

PROBLEMI DI APPLICAZIONE NELLA TEORIA DISCORSI- VELLA DELLA MORALE E DEL DIRITTO

ALESSANDRO PINZANI

Nel presente lavoro io 1) riassumerò brevemente le caratteristiche dell'etica del discorso nella versione offertane da Jürgen Habermas; 2) esporrò la distinzione tra fondazione e applicazione di norme così come essa è stata formulata da Klaus Günther e ripresa dallo stesso Habermas; 3) analizzerò i problemi cui va incontro tale distinzione in ambito morale; 4) esaminerò il senso assunto da essa nella teoria del diritto esposta da Habermas in *Faktizität und Geltung*.

1. CARATTERI GENERALI DELL'ETICA DEL DISCORSO

1.1. Un'etica «deontologica, cognitivista, formalistica e universalistica»

Oggigiorno l'etica del discorso è senza dubbio una delle più discusse tra le teorie etiche contemporanee, e non solo nei paesi di lingua tedesca⁽¹⁾. Questo interesse è determinato innanzi tutto dal fatto che si tratta

⁽¹⁾ Per una più accurata disamina dell'etica del discorso in tutte le sue implicazioni rimando alla vastissima letteratura. Tra le voci critiche vorrei citare alcuni titoli tra i più recenti: A. WELLMER, *Ethik und Dialog. Elemente des moralischen Urteils bei Kant und die der Diskursethik*, Suhrkamp, Frankfurt a.M. 1986 (un'opera non recente ma che ha suscitato ampie discussioni e prese di posizione da parte di tutti i rappresentanti dell'etica del discorso, da Apel a Habermas, ad Alexy, a Günther), O. HÖFFE, *kategorische Rechtsprinzipien. Ein Kontrapunkt der Moderne*, Suhrkamp, Frankfurt a.M. 1990, i capitoli 12-14; U. STEINVORTH, *Klassische und moderne Ethik. Grundlinien einer materialen Moraltheorie*, Reinbek bei Hamburg 1990 e G. SCHÖNRICH, *Bei Gelegenheit Diskurs. Von den Grenzen der Diskursethik und dem Preis der Letzbegründung*,

di una delle poche (se non dell'unica) teoria che propugni una forma di etica «deontologica, cognitivista, formalistica e universalistica»⁽²⁾. In breve: l'etica del discorso difende la possibilità di un'etica di tipo razionale in senso kantiano. Ciò che la distingue dal progetto kantiano di un'etica della ragione è però l'elemento discorsivo.

Infatti sua idea principale è che sia possibile determinare la giustezza di una norma sulla base di un discorso tra gli interessati (ossia tra coloro che possono venire colpiti nei loro interessi dalle conseguenze dell'applicazione di quella norma). Il fatto che l'etica del discorso si orienti su delle norme ne fa un'etica deontologica. L'ulteriore circostanza che sia possibile stabilire la giustezza di una norma, ne fa un'etica cognitivista, e la distingue da molte altre teorie contemporanee che negano questa possibilità. Secondo Habermas esiste una corrispondenza tra la pretesa di verità elevata da un asserto descrittivo e quella di giustezza elevata da un asserto normativo: entrambe le pretese si lasciano soddisfare soltanto in un ambito discorsivo, il che è a dire che il criterio ultimo per stabilire sia la verità di asserzioni che la giustezza di norme è il consenso dei partecipanti al discorso.

L'etica del discorso mostra infine il proprio formalismo ed universalismo nel fatto di non offrire valori materiali o norme concrete, ma solo un criterio formale che permette di organizzare il procedimento in base al quale *tutti* possono partecipare alla creazione di norme (e ciò fa di lei un'etica procedurale). Questo criterio, cui spetta un compito analogo a quello dell'imperativo categorico in Kant, è un principio di universalizzazione (U). Secondo tale principio «ogni norma valida deve soddisfare la condizione che le conseguenze e gli effetti secondari derivanti (presumibilmente) di volta in volta dalla sua *universale* osservanza per quel che riguarda la soddisfazione di *ciascun* singolo, possano venir accettate da *tutti* gli interessati (e possano essere preferite alle conseguenze delle note possibilità alternative di regolamentazione)»⁽³⁾.

Suhrkamp, Frankfurt a.M. 1994. Per una critica «interna» alla teoria del discorso stessa si vedano specialmente R. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1978¹, 1991²; Id., *Theorie des Grundrechte*, BadenBaden 1985; Id., *Idee und Struktur eines Vernünftigen Rechtssystems*, in «Archiv für Rechts-und Staatsphilosophie», 44 (1991); Id., *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*, Suhrkamp, Frankfurt a.M. 1995.

⁽²⁾ J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Suhrkamp, Frankfurt a.M. 1994², p. 7.

⁽³⁾ J. HABERMAS, *Etica del discorso*, Laterza, Roma-Bari 1989, p. 74.

Secondo Habermas da (U) è possibile derivare il principio dell'etica del discorso (D), secondo il quale «possono pretendere validità soltanto quelle norme che trovano (o possono trovare) il consenso di tutti i soggetti coinvolti quali partecipanti a un discorso pratico»⁽⁴⁾.

Mentre (D) afferma che una norma è moralmente accettabile solo se intorno ad essa si crea un consenso generale, (U) fornisce un criterio in base al quale creare tale consenso: una norma morale è valida se è il risultato di un discorso condotto tenendo conto dell'interesse di tutti i possibili soggetti coinvolti. Si badi bene che l'interesse in questione non è un astratto «interesse generale», ma piuttosto il concreto interesse individuale di ciascuno dei singoli partecipanti al discorso, anche se ciascuno è obbligato a tener conto degli interessi di tutti gli altri.

Inoltre i possibili interessati dall'applicazione di una norma morale sono potenzialmente tutti gli individui, compresi quelli delle generazioni future. Pertanto ogni volta che abbia luogo un discorso morale, tutti gli uomini devono esser considerati come dei potenziali partecipanti. Il fatto che nella realtà ciò sia praticamente impossibile non rende meno valide le regole del discorso, ma ne sottolinea semplicemente il carattere controfattuale e regolativo.

1.2. *Discorsi ideali e discorsi reali*

Oggetto di un discorso morale sono dunque delle norme che necessitano di consenso. Tale discorso serve per lo più a ricreare consenso intorno a norme già valide e ora messe in discussione. In tal senso il discorso morale, pur nella sua idealità, non rappresenta qualcosa di astratto, ma si muove sull'orizzonte di una *Lebenswelt*, di un mondo della vita, in cui tali norme hanno vigore. Al discorso si contrappone il momento dell'azione, nel quale si agisce seguendo in maniera «irriflessa» le norme e le forme di comportamento proprie del mondo della vita in questione. Solo nel momento in cui queste norme vengono messe in discussione, l'azione si interrompe per lasciare spazio al discorso.

