

IL DIRITTO È RAGIONEVOLE? ARGOMENTAZIONE, VALORI E DECISIONI

Michelangelo Luciano*

SOMMARIO: 1.- Verso un'argomentazione per valori; 2.- Principi e valori; 3.- Razionalità *versus* Ragionevolezza; 4.- Il diritto fra esigenze di controllo e decisione.

1.- Verso un'argomentazione per valori.

«L' applicazione del diritto, che si dice accettabile in quanto ragionevole, non può essere limitata ad una pura e semplice deduzione, giacché il contenuto di moltissimi concetti si definisce in rapporto ai valori accolti dalla società. Il diritto ammesso non è più semplicemente il diritto imposto dal legislatore: occorre adattarlo per conciliarlo con quel che viene considerato come equo o ragionevole; ed è in questo senso che si evolve il diritto contemporaneo»¹. La citazione tratta da *Logica giuridica nuova retorica* di Perelman riesce a sintetizzare, a mio avviso, con un'efficacia disarmante, la trasformazione delle categorie del giuridico a seguito dei processi di costituzionalizzazione del diritto, con fortissime ricadute non solo in ambito teorico, ma soprattutto nella dinamicità della prassi giuridica. La teoria formalista ed analitica è spodestata da una concezione del diritto sistemica, aperta e pluralista, che ne evidenzia il legame con la dimensione pratico-argomentativa che il diritto sembra assumere in maniera sempre più diffusa. Come sostenuto da Catania «diversamente dai tempi in cui era in auge la logica analitica propria del positivismo metodologico bobbiano, oggi la presunzione di una logica conoscitiva che possa permettere la ricostruzione della teoria generale del diritto, prescindendo dai contenuti e attenendosi alla sola struttura formale e procedurale del diritto, appare minacciata. Non solo gli operatori giuridici a tutti i livelli, ma gli stessi filosofi giuridici si trovano immersi in un approccio pratico regolato da modelli interpretativi e argomentativi assai più orientati pragmaticamente che conoscitivamente»². Si assiste così inesorabilmente ad un clima di precarietà strutturale del giuridico, in cui il diritto, inteso quale rete di flussi interpretativi e decisionali, richiede un' opera di tessitura tra i materiali giuridici, capace di individuare le relazioni significative, nel reciproco sostegno tra premesse e conseguenze³. Nello scenario teorico appena tratteggiato, è possibile evidenziare

* Dottore di ricerca in Scienze Giuridiche presso l'Università degli Studi di Salerno.

¹ C. Perelman, *Logica giuridica nuova retorica*, Milano 1979, 250.

² A. Catania, *Metamorfosi del diritto. Decisione e norma nell'era globale*, Roma-Bari 2008, 26.

³ B. Pastore, *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*, Padova 2014, 30. Il riferimento alle premesse e alle conseguenze del diritto fa eco alla distinzione teorizzata da Wròblewski tra giustificazione interna, ossia la giustificazione della decisione in base alle sue premesse e giustificazione esterna, ossia la giustificazione della scelta delle premesse (V.J. Wròblewski, *Law-making and hierarchies of values*, Leipzig 1987; Id., *Legal reasonings in legal interpretation*, Louvain-Paris 1969). Si è sostenuto che «tale distinzione assume una particolare importanza in relazione all' uso del modello sillogistico e, più in generale della logica in contesti giuridici. In termini schematici si può dire che mentre la giustificazione interna esige coerenza tra le premesse della decisione e la decisione stessa, la giustificazione esterna riguarda la razionalità della determinazione delle premesse. Nella prima può svolgere un ruolo fondamentale e ha il ruolo di giustificazione un modello di tipo logico-formale, mentre nella seconda il criterio di razionalità della decisione può difficilmente ridursi ad una mera operazione logica». C. Faralli, *La filosofia del diritto contemporanea*, Roma-Bari 2015, 6.

