

ESPLORAZIONI NEL MONDO DELLE REGOLE

di Riccardo Guastini

Paul Amselek, uno dei più eminenti filosofi del diritto francesi, pubblica oggi un compendio del suo pensiero giusfilosofico con il titolo suggestivo: *Cheminements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général*¹.

È un'opera vasta (oltre seicento pagine), affascinante, e coinvolgente. Nel volume si susseguono e si intrecciano tre «itinerari» di ricerca: sull'ontologia del diritto, sugli atti di linguaggio, sull'interpretazione.

Esporne e analizzarne anche solo le linee principali richiederebbe un lungo saggio. Mi limiterò a ricostruire e discutere (in modo alquanto sommario e rapsodico) soltanto alcune questioni di ontologia delle norme e di teoria dell'interpretazione. Ometto gli elogi: mi pare più interessante discutere i disaccordi che sottolineare gli accordi.

1. *Questioni di ontologia delle norme*

(i) Secondo Amselek, le regole o norme – i due termini sono sinonimi e intercambiabili (346) – sono «strumenti», ossia artefatti umani (59). Ciò è quanto dire che non si danno norme in natura, come vorrebbero i giusnaturalisti (72). Riecheggiando Hobbes: «auctoritas [non veritas] facit legem» (323).

Come si vede, il pensiero di Amselek è strettamente giuspositivistico e non-cognitivistico: le norme sono frutto non di conoscenza, ma di decisione; nascono cioè dalle «scelte arbitrarie degli uomini che le hanno create» (214; ma vedi anche 106 ss., 120, 146, 196 s.). Non si può che condividere.

Desta dunque una certa sorpresa la sua critica del positivismo giuridico, specie nella versione kelseniana (201 ss.), il quale avrebbe il torto – non di negare esistenza al cosiddetto «diritto naturale», ma – di circoscrivere l'oggetto della scienza giuridica alle sole norme effettive, effettivamente osservate e/o applicate. Ciò che non corrisponde in alcun modo alla pratica corrente dei giuristi (201).

¹ P. Amselek, *Cheminements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général*, Paris, Armand Colin, 2012. Nel testo mi riferisco a questo volume con la semplice indicazione tra parentesi del numero di pagina.

A onor del vero, questa ricostruzione «realistica» del positivismo kelseniano pare una forzatura. È pur vero che, per Hans Kelsen (ma, direi, per chiunque), non sarebbe sensato che i giuristi si dedicassero allo studio di ordinamenti totalmente ineffettivi; è anche vero che, per Kelsen, la desuetudine (i.e. la ineffettività generalizzata e prolungata) ha effetti abrogativi. Ma per Kelsen e per il giuspositivismo in genere sono oggetto di scienza giuridica (tutte) le norme positive, i.e. «poste» (promulgate) e non abrogate, non le (sole) norme effettive.

D'altra parte, Kelsen (come Alf Ross, d'altronde), quando parla di scienza giuridica, non si riferisce alla «dogmatica», alla pratica corrente dei giuristi – interpretazione e manipolazione dei testi normativi – la quale, osserva giustamente Amselek, non ha niente di scientifico in senso proprio (567). Kelsen si riferisce invece ad un modello prescrittivo di identificazione e descrizione *wertfrei* del «diritto vigente». Ora, come può l'identificazione del diritto vigente prescindere completamente dalla osservanza e dall'applicazione? Non sarebbe plausibile descrivere come «diritto vigente» una norma prevedibilmente destinata all'inosservanza e alla disapplicazione.

(ii) Le norme – in particolare le norme giuridiche – nascono da atti linguistici intenzionali di prescrizione (73, 325). Più precisamente, la «normatività» si colloca al livello della «illocuzione» (328). Essa è dunque una nozione non sintattica – le forme imperativa e deontica degli enunciati normativi sono ovviamente accidentali, e del resto rarissime nel linguaggio giuridico – e neppure semantica, bensì pragmatica (314 ss., 326 s., 331). Nuovamente: non si può non condividere.

Da questo punto di vista, Amselek sembra fare propria quella che Carlos Alchourrón ed Eugenio Bulygin hanno denominato concezione «espressiva» delle norme: le norme sono entità pragmatiche, e nascono da atti di prescrizione. Per dirla con (l'ultimo) Kelsen: non si danno comandi senza un comandante, non si danno norme senza un'autorità normativa che le formuli e le promulghi.