Pur essendo impossibile dar vita ad un discorso ideale, ogni discorso reale dà voce all'esigenza di una comunicazione autentica, non falsata dalle limitazioni cui essa sottostà nella vita quotidiana. Tali limitazioni sono di tre tipi: i discorsi pratici reali infatti 1) sono collegati inevitabil-

⁽⁴⁾ *Ivi*, p. 103.

mente a forme meno rigorose di argomentazione che non i discorsi teoretici, 2) non possono essere liberati del tutto dalla pressione esercitata dai conflitti sociali e infine 3) non sono dominati dal modello della composizione consensuale dei conflitti, ma vedono per lo più l'utilizzo di coazioni strategiche, quando non della violenza aperta⁽⁵⁾.

A tali condizioni il rapporto tra discorso ideale e discorso reale appare altamente problematico. In particolare non è chiaro in che modo il discorso reale possa soddisfare le condizioni del discorso ideale, stanti: 1) la scarsità di informazioni, 2) la limitata disponibilità di tempo e 3) la limitata partecipazione degli stessi interessati.

La prima deriva dal fatto che il nostro sapere è inevitabilmente limitato, specialmente per quanto riguarda il futuro; ma sono proprio le situazioni future che contano in un discorso che assuma (U) come propria regola argomentativa, visto che esso prescrive di tenere in considerazione *le possibili conseguenze future* dell'applicazione di una norma. Inoltre persino i possibili interessati non possiedono un sapere certo e indubitabile su quelli che saranno i loro interessi in futuro. Quest'ultimo aspetto rende estremamente instabile il consenso creatosi nel discorso, ponendolo sotto la pregiudiziale dell'invarianza degli interessi: qualora questi dovessero modificarsi si renderebbe necessario procedere ad un nuovo discorso, il quale a sua volta non darebbe garanzia di definitività. Tutto questo si concilia con l'esigenza di rivedibilità delle norme che, secondo Habermas, caratterizza la modernità, ma rischia di condurre ad un inflazionamento del processo discorsivo e di far venir meno la spinta motivazionale a prender parte a discorsi morali.

La scarsa disponibilità di tempo è legata alla necessità di prendere una decisione riguardo l'azione da compiere e quindi di creare consenso intorno alla norma che la regola. Tale ristrettezza impedisce ai partecipanti di prendere in considerazione veramente tutti i possibili scenari futuri risultanti dall'applicazione della norma in questione, e quindi tutti i possibili interessi.

La terza condizione a non venire soddisfatta in un discorso reale è quella riguardante la partecipazione di tutti i possibili interessati. Questa non è possibile innanzi tutto nel senso banale che, nel caso in cui si discuta su norme e comportamenti le cui conseguenze tocchino le generazioni future (problemi ecologici, di bioetica, di tecnoetica, ecc.), i possi-

(⁵) *Ivi*, pp. 117 ss.

bili interessati non possono partecipare ad un discorso reale, non essendo ancora in vita. Soprattutto però vi è l'impossibilità materiale che tutti gli interessati dall'applicazione di una norma morale possano riunirsi e dar luogo ad un discorso. Questo può forse accadere nel caso di norme speciali, in cui il numero dei possibili interessati sia ridotto, ma non in quello di norme che, come quelle morali, pretendono di indirizzarsi a tutti. Inoltre si devono fare i conti, come dice Habermas, con l'ineguale distribuzione di attenzione, competenza e sapere all'interno del pubblico, con l'egocentrismo, la debolezza del volere, l'irrazionalità e l'autoinganno dei soggetti coinvolti, con il loro scarso interesse per temi estremamente specifici o lontani dalle loro capacità di comprensione, con la loro effettiva disponibilità a contribuire alla discussione, con il loro atteggiamento strategico, le loro passioni, i loro pregiudizi, ecc. ⁽⁶⁾

Inoltre il carattere regolativo di (U) non elimina le difficoltà legate ad una sua concreta applicazione. Secondo Günther «il principio morale esclude dal discorso morale inclinazioni, passioni ed interessi particolari, forme di vita culturalmente determinate, criteri di valori legati all'eticità [in senso hegeliano A.P.] e massime della vita buona» ⁽⁷⁾. (U) impone di giustificare razionalmente (ossia in modo comprensibile e valido per tutti) le pretese di validità di norme e linee di azione. Il problema è se sia possibile conciliare questa richiesta di giustificazione con il fatto che ci muoviamo sempre ed inevitabilmente nell'orizzonte di un determinato mondo della vita, di cui fanno parte appunto «forme di vita culturalmente determinate, criteri di valori legati all'eticità e massime della vita buona». Persino (U) può essere utilizzato come principio morale soltanto all'interno di determinate forme di vita, mentre in altre prevalgono piuttosto criteri di carattere etico, religioso, mitico, tradizionale, ecc. (fenomeno che spinge Habermas a ricorrere al concetto di evoluzione sociale, che permette di distinguere tra società moralmente avanzate ed altre moralmente arretrate) ⁽⁸⁾.

⁽⁶⁾ Cfr. HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, cit. pp. 395 ss. dell'edizione del 1992.

⁽⁷⁾ K. GÜNTHER, *Der Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*, Frankfurt a.M. 1988, p. 89.

⁽⁸⁾ Il concetto di evoluzione sociale costituisce un caso specifico di quello più ampio di evoluzione morale che Habermas riprende da Lawrence Kohlberg (tra i numerosi brani in cui Habermas tratta l'argomento cfr. in particolare HABERMAS, *Etica del discorso*, cit., pp. 123-201 e Id., *Faktizität und Geltung*, cit. ed. del 1994, pp. 49-100). Sul tema vedi anche il mio articolo *L'etica del discorso di fronte ad alcune obiezioni*, in «Annali del Dipartimento di Filosofia. Università di Firenze», 9, 1993. Cfr. inoltre GÜNTHER, *Der Sinn für Angemessenheit*, cit., p. 90: «Il

2. FONDAZIONE E APPLICAZIONE DI NORME

2.1. *Discorsi di fondazione e discorsi di applicazione*

Per cercare di ovviare a queste difficoltà, Klaus Günther ha proposto di distinguere tra discorsi concernenti la fondazione di norme e discorsi concernenti la loro applicazione. Compito dei primi sarebbe stabilire la validità di una norma; ai secondi spetterebbe invece stabilirne l'adeguatezza rispetto alla situazione in cui essa deve essere applicata e rispetto ad altre norme ad essa alternative. Entrambi i tipi di discorso obbediscono ad un criterio di imparzialità, che però nel caso dei discorsi di fondazione è un'imparzialità in senso «universale e reciproco» e in quello dei discorsi di applicazione è un'imparzialità in senso «applicativo». L'imparzialità dei discorsi di fondazione si esprime infatti nella circostanza che *tutti gli interessati* devono accettare la norma in questione sulla base di un *discorso* definito secondo i criteri a noi noti. Nei discorsi di applicazione si parla di imparzialità in quanto nello stabilire l'adeguatezza di una norma alla situazione e rispetto ad altre norme, si devono prendere in considerazione *tutti i criteri rilevanti* di quella situazione e *tutte le possibili norme alternative*.