dei punti di congiuntura che sembrerebbero affrancare il diritto da quell'approccio *more geometrico* della razionalità logico-conoscitiva. Ma cosa comporta in concreto l'uso di categorie valoriali, sempre più polisemiche, ambivalenti e mutevoli all'interno di un diritto sconfinato⁴ in un sistema giuridico intriso di poteri multidimensionali e "multilevel"? Sicuramente un'inesorabile smitizzazione della certezza del diritto. Le trasformazioni delle organizzazioni giuridiche travolgono la piramide, simbolo architettonico di un ordine che colloca i rapporti tra gli atti normativi lungo linee ascendenti e discendenti; la proliferazione e la frammentazione delle fonti, il policentrismo normativo e l'osmosi tra ordinamenti impediscono ogni lettura del fenomeno giuridico secondo schemi gerarchici, determinando uno sgretolamento dell'impianto verticistico. Ecco allora che si fa spazio il nuovo paradigma concettuale della «rete»⁵, immagine metaforica che rinvia ad una realtà interconnessa tra vari soggetti e posizioni, in un gioco di reciproci intrecci, condizionamenti e relazioni⁶. A fronte della pretesa di unità del potere sovrano nella lunga storia dello Stato si affermano istanze diffuse e ramificate rispetto al centro, che minano la pretesa unità della decisione politico-giuridica in direzione di un processo di pluralizzazione dell'ordinamento giuridico⁷. L'assenza di un *ethos* comune e di un nucleo solido di valori socio-culturali condivisi determinano una grande instabilità ed incertezza dell'attività interpretativa. In un contesto di pluralismo etico, di erosione e di problematizzazione di significati giuridici un tempo stabili e radicati nella tradizione, all'interno del diritto positivo si vanno moltiplicando enormemente le interpretazioni possibili e gli stessi rischi di strumentalizzazione opportunistica delle norme⁸. Considerato ormai utopistico l'aggregarsi del consenso su un "set" ben preciso di valori comuni, questo "trend" centrifugo e frantumante costituisce la cifra distintiva non solamente dei sistemi giuridici diffusi nelle democrazie occidentali⁹, ma, più in generale, anche di questa nuova era giuridica di cui siamo tutti soggettività coinvolte, ancorché con rilievi, ruoli e funzioni differenti. Risulta un'impresa a dir poco erculeo la ricerca di un diritto giusto, inteso quale processo che avviene storicamente e che non giunge mai a fine, realizzandosi soprattutto nella concretizzazione interpretativo-applicativa¹⁰. Si assiste così all'emersione di una forza propulsiva degli ambiti in cui si articola la prassi (morale, politica, diritto) dal carattere squisitamente pratico-orientativo. Si avverte l'esigenza di riconciliare ragione e decisione, ricomponendo il dissidio tra teoria e prassi sul piano delle attività volte a decidere ciò che si deve fare nelle circostanze che richiedono scelte di carattere pratico,

⁴ Vedi M.R. Ferrarese, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Roma-Bari 2006.

⁵ F. Ost, M. Van De Kerchove, *De la pyramide au rosea? Pour une théorie dialectique du droit*, tr. it. *Dalla piramide alla rete: un nuovo modello per la scienza giuridica?*, Bruxelles 2002, 43 ss.

⁶ P. Grossi, *Società, diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Milano 2006, 269; S. Cassese, *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari 2003, 21-25.

⁷ A. Tucci, *Percorsi discontinui dello Stato: "Dalla Piramide alla rete"*, in V. Giordano, A. Tucci, *Razionalità del diritto e poteri emergenti*, Torino 2013, 121.

⁸ G. Zaccaria, *La comprensione del diritto*, Roma-Bari 2012, 166.

⁹ R. Mangabeira Unger, *Law in Modern Society*, New York 1976, 66.

¹⁰ A. Kaufmann, *Dal giusnaturalismo e dal positivismo giuridico all'ermeneutica* (1975), ora in Id., *Filosofia del diritto ed ermeneutica*, Milano 2003, 137-151; G. Zaccaria, *Per un manifesto di filosofia ermeneutica del diritto*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 1 (2012) 135-137.

seguendo un procedimento controllabile¹¹. Si palesa allora una concezione della ragione quale capacità di ragionare, di argomentare, di produrre giustificazioni¹² a sostegno dell'atto di volontà, idonea a mostrarne la fondatezza con la necessaria conseguenza che ogni produzione di decisioni giuridiche è legittima e/o si legittima solo fornendo ragioni. A questo punto una domanda sorge spontanea: l'ordine giuridico razionale, imperniato sul primato dell'argomentazione e della proceduralizzazione del diritto, è davvero realizzabile facendo ricorso ad un patrimonio sapienziale prodotto e custodito dalla scienza giuridica¹³ e dalla giurisprudenza chiamata a misurarsi nell'ardua sfida della neutralizzazione dei conflitti morali?

2.- Principi e valori.

