

ANALISI E DIRITTO 2012

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2012

Indice (Summary)

	<i>pag.</i>
Saggi (Essays)	
<i>Teoria giuridica dell'argomentazione</i> (A Legal Theory of Argumentation), di Humberto Ávila	11
<i>Constitutionnalisme et CC</i> (Constitutionalism and Constitutional Comparativism), di Mauro Barberis	41
<i>In Search of the Ontological Structure of Law</i> , di Carlos Bernal	59
<i>Diritto e senso comune</i> (Law and Common Sense), di Paolo Comanducci	77
<i>El imperio de la ley: un diálogo en Génova</i> (Rule of Law: A Dialogue in Genoa), di Francisco J. Laporta	87
<i>Ontología y lógica de las normas</i> (Ontology and Logic of Norms), di Daniel Mendonca	123
<i>Por um Novo Conceito de Segurança Jurídica: Racionalidade Jurisdicional e Estratégias Legislativas</i> (Towards a New Concept of Legal Certainty: Judicial Rationality and Legislative Strategies), di José Rodrigo Rodriguez	129
<i>An immense task: Hart sull'obbligo di obbedire al diritto</i> (An Immense Task: Hart on the Obligation to Obey the Law), di Aldo Schiavello	153
Studies on Bentham and Legal Theory	
<i>Bentham's Theory of the Legal Order</i> , di Pierluigi Chiassoni	177
<i>The "Real" Bentham. Naturalism in Bentham and the Legal Realists</i> , di Francesco Ferraro e Francesca Poggi	203
<i>Bentham's Deontic Logic</i> , di José Juan Moreso	237

Un debate sobre desacuerdos (A Debate on Disagreements)

- Desacuerdos teóricos e interpretación del derecho* (Theoretical Disagreements and Legal Interpretation), di Diego M. Papayannis e Lorena Ramírez Ludeña 249
- Desacuerdos sobre desacuerdos. Réplica a Diego Papayannis y Lorena Ramírez* (Disagreements on Disagreements. Answering to Diego Papayannis and Lorena Ramírez), di Giovanni Battista Ratti 295
- El positivismo frente a los desacuerdos jurídicos. Comentario a Los desacuerdos jurídicos y la «doble naturaleza» del derecho de Andrea Dolcetti y Giovanni B. Ratti* (Legal Positivism Facing Legal Disagreements. A Commentary on *Legal Disagreements and the “Double Nature” of Law* by Andrea Dolcetti and Giovanni B. Ratti), di Pablo Martín Perot 313
- Desacuerdos interpretativos y acuerdos profundos. Réplica a Pablo Martín Perot* (Deep and Interpretive Disagreements. A Reply to Pablo Martín Perot), di Andrea Dolcetti e Giovanni Battista Ratti 327

Teoria giuridica dell'argomentazione

Humberto Ávila*

«Ob der Satz wahr oder falsch ist, wird durch die Erfahrung entschieden, aber nicht sein Sinn».

(L'esperienza decide se una proposizione è vera o falsa, ma non stabilisce il suo senso).

Ludwig WITTGENSTEIN

Sommario

L'articolo prende in considerazione il tema dell'interpretazione giuridica, a partire da una disamina critica degli argomenti cui è possibile ricorrere e del modo in cui devono essere armonizzati. L'analisi è sviluppata a partire da un caso-limite, vale a dire l'inclusione o no dei libri elettronici nell'ambito della regola di esenzione fiscale prevista per "libri, giornali, periodici e la carta destinata alla loro stampa" dalla costituzione brasiliana del 1988. Per fare ciò, il punto di partenza è la caratterizzazione di diversi tipi di argomenti, distinti in argomenti istituzionali e non-istituzionali, al fine di indicare come devono essere integrati. Con ciò, si vuole dimostrare che gli argomenti giuridici sono multidirezionali e multidimensionali, il che conduce a un modello di interazione e di valutazione degli argomenti stessi, al contrario del modello usuale costituito da passaggi successivi e sussidiari nel corso dell'interpretazione. A partire dalla valutazione degli argomenti utilizzati, basati sugli stessi principi costituzionali, sarà allora possibile verificare qual è l'interpretazione più adeguata in relazione a un determinato ordinamento giuridico. L'obiettivo è fornire una struttura razionale per l'argomentazione giuridica che sia vincolata all'ordinamento giuridico, e con la quale sia possibile diminuire il tasso di soggettività dell'interpretazione in favore di una intersoggettività sempre maggiore. Più che una teoria dell'argomentazione giuridica, si propone qui una teoria giuridica dell'argomentazione.