I discorsi fondativi sono quindi indipendenti dalla situazione in cui trovano applicazione le norme, e ciò avviene da un lato a causa del fatto che, come abbiamo già rilevato, i partecipanti ad essi possiedono un sapere limitato, e dall'altro a causa del fatto che tale sapere, così come gli interessi dei partecipanti medesimi, sono soggetti a mutare con il tempo. Perciò i discorsi fondativi danno luogo unicamente a norme *prima facie*, cioè a norme che sono valide se non mutano le circostanze a partire dalle quali le si è ritenute fondate⁽⁹⁾. Esse sottostanno quindi ad una clausola che Günther chiama «*ceteris paribus*»⁽¹⁰⁾: al mutare delle circostanze

principio (U) può essere applicato come principio-guida del nostro agire in discorsi reali soltanto se all'interno delle forme di vita in questione vengono soddisfatti determinati criteri applicativi che rendano plausibile un'applicazione di (U). Queste condizioni possono essere ricostruite ed identificate soltanto storicamente a partire dalla tradizione della forma di vita in questione». V. anche K.-O. APEL, *Diskurs und Verantwortung. Das Probleme des Übergangs zur postkonventionellen Moral*, Suhrkamp, Frankfurt a.M. 1988, pp. 103-153.

⁽⁹⁾ GÜNTHER, *Der Sinn für Angemessenheit*, cit., p. 259. Sul concetto di norme *prima facie* cfr. J. SEARLE, *Prima Facie Obligations*, in J. RAZ (ed.), *Practical Reasoning*, Oxford University Press, Oxford 1978, pp. 88 ss.

⁽¹⁰⁾ Altri autori, come Habermas, preferiscono chiamarla la clausola «*rebus sic stantibus*».

esse possono perdere la loro validità *per quanto riguarda la nuova situazione venuta a crearsi*. Secondo Habermas il principio di universalizzazione (U) «può servire soltanto a giustificare attese di comportamento o modi di agire generalizzati, di conseguenza, norme che sono a fondamento di una prassi generale»⁽¹¹⁾.

In teoria i discorsi di fondazione potrebbero dar luogo anche a quelle che Günther chiama «norme perfette»⁽¹²⁾, se solo fossero discorsi ideali, ovvero se rispondessero ai già citati requisiti di: illimitato sapere, illimitata disponibilità di tempo, illimitata partecipazione. In tal caso i discorsi di applicazione sarebbero inutili, poiché ogni discorso di fondazione sarebbe in grado di prendere in considerazione tutte le possibili situazioni in cui una norma potrebbe trovare applicazione. Discorsi del genere sono quelli richiesti da un'interpretazione «forte» di (U).

Secondo tale interpretazione, «Una norma è valida e adeguata ogniqualvolta le conseguenze e gli effetti secondari di un'osservanza universale di essa possono essere accettati da tutti per gli interessi di ciascun singolo in ogni situazione particolare»⁽¹³⁾. A una tale formulazione di (U) Günther preferisce un'interpretazione «debole» che fornisca a questo principio un indice temporale e conoscitivo. Secondo questa versione indicizzata, (U) «può richiedere unicamente che nella fondazione della norma vengano considerate quelle conseguenze ed effetti collaterali che, sulla base delle informazioni disponibili in un dato momento e delle ragioni ricavate da un'osservanza universale della norma, risultano *prevedibili* per gli interessi di ciascuno»⁽¹⁴⁾.

In tal modo i partecipanti all'argomentazione vengono liberati «dall'onere di tener conto, già durante la fondazione delle norme, della moltitudine di tutti i riferimenti, alle future situazioni per niente prevedibili»⁽¹⁵⁾.

La distinzione tra fondazione e applicazione di norme comporta l'introduzione di un principio che serva da criterio per i discorsi di applicazione analogamente a quanto avviene con (U) nei discorsi di fondazione: si tratta del principio di adeguatezza, che richiede di giudicare una norma facendo riferimento a tutte le caratteristiche rilevanti della situazione in

⁽¹¹⁾ HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, cit., p. 143.

⁽¹²⁾ GÜNTHER, *Der Sinn für Angemessenheit*, cit., pp. 167 ss.

⁽¹³⁾ *Ivi*, p. 50. Il brano è citato anche da Habermas in HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, cit., p. 144, dell'ed. del 1994, da cui riprendo la traduzione.

⁽¹⁴⁾ HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, cit., p. 144 (ed. del 1994).

⁽¹⁵⁾ *Ibidem*.

cui essa deve trovare applicazione e a tutte le altre norme che in tale situazione possono venire applicate. Una norma deve essere adeguata rispetto alla situazione da un lato e rispetto alle possibili norme alternative ad essa dall'altro.

2.2. *Un esempio di argomentazione riguardante l'adeguatezza di una norma*

In un'argomentazione riguardante l'adeguatezza di una norma è necessario quindi innanzi tutto giungere ad isolare le caratteristiche rilevanti della situazione in cui essa trova applicazione. Questo comporta una serie di passi, che illustrerò sulla base di un esempio divenuto ormai classico nella recente letteratura sull'argomento: X ha detto a Smith che stasera andrà alla sua festa, ma viene a sapere che il suo amico Jones sta male e ha bisogno di lui. Se andrà da Smith verrà meno ai propri doveri di amicizia per Jones, se andrà da Jones verrà meno all'impegno preso con Smith⁽¹⁶⁾.

1) In primo luogo è necessario descrivere la situazione stessa. Ciò avviene per mezzo di asserti descrittivi suscettibili a loro volta di una riprova effettuata dai partecipanti all'argomentazione in un discorso teorico. Nel nostro caso si deve stabilire se effettivamente vi è stato un accordo tra X e Smith riguardo la partecipazione del primo alla festa del secondo, se effettivamente Jones sta male, se egli ha davvero bisogno di X, se la festa di Smith è proprio stasera, ecc.

