uno o da un altro individuo, e dunque senza preconcettualmente privilegiarne alcune per il solo fatto che sono le «nostre» ragioni. L'imparzialità richiede dunque che tutte le «nostre» ragioni, comprese le «nostre» ragioni per agire, siano sottoposte a un pubblico dibattito, perché un confronto tra tutte le ragioni si renda possibile⁴⁶. Pertanto, l'imparzialità è incompatibile con l'insincerità, che nella dimensione pratica comporta l'agire tenendo nascosti i propri fini, ossia le proprie ragioni per agire.

A partire dal concetto di imparzialità può essere introdotta anche la distinzione tra *mera giustificazione e giustificazione convincente*, di cui tratterò in questo paragrafo. Questa distinzione, che a mio modo di vedere è piuttosto

⁴⁴ Dei contesti in cui il discorso assume plausibilmente carattere strategico, tratto nel successivo paragrafo sesto.

⁴⁵ Sull'imparzialità (od oggettività) quale requisito fondamentale della razionalità, nella concezione classica di questo concetto, vedi S. NATHANSON, *The Ideal of Rationality*, Atlantic Highlands, Nj, Humanities Press, 1985, pp. 7 — 9.

⁴⁶ Il requisito dell'imparzialità è in stretta relazione con quello dell'universalità delle ragioni (per la rilevanza di quest'ultimo requisito nelle concezioni della razionalità, vedi H.I. BROWN, *Rationality*, London, Routledge, 1988, pp. 5 — 14). Non posso qui soffermarmi sul concetto di universalità, la cui rilevanza nel ragionamento pratico è stata messa in luce in molti studi recenti, tra i quali si deve almeno ricordare R.M. HARE, *Libertà e ragione* (1963), Milano, il Saggiatore, 1971, e M.G. SINGER, *Generalization in Ethics*, New York, Knopf, 1961.

sto importante, è trascurata da Alexy, il quale assume semplicemente che una pretesa di verità, per essere tale, debba essere accompagnata da una giustificazione.

E però noto che ‘giustificazione’ può avere significati diversi, potendo tra l’altro indicare un qualunque discorso con cui qualcuno pretenda di fondare una tesi, oppure un discorso che sia effettivamente in grado di fondare una tesi⁴⁷. Da questa considerazione siamo indotti a sollevare un problema: si deve ritenere che per aversi una pretesa di verità sia sufficiente un qualunque discorso che il parlante presenti come una giustificazione, anche se poi, poniamo, esso esprima tesi incompatibili o adduca quali ragioni fatti o principi che (virtualmente) nessun individuo razionale sarebbe disposto ad accettare? o è invece necessario un discorso che appaia in grado di fondare effettivamente la tesi su cui verte?

Se vogliamo chiamare ‘giustificazione’ qualsiasi discorso con cui il parlante pretenda di fondare una tesi, allora sarà bene distinguere il discorso effettivamente in grado di fondare una tesi chiamandolo ‘giustificazione convincente’.

Si può assumere che l’imparzialità richieda l’elaborazione di giustificazioni convincenti. Infatti, se si pongono tutte le ragioni sullo stesso piano, senza tener conto di chi le abbia immesse nel discorso, nessuna di esse potrà essere trascurata nel momento in cui si adottino tesi teoriche o pratiche. *L'imparzialità rende cioè necessario che per adottare una tesi, per assumerne la verità, si sia in grado di mostrarne la fondatezza nel contesto di tutte le ragioni avanzate nel discorso.*

Ciò implica che non si può ritenere vera una tesi se non si è trovata una risposta a tutte le ragioni che inducono a ritenerla falsa, ossia a tutte le obiezioni e alle critiche relative ad essa⁴⁸. Inoltre, le risposte a tali obiezioni e critiche devono essere basate su ragioni condivise da tutti i partecipanti al discorso⁴⁹, poiché non si può ritenere di aver risposto a tutte le obiezioni e a tutte le critiche adducendo ragioni che sono a loro volta oggetto di obiezioni e di critiche.

^{47.} Cfr. R. GUASTINI, «Produzione di norme a mezzo di norme», in L. GIANFORMAGGIO, E. LECALDANO (a cura di), *Etica e diritto*, Bari, Laterza, 1986, pp. 173 — 201, alle pp. 173 — 174.

