

# Intenzioni del legislatore e ragionamento controfattuale

*Damiano Canale\**

*Giovanni Tuzet\*\**

## **Sommario**

A partire dal noto caso *Riggs v. Palmer* l'articolo discute l'utilizzo delle intenzioni controfattuali del legislatore nell'argomentazione giuridica e le considerazioni che se ne possono trarre per una teoria positivista del diritto. Nonostante le difficoltà logiche e concettuali del ricorso a tali intenzioni, l'articolo mostra che il loro impiego è soggetto a una serie di vincoli e impegni inferenziali, e che più ampiamente gli standard argomentativi osservati in una prassi giuridica possono essere considerati come parte del diritto stesso; il che implica una revisione del positivismo giuridico hartiano senza per questo dover aderire alle posizioni di Dworkin.

**Parole chiave:** Argomentazione giuridica. Controfattuali. Dworkin. Intenzioni del legislatore. Positivismo giuridico.

## **Abstract**

Starting from a well-known case, *Riggs v. Palmer*, the paper discusses the use of counterfactual legislative intentions in legal argumentation and the consequences of this for a positivist conception of law. Notwithstanding the logical and conceptual difficulties involved in the use of such intentions, the paper shows that a set of constraints and inferential commitments governs that argumentative strategy. Moreover, it can be claimed more in general that the argumentative standards in use in a legal context are part of the law itself, which brings to a revision of Hartian legal positivism without the need of accepting Dworkin's position.

**Keywords:** Counterfactuals. Dworkin. Legal Argumentation. Legal Positivism. Legislative Intentions.

---

\* Damiano Canale è professore ordinario di Filosofia del diritto presso l'Università Bocconi di Milano. Email: [damiano.canale@unibocconi.it](mailto:damiano.canale@unibocconi.it). Indirizzo: Dipartimento di Studi Giuridici, Università Bocconi, via Röntgen 1, 20136 Milano.

\*\* Giovanni Tuzet è professore associato di Filosofia del diritto presso l'Università Bocconi di Milano. Email: [giovanni.tuzet@unibocconi.it](mailto:giovanni.tuzet@unibocconi.it). Indirizzo: Dipartimento di Studi Giuridici, Università Bocconi, via Röntgen 1, 20136 Milano.

## 1. Dworkin e il positivismo giuridico

Nel 1889 la Corte d'appello dello Stato di New York si trovò a decidere se Elmer Palmer potesse succedere al nonno pur avendolo ucciso al fine di ottenerne l'eredità. La Corte ammise che in base a un'interpretazione letterale della legislazione vigente l'omicida aveva il diritto di ereditare i beni del nonno in forza del testamento redatto da quest'ultimo. Ma la Corte aggiunse che la legge deve essere interpretata alla luce dei principi del diritto, e che il principio "nessuno può trarre vantaggio da un proprio illecito" ostava al conferimento dell'eredità<sup>1</sup>.

Il caso è arcinoto da quando Ronald Dworkin ne ha fatto uso per sostenere che il diritto è costituito non solo da regole ma anche da principi<sup>2</sup>. Tale caso mostrerebbe, in particolare, la fragilità dei tre pilastri su cui si regge il positivismo giuridico hartiano nella ricostruzione offertane da Dworkin<sup>3</sup>:

- (a) l'insieme delle regole giuridiche valide è esaustivo del diritto;
- (b) quando un caso non rientra in una regola giuridica, i giudici esercitano una forte discrezionalità decisionale;
- (c) l'insieme delle regole valide dell'ordinamento è determinato da una regola di riconoscimento frutto di una convenzione tra i funzionari.

Circa (a), la decisione del caso *Riggs v. Palmer* mostra secondo Dworkin che il diritto include principi la cui natura è diversa da quella delle regole. Quanto a (b), nei casi difficili i giudici non esercitano una discrezionalità forte ma sono vincolati dai principi. Quanto a (c), se il diritto consiste in regole e principi, allora alcune norme appartengono all'ordinamento non per ragioni convenzionali ma per meriti morali.

Secondo Dworkin tutto ciò è palesato dall'argomentazione della Corte in *Riggs* e dal suo sforzo interpretativo di scoprire quale fosse la norma giuridica applicabile<sup>4</sup>. Ma a uno sguardo più ravvicinato gli argomenti della Corte appaiono tre.

In primo luogo, la Corte prende in esame l'*interpretazione letterale* dei testi normativi rilevanti e afferma che la legge testamentaria, se interpretata letteralmente, conferiva la proprietà all'omicida<sup>5</sup>. In base a questo canone interpretativo certamente Elmer aveva titolo all'eredità.

Al contrario, il secondo argomento della Corte muove da una *ricostruzione contfattuale dell'intenzione legislativa*:

«l'intenzione dei legislatori era che i beni fossero conferiti ai beneficiari del testamento. Ma non avrebbe mai potuto rientrare nelle loro intenzioni che il beneficia-

<sup>1</sup> *Riggs v. Palmer*, 115 N.Y. (1889): 506 ss.

<sup>2</sup> Dworkin 1967. Per una diversa lettura del caso, v. Cardozo 1921: 40-43; in esso confliggono *due principi*, quello della forza vincolante di un testamento e quello riportato sopra.

<sup>3</sup> Dworkin 1978 e 1986.

<sup>4</sup> Dworkin 1986: 19-20.

<sup>5</sup> *Riggs v. Palmer*: 509.

rio che avesse ucciso il testatore per rendere operativo il testamento traesse da ciò un vantaggio. *Se avessero considerato tale caso, e avessero ritenuto di dover disporre a riguardo, non v'è dubbio che vi avrebbero provveduto*»<sup>6</sup>.