2) Una volta che si stia stabilito che le circostanze espresse in tali asserti corrispondono alla realtà, è necessario vedere se tra tali circostan-

⁽¹⁶⁾ Ciò richiama alla mente il celebre esempio kantiano dell'amico e dell'assassino, che riassumo brevemente: un amico, inseguito da un malfattore intenzionato ad ucciderlo, si rifugia in casa mia. Di lì a poco il malfattore bussa alla mia porta chiedendomi se la persona che lui insegue è nascosta da me. A questo punto, mi trovo in un conflitto morale: da un lato ho il dovere di difendere la vita umana ingiustamente minacciata (con l'ulteriore aggravante che si tratta della vita di un amico) e dall'altro ho il dovere di dire sempre la verità. Per essere più esatti, a entrare in conflitto sono qui due norme che mi impongono l'una di rispettare la vita umana e l'altra di non mentire mai. Kant decide, com'è noto, per quest'ultima norma, lasciando l'amico in balia del suo assassino, in quanto il dovere di non mentire è di carattere superiore all'altro, anzi, a qualsiasi altro dovere: esso infatti «costituisce la suprema condizione giuridica di ogni dichiarazione» (cfr. I. KANT, *Sopra un preteso diritto di mentire per amore dell'umanità*, in Id., *Scritti politici*, a cura di G. Solari e G. Vidari, UTET, Torino 1965, p. 364) Per una interessante analisi di questo dilemma si veda O. HÖFFE, *Universalistische Ethik und Urteilskraft: ein Aristotelischer Blick auf Kant*, in «Zeitschrift für philosophische Forschung», 44 (1990), n. 4.

ze siano presenti quelle caratteristiche che rendono possibile l'applicazione di una determinata norma. Ad es., di fronte ad un semplice impegno informale di X con Smith del tipo «Se avrò voglia di farlo, verrò alla tua festa» sarebbe assurdo far riferimento alla norma che impone di mantenere le promesse e rimproverare ad X di essere venuto meno all'accordo preso qualora invece si sia recato da Jones.

3) Questo dimostra come sia importante anche disporre di una chiara definizione del significato dei termini con i quali descriviamo la situazione o le condizioni in cui può essere applicata una norma. Nell'esempio succitato sarebbe pertanto necessario chiarire cosa si intende per «impegno» o per «promessa»⁽¹⁷⁾.

4) Inoltre è necessario giustificare il fatto che solo determinate caratteristiche risultano rilevanti per l'applicazione di una norma. Se X andasse alla festa facendo riferimento al fatto di averlo promesso a Smith gli si potrebbe chiedere per quale motivo ritiene rilevante la circostanza di aver fatto una promessa a Smith e non quella che Jones ha bisogno di lui. L'attribuzione del carattere di rilevanza ad una determinata circostanza implica la pretesa di poter motivare tale attribuzione: X deve essere in grado di fondare la rilevanza da lui attribuita alla promessa fatta a Smith rispetto alla malattia di Jones.

Solo dopo aver stabilito quali siano le caratteristiche rilevanti della situazione in questione è possibile stabilire quale sia la norma da applicare. Una volta stabilito che il fatto che Jones ha bisogno di lui sia più rilevante della promessa fatta a Smith, X può decidere di applicare la norma che impone di correre in soccorso di un amico che si trovi nel bisogno. Questo non significa né che tale norma sia più importante dell'altra, che impone di mantenere le promesse, né che quest'ultima cessi di essere valida o debba essere fornita di una clausola del tipo «Si devono mantenere le promesse salvo che nel caso in cui un amico si trovi nel bisogno». Infatti per il fatto di non trovare applicazione in una determinata situazione (o di dover cedere il passo ad un'altra norma ritenuta più appropriata) una norma non perde la propria validità *prima facie*: i motivi per i quali essa aveva assunto tale validità (in un discorso di fondazione e sotto la clausola «ceteris paribus») non vengono toccati.

Un conflitto tra norme si ha quindi soltanto sul piano della loro

(¹⁷) Questo della corretta definizione dei termini usati per descrivere una situazione in cui una norma può trovare applicazione è un problema ben noto ai giuristi.

applicazione, e precisamente quando due o più di esse, una volta che vengano applicate separatamente, conducano a risultati inconciliabili tra loro, e cioè a dei giudizi normativi che si contraddicano a vicenda⁽¹⁸⁾. Nel caso succitato saremmo di fronte da un lato al giudizio normativo «Non è mai bene (non si deve mai) venir meno alle promesse, neanche se ne un amico si trova nel bisogno», dall'altro al giudizio normativo «È sempre bene (si deve sempre) soccorrere gli amici nel bisogno, anche se per farlo occorra venir meno a delle promesse». Il problema sorge solo al momento di applicare le norme, e non è possibile né necessario prevederlo al momento di fondarle. «Con quali norme possa entrare in collisione in una situazione di applicazione una norma applicabile *prima facie*, i partecipanti [ad un discorso] lo sanno soltanto dopo aver riferito tutte le caratteristiche rilevanti di una descrizione della situazione a delle norme applicabili» in quella situazione medesima⁽¹⁹⁾.

Questa dipendenza dalla singola situazione è dipendenza dalla storia, «in quanto essa soltanto produce situazioni imprevedibili che ci costringono a dare un'interpretazione di volta in volta diversa di tutte le norme valide»⁽²⁰⁾. È appunto la mutevolezza delle situazioni (ossia la loro storicità) che ci costringe a distinguere tra fondazione e applicazione di norme.

Questo richiamo alla storicità delle situazioni non deve sembrare in contrasto con le pretese di universalità dell'etica del discorso: il principio morale non cambia al mutare delle condizioni in cui viene applicato, né viene meno la validità delle norme ritenute fondate. Ciò che cambia sono «le interpretazioni che diamo moralmente delle regole valide nella loro applicazione ai casi imprevedibili»⁽²¹⁾.

Più problematica appare la questione della conciliabilità di questo riferimento alla storicità con le pretese di coerenza elevate da qualunque sistema di norme, sia esso morale o giuridico. Il problema appare ancora più evidente nel caso del diritto, il quale per definizione serve ad «erigere delle barriere di attese di comportamento stabili contro la pressione della mutevolezza storica»⁽²²⁾. È la questione della cosiddetta certezza del

⁽¹⁸⁾ Cfr. ALEXY, *Recht, Vernunft, Diskurs*, cit. p. 77.

⁽¹⁹⁾ HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, cit., p. 267 (ed. del 1992).

⁽²⁰⁾ GÜNTHER, *op. cit.*, p. 182, citato anche in HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, cit., p. 147 (ed. del 1994), da cui riprendo la traduzione italiana.

⁽²¹⁾ HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, cit., p. 147 (ed. del 1994).

⁽²²⁾ HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, cit., p. 269 (ed. del 1992).

diritto. Ma prima di passare a parlare del diritto, vediamo quali sono i problemi risultanti dalla distinzione tra fondazione e applicazione di norme in ambito morale.

3. PROBLEMI SOLLEVATI DALLA DISTINZIONE TRA FONDAZIONE ED APPLICAZIONE DI NORME

3.1. *Le difficoltà cui va incontro la teoria di Günther*

La distinzione tra fondazione e applicazione di norme (e quindi tra i corrispondenti tipi di discorso) solleva una serie di difficoltà.