Parole chiave: Argomentazione. Interpretazione giuridica. Razionalità. Libro elettronico.

* Libero Docente in Diritto Tributario presso la USP-Università di San Paolo. Dottore in Diritto presso l'Università di Monaco di Baviera. Già ricercatore visitante presso le Università di Harvard, Heidelberg e Bonn. Docente presso la UFRGS-Università Federale del Rio Grande del Sud. Avvocato. email: humberto.avila@humbertoavila.com.br.

Abstract

The article approaches the issue of legal interpretation from a critical analysis of the arguments that can be used and of the way they should be harmonised. The study is based on a borderline case: the inclusion or not of electronic books (e-books) within the tax exemption provided for “books, newspapers, periodicals, and paper used in their printing” in the Brazilian Constitution of 1988. For this, the study begins by offering concepts of the various existing legal arguments, separating them into institutional and non-institutional arguments, in order to indicate how they should be integrated. The intention is to demonstrate that legal arguments are multidirectional and multidimensional, which in turn leads to a model of interaction and evaluation of arguments, rather than to the usual model of successive and subsidiary steps in interpretation. From the evaluation of the legal arguments used, guide lined by constitutional principles, it will be possible to verify which is the most appropriate interpretation in a given legal system. The goal is to provide a rational framework for legal arguments that is linked to the legal system at hand, and which may reduce subjective factors in interpretation in favour of a ever growing intersubjectivity. More than a theory of legal argumentation, this study defends a legal theory of argumentation.

Keywords: Legal reasoning. Legal interpretation. Rationality. E-book.

1. Introduzione

Alcuni articoli della Costituzione brasiliana escludono la possibilità di imporre tributi su determinati beni, persone o situazioni. Nel novero di tali regole, denominate “regole d’esenzione” [*regras de imunidade*], è inclusa la regola che stabilisce l’esenzione fiscale per libri, giornali e periodici, la cui finalità è liberare da carichi tributari ogni atto che coinvolga tali beni e, con ciò, promuovere l’accesso all’informazione e alla cultura. Tuttavia, la suddetta regola menziona semplicemente i “libri”, senza ulteriori qualificazioni. È sorta così la questione se questa regola di esenzione riguardi soltanto i libri cartacei o anche i cosiddetti “libri elettronici”.

Nel deporre in favore dell’esenzione dei “libri elettronici”, parte della dottrina svolge, a partire dalle premesse per giungere alla conclusione, un processo deduttivo analogo a questo: (a) i libri godono di esenzione fiscale; (b) qualsiasi opera che trasmetta idee e sia organizzata in una sequenza logica è un libro; (c) il cosiddetto “libro elettronico” consiste in un’opera che veicola idee ed è organizzata in una sequenza logica; (d) il “libro elettronico” è un libro; (e) il “libro elettronico” gode dell’esenzione che riguarda i libri, i giornali e i periodici.

Viceversa, nel sostenere l’impossibilità di includere i “libri elettronici” nell’ambito materiale della regola di esenzione, un’altra parte della dottrina percorre, a partire dalle premesse per giungere alla conclusione, un processo dedut-

tivo analogo al seguente: (a) i libri godono di esenzione fiscale; (b) qualsiasi opera rilegata e costituita da fogli di carta tra loro ordinati è un libro; (c) il cosiddetto “libro elettronico” non consiste in un’opera rilegata e costituita da fogli di carta tra loro ordinati; (d) il “libro elettronico” non è un libro; (e) il libro elettronico non gode dell’esenzione che riguarda i libri, i giornali e i periodici.