Su questa base la Corte afferma, utilizzando un canone interpretativo ampiamente diffuso, che «ciò che rientra nell'intenzione del legislatore rientra nella legge come se fosse espresso dalla lettera di quest'ultima, mentre ciò che si evince dalla lettera non è nella legge a meno che non sia nell'intenzione del legislatore»<sup>7</sup>. In questo senso, la lettera della legge non poteva fornire la norma per disciplinare il caso. Un'interpretazione letterale avrebbe prodotto conseguenze assurde<sup>8</sup>, cioè conseguenze che il legislatore non avrebbe potuto volere. Pertanto Elmer non era legittimato a subentrare nella proprietà dei beni del nonno.

Da ultimo, la Corte usa un *argomento di principio* (o “massima”) a supporto dell'argomento controfattuale appena delineato: poiché (i) in base a una massima generale del *common law* nessuno può trarre vantaggio da un proprio illecito e (ii) Elmer aveva cercato di trarre vantaggio dall'omicidio del testatore, allora Elmer non aveva titolo all'eredità.

C'è ragione di pensare che l'argomento decisivo per la Corte sia il secondo. In primo luogo, l'interpretazione letterale è sconfitta dall'interpretazione secondo l'intenzione controfattuale in base al meta-canone interpretativo usato dalla Corte (prevalenza dell'intenzione sulla lettera). In secondo luogo, l'argomento di principio non è presentato come una ragione autonoma: piuttosto, esso supporta la ricostruzione controfattuale dell'intenzione legislativa. La massima del *common law* secondo cui nessuno può trarre vantaggio da un proprio illecito costituisce una prova del fatto che, secondo la Corte, se il legislatore avesse considerato il caso, lo avrebbe regolato in tal modo.

Ora la questione da porre è la seguente: a quali condizioni un'intenzione controfattuale può giustificare una decisione giudiziale? Più in generale, quali sono gli impegni argomentativi assunti da un avvocato o da un giudice quando usa tale argomento in una controversia?

Trattando questi punti ci auguriamo di poter riconsiderare, al termine della nostra analisi, la critica di Dworkin al positivismo.

## 2. Le intenzioni del legislatore

Prima di considerare le intenzioni controfattuali, vanno poste alcune premesse sulle intenzioni legislative in generale<sup>9</sup>. L'argomento interpretativo che vi fa riferimento è considerato politicamente appropriato, specie nei sistemi che pre-

<sup>6</sup> *Riggs v. Palmer*: 509 (corsivo nostro).

<sup>7</sup> *Riggs v. Palmer*: 509.

<sup>8</sup> Secondo la Corte, il significato letterale deve essere limitato in modo da evitare “conseguenze assurde” contrarie a ragione (*Riggs v. Palmer*: 511).

<sup>9</sup> Ne abbiamo già parlato in Canale, Tuzet 2010. V. anche Guastini 2011: 272-276.

vedono il principio della separazione dei poteri e riconoscono al potere legislativo un primato nella produzione del diritto<sup>10</sup>. In un'ottica politica ciò è richiesto dal principio democratico<sup>11</sup> e, più in generale, può essere derivato dall'idea stessa di potere legislativo oltre che dalle ragioni che giustificano l'obbedienza a un'autorità giuridica<sup>12</sup>. Tuttavia l'argomento solleva una serie di problemi teorici e pratici.

Vi è innanzitutto un *problema ontologico*: a detta di molti, l'intenzione del legislatore come entità collettiva non esiste e l'intenzione dei singoli legislatori —in un regime parlamentare, i membri dell'assemblea legislativa— è di per sé irrilevante<sup>13</sup>.

In secondo luogo, entra in gioco un *problema epistemico*: assumendo che esistano intenzioni legislative, come facciamo a conoscerle? A parte quando sono chiaramente espresse nei testi, tali intenzioni non risultano facilmente accessibili, soprattutto se riguardano testi risalenti nel tempo<sup>14</sup>. I lavori preparatori offrono spesso delle indicazioni insufficienti, specie quando i soggetti, gli organi istituzionali e i documenti da considerare sono diversi. Per di più in alcuni sistemi giuridici l'utilizzo dei lavori preparatori è limitato in quanto è ritenuto ledere il principio della pubblicità del diritto: se il diritto deve essere conoscibile da parte dei consociati, l'uso di tali materiali per determinarne i contenuti deve essere limitato poiché si tratta di documenti di non facile acquisizione da parte dei destinatari delle norme<sup>15</sup>.

In terzo luogo, assumendo che le intenzioni del legislatore esistano e siano conoscibili, si pone un *problema di astrazione*: a quale livello di astrazione va formulata l'intenzione legislativa? A quello più astratto o di dettaglio? Talvolta la questione viene posta nei termini della distinzione fra intenzioni relative alla promulgazione (*enactment intentions*) e intenzioni relative all'applicazione (*application intentions*)<sup>16</sup>. Si consideri la "equal protection clause" della Costituzione statunitense (XIV em., sez. 1): essa comporta la legittimità della segregazione razziale (come intenzione relativa all'applicazione), posto che i *framers* ritenevano che questa fosse compatibile col principio d'eguaglianza? Dunque, come determinare la classe di fattispecie cui una norma è applicabile? Occorrono criteri che diano risposte a tali quesiti<sup>17</sup>.

<sup>10</sup> Vedi ad es. Goldsworthy 1997 e 2005. Cfr. Allan 2000: 110.

<sup>11</sup> Così Campbell 2001.

<sup>12</sup> Raz 1996: 258; Marmor 2001: 90.