^{48.} Per questo requisito dell’argomentazione, cfr. A.I. GOLDMAN, «Argumentation and Social Epistemology», *The Journal of Philosophy*, 91, 1994, pp. 27 — 49, alle pp. 41 — 43.

Un discorso che risponde a tutte le obiezioni e a tutte le critiche concernenti una determinata tesi, e che inoltre elimina ogni ragionevole dubbio sulla verità di essa, è una giustificazione convincente. Solo una giustificazione convincente legittima colui che la elabora ad assumere la verità della tesi che ha ad oggetto, e solo una giustificazione convincente può essere onestamente (sinceramente) avanzata con la pretesa che tutti gli individui razionali assumano la verità di questa tesi. *Una pretesa di verità deve dunque essere accompagnata da una giustificazione convincente.*

Non è qui possibile dilungarsi sui requisiti di una giustificazione convincente⁵⁰, ma è almeno necessario chiedersi se la distinzione tra mera giustificazione e giustificazione convincente debba essere fatta dal punto di vista dei partecipanti al discorso o dal punto di vista di colui che elabora e avanza la giustificazione.

Dal punto di vista dei partecipanti al discorso, una giustificazione può essere detta ‘convincente’ solo quando è effettivamente in grado di convincere, ossia quando è effettivamente in grado di far accettare a tutti gli individui razionali la tesi che essa ha ad oggetto. Da questo punto di vista, abbiamo quindi la garanzia che una giustificazione sia convincente solo una volta che essa abbia effettivamente determinato l’accettazione della tesi che ha ad oggetto. Questo criterio può pertanto essere applicato con un certo grado di certezza, ma è evidentemente troppo restrittivo e ha il difetto di poter essere usato solo *a posteriori*, quando una giustificazione sia già stata accettata.

Inoltre, si deve considerare che stiamo qui trattando della giustificazione convincente quale requisito della pretesa di verità, cioè della pretesa che un enunciato sia accettato. Assumere che una giustificazione sia convincente solo se effettivamente in grado di determinare l’accettazione di una tesi,

^{49.} Seguendo una terminologia diffusa, si può altrimenti dire che le premesse della giustificazione devono essere «accettabili». Per un chiarimento di questo requisito, vedi J.A. BLAIR, R.H. JOHNSON, «Argumentation as Dialectical», *Argumentation*, 1, 1987, pp. 41 — 56, alle pp. 48 — 53.

^{50.} Posso solo accennare che, in generale, la mia idea di giustificazione convincente può accordarsi con il modello di argomento cogente del «deduttivismo metodologico» (secondo una classificazione dei modelli di argomento cogente presentata da T. COVIER, «What Is a Good Argument?», *Metaphilosophy*, 23, 1992, pp. 393 — 409). Secondo il modello del deduttivismo metodologico: «An argument is cogent if and only if: (1) its premises (explicit and implicit) are acceptable to the audience to whom the argument is addressed; and (2) its explicit premises, when properly supplemented by implicit premises, deductively entail its conclusion» (T. COVIER, op. cit., p. 393).

implicherebbe dunque l'assunzione che si abbia una pretesa di verità solo quando una tesi sia effettivamente accettata, e ciò è chiaramente assurdo. Pertanto, risulta preferibile distinguere mere giustificazioni da giustificazioni convincenti dal punto di vista di colui che elabora e avanza la giustificazione.

In quest'ottica, si deve assumere che si abbia una pretesa di verità solo ove un'asserzione sia accompagnata da una giustificazione che il parlante ritiene in buona fede convincente.

A questo punto, si pongono però alcuni problemi non trascurabili: come si può essere certi della buona fede di chi avanza una giustificazione? se ci si vincola alla definizione secondo cui una giustificazione è convincente ove sia in buona fede ritenuta tale da colui che la avanza, non dovremmo poi considerare giustificazioni convincenti anche discorsi incoerenti, o che a fondamento di una certa conclusione presentano premesse inaccettabili alla gran parte degli individui, che tuttavia siano ritenute in buona fede convincenti da coloro che le hanno elaborate? infine, dato che siamo esseri imperfetti, cui è dato di accedere a una quantità ristretta di informazioni e cui sono concesse solo limitate capacità di riflessione e di elaborazione, come può qualcuno pretendere in buona fede di avanzare una giustificazione convincente, che prenda in considerazione tutti i dubbi, le obiezioni e le critiche relative alla tesi che ha ad oggetto?