1) Innanzi tutto Günther dovrebbe definire i criteri in base ai quali noi siamo in grado di stabilire la rilevanza di determinate caratteristiche di una situazione riguardo a una determinata norma.

2) In secondo luogo, anche ammesso che sia possibile individuare tali criteri, come possiamo esser sicuri di aver preso in considerazione tutte le caratteristiche rilevanti di una situazione riguardo alle norme in questione?

3) Queste due difficoltà rimandano a un problema di carattere più generale: il problema dell'esistenza e del ruolo di qualcosa come una facoltà del giudizio morale. L'etica del discorso vorrebbe fare a meno di questo concetto, secondo lei, troppo legato a modelli etici tradizionali (ma presente, significativamente, anche nell'etica kantiana), ma è difficile vedere come si possa risolvere il problema di una corretta valutazione della situazione di applicazione di una o più norme in mancanza di criteri oggettivi senza far ricorso ad una facoltà del genere. Quando Habermas dice che «la validità di una norma non garantisce ancora nessuna giustizia nel caso singolo»⁽²³⁾ viene in mente la definizione aristotelica di equità come correttivo agli errori e alle omissioni che sorgono necessariamente dall'universalità della legge⁽²⁴⁾. E del resto lo stesso Günther ammette

⁽²³⁾ *Ivi*, p. 266.

⁽²⁴⁾ «Quando dunque la legge dice in universale, ma le sopraggiunge un caso che fuoriesce dall'universale, allora è corretto, là dove il legislatore ha tralasciato ed ha commesso un errore dicendo in universale, correggere ciò che è stato omissso: cosa che il legislatore stesso avrebbe detto se fosse stato là presente ed avrebbe prescritta se avesse visto. Per questo l'equo è giusto, ed è migliore di una forma del giusto, ma non del giusto in assoluto, bensì dell'errore dovuto al dire

l'esistenza di «un resto di competenza» per la facoltà del giudizio morale, vista l'impossibilità «di prendere in considerazione tutte le caratteristiche di una situazione»⁽²⁵⁾. Non credo però che basti semplicemente parlare di «resto» per ridimensionare il ruolo di questa facoltà.

Günther ritiene di potersi sottrarre a queste tre difficoltà ricorrendo ad un criterio formale di adeguatezza. Egli pensa di non dover fornire i criteri di cui in (1) e (2) poiché è solo all'interno della singola situazione che io posso decidere quale caratteristica risulta rilevante per la descrizione della situazione medesima e quali sono le norme che possono trovare applicazione in essa. I criteri in base ai quali ci orientiamo nel valutare delle norme in collisione tra loro non possono privilegiare «determinati punti di vista normativi rispetto ad altri». «Se l'adeguatezza deve consistere nel prendere in considerazione tutte le caratteristiche di una situazione, non è possibile che il metodo di tale considerazione sia determinato a sua volta secondo criteri materiali»⁽²⁶⁾. Ma questa risposta non fa che rendere più necessario il ricorso a una facoltà del giudizio morale svincolata da criteri validi per ciascuno e per ogni situazione. Cacciata per la porta essa rientra dalla finestra.

4) Ho già rilevato come i discorsi reali sottostiano a pregiudiziali riguardanti la limitata disponibilità di tempo, la limitata quantità di informazioni e la circoscritta partecipazione degli interessati. In conseguenza di queste limitazioni, Robert Alexy ha messo in rilievo come la versione «debole» di (U) dovrebbe essere fornita, oltre che di un indice temporale e cognitivo, di uno riguardante il numero dei partecipanti al discorso. In realtà tale limitazione *de facto* non dovrebbe avere nessuna implicazione riguardo la formulazione di (U). Affinché sia soddisfatto il criterio dell'imparzialità occorre che siano presi in considerazione gli interessi di ciascuno, anche di coloro che non prendono effettivamente parte all'argomentazione. Come questo sia possibile è un altro problema. In questo senso ha ragione Alexy nel dire che si ha ragione di supporre «che non la distinzione tra fondazione e applicazione possa essere il problema decisivo per la teoria del discorso, ma piuttosto quella tra discorsi reali e

in universale. Ed è questa la natura dell'equo, di essere un correttivo della legge là dove essa fa un'omissione a causa del dire in universale». ARISTOT. *Eth. Nic.*, V, 14, 1137b, 20-27 (qui citata nella traduzione di M. Zanatta, Rusconi, Milano 1988).

⁽²⁵⁾ GÜNTHER, *op. cit.*, p. 94.

⁽²⁶⁾ GÜNTHER, *op. cit.*, pp. 301 ss.

ideali»⁽²⁷⁾, distinzione che crea a tale teoria grosse difficoltà per quanto riguarda i discorsi *morali*.

5) Un'ulteriore difficoltà sorge dal fatto che nei discorsi di fondazione è necessario far riferimento a situazioni concrete di applicazione, altrimenti non sarebbe possibile stabilire se davvero tutte le persone coinvolte hanno un interesse a che la norma in questione venga applicata.

Günther sostiene che le situazioni di applicazione prese in considerazione nei discorsi di fondazione hanno semplicemente il carattere di «situazioni ipotetiche» o di «situazioni paradigmatiche»⁽²⁸⁾. Ma Alexy sottolinea giustamente che «non c'è nessuna regola del discorso che proibisca di immaginare situazioni complesse e di chiedersi se la norma proposta sia accettabile per ciascuno anche rispetto ad esse»⁽²⁹⁾.

6) Sempre Alexy rileva inoltre come in realtà i discorsi di applicazione finiscano con il ridursi a discorsi di fondazione riguardanti norme individuali. Per ogni nuova situazione è necessario infatti creare una nuova norma individuale che rappresenta l'elaborazione di una norma *prima facie* modellata sul caso specifico.

Prendiamo di nuovo in considerazione l'esempio succitato. Io potrei risolvere il conflitto tra le due norme (entrambe ben fondate) «Mantieni le promesse» e «Aiuta gli amici nel bisogno» applicando alla prima norma una clausola che ammetta un'eccezione nel caso in cui un amico sia appunto nel bisogno. Ma la norma che ne risulta («Mantieni le promesse a meno che ciò non vada a scapito di un amico che si trova nel bisogno») è in realtà una nuova norma che necessita a sua volta di essere fondata e che non era implicita in nessuna delle due norme dall'incrocio delle quali è risultata.