<sup>13</sup> Cfr. Radin 1930: 870 ss.; Paulson 1998; Campbell 2001: 292; Boudreau *et al.* 2007: 972. Ma per Greenawalt 2000 sono rilevanti gli stati mentali dei singoli legislatori.

<sup>14</sup> Cfr. Marmor 2005: capp. 8-9; Pino 2008: 401-403; MacPherson 2010: 2 ss..

<sup>15</sup> Così è tradizionalmente in Australia e Nuova Zelanda. V. Goldsworthy 1997: 10 e Allan 2000: 110-111.

<sup>16</sup> Stoljar 1998: 36-37. Cfr. Williams 2001: 326-329 e Goldsworthy 1997: 30-31.

<sup>17</sup> Moreso 2005: 136 propone questo criterio: se il testo è dettagliato, un dubbio interpretativo deve essere sciolto allo stesso livello di dettaglio, ricercando una precisa intenzione legislativa; se il testo ha una formulazione astratta, il dubbio deve essere sciolto in astratto, lasciando spazio a considerazioni contestuali.

In quarto luogo, nei sistemi in cui le decisioni legislative sono di fatto nelle mani del potere esecutivo si incontra un *problema politico*<sup>18</sup>: qual è l'intenzione rilevante? Quella del legislatore o quella del governo? In letteratura c'è chi richiama a questo proposito la nozione di *proxy agency*: la legislazione può essere interpretata secondo le intenzioni dei *proxies* —gruppi o individui che agiscono per conto della maggioranza— nella misura in cui le ragioni per interpretare la legge secondo le intenzioni del legislatore sono anche ragioni per interpretarla secondo le intenzioni dei *proxies*<sup>19</sup>. Ma questo è istituzionalmente controverso in quanto il ruolo del legislatore non può essere ridotto a quello di una maggioranza parlamentare o dei *proxies* di quest'ultima.

Malgrado questi problemi, l'argomento dell'intenzione del legislatore merita attenzione se non altro per il fatto che viene sovente utilizzato nel ragionamento giuridico. Sotto il profilo teorico, inoltre, è difficile negare che uno degli aspetti caratterizzanti del diritto sia l'intenzione delle autorità che lo producono: il diritto, a differenza della morale, è ampiamente intenzionale<sup>20</sup>. Pur essendovi fenomeni come il diritto consuetudinario, le norme giuridiche sono prodotte da soggetti determinati attraverso atti e testi normativi il cui contenuto dipende, almeno in parte, dalle intenzioni dei produttori. Ciò posto, il presente lavoro si occuperà di una forma peculiare e assai controversa di questa tecnica argomentativa: il ricorso alle *intenzioni controfattuali del legislatore*.

### 3. Le intenzioni controfattuali

Il ragionamento controfattuale è tradizionalmente visto con sospetto dalla teoria del diritto e dalla teoria dell'argomentazione. La ragione è ovvia: i condizionali controfattuali resistono a qualsiasi analisi standard di tipo vero-funzionale che cerchi di determinarne il contenuto semantico<sup>21</sup>.

Secondo Quine, ad esempio, i condizionali controfattuali non hanno valori di verità logicamente determinabili<sup>22</sup>. Si considerino i seguenti condizionali controfattuali:

- (1) Se Bizet e Verdi fossero stati compatrioti, Bizet sarebbe stato italiano;
- (2) Se Bizet e Verdi fossero stati compatrioti, Verdi sarebbe stato francese.

Quali sono i valori di verità di (1) e (2)? Difficile dirlo, se non altro perché entrambi sembrano veri eppure si contraddicono (se Bizet fosse stato italiano e Verdi francese, non sarebbero stati compatrioti).

<sup>18</sup> Cfr. Greenawalt 2000: 1645-1646.

<sup>19</sup> MacPherson 2010: 17.

<sup>20</sup> Gardner 2010.

<sup>21</sup> Goodman 1983: 1-27; Woods 1997: 3 ss.; Johnson-Laird, Byrne 2002: 652.

<sup>22</sup> Quine 1950: 14.

Anche il caso *Riggs v. Palmer* è problematico in questo senso. Sembra verosimile che il legislatore dello Stato di New York nel formulare la legge sulle successioni non avesse affatto pensato al caso del testatario omicida, come Dworkin ha osservato<sup>23</sup>. Dunque, senza ulteriori informazioni e valutazioni, dal silenzio del legislatore newyorkese si possono inferire almeno due controfattuali:

- (3) Se il legislatore avesse considerato il caso, non avrebbe permesso all'omicida di ereditare.
- (4) Se il legislatore avesse considerato il caso, avrebbe permesso all'omicida di ereditare.

Qualora fosse vero l'antecedente, tanto il conseguente di (3) quanto quello di (4) potrebbero essere veri, ma i due si contraddicono. Su questa base si è tentati di abbandonare del tutto il ragionamento controfattuale, data la sua incapacità di giustificare una conclusione determinata<sup>24</sup>.

Ma ciò sarebbe avventato<sup>25</sup>. Dopotutto i controfattuali vengono comunemente utilizzati in molte situazioni quotidiane e nella ricerca scientifica, sia nel ragionamento conoscitivo che in quello pratico. Inoltre alcune affermazioni controfattuali sono considerate certamente vere nel discorso giuridico, come le seguenti:

- (5) Se l'omicida fosse entrato nella stanza mentre vi si trovava il testimone, questi lo avrebbe visto.
- (6) Se il legislatore avesse avuto l'intenzione di proibire A, non avrebbe permesso A.
- (7) Se il legislatore non avesse prodotto il testo normativo T, T non esprimerebbe una norma giuridica valida.