(iii) Secondo Amselek, tuttavia, le norme sono strumenti «mentali», ossia «contenuti di pensiero» (326), entità immateriali, prive dunque di «realtà esteriore»: entità del «mondo tre» di Karl Popper (76 s.). Essendo il diritto un insieme di norme, e le norme essendo contenute di pensiero, ne segue che il diritto non è una realtà materiale, empirica, osservabile, come vorrebbe il realismo giuridico (63, 74 s.).

Ciò non vuol dire che le norme non siano, in un senso, entità «reali», che siano chimere, giacché – come appunto insegna Popper – può dirsi reale tutto ciò che è capace di agire sulle cose fisiche, ad esempio, sui comportamenti umani, sulle relazioni sociali (77). «Le cose del mondo sensibile non sono le sole entità reali; i prodotti dello spirito, atti ed oggetti mentali, inclusi i concetti o le categorie, sono anch'essi delle realtà» (112).

Questa veduta non sembra coerente con la precedente. I «contenuti di pensiero» sono, infatti, astratte entità intensionali: entità semantiche, dun-

que, non pragmatiche. È questo il modo di vedere – per usare ancora la terminologia di Alchourrón e Bulygin – non della concezione «espressiva», ma della concezione «hyletica» delle norme.

Un contenuto di pensiero, dice Amselek, può ovviamente essere comunicato attraverso il linguaggio, ma non è esso stesso un frammento di linguaggio. Le norme, in altre parole, non devono essere confuse con gli enunciati che le esprimono (60, 68, 70, 81 s.). Esse sono non gli enunciati stessi, ma il loro significato (69) o contenuto (327). I legislatori emettono non già norme, ma parole (81).

Resta indecisa, peraltro, la questione se le norme, in quanto contenuti di pensiero, abbiano una esistenza indipendente dalle formulazioni normative. Su tale questione Amselek non sembra avere una tesi specifica. Si noti: è lecito sostenere che una norma pensata ma non formulata esista, in qualche senso, come «contenuto di pensiero»; ma non si può dire che essa sia idonea ad agire sul mondo.

Sia detto per inciso, Amselek respinge la raffigurazione kelseniana delle norme come «entità appartenenti ad un mondo particolare, il mondo del *sollen* o del dover essere, radicalmente distinto e separato dal mondo del *sein*» (347). Tuttavia, il «mondo del *sollen*» di Kelsen non sembra molto diverso dal «mondo tre» di Popper.

(iv) Le norme giuridiche – dice ancora Amselek – sono «delle cose, delle realtà specifiche», e per questa ragione non possono essere sottoposte alle «leggi del pensiero», cioè alle leggi della logica (598 s.). C'è consonanza, qui, tra le idee di Amselek e quelle dell'ultimo Kelsen (599): il Kelsen di *Recht und Logik* (1965) e della *Allgemeine Theorie der Normen* (postumo). Un'antinomia, ad esempio, è non già – per dirla con Kant – una «opposizione logica» (una contraddizione), ma una «opposizione reale», un conflitto (78 s., 380 s.).

In altre parole, una norma giuridica non può essere ridotta «al solo contenuto di pensiero che le serve da materia prima», come un'abitazione non può essere ridotta ad un agglomerato di pietre (79). «Le norme giuridiche sono delle cose, anche se queste cose sono realtà mentali [...] non si riducono a questi contenuti di pensiero di cui sono fatte» (381). È un errore «logicista» ridurre le norme a dei semplici contenuti di pensiero (104, 598).

Nuovamente, le idee di Amselek paiono incoerenti. Per un verso, le norme sono, sì, contenuti di pensiero; per un altro verso, no, non sono riducibili a contenuti di pensiero (in quanto vengono ad esistenza per via di atti umani: atti linguistici di promulgazione).

È ovvio che, in quanto «cose» o «realtà specifiche», o in quanto atti, le norme non possono essere soggette alle leggi della logica, giacché la logica governa il pensiero – o, meglio, il discorso – non «le cose», non i comportamenti, non il mondo. Per contro, concepite come contenuti di pensiero, «segmenti di *logos*» (391, 598), le norme dovrebbero, sì, essere soggette alle leggi della logica – non necessariamente le stesse della logica atletica – quali

le regole di inferenza (specialmente il *modus ponens*) e il principio di non-contraddizione.

(v) Il fine strumentale delle norme, secondo Amselek, è «dare la misura di qualcosa» (61), e più precisamente «la misura del possibile» (93). I concetti modali sono appunto «categorie di misura del possibile» (97 ss.).