Come si vede, questo processo deduttivo, che costituisce il nucleo della fondazione razionale, è ciò che si è soliti denominare “giustificazione interna”, attraverso la quale è possibile valutare se la decisione deriva logicamente dalle premesse. La giustificazione interna non si traduce in una fondazione esauriente, giacché le premesse decisive nelle due ipotesi presentate —le premesse *sub specie* (b)—, quelle che decidono effettivamente in favore di un’interpretazione —restrittiva o estensiva— del vocabolo “libro” e dell’inclusione del concetto di “libro elettronico” nella più ampia categoria di “libro”, sono, nella stessa giustificazione interna, semplicemente applicate. Non sono, cioè, ulteriormente fondate. Vale a dire: tanto la premessa “qualsiasi opera che trasmetta idee e sia organizzata in una sequenza logica è un libro”, quanto la premessa “qualsiasi opera rilegata e costituita da fogli di carta ordinati tra loro è un libro”, sono applicate senza essere giustificate. La loro giustificazione, di fatto, dipende da argomenti, e gli argomenti sono, pertanto, elementi di giustificazione razionale dell’interpretazione giuridica¹. Il compito dell’interpretazione giuridica è, allora, fondare questo tipo di premessa. Questo lavoro di fondazione delle premesse scelte dovrà essere chiamato “giustificazione esterna”, ed è attraverso di essa che sono valutati gli argomenti utilizzati per decidere in favore di un’interpretazione e a sfavore di un’altra o di altre².

La discussione circa l’inclusione del “libro elettronico” nella categoria dei beni che godono dell’esenzione dei libri e dei periodici è stata materia di rilevanti studi dottrinari³. In essi, appare evidente l’inevitabile disaccordo degli autori sulla soluzione della questione in oggetto: mentre, infatti, alcuni concludono in favore dell’inclusione del “libro elettronico” all’interno del concetto normativo di “libro”, altri decidono in favore del non inquadramento. Questa disparità d’interpretazione non si limita alla inclusione del “libro elettronico” nel genere “libro”: il disaccordo va al di là, fino a toccare gli stessi argomenti che sono utilizzati dagli autori per giustificare le premesse che adottano. E saranno, infine, questi argomenti a decidere in favore dell’inclusione, o no, del “libro elettronico” nell’ambito materiale della regola di esenzione di libri, giornali e periodici.

Di fatto, gli argomenti utilizzati per giustificare l’inclusione del “libro elettronico” nella categoria dei “libri” possono variare quanto i seguenti: il “libro elettronico” sarebbe usato, attualmente, come una specie di “libro”; l’inclusione del “libro elettronico” nella categoria dei “libri” eviterebbe di contraddire principi costituzionali fondamentali; il “libro elettronico” consisterebbe in un semplice

¹ MacCormick, Summers 1992: 511.

² Alexy 1995: 71-92.

³ Machado 1998, Martins 1998.

mezzo, equivalente al libro, per garantire la libertà di espressione e d'informazione; d'accordo con il Supremo Tribunale Federale, l'esenzione in questione dovrebbe essere interpretata coerentemente con la finalità che intende raggiungere; "libro elettronico" significherebbe, oggi, quel che "libro" ha rappresentato ieri.