Prima di ritenere del tutto ingiustificato l'argomento dell'intenzione controfattuale è opportuno considerare un diverso approccio a questa tecnica argomentativa.

Nel dibattito filosofico contemporaneo l'analisi standard dei controfattuali fa uso delle teorie dei mondi possibili<sup>26</sup>. L'idea di fondo è questa: quando facciamo un'affermazione controfattuale immaginiamo una *situazione possibile* —uno stato di cose diverso da quello attuale— in cui l'antecedente del condizionale è vero, e diciamo che *in quella* situazione anche il conseguente è vero.

Ciò appare chiaramente se consideriamo la formulazione dell'argomento dell'intenzione controfattuale (AIC) data dalla Corte di *Riggs*:

<sup>23</sup> Dworkin 1986: 19.

<sup>24</sup> Cfr. Stoljar 2001a e 2001b. Ma Guastini 2011: 275-276 ritiene che l'argomento dell'intenzione controfattuale sia una tecnica di costruzione giuridica volta a colmare lacune.

<sup>25</sup> Greenawalt 2000: 1637-1640 osserva che i nostri giudizi sulle "intenzioni ipotetiche" sono una questione di grado.

<sup>26</sup> Lewis 1973; Stalnaker 2003.

(AIC-1) Se il legislatore avesse considerato il caso, lo avrebbe regolato così-e-così.

Il destinatario di un'affermazione del genere assume che il parlante immagini uno stato di cose in cui il legislatore di New York prende in considerazione tale caso generico e lo regola in un certo modo.

Senza dubbio per raggiungere una conclusione determinata circa la verità del conseguente dobbiamo delineare la situazione possibile in modo sufficientemente dettagliato. Dobbiamo immaginare non solo che il legislatore abbia considerato il caso dell'omicidio del testatore, ma anche altri aspetti del contesto politico e sociale che conducano a una certa regolazione giuridica. Il modo migliore per farlo è introdurre, al posto della nozione di situazione possibile (che si riferisce solo ad alcuni aspetti degli stati di cose considerati), la nozione di *mondo possibile*: un modo in cui il mondo avrebbe potuto essere sotto ogni possibile aspetto<sup>27</sup>. Un mondo possibile coincide tipicamente col mondo attuale sotto alcuni aspetti ma divergono da esso per altri, pur essendo determinato in ogni singolo dettaglio. L'idea alla base di questa analisi è che se riteniamo giustificato un controfattuale immaginiamo un mondo in cui il suo antecedente è vero e allo stesso tempo adduciamo delle ragioni definite per ritenere vero anche il conseguente.

Ma il problema è che non c'è un singolo mondo in cui l'antecedente è vero. Possiamo immaginare infiniti mondi accomunati dalla circostanza che il legislatore di New York consideri tale tipo di caso, ma divergenti sotto altri profili. E in alcuni di questi il conseguente del controfattuale sarà vero e in altri falso. Possiamo immaginare un mondo dove il legislatore sottoscrive la richiamata massima di *common law* e proibisce all'omicida di ereditare; ma anche un mondo dove il legislatore gli permette di ereditare in quanto, richiamando l'argomento usato dal giudice Gray nella sua opinione dissenziente, la proibizione costituirebbe un'ulteriore sanzione a carico dell'omicida<sup>28</sup>. Pertanto si potrebbe dire che con questa tecnica argomentativa *anything goes*.

Un primo modo di opporsi a questa conclusione potrebbe consistere nel dire che il *contesto* determina quale mondo possibile deve essere considerato nel valutare un controfattuale<sup>29</sup>. È vero o falso che se il legislatore avesse considerato il caso lo avrebbe regolato così-e-così? Sembra che solo uno scenario contestuale possa offrire una risposta definitiva. Ora, ci sembra che vi siano almeno tre contesti discorsivi in cui la questione può essere trattata argomentativamente e riteniamo che le loro caratteristiche dipendano dal contenuto che ascriviamo al termine "legislatore", termine con cui nel ragionamento giuridico si possono intendere le seguenti cose:

<sup>27</sup> Ma per Kripke 1980: 15 ss. i mondi possibili sono strumenti concettuali che non sollevano impegni metafisici.

<sup>28</sup> *Riggs v. Palmer*: 519.

<sup>29</sup> Woods 1997: 42.

- (a) il legislatore *storico* (l'organo che ha prodotto un documento normativo);
- (b) il legislatore *coerente* (un legislatore fittizio che garantisce la coerenza dell'attuale sistema giuridico);
- (c) il legislatore *giusto* (un legislatore fittizio che evita conseguenze normative ingiuste o assurde)<sup>30</sup>.

Questi tre concetti di legislatore fanno implicito riferimento a diversi sfondi contestuali che devono essere tenuti in considerazione per valutare l'argomento controfattuale.

Quanto al legislatore storico, nel nostro caso il contesto pertinente è costituito dalle circostanze sociali, politiche e giuridiche che condussero il legislatore di New York a produrre una certa legge sulle successioni testamentarie. Quanto al legislatore coerente, il contesto pertinente è costituito dalle altre norme appartenenti al sistema giuridico e dal canone interpretativo della coerenza. Mentre per il legislatore giusto il contesto rilevante è costituito dalle conseguenze attuali o attese di una regolazione e dalla loro valutazione come ingiuste o assurde.