Purtroppo, non posso qui neanche tentare di fornire una risposta soddisfacente a tutte queste domande, e mi limiterò dunque a poche considerazioni generali. Per quanto riguarda la prima domanda, si deve notare che essa ribadisce un problema sorto già nel paragrafo precedente: come si può essere certi della sincerità del parlante? Anche qui la risposta è che non c'è alcun preciso criterio disponibile; però, si può supporre che la giustificazione stessa fornisca alcuni indizi per stabilire se colui che la avanza abbia davvero inteso elaborare una giustificazione convincente.

Ad esempio, il fatto che una giustificazione contenga tesi incompatibili costituisce un indizio che essa è stata elaborata senza una onesta intenzione di produrre una giustificazione convincente. Infatti, non è possibile ritenere in buona fede che la propria giustificazione sia convincente, se viola quelle che sono ritenute regole della razionalità da tutti gli individui (o dalla grandissima parte di essi). Un analogo indizio è costituito dall'essere la giustificazione fondata su ragioni inaccettabili per la maggior parte degli individui. Un altro, dal fatto che la giustificazione non tenti neppure di controbattere le critiche più frequentemente rivolte alla tesi che essa inten-

de fondare. In definitiva, gli indizi del fatto che colui che ha avanzato una giustificazione non abbia in buona fede cercato di elaborare una giustificazione convincente, consistono nell'essere quella giustificazione non convincente.

Ciò non comporta però che il criterio per individuare una giustificazione convincente sia quello, sopra considerato, dell'effettiva accettazione, sulla base di essa, della tesi che essa ha ad oggetto, da parte di tutti gli individui razionali. Infatti, il giudizio di cui qui si tratta è relativo alla buona fede di colui che avanza la giustificazione, e la giustificazione avanzata viene presa in esame solo ai fini di tale giudizio. Ne consegue che si valuterà una qualche sfuggente qualità della giustificazione, quali la sua «serietà», la sua «accettabilità», la sua «bontà», la sua capacità di costituire un ostacolo impegnativo per chi intenda fondare una tesi contrastante con quella che essa fonda.

Questo giudizio, dunque, non può che essere incerto, e frequentemente controverso. Tanto più che, per la complessità che in genere il discorso assume nei dibattiti teorici e pratici, per l'impossibilità di conoscere tutte le pretese discorsive dei parlanti, per l'incapacità di elaborare giustificazioni che rispondano a una quantità esorbitante di obiezioni e di critiche, è probabile che la gran parte delle giustificazioni effettivamente avanzate abbiano dei punti deboli, presto posti in evidenza dagli altri partecipanti al discorso. Si può tuttavia ritenere che gli esperti di una certa disciplina, e più precisamente di un certo tema di discussione, delle tesi avanzate dai partecipanti a questa discussione, delle obiezioni e delle critiche poste a tali tesi, emettano giudizi sull'«accettabilità» delle giustificazioni, e che questi, se pur non unanimi, siano in genere sufficientemente concordi.

6. Le istituzioni orientate alla verità e le istituzioni orientate alla decisione

L'ultima distinzione che mi sono proposto di chiarire è quella tra *istituzioni orientate alla verità e istituzioni orientate alla decisione*.

Fin qui abbiamo riflettuto sui requisiti della pretesa di verità vista come un atto linguistico isolato da un contesto; ma bisogna anche tener conto del fatto che nella teoria di Habermas la ricerca della verità assume la dimensione di un'impresa cooperativa, che si svolge con la partecipazione di tutti gli esseri razionali. Una tale impresa diviene pienamente possibile solo nella situazione linguistica ideale, che è umanamente irrealizzabile, ma di

cui possono trovarsi modeste e imperfette attualizzazioni nella nostra realtà sociale. Queste sono contraddistinte dalle regole universal — pragmatiche, che vi sono vigenti, ma non — a differenza di quanto accade nella situazione linguistica ideale — pienamente efficaci.

Queste imperfette comunità della comunicazione, forme attenuate della comunità ideale, sono rette da un insieme di regole procedurali (le regole universal — pragmatiche), e possono pertanto essere considerate istituzioni. Poiché in esse i partecipanti al discorso elevano pretese di verità e cooperano per il conseguimento della verità, le chiamerò 'istituzioni orientate alla verità'.