D'altra parte, la distinzione tra modalità aletiche (necessario, possibile, impossibile) e modalità deontiche (obbligatorio, proibito, permesso) è «illusoria»: le une e le altre «hanno esattamente la stessa natura». L'obbligo altro non è che la necessità di fare, la proibizione l'impossibilità di fare, e il permesso la possibilità di fare (105).

Anche le leggi scientifiche sono regole (teoriche) al pari delle regole (pratiche) di condotta; anch'esse hanno «essenza normativa» (173), e pertanto sono prive di valori di verità (102 ss.). L'esperienza può confermare o infirmare non la loro verità, ma «il loro valore pragmatico» (176). «Quando la scienza enuncia che 'un metallo riscaldato si dilata, [anzi] deve dilatarsi' formula una norma» (173). Ne segue che non ha fondamento la concezione descrittivistica della scienza in genere, e della scienza giuridica in specie (564 s.). Vere o false sono non le leggi scientifiche, ma le previsioni che esse consentono (176).

Le regole teoriche e quelle pratiche si differenziano tra loro non per le modalità impiegate, ma solo per la diversa funzione strumentale (174). Le regole pratiche hanno funzione direttiva; le leggi teoriche – poiché la natura non è «retta» o «governata» da leggi (183) – hanno funzione «ricognitiva» (174), sono «strumenti di orientamento o riconoscimento» (175).

Non intendo discutere la delicata questione dello statuto logico delle leggi scientifiche, sebbene paia alquanto bizzarro ascriverle alla classe delle norme (può una norma avere funzione «ricognitiva»?). Osservo solo che Amselek per un verso sostiene che le leggi scientifiche hanno carattere normativo, per un altro verso ammette però che dalle leggi scientifiche (e non invece dalle norme di condotta) si possono inferire «fatti», ossia proposizioni descrittive (di fatti) (147 s.). Ora, non si vede come da una norma si possa inferire una proposizione, in violazione della «legge di Hume» (283, 337). O le leggi scientifiche consentono di inferire proposizioni, ma allora non sono norme affatto; o sono norme, ma allora non consentono inferenze di questo tipo.

(vi) Ma, anche lasciando da parte la questione dello statuto logico delle leggi scientifiche, le idee di Amselek sono alquanto sorprendenti. Amselek non ignora l'ambiguità dei verbi «dovere» e «potere» nelle lingue neolatine; conosce bene la differenza di senso tra «sollen» e «müssen», «dürfen» e «können» (313), nonché, si potrebbe aggiungere, tra «ought» e «must», «may» e «can». Nondimeno, assimila le modalità deontiche («sollen», «dürfen») alle modalità aletiche («müssen», «können»). Si può convenire che le modalità dell'uno e dell'altro tipo abbiano un comportamento logico, se non identico, almeno analogo (lo ha mostrato G.H. von Wright ormai molti

anni fa). Ma la assimilazione semantica tra le une e le altre è tesi altamente controintuitiva, di cui peraltro non si vede l'utilità euristica.

Si osservi, peraltro, il comportamento logico delle modalità aletiche è sì analogo, ma non identico a quello delle modalità deontiche. Ad esempio: «Necessario che p » implica « p », ma «Obbligatorio che p » non implica affatto « p »; « p » implica «Possibile che p », ma « p » non implica affatto «Permeo che p ».

A quanto pare di capire, Amselek enuncia la tesi in esame non tanto per insistere sul carattere normativo delle leggi scientifiche, quanto, all'opposto, per confutare quei modi di vedere – Jeremy Bentham, il giusnaturalismo di Michel Villey, certo realismo giuridico americano e scandinavo, il neopositivismo, etc. – che negano, o paiono negare, carattere prescrittivo (deontico) alle norme giuridiche (106 ss.). Il che è alquanto paradossale. Nel senso che negare l'autonomia delle modalità deontiche rispetto a quelle aletiche parrebbe suggerire la conclusione opposta, di sapore giusnaturalistico: non già il carattere deontico delle leggi scientifiche, ma invece il carattere aletico delle norme, quasi che le norme descrivessero obblighi oggettivamente pre-esistenti in natura.

2. *Questioni di teoria dell'interpretazione*

(i) Il vocabolo «interpretazione» è comunemente usato per riferirsi ad attività molto eterogenee: spiegazione causale di fatti, indagine sui motivi o le intenzioni di agenti sociali, qualificazione (o classificazione) di cose (427 ss.).