Sebbene la Corte in *Riggs* sembri riferirsi al legislatore storico, il suo argomento riguarda fundamentalmente il legislatore *coerente* e quello *giusto*, a rispettiva tutela della coerenza del sistema giuridico e della giustizia del caso concreto. I legislatori (b) e (c) disciplinerebbero il caso generico in cui ricade la vicenda di Elmer a sfavore di questi: (b) in virtù dei precedenti e della massima richiamata, (c) in virtù delle conseguenze assurde che avrebbe l'opposta regolazione.

«Cosa potrebbe essere più irragionevole del supporre che il legislatore, nel produrre leggi per un'ordinata, pacifica e giusta devoluzione della proprietà, avesse l'intenzione di favorire il testatario che ha ucciso il proprio ascendente testatore al fine di entrare rapidamente in possesso dell'eredità? Una simile intenzione è inconcepibile»<sup>31</sup>.

Questo passaggio argomentativo segue a una rassegna di opinioni dottrinali (fra cui quelle di Bacone, Pufendorf e Blackstone) che raccomandano di interpretare le leggi con raziocinio, poiché la lettera non è sempre attendibile.

Ora, queste considerazioni sottolineano un primo vincolo generale all'uso dell'argomento dell'intenzione controfattuale: si tratta di un argomento che dipende fortemente dal contesto. Da una parte, un controfattuale può essere

<sup>30</sup> Si noti che (b) e (c) sono entrambi legislatori fittizi. La differenza è che (b) opera (controfattualmente) sulla base dei materiali giuridici esistenti, mentre (c) opera (controfattualmente) sulla base di valutazioni di merito. Inoltre, entrambi i legislatori possono essere detti "razionali": (b) è razionale in quanto evita lacune e antinomie; (c) in quanto produce norme che realizzano i fini posti. Cfr. Ratti 2012: 179.

<sup>31</sup> *Riggs v. Palmer*: 511. Ma contro l'uso delle intenzioni ipotetiche di legislatori fittizi (in quanto mina la plausibilità dell'intenzionalismo), v. Stoljar 2001b.



ritenuto vero o falso solo alla luce di un insieme di mondi possibili in cui l'antecedente è vero. Dall'altra, un mondo possibile è rilevante per giudicare il controfattuale non solo se in esso l'antecedente è vero, ma anche se alcune assunzioni contestuali rilevanti lo rendono vero. Per giustificare tali assunzioni occorrono argomenti ulteriori: in particolare, un argomento ricostruttivo degli intenti politico-giuridici delle autorità legislative rispetto al contesto del legislatore storico; un argomento sistematico rispetto al contesto del legislatore coerente; e un argomento consequenzialista o di giustizia sostanziale rispetto al contesto del legislatore giusto. Inoltre, la "pertinenza" di un contesto rispetto ad altri (ossia di un tipo di legislatore rispetto ad altri) potrebbe essere contestata nello scambio argomentativo di ragioni e avrebbe pertanto bisogno di ulteriori giustificazioni. Dunque, l'argomento dell'intenzione controfattuale non è un argomento autonomo. Per questo ne deve essere considerata una nuova formulazione, che sia maggiormente perspicua e in grado di rendere espliciti gli impegni argomentativi assunti nell'uso di questa tecnica di giustificazione:

- (AIC-2) Nel mondo possibile in cui il legislatore, alla luce del contesto pertinente, considera un certo caso generico, questo viene regolato così-e-così.

#### 4. Il caso di Elmer riconsiderato

Alla luce della precedente analisi possiamo tornare alla valutazione del caso *Riggs v. Palmer* proposta da Dworkin e prendere posizione circa le sue pretese implicazioni critiche nei confronti del positivismo hartiano.

Negli ultimi trent'anni sono stati versati fiumi di inchiostro su questo tema<sup>32</sup>: molti positivisti hanno respinto tali implicazioni critiche e molti dworkiniani hanno ritenuto che tali repliche fossero insufficienti o non convincenti. Sia come sia, in *Law's Empire* Dworkin sostiene che la disputa su Elmer riguardava ciò che il diritto prevedeva, non ciò che avrebbe dovuto prevedere, il che solleva la pretesa teorica di dare conto, così come fanno i positivisti, del diritto esistente e non di un diritto ideale<sup>33</sup>.

A noi sembra che l'argomentazione della Corte newyorkese si possa leggere in almeno due modi sotto questo profilo. In base a una prima lettura, la ricostruzione di Dworkin è fallace e il suo attacco al positivismo hartiano manca il bersaglio.

La motivazione della sentenza mostra con chiarezza come la controversia non vertesse sulla lettera della legge: il significato letterale del testo normativo venne

<sup>32</sup> Per una panoramica, v. Shapiro 2007 e Leiter 2003. E' il caso di ricordare che per supportare la sua critica al positivismo hartiano, Dworkin 1986 ha presentato un argomento sui "disaccordi teorici" circa il diritto di cui non possiamo occuparci qui.

<sup>33</sup> Dworkin 1986: 20. Peraltro, Dworkin 1985: 15-23 sottolinea che è importante chiedersi non ciò che i legislatori avrebbero deciso in circostanze controfattuali, ma ciò che *avrebbero dovuto decidere*.

ritenuto pacifico dalle parti e dai giudici<sup>34</sup>. Piuttosto, la discussione riguardò l'opportunità di restringere la portata letterale del testo. L'argomento dell'intenzione controfattuale del legislatore fu infatti usato dalla Corte per giustificare un'interpretazione restrittiva della legge ovvero un'eccezione alle regole legislative, considerate le conseguenze "assurde" dell'interpretazione letterale. In primo luogo, la Corte tracciò una distinzione fra il caso di Elmer e quelli generalmente disciplinati dalla legge secondo il suo significato letterale, operando così una forma di *distinguishing*. In base all'opinione di maggioranza i fatti del caso presentavano una differenza rilevante rispetto a quelli disciplinati dalla lettera del testo normativo. La Corte fece allora ricorso all'argomento dell'intenzione controfattuale per giustificare una diversa disciplina. Se il legislatore avesse considerato tale differenza, avrebbe regolato diversamente il caso generico, in modo da evitare conseguenze inaccettabili. E come lo avrebbe regolato? In conformità alla massima di *common law* secondo cui nessuno può trarre vantaggio da un proprio illecito.