Quali istituzioni orientate alla verità si possono menzionare la comunità degli scienziati per quanto riguarda le questioni teoriche e la comunità dei filosofi della morale per quanto riguarda le questioni pratiche. Il carattere istituzionale di queste comunità è assai ridotto, essendo determinato dalle sole regole universal — pragmatiche; ma è comunque possibile che in esse siano talvolta rese vigenti anche insiemi di regole più complesse, dirette a regolarizzare il discorso in una situazione di scarsità di risorse quali il tempo e la capacità di attenzione.

Poiché, come abbiamo visto nel quarto paragrafo, il discorso può essere usato non solo per avanzare pretese di verità, ma anche strategicamente, ossia come strumento per perseguire i propri scopi privati (comandando, negoziando, persuadendo, suggestionando, ecc.), si può supporre che una istituzione orientata alla verità sorga soltanto ove l'interesse alla verità sia maggiore dell'interesse al conseguimento degli scopi individuali.

In una tale istituzione tutti gli individui hanno libero accesso al discorso, sono generalmente sinceri, credendo essi stessi in ciò che asseriscono, e avanzano giustificazioni convincenti a sostegno delle proprie pretese di verità. A questo proposito, si deve notare che in una istituzione orientata alla verità è assolutamente necessario avanzare giustificazioni convincenti, se si vuole ottenere l'accettazione degli enunciati di cui si pretende la verità. Infatti, la forza delle ragioni è la sola forza che qui abbia riconoscimento.

Queste istituzioni costituiscono dunque una prefigurazione della situazione linguistica ideale, che continua tuttavia ad essere l'orizzonte irraggiungibile che si prospetta a chiunque avanzi una pretesa di verità. Ora, si deve notare che la situazione linguistica ideale è irrealizzabile non solo per la limitatezza della vita e delle capacità psicologiche umane, ma anche perché non è in grado di soddisfare alcune esigenze della vita umana. Questa stessa incapacità di soddisfare alcune esigenze umane può riscontrarsi nelle

imperfette prefigurazioni della situazione linguistica ideale realizzabili nel nostro mondo sociale.

Si deve infatti osservare che nelle istituzioni orientate alla verità non sono posti limiti al discorso, non solo nel senso che non v'è alcuna regola che vieti di avanzare determinati argomenti o ragioni, o che escluda determinati individui dal discorso, o che ponga limiti al protrarsi nel tempo del discorso, ma anche nel senso che la trattazione di ogni tema del discorso non può ritenersi conclusa in nessun momento, data la dimensione puramente ideale dell'accordo razionale universale. Per questa ragione, *la comunità della comunicazione è il regno dell'incertezza*: in essa non è infatti mai possibile asserire con certezza quali enunciati siano veri (e quali falsi).

Se poi il discorso veste su questioni pratiche, la comunità della comunicazione è anche il regno dell'ineffettività. Infatti, poiché in nessun momento ci può essere certezza sulla verità (o sulla falsità) di un enunciato normativo, non c'è alcuna norma che possa essere considerata certamente valida, e dunque essere fatta legittimamente valere. In questa situazione, il passaggio dal discorso all'azione risulta impossibile.

Quindi, in una realtà non ideale, temporale, di individui non disincarnati, almeno per quanto concerne le questioni pratiche, sono necessarie istituzioni differenti da quelle orientate alla verità, che permettano di giungere a una decisione sulla validità delle norme. Queste istituzioni, per il loro carattere, possono essere chiamate 'istituzioni orientate alla decisione'.

Un'istituzione orientata alla decisione è costituita fondamentalmente da regole che attribuiscono il potere di prendere decisioni a singoli individui o a insiemi di individui e, nel caso in cui il potere sia attribuito a un insieme di individui, da regole procedurali che stabiliscono come prendere una decisione quando ci sia disaccordo sul suo contenuto. La regola di maggioranza in democrazia è una regola di questo tipo. Le decisioni prese dagli individui provvisti di potere in accordo alle corrette procedure sono decisioni valide nell'istituzione.

Un'istituzione orientata alla decisione non esclude necessariamente il discorso, ma lo limita comunque in modo da rendere possibile il passaggio dal discorso all'azione. Lo scopo di una tale istituzione è infatti che almeno le norme indispensabili per una pacifica convivenza siano rese effettive⁵¹. Le norme sono rese ef-

⁵¹. Alla base di questa esigenza c'è il bisogno della pace sociale, che consegue dall'effettività delle norme. Questa tradizionale idea della funzione fondamentale dell'ordinamento giuridico, si trova anche in H. KELSEN, op. cit., pp. 49 — 52.

fettive per mezzo di decisioni istituzionali valide, e sono dette ‘valide’ nell’istituzione.