Amselek ha il merito – grande – di distinguere accuratamente tra queste attività tanto diverse; di restringere il concetto di «interpretazione, propriamente intesa, alla attribuzione di senso a testi (491); e di sottolineare le peculiarità dell'interpretazione di testi giuridici rispetto all'interpretazione di testi di altro genere (testi letterari, testi sacri, etc.) (454 ss.).

(ii) L'interpretazione non è un'impresa conoscitiva (509). Amselek spende molte pagine per criticare – in modo impeccabile – due forme di «oggettivismo» o cognitivismo interpretativo: la diffusa dottrina intenzionalista (509 ss.) e la dottrina «coerentista» di Dworkin (515 ss.; le pagine su Dworkin sono particolarmente felici).

Nondimeno, Amselek ritiene egualmente infondata la tesi anti-cognitivistica «radicale» – secondo cui gli interpreti godrebbero di una «libertà assoluta» (530) – sia nella sua variante decostruzionista (Jacques Derrida, *Critical Legal Studies*, Stanley Fish, etc.: 531 ss., 570 ss.), sia nella sua variante realista (Michel Troper: 537 ss.). I realisti, in particolare, hanno il torto di «minimizzare l'importanza del legislatore» e di «sopravalutare il ruolo dell'interprete», raffigurandolo come «il vero legislatore» (591).

(iii) Per la verità, il rigetto del realismo, da parte di Amselek, desta una certa sorpresa. Come già ho avuto occasione di dire, egli pensa (giustamente) che le norme non debbano essere confuse con gli enunciati che le esprimono (60, 68, 70, 81 s.), giacché le norme sono non questi stessi enunciati, ma il loro contenuto di senso (69, 327): «Il legislatore non mette direttamente in circolazione regole giuridiche», ma enuncia solo «parole» (505).

Ne segue, tra l'altro, che non vi è altro modo di identificare una norma se non per via di interpretazione: la massima *in claris non fit interpretatio* è ingenua e indifendibile (551 ss.). La chiarezza, così come le zone di «luce» e di «penombra» (l'allusione è alla teoria dell'interpretazione di Herbert Hart), non precedono, ma seguono la determinazione del significato del testo di cui si tratta (69, 554 ss.). Insomma, non c'è significato senza interpretazione. Anche la comprensione irriflessa costituisce interpretazione.

Scrive ancora Amselek: «È l'interprete che costruisce il senso, che lo ricostruisce nel suo spirito a partire dai segni emessi dall'autore [del testo] o dal parlante: da qui non si sfugge»: l'attività dell'interprete è non «registrazione» di un senso già dato, ma «costruzione o ricostruzione» del senso (582). «La regolamentazione giuridica non si identifica con i testi giuridici; si situa al livello del senso dei testi, di tal che occorre interpretare i testi per dare corpo alle norme giuridiche» (591). Non si può che condividere.

Questo modo di vedere, che richiama alla mente le idee di John Chipman Gray, suona squisitamente realistico, ed è in consonanza con le idee di Troper e dei realisti in genere. In particolare, non si comprende perché Amselek respinga la tesi (di Troper) secondo cui oggetto di interpretazione è «non una norma, ma un testo» (422). Si può dire che l'interpretazione abbia ad oggetto norme se, e solo se, si assume che i testi normativi abbiano un significato univoco, suscettibile di conoscenza, che insomma le norme preesistano all'interpretazione: ma non è questo il caso di Amselek (591). Il quale sembra convenire che le norme sono il prodotto, non l'oggetto, dell'interpretazione.

(iv) Peraltro, Troper sostiene che i testi normativi non abbiano alcun «senso oggettivo», e anzi, a suo avviso, essi «prima dell'interpretazione non hanno ancora alcun senso» affatto. L'unico senso di un testo normativo è quello che si desume dall'interpretazione degli organi (soprattutto giurisdizionali) di ultima istanza competenti ad applicarlo.

Amselek non nega che i testi normativi ammettano una pluralità di interpretazioni. Nega però che – alla lettera – i testi giuridici non abbiano altro senso che quello derivante dall'interpretazione «autentica» (in senso kelseniano) degli interpreti di ultima istanza. Riecheggiando una tesi di Umberto Eco: un testo può avere molteplici sensi, ma non può avere *qualunque* senso (591). Ne segue che non *qualunque* interpretazione è accettabile.