Se questa lettura è corretta, la critica di Dworkin al positivismo hartiano manca il bersaglio —almeno con riferimento a questo caso— per i seguenti motivi:

(a) la controversia sul titolo di Elmer all'eredità mostra chiaramente che il diritto è composto anche da principi, ma questi non sono trattati dalla Corte come entità dotate di proprietà logiche o morali diverse da quelle delle regole. Il menzionato principio di *common law* è usato dalla Corte, nella lettura della sentenza appena proposta, come una regola giuridica ricavabile dai precedenti e applicabile al caso a seguito di un *distinguishing*;

(b) nel decidere il caso la Corte ha esercitato una forma di discrezionalità forte: la regola giuridica valida venne considerata defettibile alla luce di una valutazione discrezionale delle sue conseguenze applicative. In più la Corte ha ritenuto che il caso di Elmer presentasse una somiglianza rilevante con i precedenti regolati dalla massima menzionata. Infine, agli occhi della Corte tale massima o principio non apparteneva al sistema giuridico per i suoi meriti morali: il principio andava applicato al caso in quanto era stato precedentemente applicato come una norma giuridica valida a casi simili. Ora tutto ciò può essere perfettamente spiegato sulla base dell'idea hartiana di una regola di riconoscimento che governa la prassi dei funzionari indicando loro ciò che conta come diritto in un dato ordinamento. Naturalmente questo non mostra di per sé l'erroneità della critica di Dworkin al positivismo giuridico: mostra se non altro che il caso *Riggs v. Palmer* non la supporta.

Tuttavia una diversa lettura può esserne delineata. Nel caso di specie la Corte si trovò a risolvere un genuino problema interpretativo: in base alla lettera della legge, Elmer aveva titolo all'eredità del nonno in conformità alla volontà da questi espressa, ma un'interpretazione della legge conforme all'intenzione controfat-

<sup>34</sup> *Riggs v. Palmer*. 509.

tuale del legislatore coerente e giusto conduceva alla soluzione opposta. Quale interpretazione scegliere? Come già osservato, per rispondere a questa domanda la Corte applicò il meta-canone interpretativo della prevalenza del significato inteso dal legislatore sul significato letterale. Di conseguenza nel caso di specie prevalse l'argomento dell'intenzione controfattuale. Ma cosa dire dell'argomento di principio su cui Dworkin ha concentrato la propria attenzione?

L'argomento venne usato dalla Corte per rinforzare l'argomento dell'intenzione controfattuale, data la relativa debolezza di quest'ultimo, ovverosia la sua dipendenza contestuale. In particolare, richiamando una massima del *common law* la Corte sostenne che Elmer non aveva titolo all'eredità alla luce non solo dell'intenzione del legislatore giusto ma anche di un altro legislatore fittizio, vale a dire quello che garantisce la coerenza del sistema giuridico. La valutazione delle conseguenze applicative giustificava la tesi che, se il legislatore giusto avesse considerasse il caso, non avrebbe consentito all'omicida di ereditare, mentre la massima di *common law* giustificava la stessa tesi con riguardo al legislatore coerente. A entrambi questi legislatori fittizi si poteva imputare la medesima intenzione.

Ora, che impatto ha questa ricostruzione alternativa sulla valutazione della critica di Dworkin al positivismo giuridico hartiano?

Secondo Dworkin il caso mostra che l'insieme delle regole giuridiche valide non esaurisce il diritto. La nostra analisi giustifica la medesima conclusione ma per ragioni differenti. Alla luce di quanto affermato dai giudici, si può sostenere che il diritto non si esaurisce in un insieme di norme che includono quanto Dworkin chiama "principi": esso comprende anche gli standard argomentativi che determinano a quali condizioni una decisione giudiziale è giustificata. L'argomento dell'intenzione controfattuale esemplifica uno di questi standard e l'analisi fin qui proposta ne identifica le condizioni di applicazione. In questa prospettiva, dunque, il diritto è costituito da: (i) i testi giuridici; (ii) i contenuti di questi testi e le norme inesprese costruite a partire da essi; (iii) gli standard argomentativi che giustificano l'ascrizione di contenuto ai testi giuridici, la costruzione di norme inesprese e le eccezioni all'applicazione delle norme. I testi giuridici costituiscono i mattoni di base del diritto così come oggi lo conosciamo. L'interprete può tuttavia ricavare dai testi più norme, ovverosia attribuire loro contenuti diversi. Tali norme possono essere inoltre abrogate, derogate o adeguate alla luce dei contenuti attribuiti ad altri testi normativi appartenenti all'ordinamento. L'interprete può inoltre costruire norme inesprese, norme che non costituiscono cioè il contenuto dei testi normativi interpretati quanto piuttosto il risultato di ragionamenti che includono tali contenuti tra le loro premesse. Il collegamento tra i testi normativi e le norme che muovendo dai testi vengono ricavate o costruite è fornito dagli standard argomentativi, un insieme di regole per interpretare e integrare il diritto che esistono in virtù della loro effettività, del fatto cioè che vengono considerate dagli operatori giuridici come ragioni necessarie e/o sufficienti per giustificare la disciplina giuridica di una fattispecie. Il

caso *Riggs* evidenzia come per comprendere cosa il diritto preveda in rapporto a una data fattispecie occorra considerare tutti questi elementi congiuntamente<sup>35</sup>.