Da tutto ciò non segue che sia impossibile avanzare pretese di verità in un’istituzione orientata alla decisione. Può infatti accadere che tali pretese vengano effettivamente avanzate; tuttavia, esse resteranno plausibilmente isolate, incapaci di caratterizzare un gioco impostato sulla base di regole diverse da quelle che costituiscono le istituzioni orientate alla verità. Le regole costitutive le istituzioni orientate alla decisione, infatti, reagiscono sui generi del discorso che si sviluppano in tali istituzioni.

7. Verità e discorso nel diritto: il caso dell’interpretazione giudiziale

Le istituzioni orientate alla decisione comprendono gli ordinamenti giuridici, che possono considerarsi casi paradigmatici di questo genere di istituzioni. Questa asserzione, una volta accettata la distinzione da me proposta tra istituzioni orientate alla verità e istituzioni orientate alla decisione, non può essere rifiutata.

Si potrebbe tuttavia ugualmente supporre che il discorso prevalente all’interno degli ordinamenti giuridici sia dello stesso genere di quello che caratterizza le istituzioni orientate alla verità. In particolare, potrebbe sembrare che gli ordinamenti giuridici democratici, o comunque gli ordinamenti giuridici che permettono e garantiscono il discorso (cioè, il confronto delle opinioni sia nella fase di elaborazione delle decisioni, sia in sede di commento e di critica delle stesse), costituiscano quanto meno forme impure di istituzione orientata alla decisione, inglobando significativamente aspetti delle istituzioni orientate alla verità.

Che gli ordinamenti democratici siano qualitativamente diversi dagli ordinamenti autocratici (e, da un punto di vista morale, migliori di questi) è indubbio. Tuttavia, resta il fatto che la decisione costituisce l’elemento caratterizzante di ogni ordinamento giuridico, compresi gli ordinamenti giuridici democratici. Questa è la ragione principale per cui essi non possono essere considerati forme mediane, o anfibe, di istituzione⁵². Inoltre, si

⁵². Questa è, a grandi linee, la concezione dell’ordinamento giuridico come sistema dinamico, avanzata da H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, cit., pp. 217 — 243 (una approfondita e stimolante discussione sui concetti kelseniani di sistema non — nativo statico e sistema normativo dinamico, si trova in L. GIANFORMAGGIO (a cura di), *Sistemi normativi statici e dinamici. Analisi di una tipologia kelseniana*, Torino, Ciappichelli, 1991).

deve notare che plausibilmente quelle stesse regole che rendono possibile la decisione cioè, fondamentalmente, le regole attributive di potere — *re-agiscono sul discorso che si svolge all'interno dell'istituzione giuridica*, sia o non sia democratica la sua forma di governo, *rendendo sporadiche e poco rilevanti, anche se non impossibili, le pretese di verità effettivamente avanzate*.

Ciò può essere mostrato considerando tre aspetti fondamentali degli ordinamenti giuridici (o, almeno, degli ordinamenti giuridici non primitivi) quali istituzioni orientate alla decisione: essi prevedono una decisione entro un tempo determinato; essi attribuiscono il potere di prendere le decisioni (o, almeno, la gran parte delle decisioni) a individui o a gruppi ristretti (gli organi); essi distribuiscono asimmetricamente il potere (sia attribuendolo ad alcuni e non ad altri individui, sia assegnando competenze diverse agli organi, sia ponendo alcuni organi su un livello gerarchicamente inferiore rispetto ad altri).

Il primo aspetto da considerare è dunque il seguente: negli ordinamenti giuridici devono essere prese decisioni. Ora, se una decisione deve essere presa da un insieme di individui, per approvazione all'unanimità o secondo una qualche regola di maggioranza, si avrà certamente un dibattito, che sarà tanto più ricco di contenuti nel caso in cui ci sia un disaccordo iniziale sulla decisione da prendere. È però plausibile che in questo dibattito prevalga l'uso strategico del discorso, poiché per il semplice fatto che una decisione deve essere presa, i diversi individui cercheranno con ogni mezzo discorsivo di far approvare quella che essi reputano la migliore, o almeno la migliore tra le decisioni possibili, data la divergenza di opinioni.