Günther replica a quest'obiezione che in tal modo «la validità di una norma verrebbe risucchiata dalla sua adeguatezza»⁽³⁰⁾ e noi disposeremmo solo di norme individuali valide solo per ogni singola situazione. Ci troveremmo di fronte a una sorta di *tabula rasa* morale in ogni nuova situazione. «Questo svantaggio viene meno se si parte dall'idea che in ogni situazione ci sono *più* norme *prima facie valide* che possono essere applicate, ma solo *una* norma *adeguata*»⁽³¹⁾. Ciò rimanda al concetto di

⁽²⁷⁾ ALEXY, *Recht, Vernunft, Diskurs*, cit., p. 56.

⁽²⁸⁾ GÜNTHER, *op. cit.*, p. 51 e *passim*.

⁽²⁹⁾ ALEXY, *op. ult. cit.*, p. 68.

⁽³⁰⁾ GÜNTHER, *op. cit.*, p. 173.

⁽³¹⁾ *Ibidem*.

coerenza introdotto precedentemente e che è venuto il momento di analizzare più da vicino.

3.2. *La coerenza di un ordinamento normativo*

Essendo impossibile individuare dei criteri materiali di adeguatezza, è ovvio che ogni tentativo «di descrivere la logica delle argomentazioni di adeguatezza ammette solo un criterio formale»⁽³²⁾ secondo il quale una norma è adeguata se è conciliabile con tutte le altre norme che siano applicabili in quella situazione (a condizione che tutte le norme in questione possano essere giustificate in un discorso di fondazione). Questo «primo criterio di coerenza»⁽³³⁾ non chiarisce però come debba presentarsi in concreto questa coerenza.

Perciò nel «secondo criterio di coerenza» Günther fa riferimento non più astrattamente a norme che potrebbero essere fondate in un non meglio precisato ambito discorsivo, ma a norme appartenenti ad una determinata forma di vita, sia che esse siano già fondate razionalmente, sia che non lo siano ancora. Ciò non significherebbe né una concessione all'eticità esistente né una rinuncia alla pretesa di universalità: queste norme sono modificabili e possono essere ritenute infondate e rigettate in ogni momento. Prese tutte insieme esse rappresentano dei possibili punti di vista all'interno di una forma di vita.

Forme di vita complesse e «decentrate» come quelle post-convenzionali presentano però una vastissima gamma di siffatti punti di vista. In che modo essi formino un ordinamento coerente non è chiaro. Per risolvere la questione Günther potrebbe far ricorso ai valori condivisi all'interno delle varie forme di vita: coerenti tra loro sarebbero tutte quelle norme espressione dei medesimi valori morali. Ma si potrebbe far riferimento anche alla tradizione o alla fonte delle norme stesse. In ogni caso dovrebbe essere nominato almeno un criterio unificante che permetta di misurare la coerenza di più norme tra loro. Nel caso di società post-convenzionali esso potrebbe essere persino (U). In tal caso avremmo un ordinamento formato da sole norme universalizzabili. O si potrebbe far riferimento ad altri elementi controfattuali presenti in tutte le moderne società occidentali, come i diritti umani⁽³⁴⁾. Lo stesso Günther arriva a

⁽³²⁾ GÜNTHER, *op. cit.*, p. 303.

⁽³³⁾ *Ivi*, p. 304.

⁽³⁴⁾ Questa è la proposta di Otfried Höffe (cfr. HÖFFE, *Kategorische Rechtsprinzipien*, cit.

parlare di «paradigmi» propri di ogni forma di vita, ossia di «schemi in cui vengono riuniti in maniera coerente dati di fatto empirici, rappresentazioni della vita buona, norme valide e descrizioni di situazioni più o meno standardizzate», i quali servono a stabilire quali siano i caratteri rilevanti di una situazione⁽³⁵⁾.

Quanto meno nell'applicazione di norme valide (ossia universalizzabili) è necessario pertanto richiamarsi alla particolarità delle concrete forme di vita. Del resto anche nei discorsi di fondazione, poiché in essi si deve tener conto degli interessi dei partecipanti, occorre far riferimento a dati di fatto empirici, a rappresentazioni della vita buona (più o meno condivise) e a descrizioni standard di situazioni. Ciò rende concretamente possibili i discorsi morali, ma segna anche i limiti della possibilità reale di condurre discorsi il più possibile rispondenti al modello ideale: in ogni discorso entrano inevitabilmente in gioco elementi irriducibili ad ogni idealizzazione. Ciò che viene universalizzato non può mai essere l'interesse di tutti i possibili interessati in astratto, ma sempre il concreto interesse delle persone effettivamente coinvolte. Nel giudicare se l'applicazione di una norma possa essere accettata da tutti, ci troviamo sempre in un'ottica limitata (dai dati di fatto empirici su cui disponiamo, dalle nostre rappresentazioni della vita buona, ecc.) e in realtà finiamo con lo stabilire che essa è accettabile da tutti coloro che condividono con noi quell'ottica (quella rappresentazione della vita buona, ecc.).

La maggior parte dei problemi cui la teoria del discorso va incontro con la distinzione tra fondazione e applicazione di norme in campo morale è però destinata a scomparire in quello della teoria giuridica, come mostrerò nell'ultima sezione di questo saggio.

4. IL PROBLEMA DELL'APPLICAZIONE DI NORME IN UNA TEORIA DEL DIRITTO BASATA SULLA TEORIA DEL DISCORSO

4.1. *Teoria del discorso e teoria del diritto*

È evidente che la questione dell'applicazione delle norme, da noi analizzata finora nell'ambito morale, investe anche quello giuridico. Anche nel caso del diritto ne va della fondazione e dell'applicazione di

(³⁵) GÜNTHER, *op. cit.*, p. 307.

norme, e anche nel caso del diritto un ruolo primario viene giocato dalle procedure per la creazione di tali norme e dalla valutazione delle situazioni in cui esse trovano applicazione.

Non è un caso che i maggiori rappresentanti della teoria del discorso (con l'eccezione parziale di Apel) si siano misurati con il fenomeno del diritto. Il primo a tentare di applicare i modelli dell'etica del discorso all'argomentazione giuridica è stato Robert Alexy. Lo hanno seguito, sia pure con un ritardo di oltre dieci anni, Günther e lo stesso Habermas, il cui *Faktizität und Geltung* rappresenta finora il tentativo più esauriente di elaborare una teoria del diritto a partire dalla prospettiva della teoria del discorso.

I rapporti tra etica del discorso e diritto possiedono secondo Alexy un carattere di necessità: «La teoria del discorso può dispiegare in pieno il proprio valore solo in una teoria del diritto e dello stato. Una tale teoria non è semplicemente un caso di applicazione della teoria del discorso, ma il suo completamento necessario per motivi interni alla teoria stessa. La teoria del discorso non può fare a meno di una teoria del sistema giuridico e quest'ultima non può fare a meno della prima»⁽³⁶⁾.