Gli argomenti utilizzati per fondare il non inquadramento del "libro elettronico" nella categoria dei "libri" sono egualmente diversificati: l'espressione "e la carta destinata alla sua stampa" impedirebbe l'esenzione di qualsiasi oggetto che non fosse fatto di carta; il vocabolo "CD-ROM" avrebbe una eccezione tecnica diversa da quella di "libro"; il Supremo Tribunale Federale avrebbe già deciso che ci sono libri soltanto laddove c'è carta; nel citare la carta nel testo costituzionale, il legislatore costituente avrebbe avuto l'obiettivo di proteggere soltanto il libro stampato su carta; la proposta di inclusione del "libro elettronico" sarebbe stata riusata dal legislatore costituente, qualora fosse stata presa in considerazione; non tassare i "libri elettronici" si tradurrebbe in una perdita significativa di entrate future per lo Stato.

Non v'è dubbio che tutti questi argomenti possono essere utilizzati nell'interpretazione della regola di esenzione in questione; tuttavia, qualche esitazione compare quando si tratta di sapere se tutti hanno la stessa rilevanza giuridica. Come sarà analizzato in seguito, gli argomenti usati in ambito interpretativo non sono giuridicamente equivalenti. Essi hanno un differente fondamento e, pertanto, valori differenti. Non possono, conseguentemente, né essere utilizzati indistintamente, né essere considerati interscambiabili, come se la loro scelta e la loro valutazione potessero essere una mera manifestazione del capriccio dell'interprete.

Obiettivo di quest'articolo non è limitarsi all'analisi degli argomenti che possono essere usati nel campo dell'interpretazione giuridica (a proposito dell'esenzione, in questo caso, dei "libri elettronici"), materia questa già oggetto di magistrali pubblicazioni. Esso concerne, anche, il dibattito sulla specificità di ogni argomento e sul suo proprio peso nel diritto brasiliano. In altri termini, non si vuole qui dare semplicemente la possibilità di sapere perché sono state scelte determinate alternative interpretative (ragioni esplicative o soggettive); si tenterà, anche, di presentare criteri per valutare le scelte a favore di una o dell'altra interpretazione, d'accordo con l'ordinamento giuridico (ragioni giustificative o oggettive)⁴.

Per far questo, è necessario, in primo luogo, distinguere gli argomenti in funzione del loro fondamento e, in secondo luogo, valutare ognuno di essi in base all'ordinamento giuridico brasiliano. Nel primo caso, quel che si ha è un discorso sul discorso della scienza del diritto (discorso metateorico), nella misura in cui si presenta una categorizzazione alternativa degli argomenti utilizzati nel discorso dottrinario; nel secondo caso, si ha un discorso sull'ordinamento giuridico (discorso teorico), dal momento che intende spiegare coerentemente quali sono le implicazioni metodologiche dei principi costituzionali relativamen-

⁴ Nino 1985: 126.

te agli argomenti utilizzati nella giustificazione di premesse del ragionamento giuridico.

Non si vuole dunque descrivere, semplicemente, come gli argomenti sono, di fatto, applicati dalla dottrina e dalla giurisprudenza, nell'ambito dell'interpretazione giuridica. Il fatto che essi siano utilizzati nell'una o nell'altra forma non significa che non possano o debbano essere utilizzati in un altro modo. Questo lavoro intende spiegare, piuttosto, come gli argomenti *possono e devono* essere utilizzati nell'ambito dell'interpretazione giuridica⁵. Per raggiungere quest'obiettivo, si utilizzerà qui un autentico caso-limite, che consente l'analisi dei vari argomenti impiegati in sede interpretativa.

2. Distinguendo gli argomenti giuridici. Le classificazioni della Scienza del Diritto

Le classificazioni elaborate dalla scienza del diritto, poiché mirate a spiegare coerentemente l'ordinamento giuridico, si sottomettono ai limiti propri della stessa scienza. Di fatto, sarà la compatibilità con l'ordinamento giuridico a consentire di valutare la fondatezza della classificazione, ad esempio, dell'efficacia delle norme costituzionali, degli effetti delle decisioni giudiziali o delle fattispecie tributarie. L'esame dell'ordinamento giuridico potrà confermare o smentire l'esistenza di norme di efficacia limitata, la sussistenza di decisioni senza alcun effetto dichiarativo o, anche, la possibilità di escludere la finalità e la destinazione dell'esazione fiscale dai criteri utili per la suddivisione dei tributi in categorie. La denominazione e la varietà di distinzioni e subdistinzioni degli oggetti classificati potrà, tuttavia, variare d'accordo con la finalità e con il criterio al quale risponde la categorizzazione. In quest'ambito, le classificazioni saranno più o meno adeguate alla spiegazione di una determinata materia⁶.