Ci sono fondamentalmente due modi di usare strategicamente il discorso: la negoziazione e l'uso strategico dell'argomentazione, e plausibilmente entrambi saranno adottati in una situazione di questo genere⁵³. La negoziazione è diretta al conseguimento di un accordo tra gli individui, tale che ciascuno sacrifichi solo in parte i suoi interessi o le sue convinzioni. Negoziando si riconosce l'impossibilità di giungere alla decisione che meglio soddisfa i propri interessi o le proprie convinzioni, e ci si dispone a sacrificarne una parte per non doverla sacrificare del tutto. L'uso strategico dell'argomentazione, come abbiamo visto nel quarto paragrafo, è invece diretto alla persuasione. Chi fa uso strategico dell'argomentazione cerca di

⁵³. Vedi a questo proposito la ricerca sull'uso della negoziazione e sull'uso strategico dell'argomentazione nei dibattiti per l'elaborazione della Costituzione americana e della Costituzione francese del 1791, compiuta da J. ELSTER, *Argomentare e negoziare*, cit.

mostrare che una certa decisione (quella che egli preferisce) è migliore delle altre, in quanto più coerente con fatti, teorie, norme e principi morali veri; ma i fatti, le teorie, le non — ne e i principi morali cui questi si appella non sono quelli che ritiene effettivamente veri, ma quelli che ritiene più idonei a persuadere coloro cui si rivolge.

Questo per quanto riguarda il dibattito nella fase di elaborazione delle decisioni. Una diversa considerazione può farsi relativamente al discorso con. cui un organo autorizzato a prendere una decisione può eventualmente giustificarla di fronte agli altri individui che sono parte dell'istituzione. In proposito, c'è un aspetto che merita attenzione: coloro che riconoscono l'istituzione accettano le regole istituzionali attributive di potere e riconoscono quindi che quel dato organo è competente a prendere quella data decisione. Ciò comporta che il riconoscimento della validità di una decisione presa da un organo autorizzato è indipendente, in una certa misura, dagli argomenti con cui essa è o potrebbe essere giustificata⁵⁴. La convinzione non è quindi condizione necessaria dell'accettazione delle decisioni valide in accordo alle regole istituzionali attributive di potere, ed è pertanto verosimile che gli organi che per qualche disposizione istituzionale debbano argomentare a favore delle loro decisioni, raramente cercheranno di elaborare giustificazioni convincenti (secondo la caratterizzazione datane nel quinto paragrafo).

La distribuzione asimmetrica del potere, infine, rende probabile l'uso strategico dell'argomentazione, da parte di individui non provvisti di potere o da parte di organi non competenti a prendere una deten — ninata decisione, al fine di influenzare un organo autorizzato a decidere.

Una soddisfacente indagine sui generi del discorso prevalenti nell'istituzione giuridica dovrebbe ovviamente andare al di là di questi rapidi cenni. Spero tuttavia che queste pagine, in cui non è possibile soffermarsi a indi-

⁵⁴. L'accettazione delle decisioni giuridiche consegue dunque dall'accettazione delle regole attributive di potere, che, a sua volta, è detenninata dalla credenza nella legittimità dell'ordinamento giuridico. Ciò non toglie però che il contenuto delle norme prodotte dagli organi autorizzati, se considerato fortemente ingiusto, possa comportare una delegittimazione, dal punto dei vista dei destinatari delle norme, dell'ordinamento nel suo complesso. L'analisi che svolgo dovrebbe dunque essere più accurata di quanto mi sia qui consentito; ritengo però che una maggiore accuratezza potrebbe rendere più dettagliato e complesso il quadro fenomenologico e concettuale presentato, ma non modificare nella loro sostanza le mie conclusioni.

care chiari esempi di discorso giuridico strategico, richiamino almeno alla mente fenomeni noti a chi si occupa di diritto.

Adesso è il momento di tornare alla questione dell'interpretazione giudiziale, per mostrare come alcune delle considerazioni svolte per il discorso giuridico in generale valgano anche a proposito del discorso con cui i giudici fondano le loro tesi interpretative. La mia tesi al riguardo è che *le giustificazioni interpretative dei giudici non sono in generale da reputare convincenti, e possono essere viste come un esempio dell'uso strategico dell'argomentazione*. Se questa conclusione potrà ritenersi ragionevole, allora si avrà — credo — una buona ragione per non accettare la tesi di Alexy, secondo cui i giudici, per il mero fatto di giustificare le loro decisioni, elevano pretese di verità.