Vi è per Amselek un senso preesistente all'interpretazione, e suscettibile di conoscenza, e si tratta, se non fraintendo, del senso letterale, quale si desume «dalle regole e convenzioni del linguaggio utilizzato» (582), beninteso alla luce del contesto (583).

Il senso letterale è «la base di partenza obbligata» (592) di qualunque operazione interpretativa. Ma «non vi è interpretazione allorché si decreta puramente e semplicemente che un testo ha il tale senso senza accordare la minima considerazione al testo stesso e al suo senso letterale» (593). Insomma, chi trascura il senso letterale non fa genuina interpretazione. Questa tesi, del tutto plausibile, suggerisce però alcune osservazioni.

Intanto, di fronte ad un testo sintatticamente o semanticamente ambiguo, l'interpretazione letterale non può fare altro che prendere atto dell'ambiguità: non risolverla. Di fronte alla vaghezza che è propria di ogni predicato (in senso logico), l'interpretazione letterale non può che constatarla: non risolverla. Il «senso letterale», insomma, non è (mai o quasi mai) risolutivo.

D'altro canto, suona strano escludere dal dominio dell'interpretazione strettamente intesa molte operazioni, così comuni in dottrina e in giurisprudenza, quali: l'interpretazione restrittiva e quella estensiva – entrambe non letterali – come pure la scelta di un significato che si accordi con la presunta «intenzione del legislatore», o con la «ratio legis», o con il «sistema del diritto».

E ancora: se si circoscrive il concetto di interpretazione propriamente detta alla sola interpretazione letterale, bisogna poi ammettere che le «estrapolazioni esegetiche» (500) – pratica comune e costante della dogmatica – costituiscono non genuina interpretazione, ma, per dirlo con Jhering, «costruzione giuridica». Operazioni – «più o meno avventurose» (588) – mediante le quali gli interpreti non accertano il diritto vigente, ma lo arricchiscono di norme nuove, inesprese, che sovente trovano di fatto applicazione, sicché divengono diritto vigente.

(v) Beninteso, Amselik – che è un giurista avveduto – sa bene che il senso letterale di un testo è solo un punto di partenza, un «passaggio obbligato, ma non necessariamente un punto d'arrivo definitivo» (593), e che anzi gli interpreti (sovente) non si fermano a quello, ma se ne allontanano (594), «lo superano, vanno più in là» (592).

Tuttavia, egli accorda al senso letterale un ruolo senz'altro privilegiato. Ritiene che l'interprete sia giustificato ad andare oltre il senso letterale solo quando questo risulti, per qualche ragione, problematico: perché non soddisfa «i bisogni della pratica» (585), è «oscuro, ermetico, equivoco, incoerente» (585), contraddittorio (585), lacunoso (586), non più adatto alle circostanze di fatto (595), dotato di conseguenze pratiche «inopportune o irragionevoli» (594). Solo in questi casi è necessario fare «l'esegesi» del testo, così da estrarne tutto ciò che esso «nasconde» (587). Beninteso, allontanarsi dal senso letterale, precisarlo, correggerlo, completarlo, esige una argomentazione persuasiva (596).

Come che sia, entro questo modo di vedere il vocabolo «interpretazione» non abbraccia la totalità delle operazioni intellettuali compiute dai giuristi. L'interpretazione strettamente intesa – ossia la «determinazione del senso del testo» – va tenuta distinta dall'analisi della «portata» del testo,

delle sue «implicazioni» (491), così da ricavarne soluzioni per ogni possibile questione di diritto (425). Ciò che Amselek chiama «approfondimenti esegetici» (499) o «estrapolazioni esegetiche» (500), ed io chiamo «costruzione giuridica».

Queste «estrapolazioni esegetiche» – Amselek ha ben ragione a sottolinearlo – non sono operazioni logico-deduttive (599). Sembrerebbe naturale concluderne che sono invece operazioni nomopoietiche, creative di norme. Tuttavia, Amselek lo nega: gli interpreti, e i giudici in particolare, sostiene, non creano diritto (597 s.).

Ora, non si può non convenire con lui che l'interpretazione di un testo è cosa diversa dalla sua formulazione e promulgazione. E che pertanto non si può dire che gli interpreti creino diritto nel medesimo senso in cui lo creano i legislatori (597). Nondimeno, è innegabile che la costruzione di norme che si pretendono «implicite» (557), ma che ben raramente sono implicite in senso stretto, cioè in senso logico-deduttivo, sia un'attività genuinamente nomopoietica.