È pur vero che operare distinzioni tra gli argomenti può condurre a una certa rigidità classificatoria; e la rigidità classificatoria può, a sua volta, condurre a non prendere nella dovuta considerazione la molteplicità delle relazioni tra gli argomenti così catalogati, così come a rinunciare ad affrontare il carattere pratico-istituzionale del diritto. Non è meno vero, allo stesso tempo, che rinunciare a compiere le dovute distinzioni tra gli argomenti può condurre all'arbitrarietà argomentativa, e l'arbitrarietà argomentativa conduce, a sua volta, all'impossibilità di fondare razionalmente le premesse utilizzate in sede d'interpretazione giuridica. Infatti, tanto l'assenza di definizioni degli argomenti utilizzati, quanto la mancanza di distinzioni tra gli stessi, insinuano, nell'ambito dell'interpretazione giuridica, il germe dell'ambiguità e, con esso, una fonte di arbitrarietà. E ciò perché il semplice riferimento alle argomentazioni, prescindendo dalla loro necessaria giustificazione, non soltanto esclude la possibilità

⁵ Bydlinski 1991: 554. Alexy 1995: 78.

⁶ Sulle classificazioni in generale, cfr. Carvalho 1996.

di chiarificare le premesse, ma è causa di conclusioni diverse e persino inconciliabili tra di loro.

Come dimostreremo, non è sufficiente citare quale argomento sia stato impiegato per giustificare la scelta delle premesse utilizzate nell'atto interpretativo. Dire che il linguaggio, il sistema, il legislatore costituente o i risultati pratici della decisione guidano una determinata interpretazione è, semplicemente, pretendere che argomenti che, in realtà, si dipartono in varie direzioni, siano unidirezionali.

Esistono varie e coerenti classificazioni degli argomenti impiegati nell'ambito dell'interpretazione giuridica. Vi è più divergenza quanto alla nomenclatura delle categorie in cui sono distribuiti, che disparità rispetto alla costruzione delle stesse categorie. Divergenze fondamentali esistono, poi, a proposito delle relazioni tra gli argomenti e delle regole attinenti alla preminenza di un argomento rispetto all'altro. La proposta sostenuta in quest'articolo va al di là di quelle contenute nei lavori che ne costituiscono le fondamenta⁷. Si propone qui, infatti, una riclassificazione degli argomenti giuridici, integrata con un uso e una valutazione duttili e flessibili degli argomenti stessi.

Obiettivo di questo studio è pertanto costruire una sintesi superatrice, capace di armonizzare da un lato la necessità di una distinzione tra gli argomenti e dall'altro l'importanza di non separarli nettamente tra di loro, ridimensionando così l'inevitabile soggettività dell'interpretazione senza però sposare un atteggiamento razionalistico eccessivamente rigido e chiuso a ogni successiva possibilità di revisione. Con ciò, sarà possibile abbandonare qualsiasi riduzionismo nell'ambito dell'argomentazione giuridica, sia nel senso di identificare il ragionamento giuridico con la logica pura o la semplice interpretazione letterale, sia nel senso di circoscrivere l'attività interpretativa al mero decisionismo o alla semplice ponderazione di valori, la cui natura rimane inesplicita⁸.

⁷ Alexy 1995: 71-92, Müller 1997: 216-303, Bydlinski 1991: 553-566, Guastini 1996: 173-190, MacCormick, Summers 1992.

⁸ Bydlinski 199: 553.