Nel primo paragrafo ho mostrato come il ragionamento interpretativo sia parte del ragionamento sulla validità delle norme. Si può adesso aggiungere che si tratta della parte più problematico e controversa di questo ragionamento. Infatti, le regole sulle fonti permettono generalmente di stabilire con un buon grado di certezza quali siano i documenti giuridici normativi contenenti le norme da applicare⁵⁵. Le regole sull'interpretazione giuridica sono invece indeterminate e la loro applicazione può produrre risultati incompatibili; esse non forniscono pertanto criteri precisi ed univoci per determinare quali norme siano contenute nei documenti giuridici normativi.

Può quindi facilmente accadere (e frequentemente accade) che ci siano controversie interpretative, cioè relative alle norme contenute in un documento normativo, e che esse siano dovute all'applicazione da parte di interpreti diversi di regole sull'interpretazione differenti (ad esempio, la regola che prescrive di attribuire ai testi normativi il significato che meglio si accorda con l'intenzione del legislatore e la regola che prescrive di attenersi al significato letterale dei termini). Il fenomeno è così noto che non è necessario fornire un qualche esempio.

Ora, se dall'applicazione di differenti regole sull'interpretazione possono derivare controversie interpretative, si deve assumere che una giustifi-

⁵⁵. Trascuro qui la distinzione, pur non ritenendola irrilevante, tra «validità» e «obbligatorietà» delle norme, secondo cui una norma è valida «se, e solo se, è stata dettata da un'autorità competente», ed è obbligatoria «se, e solo se, le autorità incaricate della sua applicazione hanno il dovere (prescritto da altra norma) di applicarla. In particolare, una norma generale è obbligatoria quando i giudici hanno il dovere di applicarla». (E. BULYGIN, «Sentenza giudiziaria e creazione di diritto», *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 44, 1967, pp. 164 — 180, alle pp. 173 — 174).

cazione convincente di un enunciato interpretativo debba almeno cercare di mostrare che la regola interpretativa applicata è da preferirsi alle altre, o in generale o almeno nel caso particolare del testo in oggetto⁵⁶.

Questa caratterizzazione della giustificazione interpretativa convincente segue dalla definizione della giustificazione convincente che ho proposto nel quarto paragrafo. In quel paragrafo, infatti, ho assunto che una tesi non possa ritenersi fondata finché permangono dubbi, obiezioni e critiche relative ad essa, e che una giustificazione sia convincente solo se in grado di fondare effettivamente una tesi, e dunque di eliminare tutti i dubbi e di rispondere a tutte le obiezioni e alle critiche relative ad essa, sulla base di ragioni accettabili. Da questa assunzione segue che non può ritenersi convincente una giustificazione di un enunciato interpretativo, se questa neppure cerca di eliminare i dubbi relativi alla verità dell'enunciato giustificato, determinati dal fatto che altri enunciati interpretativi risultano corretti in base all'applicazione di regole interpretative diverse da quella applicata da chi giustifica.

Una giustificazione interpretativa convincente dovrebbe pertanto giustificare la preferenza accordata a una regola interpretativa invece che ad un'altra. A grandi linee, un tal genere di giustificazione dovrebbe mostrare che una certa regola interpretativa è da preferire in quanto tramite la sua applicazione possono essere ricavate dal testo normativo in oggetto o da tutti i testi giuridici non — nativi norme che, dato il loro contenuto e i risultati della loro applicazione, permettono di soddisfare valori giuridici rilevanti (la certezza o la giustizia del diritto) meglio delle norme che possono ricavarsi tramite l'applicazione delle altre regole interpretative.

Ora, chi ha qualche esperienza delle giustificazioni interpretative giudiziali sa che i giudici generalmente giustificano le loro tesi interpretative mostrandone la correttezza sulla base di ragioni valide secondo una qualche regola interpretativa, ma non giustificano la preferenza accordata alla regola interpretativa applicata. Se poi accade che l'applicazione di regole interpretative diverse dia effettivamente luogo a una controversia interpretativa, in genere le giustificazioni interpretative in cui si sostanzia la controversia costituiscono una sorta di dialogo tra sordi, poiché le parti della controversia ribadiscono le ragioni già espresse a sostegno delle loro

⁵⁶. Per questo modello del ragionamento giuridico interpretativo, cfr. J. WRÓBLEWSKI, «Il ragionamento giuridico nell'interpretazione del diritto» (1969), in P. COMANDUCCI e R. GUASTINI (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico Vol. II*, Torino, Giappichelli, 1989, pp. 267 — 302.

tesi, oppure ne accumulano altre, senza però mai toccare il nodo del contrasto, ossia la questione di quale regola interpretativa sia da preferire (o di quali regole interpretative siano da preferire) e perché. Se si riconosce la veridicità di queste constatazioni, si deve concludere che *i giudici non avanzano generalmente giustificazioni convincenti a fondamento dei loro enunciati interpretativi*.