La seconda tesi di Dworkin è che i giudici non esercitino una discrezionalità forte quando decidono un caso difficile. Detto altrimenti, quando interpretano i giudici possono stabilire ciò che il diritto prevede tramite i criteri che il diritto stesso offre<sup>36</sup>. Ora, la nostra analisi mostra che nel caso di Elmer la Corte ha esercitato una forma di discrezionalità poiché decisioni alternative potevano trovare giustificazione sulla base di ragioni giuridiche. Ma in un concreto processo di giustificazione gli standard argomentativi applicati dai giudici pongono dei vincoli alla discrezionalità di questi ultimi. Per un verso, negli ordinamenti contemporanei i giudici possono certo ricorrere a molteplici standard per giustificare la disciplina del caso, i quali possono talora giustificare soluzioni interpretative o integrative tra loro incompatibili. Nondimeno, gli standard argomentativi vigenti non consentono l'ascrizione di *qualsivoglia* contenuto a un testo normativo né la costruzione di *qualsivoglia* norma implicita. Le opzioni disponibili per il giudice sono circoscritte: il loro numero, le loro caratteristiche e la loro persuasività dipendono da convenzioni sociali, giudizi morali e scelte di politica del diritto che stanno alla base dei processi di giustificazione in campo giuridico e che si traducono in meta-canoni interpretativi e integrativi, i quali guidano la scelta degli standard di giustificazione. In ciascuna decisione giudiziale queste convenzioni, giudizi e scelte vengono implicitamente messi alla prova e sottoposti a un vaglio critico, il quale può riaffermarne il carattere vincolante ovvero modificarne il peso o i contenuti in rapporto al caso concreto e ai casi futuri. Per altro verso, una volta che il giudice ha scelto un certo percorso argomentativo applicando uno o più standard di giustificazione, egli si impegna a un insieme definito di mosse inferenziali<sup>37</sup>. Nell'utilizzare uno standard, detto altrimenti, il giudice sceglie di vincolarsi alle regole inferenziali che identificano lo standard: nel caso tali regole non vengano applicate, il ragionamento del giudice sarà invalido e dunque la sua decisione non sarà giustificata. L'analisi del ragionamento giuridico può identificare tali impegni inferenziali e determinare quando una corte non li soddisfa: in caso di mancato soddisfacimento, la corte non avrà titolo argomentativo per trarre una data conclusione<sup>38</sup>. Con riguardo all'argomento dell'intenzione controfattuale, la nostra analisi mostra che chi ne fa uso assume dei significativi impegni inferenziali che possono essere soddisfatti solo con ulteriori strumenti argomentativi. Pertanto Dworkin ha ragione nel sostenere che

<sup>35</sup> Sotto questo profilo, è stato recentemente sostenuto che l'argomentazione giuridica (o meglio gli standard di giustificazione delle decisioni giudiziali effettivi in un certo ordinamento) può essere considerata una vera e propria fonte del diritto. Vedi Gentili 2014: cap. 1.

<sup>36</sup> Cfr. Hart 1994: 127. Come noto, per Dworkin 1978: 32 la discrezionalità giudiziale è invece *debole*.

<sup>37</sup> V. su questo Canale, Tuzet 2010.

<sup>38</sup> Su questo v. Canale 2014 e Fiss 1985. Ciò non significa che la teoria di Dworkin della discrezionalità giudiziale sia corretta: significa che la sua critica della discrezionalità forte mette in luce un aspetto dell'interpretazione giuridica non considerato da Hart.

i giudici non esercitano una discrezionalità forte nel decidere i casi difficili, ma ciò non è dovuto al fatto che il diritto includa principi di moralità politica capaci di guidare l'interpretazione; bensì, al fatto che il diritto comprende standard di giustificazione, come l'argomento dell'intenzione controfattuale, che impongono dei vincoli specifici a chi decide di farne uso.

Da ultimo, Dworkin sostiene che se il diritto è costituito sia da regole sia da principi allora alcune norme non vi appartengono per ragioni convenzionali ma sulla base dei loro meriti morali. Si può sostenere che ciò sia vero alla luce di *Riggs*?

Abbiamo visto che l'argomento di principio fu usato dalla Corte per determinare quale fosse il contesto rilevante nel delineare il mondo possibile in cui il legislatore considera il caso e, sulla base di tale considerazione, sviluppa la propria intenzione con riguardo al contenuto della legge. Come osservato in precedenza, si tratta del contesto in cui il legislatore, oltre a essere giusto, è orientato a garantire la coerenza del sistema giuridico. Ora, secondo la Corte il principio "nessuno può trarre vantaggio da un proprio illecito", in quanto parte del sistema, ha un contenuto sia giuridico sia morale. Ha un contenuto giuridico nella misura in cui si tratta di una massima di *common law* identificata in base al suo pedigree; ha un contenuto morale poiché la Corte vede in esso un'espressione della "giustizia naturale"<sup>39</sup>. Ma il contenuto morale della massima non è presentato dai giudici come parte del diritto. È piuttosto presentato come un elemento da prendere in considerazione per ricostruire l'intenzione controfattuale del legislatore coerente. Ne segue che il caso non mostra che il diritto è composto anche da principi di moralità politica: si limita a mostrare che una decisione giuridica può richiedere valutazioni morali che influenzano la scelta di uno standard di giustificazione giuridica e la precisazione dei suoi contenuti, senza che questo standard diventi per ciò stesso uno standard morale.