Il senso immediato dell'applicazione della teoria del discorso all'ambito della teoria del diritto è quello di una spiccata accentuazione del momento legislativo. È a questo livello infatti che meccanismi discorsivi possono giocare un ruolo decisivo. Ciò si concilia con l'interesse emancipativo sempre dimostrato da Habermas, secondo il quale il diritto costituisce lo strumento necessario per garantire forme di comunicazione che non soggiacciano agli imperativi dei sistemi dell'economia e del potere amministrativo e per assicurare integrazione all'interno di società postconvenzionali complesse. Una teoria del diritto che assuma la prospettiva della teoria del discorso implica dunque una serie di conseguenze sul piano ideologico, che sarà possibile chiarire esaminando brevemente la concezione habermasiana del diritto.

Habermas privilegia quello che lui chiama un «paradigma procedurale del diritto», ossia una concezione globale del diritto in cui l'accento

(36) ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*, cit., p. 36. Per un critico della teoria del discorso come Gerhard Schönrich questa necessità è un difetto: a proposito della formulazione di (U) egli parla della «conseguenza indesiderata di poter determinare i problemi morali solo sulla base di modelli adeguati soltanto a problemi giuridici» (SCHÖNRICH, *Bei Gelegenheit Diskurs*, cit., p. 84). Anche Günther stabilisce una sorta di necessità tra le conclusioni cui giunge la teoria del discorso e il fenomeno del diritto: infatti le limitazioni cui sottostanno i discorsi reali (mancanza di tempo, incompletezza del sapere e limitata partecipazione) rendono necessaria la istituzionalizzazione di un sistema giuridico (cfr. GÜNTHER, *op. ult. cit.*, p. 184).

viene messo sulla cooriginarietà delle autonomie privata e pubblica dei cittadini. Contrariamente al «paradigma liberale», che privilegia la prima (e che quindi vede nel diritto innanzitutto lo strumento per proteggerla) e al «paradigma dello stato sociale», che invece mette l'accento sulla seconda (e per il quale quindi il diritto è il mezzo per permetterne l'esplicazione), il paradigma procedurale insiste sul fatto che i cittadini sono al tempo stesso i destinatari e i creatori delle norme di un ordinamento giuridico.

Nei primi due paradigmi Habermas vede l'espressione di una visione dell'uomo e della società legata al modello di produzione capitalistico, con la differenza che il paradigma liberale crede che la società capitalista «adempia alle aspettative di giustizia sociale per mezzo del conseguimento autonomo (nel senso dell'autonomia privata) dei rispettivi interessi personali», e il paradigma dello stato sociale ritiene, all'opposto, che in questo modo tali aspettative vadano deluse⁽³⁷⁾. Entrambi questi paradigmi vedono quindi negli individui solo i destinatari del diritto.

Al contrario il paradigma procedurale parte da una visione della società in cui oltre a processi produttivi abbiano luogo anche processi comunicativi. «Al posto del gioco a somma zero tra i margini di iniziativa di attori privati e statali subentrano le più o meno intatte forme di comunicazione delle sfere pubblica e privata del mondo della vita da un lato e del sistema politico dall'altro»⁽³⁸⁾. Questo paradigma insiste sulla circolarità che viene a istituirsi tra le istanze legittimate a creare norme giuridiche (la cui attività è regolata a sua volta giuridicamente) e l'opinione pubblica (che invece è libera da tale regolamentazione). Secondo la definizione di Ingeborg Maus, il nucleo del paradigma procedurale del diritto è costituito dal fatto che il diritto viene creato in un processo democratico, in cui hanno luogo «una continua combinazione e una reciproca mediazione tra sovranità popolare istituzionalizzata giuridicamente e sovranità popolare non istituzionalizzata»⁽³⁹⁾. «Nel paradigma procedurale del diritto» le fa eco Habermas «l'opinione pubblica politica non viene vista come l'atrio dell'edificio parlamentare, ma come la periferia che *include* il centro politico fornendogli gli impulsi»⁽⁴⁰⁾.

⁽³⁷⁾ HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, cit. p. 491 (ed. del 1992).

⁽³⁸⁾ *Ivi*, p. 492.

⁽³⁹⁾ I. MAUS, *Zur Aufklärung der Demokratietheorie*, Suhrkamp, Frankfurt a.M. 1992, p. 203.

⁽⁴⁰⁾ HABERMAS, *op. ult. cit.*, p. 533 (ed. del 1992).

La teoria habermasiana del diritto pone quindi in primo piano innanzi tutto l'aspetto della partecipazione collettiva alla creazione delle norme, e indica nel meccanismo democratico (che, come abbiamo visto, non si limita alla semplice attività parlamentare ma include forme non istituzionalizzate di espressione della volontà popolare) l'unica fonte di legittimità delle norme (tra l'altro così facendo essa pone in rilievo anche l'alterabilità e la revocabilità teoricamente illimitate delle norme giuridiche). Per Habermas diritto legittimo, diritto giusto e diritto creato sulla base di un procedimento democratico sono la stessa cosa⁽⁴¹⁾.

Non è questo il luogo per un'analisi approfondita di una siffatta concezione del diritto⁽⁴²⁾: mi limiterò ad accennare alle conseguenze che essa ha per il problema che ci interessa, quello dell'applicazione di norme giuridiche (intendendo per «applicazione di norme giuridiche» la pratica giudiziaria nelle sue diverse forme, come fa Habermas).

4.2. *Fondazione e applicazione di norme in una teoria discorsiva del diritto*

Dobbiamo chiederci adesso se nell'ambito giuridico possano venire evitate le difficoltà in cui si era incorsi distinguendo nell'ambito morale tra discorsi di fondazione e discorsi di applicazione.

1) La difficoltà di definire i criteri in base ai quali stabilire i caratteri rilevanti di una situazione può venire aggirata grazie al fatto che tali criteri vengono fissati nell'ambito dell'ordinamento giuridico stesso. Ad es., sarà il codice penale a stabilire quali sono i criteri in base ai quali è lecito parlare di «omicidio colposo» o di «omicidio doloso». Certo questo non elimina il problema dell'interpretazione della lettera della legge,

⁽⁴¹⁾ Lo stato democratico di diritto viene definito da Habermas come «l'istituzionalizzazione (che ha luogo per mezzo del diritto legittimo e che garantisce quindi l'autonomia privata) di procedure e di presupposti comunicativi per una formazione dell'opinione e della volontà politiche, la quale a sua volta rende possibile l'esercizio dell'autonomia politica e) un'attività legislativa legittima» (HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, cit., p. 527 dell'ed. del 1992).