Queste constatazioni, poi, permettono di sostenere non solo che le giustificazioni interpretative giudiziali non sono generalmente convincenti, ma anche che esse, almeno nei casi in cui non sono convincenti, *costituiscono un esempio di discorso strategico*. Infatti, è plausibile che la scelta del giudice di una regola interpretativa invece di un'altra sia dovuta a una sua consapevole predilezione, che può essere o indipendente dai risultati che seguono all'applicazione di quella regola, o determinata dal contenuto delle norme che possono essere ricavate dai testi giuridici normativi tramite l'applicazione di quella regola. Alla base di questa preferenza possono esserci le ragioni più varie: valori giuridici o morali, finalità politiche o, nel peggiore dei casi, interessi personali. Ad ogni modo, qualunque sia la ragione che motiva la scelta di una regola interpretativa, ove questa ragione non venga espressa nel discorso giustificativo, si deve assumere che tale discorso abbia carattere strategico. Per suo tramite, infatti, il giudice intende far accettare una certa tesi interpretativa (e dunque una certa norma, valida in quanto contenuta in un testo giuridico normativo), nascondendo però alcune delle ragioni fondamentali per cui egli stesso adotta quella tesi; queste ragioni consistono in valori o scopi che, non essendo resi pubblici, restano privati del giudice (anche se non necessariamente egoistici). In conclusione, dunque, si può asserire che la giustificazione giudiziale è volta alla persuasione, cercando di indurre all'accettazione di una tesi idonea al conseguimento di scopi non dichiarati.

Poiché nella gran parte dei casi si può supporre che la preferenza per una regola interpretativa invece che per un'altra non sia determinata da ragioni egoistiche, ci si deve chiedere perché queste ragioni non siano espresse nella giustificazione interpretativa. Ci sono varie spiegazioni plausibili di questa mancanza di trasparenza. Ad esempio, è presumibile che nessun giudice desideri vincolarsi troppo strettamente nella sua attività interpretativa, come accadrebbe se esprimesse una preferenza giustificata per una particolare regola interpretativa (può infatti accadere che si presenti poi un caso in cui l'applicazione di una diversa regola interpretativa sia più idonea a garantire valori giuridici rilevanti, quali la certezza del diritto o la giustizia); che la giustificazione della preferenza accordata a una regola interpre-

tativa non eliminerebbe né risolverebbe le controversie interpretative, poiché anche la preferenza per altre regole interpretative potrebbe plausibilmente essere giustificata; che giustificando la preferenza per una regola interpretativa apparirebbe più evidente il carattere creativo dell'attività giudiziale.

Comunque sia, anche se ci sono ragioni che motivano l'assenza dal discorso giustificativo giudiziale della giustificazione della preferenza per la una regola interpretativa applicata, si deve notare che queste ragioni non sono di per sé sufficienti a spiegare perché i giudici non avanzino in genere giustificazioni convincenti, cioè volte a eliminare ogni dubbio relativo alla verità degli enunciati interpretativi. La sola spiegazione in proposito è infatti che non è necessario eliminare ogni dubbio relativo alla verità degli enunciati interpretativi giudiziali perché questi siano accettati, le decisioni dei giudici essendo comunque accettate, in quanto valide conformemente alle regole attributive di potere dell'ordinamento giuridico.

Ci sarebbe ancora molte osservazioni da fare sulle strategie del discorso in sede di dibattito sull'interpretazione giudiziale e di giustificazione degli enunciati interpretativi giudiziali. L'indagine, che qui è stata appena abbozzata, deve essere approfondita. Spero comunque che quanto ho esposto sia sufficiente a mostrare che le giustificazioni interpretative giudiziali non sono generalmente convincenti e costituiscono esempi di uso strategico del discorso, e che pertanto gli enunciati interpretativi giudiziali non possono ritenersi oggetto di pretese di verità.