Nel dibattito teorico filosofico si sono susseguiti diversi e discordanti approcci, per certi versi molto distanti, a volte escludentisi, ma per altri intimamente connessi, a mio avviso, da un esplicito o implicito fondamento comune: la natura intrinsecamente dialettica della coppia concettuale razionalità/ragionevolezza, architrave di qualsiasi costruzione argomentativa. Ma su quale terreno si acuisce il *discrimen*? Ritengo che il privilegiato campo di battaglia sia rappresentato dal mondo dei valori e dei principi, in cui non solo non risulta agevole pre-definirne i contenuti *ex ante*, ma si riscontrano addirittura difficoltà definitorie rispetto alla portata semantica. Personalmente condivido a pieno la posizione di Habermas in relazione alla necessità non solo sul piano teorico, ma anche ermeneutico, di distinguere chiaramente i principi giuridici dai valori. Riportando testualmente le sue parole: «I principi, ossia le norme di rango superiore alla cui luce possono giustificarsi altre norme, hanno un senso deontologico, mentre i valori hanno un senso teleologico. Le norme valide obbligano i loro destinatari a un comportamento che adempie aspettative generalizzate di comportamento, mentre i valori vanno intesi come preferenze intersoggettivamente condivise»¹⁴. Il valore è un bene finale che sta innanzi a noi come una meta che deve essere perseguita attraverso attività

¹¹ B. Pastore, *Decisioni e controlli tra potere e ragioni. Materiali per un corso di filosofia del diritto*, Torino 2013.

¹² «Un discorso atto a far risultare che qualcosa è corretto, giusto, è da accettare, da preferire, da scegliere, da perseguire», secondo U. Scarpelli, *Gli orizzonti della giustificazione*, in L. Gianformaggio, L. Lecaldano (curr.), *Etica e diritto. Le vie della giustificazione razionale*, Roma-Bari 1986, 3-4, 9-13.

¹³ A. Gambaro, *Alcuni problemi in tema di diritto e giustizia nella tradizione giuridica occidentale*, in J. Derrida, G. Vattimo (curr.), *Diritto, giustizia e interpretazione*, Roma-Bari 1998, 66-75.

¹⁴ J. Habermas, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano 1996, 303. E ancora: «I valori esprimono la preferibilità di beni che in determinati collettivi valgono come desiderabili, e che possono essere acquisiti o realizzati tramite un agire finalistico. Le norme si presentano con una pretesa binaria di validità e sono o valide o invalide. I valori per contro stabiliscono delle relazioni di preferenza. La validità deontica delle norme ha il senso assoluto di un' obbligazione incondizionata ed universale: ciò che è prescritto pretende essere nella stessa misura, buono per tutti. L' attrattività dei valori ha invece il senso relativo di una stima di beni che in determinate culture e forme di vita, è stato ereditato o adottato. Norme e valori sono diversi, in primo luogo, per il fatto di riferirsi a un agire deontologico o teleologico; in secondo luogo per la codificazione binaria o graduale della loro pretesa di validità; in terzo luogo per la loro obbligatorietà assoluta o relativa; in quarto ed ultimo luogo per i diversi criteri di consistenza cui deve soddisfare un sistema di norme rispetto a un sistema di valori. Il fatto che le norme e i valori siano così diversi nelle loro caratteristiche logiche, fa sì che anche la loro applicazione risulti caratterizzata da notevoli differenze». Id., *Fatti cit.* 304.

teleologicamente orientate¹⁵. Seguendo la linea teorica tracciata da Habermas, Zagrebelsky ritiene che la parola valore sia circondata da un «alone sentimentale positivo» e che l'agire per valori risulti refrattario a criteri regolativi e delimitativi a priori, con la conseguenza che l'etica dei valori assurge al rango di etica della potenza¹⁶. Il principio, al contrario, è considerato un bene che chiede di realizzarsi attraverso attività consequenzialmente orientate, quindi l'agire e il giudicare «per principi» sono intrinsecamente regolati e delimitati dal principio medesimo di cui sono conseguenza: *ex principiis derivationes*¹⁷. Il motivo che mi ha spinto a riportare le illuminanti parole dei due autori, è da rinvenirsi in un'imprescindibile premessa metodologica. In qualsiasi tipologia di modello argomentativo, non si può non tener conto della differenza tra principi e valori, in quanto la Costituzione, fonte suprema del diritto, limite giuridico-valoriale ai momenti discrezionali e decisionistico-politici del legislatore, non si limita a pre-supporre valori¹⁸, ma li positivizza, li proclama con la conseguenza che, essendo i valori indeterminati, confliggenti e controversi, anche il diritto sarà sicuramente connotato da un'intrinseca ambiguità¹⁹. È inoltre necessario evidenziare che oltre alla chiara natura mediativa e compromissoria della Costituzione tra diversi e opposti vettori politico-ideologici, spesso addirittura escludentisi²⁰, è imperante nello scenario giuridico attuale, un forte pluralismo inteso quale valore da preservare²¹ di cui la costituzione si fa garante nella rotta di un progetto politico dello stato costituzionale. A ben vedere, proprio per la progettualità valoriale insita nelle disposizioni costituzionali, la migliore codificazione di valori, principi, obiettivi che siano sempre attuali con l'evolversi dei tempi, consiste proprio nell'adozione di formule elastiche, ampie, generiche, in modo da poterne specificare il significato volta per volta in sede applicativa e di attualizzazione del diritto²². E allora, l'interpretazione di tali disposizioni chiama in gioco inevitabilmente elementi discrezionali, da parte dei giudici-interpreti, dal cui potere decisionale potrebbero derivare rischi di politicizzazione della funzione giurisdizionale. A questo punto degli interrogativi sorgono spontanei: si può parlare di un'argomentazione per valori consustanziale