⁽⁴²⁾ Al riguardo si rimanda ai numerosi studi apparsi su riviste tedesche come il dibattito a più voci in «Deutsche Zeitschrift für Philosophie», 41 (1993), n. 2; ai saggi di Thomas Blanke, Klaus Günther e Thomas Kupka in «Kritische Justiz», 27 (1994), n. 4; all'articolo di ROLF DREIER, *Rechtsphilosophie und Diskurstheorie. Bemerkungen zu Habermas' «Faktizität und Geltung»*, in «Zeitschrift für philosophische Forschung», 48 (1994), n. 1; all'articolo di OTFRIED HÖFFE, *Una conversione della teoria critica? Sulla teoria del diritto e dello Stato di Habermas*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 71 (1994), e ad ALEXY, *Recht, Vernunft, Diskurs*, cit. Una critica più o meno indiretta della posizione di Habermas è contenuta anche in *Das Recht der Gesellschaft* di Niklas Luhmann, uscito un anno dopo *Faktizität und Geltung* (Frankfurt a.M., 1993).

ma questo è un aspetto immanente al concetto stesso di norma (non solo in ambito giuridico).

2) Del pari insoluto resta naturalmente (e non può essere altrimenti) il problema della completezza dell'analisi dei caratteri rilevanti di una situazione. Ma esso non può essere risolto da nessuna teoria, poiché ha a che fare con il fatto che le capacità di coloro che sono chiamati ad applicare la legge sono necessariamente limitate e che pertanto non possono essere esclusi a priori errori od omissioni⁽⁴³⁾.

3) Il problema del ruolo di una facoltà del giudizio morale, una volta che lo si sia trasposto sul piano del diritto, assume la forma del problema della sfera di arbitrio lasciata al giudice chiamato ad applicare le norme di un ordinamento giuridico. Da un lato infatti nessuna norma prevede tutti i casi possibili e lascia sempre aperto un margine di interpretazione; dall'altro essa si rimette spesso alla discrezionalità del giudice per quanto riguarda, ad es., l'ammontare di una pena o di un risarcimento, ecc. Certo, secondo una concezione forte della coerenza di un ordinamento giuridico, questa sfera di arbitrio dovrebbe essere estremamente limitata (teoricamente ridotta a zero). Di fatto però anche un ordinamento coerente non potrà mai rendere conto di tutte le situazioni possibili.

4) Nella sfera giuridica sia la fondazione che l'applicazione di norme avvengono in un ambito discorsivo limitato in partenza. Tali limitazioni sono definite e regolate tramite quella che di volta in volta è la costituzione dell'ordinamento giuridico in questione (sia essa o meno una vera e propria carta costituzionale). La costituzione (o chi per lei) stabilisce chi è autorizzato a prendere decisioni e a fissare norme e qual è il procedimento che regola e rende legittime queste decisioni e norme. Essa istituisce anche gli organismi addetti all'applicazione delle norme, determinandone composizione, poteri, ecc. Le limitazioni riguardo la quantità di tempo, l'estensione del sapere e il numero dei partecipanti vengono quindi istituzionalizzate. Fondamentale, per una teoria discorsiva e procedurale del diritto, è che questa istituzionalizzazione avvenga in maniera democratica (secondo la concezione di democrazia su accennata).

5) Per quanto riguarda il problema delle «situazioni ipotetiche», c'è da dire che ogni norma di un codice giuridico si basa inevitabilmente sulla descrizione di situazioni esemplari. Inoltre essa concerne solo un numero limitato di situazioni. Al verificarsi di situazioni non espressa-

(⁴³) Questi primi due punti hanno a che fare con la cosiddetta interpretazione giuridica: un tema troppo vasto per essere trattato qui e che del resto è noto ad ogni giurista.

mente previste si aprono due possibilità: o il legislatore interviene creando nuove norme *ad hoc* o le istanze chiamate ad applicare la legge forniscono un'interpretazione delle norme già esistenti e delle situazioni paradigmatiche in esse descritte che permetta di far cadere la nuova situazione nell'ambito della legislazione vigente. Anche in questo caso il margine di arbitrio e le procedure per questa attività di creazione del diritto vengono fissate dalla legislazione.

6) Un giudice che si trovi a dover decidere quale norma si applichi alla fattispecie in questione e che, di fronte a una pluralità di norme applicabili, si decida solo per una di esse non si trova per questo nella situazione di dover creare una nuova norma. Una sentenza rappresenta solo l'applicazione della norma ritenuta più adeguata una volta tenuto conto dei caratteri della fattispecie. Concedendo ad es. delle circostanze attenuanti o giudicando inapplicabile al caso in questione una certa norma del codice, il giudice rende giustizia alla particolarità della situazione, pur restando nei limiti previsti dal legislatore e impostigli dal codice. Egli deve giustificare le proprie scelte (spiegare il motivo per cui ha concesso le circostanze attenuanti o per cui ha applicato un certo articolo del codice) ma non deve in alcun modo fondare le norme di cui ha fatto uso per giungere alla sentenza.

4.3. Conclusioni

In conclusione possiamo dire che mentre la teoria del discorso si trova di fronte ad una serie di problemi non indifferenti per quanto concerne la sua applicazione sul terreno della morale, essa ottiene risultati assai più convincenti nell'ambito della teoria del diritto.

Quelle che per l'etica del discorso rappresentano delle difficoltà insormontabili (le limitazioni cui sottostanno i discorsi reali, la storicità delle norme e delle situazioni in cui esse trovano applicazione, il riferimento ad una comunità limitata di soggetti, ecc.) costituiscono la cornice stessa del fenomeno del diritto. D'altro canto, una teoria del diritto che si basi sulla teoria del discorso permette di mettere l'accento sulla ricerca collettiva della giustizia, di ciò che è giusto. A livello fondativo ciò comporta un'accentuazione dell'importanza del momento legislativo e quindi del meccanismo democratico di creazione delle norme. A livello applicativo viene messa in risalto la collegialità del procedimento legale: la decisione del giudice non è la scelta arbitraria di un individuo isolato, ma il frutto di una cooperazione. Se è vero che la scelta giusta può essere una

soltanto, come pretende il concetto di coerenza sviluppato da Günther, è vero altresì che a tale scelta si può giungere solo in un discorso cui da un lato partecipano, concretamente, tutti coloro che prendono parte al procedimento in atto e dall'altro partecipano, indirettamente, tutti coloro che si sono espressi su situazioni analoghe (giuristi, esegeti, giudici con sentenze su casi del passato, ecc.). In tal modo è possibile risollevar la questione della giustizia di un ordinamento giuridico senza ricadere in un moralismo che si limiti a giudicare tale ordinamento a partire dai valori di un'etica particolare. Inoltre, il modello della fondazione e applicazione di norme come ricerca consensuale della giustizia mi sembra più rispondente alla complessità del suo oggetto di quanto non lo siano una concezione strettamente funzionalista del diritto o un riduzionismo di stampo positivista i quali, in ultima analisi, non sono in grado di dirci perché il diritto, oltre che valido, debba essere anche giusto.