Quale delle due letture del caso illustrate sopra sia da preferire non può essere discusso qui. Ma certamente la seconda richiede una revisione del positivismo giuridico hartiano.

### Riferimenti bibliografici

- Allan, J. (2000). *Constitutional Interpretation v. Statutory Interpretation. Understanding the Attractions of "Original Intent"*, «Legal Theory», 6, 109-126.
- Boudreau, C. et al. (2007). *What Statutes Mean: Interpretive Lessons from Positive Theories of Communication and Legislation*, «San Diego Law Review», 44, 957-992.
- Campbell, T. (2001). *Legislative Intent and Democratic Decision Making*, in Naffine et al. (2001), 291-319.
- Canale, D. (2014). *The Boundary of Judicial Discretion*, in corso di pubblicazione.
- Canale, D., Tuzet, G. (2010). *Inferring the Intention. Or, What Law the Legislature Could Have Intended to Make*, «Dignitas», 47-48, 254-272.

<sup>39</sup> *Riggs v. Palmer*. 513.

- Cardozo, B. N. (1921). *The Nature of the Judicial Process*, New Haven, Yale University Press.
- Dworkin, R. M. (1967). *The Model of Rules*, «The University of Chicago Law Review», 35, 14-46. Ora cap. 2 di Dworkin (1978).
- (1978). *Taking Rights Seriously*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press.
- (1985). *A Matter of Principle*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press.
- (1986). *Law's Empire*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press.
- Fiss, O. M. (1985). *Conventionalism*, «Southern California Law Review», 58, 177-197.
- Gardner, J. (2010). *Ethics and Law*, in Skorupski, J. (ed.), *The Routledge Companion to Ethics*, London, Routledge, 420-430.
- Gentili, A. (2014). *Il diritto come discorso*, Milano, Giuffrè.
- Goldsworthy, J. (1997). *Originalism in Constitutional Interpretation*, «Federal Law Review», 25, 1-50.
- (2005). *Legislative Intentions, Legislative Supremacy, and Legal Positivism*, «San Diego Law Review», 42, 493-518.
- Goodman, N. (1983). *Fact, Fiction and Forecast*, quarta ed. (1.<sup>a</sup> ed., 1954), Cambridge and London, Harvard University Press.
- Greenawalt, K. (2000). *Are Mental States Relevant for Statutory and Constitutional Interpretation?*, «Cornell Law Review», 85, 1609-1672.
- Guastini, R. (2011). *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè.
- Hart, H. L. A. (1994). *The Concept of Law*, sec. ed., Oxford, Clarendon Press.
- Johnson-Laird, P. N., Byrne, R. M. J. (2002). *Conditionals: A Theory of Meaning, Pragmatics, and Inference*, «Psychological Review», 109, 646-678.
- Kripke, S. (1980). *Naming and Necessity*, Oxford, Basil Blackwell.
- Leiter, B. (2003). *Beyond the Hart/Dworkin Debate. The Methodology Problem in Jurisprudence*, «The American Journal of Jurisprudence», 48, 17-51.
- Lewis, D. K. (1973). *Counterfactuals*, Oxford, Basil Blackwell.
- MacPherson, J. A. E. (2010). *Legislative Intentionalism and Proxy Agency*, «Law and Philosophy», 29, 1-29.
- Marmor, A. (2001). *Positive Law and Objective Values*, Oxford, Clarendon Press.
- (2005). *Interpretation and Legal Theory*, 2.<sup>a</sup> ed., Oxford and Portland, Hart Publishing.
- Moreso, J. J. (2005). *Lógica, argumentación e interpretación en el derecho*, Barcelona, Editorial UOC.
- Naffine, N. et al. (eds.) (2001). *Intention in Law and Philosophy*, Aldershot, Ashgate-Dartmouth.
- Paulson, S. L. (1998). *Attribuire intenzioni ad entità collettive: due prospettive scettiche*, «Ars Interpretandi», 3, 65-83.
- Pino, G. (2008). *Il linguaggio dei diritti*, «Ragion pratica», 31, 393-409.
- Quine, W. V. O. (1950). *Methods of Logic*, New York, Holt, Rinehart and Winston.
- Radin, M. (1930). *Statutory Interpretation*, «Harvard Law Review», 43, 863-885.
- Ratti, G. B. (2012). *Diritto, indeterminazione, indecidibilità*, Madrid, Marcial Pons.
- Raz, J. (1996). *Intention in Interpretation*, in George, R. P. (ed.), *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*, Oxford, Oxford University Press, 249-286.
- Shapiro, S. (2007). *The "Hart-Dworkin" Debate: A Short Guide for the Perplexed*, in Ripstein, A. (ed.), *Ronald Dworkin*, Cambridge, Cambridge University Press, 22-55.
- Stalnaker, R. (2003). *Ways a World May Be. Metaphysical and Anti-Metaphysical Essays*, Oxford, Clarendon Press.

- Stoljar, N. (1998). *Counterfactuals in Interpretation: The Case Against Intentionalism*, «Adelaide Law Review», 20, 29-59.
- (2001a). *Vagueness, Counterfactual Intentions, and Legal Interpretation*, «Legal Theory», 7, 447-465.
- (2001b). *Postulated Authors and Hypothetical Intentions*, in Naffine *et al.* (2001), 271-290.
- Williams, J. (2001). *Constitutional Intention: The Limits of Originalism*, in Naffine *et al.* (2001), 321-341.
- Woods, M. (1997). *Conditionals*, Oxford, Oxford University Press.