¹⁵ Id., *Fatti cit.* 302 ss.

¹⁶ G. Zagrebelsky, *Diritto allo specchio*, Torino 2018, 235.

¹⁷ Id., *Diritto cit.* 236. Da ciò ne conseguono due massime: la norma fondamentale dell'agire per valori è «agisci quanto più efficacemente puoi rispetto al fine»; mentre la massima del principio è «agisci in ogni situazione concreta che ti si presenta in modo che nella tua azione si trovi all'opera un riflesso del principio stesso» Id., *Diritto cit.* 235-236. Alla luce di tali considerazioni, tributando le parole di Zagrebelsky: «i valori, in quanto stanno davanti a noi, ci attirano; i principi, in quanto li abbiamo dietro di noi, ci sospingono. I valori ci dicono: vieni a noi; i principi procedi da noi. I primi ci indicano la meta ma non la strada; i secondi la strada ma non la meta. Chi si ispira ai valori sa dove vuole andare, ma non gli è dato sapere come arrivarci. Chi si attiene ai principi, sa come procedere ma non sa come arriverà. L'uomo di valori è colui che mira al passo ultimo; l'uomo di principi colui che si occupa dei passi intermedi. Due etiche incompatibili sono a confronto: l'una riguarda le premesse del nostro agire (i principi), l'altra le conseguenze (i valori)» Id., *Diritto cit.* 238.

¹⁸ Si è sostenuto infatti che «le costituzioni contemporanee positivizzano il diritto naturale» Id., *Il diritto mite: legge, diritti, giustizia*, Torino 1992, 157, 162, 165.

¹⁹ C. Luzzati, *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano 1999, 484-497.

²⁰ B. Celano, *Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti?* in S. Pozzolo (cur.) *La legge e i diritti*, Torino 2002.

²¹ A. Abignente, *Pluralismo giuridico e ruolo dell'interpretazione*, in *Ars Interpretandi, Ermeneutica e pluralismo* 1.1 (2012).

²² Per un approfondimento sulle formulazioni ampie e generiche vedi H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto* (1961), Torino 1965, 153-156.

all'argomentazione giuridica? Oltre alla classica dicotomia sussunzione/bilanciamento in riferimento al momento interpretativo-applicativo, delle norme e dei principi, alla luce delle considerazioni *ut supra*, non sarebbe più opportuno partire dall'endiadi razionalità/ragionevolezza? Esistono metodi argomentativi idonei a scongiurare pericolosi eccessi di discrezionalità? In realtà, nonostante le tecniche tendenti all'oggettivizzazione e alla razionalizzazione procedurale del ragionamento giuridico²³, difficilmente riescano ad escludere *sine dubio* opzioni assiologiche discrezionali, ritengo di poter immaginare un possibile equilibrio giuridico sistemico basato su delle fondamenta teorico-concettuali imprescindibili da cui prendere le mosse. Credo infatti che ogni tipo di argomentazione giuridica sia in fondo pur sempre un'argomentazione per valori, non solo – utilizzando un'espressione dworkiniana - negli "hard cases"²⁴, ma anche nelle operazioni ermeneutiche apparentemente più semplici, di tipo logico-deduttivo, in quanto ritengo che il *quid pluris* apportato dal giurista interprete-applicatore sia un momento ineliminabile, quindi la sua argomentazione, lungi dall'essere un'operazione meramente asettico-meccanicistica, non sarà mai, auspicabilmente, scevra da opzioni valoriali. Ed è proprio in relazione ai casi concreti che si assiste alla trasformazione delle decisioni dei giudici nei luoghi in cui si consumano complesse scelte etiche, radicalizzando la tendenza implicita nello Stato Costituzionale di concentrazione del politico nella dimensione giudiziaria²⁵, aggiungerei, delle scelte valoriali obbligate ed ineliminabili nel giuridicamente rilevante. È pacifica la riluttanza dell'approccio valoriale al diritto ad imbrigliarsi nelle fitte maglie della razionalità giuridica matematizzante, neutrale ed asettica, ma al contempo è, a mio avviso, necessario che non sfori oltre gli argini della ragionevolezza, pena l'esiziale decisionismo politico-giuridico sregolato e sfrenato.

3.- Razionalità versus Ragionevolezza.

Se da un lato i valori godono di uno *status* privilegiato per così dire di immunità rispetto ad operazioni di ingabbiamento teorico-concettuali, sono riottosi alle pre-determinazioni, riescono ad assorbire e ad idealizzare le continue metamorfosi delle fattualità giuridiche²⁶, in quanto fondativi dell'intero impianto ordinamentale, dall'altro lato è auspicabile che non siano lesivi, per dirla *a la* Perelman, della logica del ragionevole²⁷, altrimenti diventerebbero "tiranni"²⁸. Alla luce di queste considerazioni può ritenersi realmente funzionante un modello

²³ In questa direzione si collocano tutti i modelli argomentativi del diritto, il cui manifesto teorico è rappresentato dal saggio di A. Aarnio, R. Alexy, A. Peczenik, *The Foundation of Legal Reasoning*, in *Rechtstheorie*, 12 (1981).

²⁴ R. Dworkin, *Hard Cases*, Id., *Taking Rights Seriously*, tr. it. cur. N. Muffatto, *I diritti presi sul serio*, Bologna 2010, 93 ss.

²⁵ V. Giordano, *Le regole del corpo. Costruzioni teoriche e decisioni giudiziarie*, Torino 2018, 19.

²⁶ La «fattualità del diritto» che «si connota per rapidità, mutevolezza, complessità (...) tessuto indocile recalcitrante a ogni irretimento, tanto più a una gabbia legislativa che è per sua natura tarda e lenta a formarsi, che si sottrae a ogni variazione o che assorbe con difficoltà ogni variazione, che è vocata a permanere nel tempo» P. Grossi, *Crisi del diritto oggi?*, in Id., *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, 2012, 69.

²⁷ Di fronte al dilemma «o logicismo formalistico o irrazionalismo ideologico» è da preferire, per dirla con Perelman, «la logica del ragionevole» in opposizione alla razionalità formale. Sul punto L. Gianformaggio, *Gli argomenti di Perelman: dalla neutralità dello scienziato all'imparzialità del giudice*, Milano 1973, 187-188.

²⁸ È chiara la derivazione schmittiana del termine "tiranno". C. Schmitt, *La tirannia dei valori* (1960), Roma 1987. Sul punto Zagrebelsky: «quando Carl Schmitt nel 1967 scriveva della "tirannia dei valori", intendeva non

di razionalità matematizzante orientato, quantomeno nella sua vocazione finalistica, alla neutralizzazione dei conflitti morali? Oppure, associata la natura valoriale del giuridico, sarebbe auspicabile ricorrere ad altre categorie concettuali dei modelli argomentativi che forse meglio si adattano alla mediazione e alla coesistenza di ineliminabili tensioni soggettive ed opzioni politico-ideologiche? Il modello di razionalità procedurale proposto dalla teoria dell'argomentazione giuridica, nonostante sia sicuramente illuminante per assiomi e capisaldi condivisibili²⁹, in realtà mostra, a mio parere, una serie di nodi irrisolti, la cui problematicità rischia di degenerare in una circolarità viziosa, qualora non si prediliga un approccio teorico più disincantato e maggiormente ancorato alla dimensione prassistica del fenomeno giuridico, nella sua dinamicità concreta. Come è noto, la proposta teorica di Robert Alexy, padre fondatore dell'argomentazione giuridica, si innesta sull'elaborazione di criteri di razionalità del discorso normativo fondati sulla struttura discorsiva delle giustificazioni, essenziali per il test di correttezza/giustezza³⁰ delle motivazioni di qualsiasi procedimento decisionale. Le regole del discorso pratico, volte all'osservanza della logica deontica, alla sincerità e alla coerenza della discussione, quali condizioni di razionalità delle procedure discorsive, formano, nell'approccio teorico di Alexy, un vero e proprio «codice della ragion pratica», evocativo di un ideale universale kantiano, da cui, seppur nelle condizioni limitative del vincolo della legge, del precedente e della dottrina, trae origine la struttura fondativa del discorso giuridico. Questo per Alexy, in quanto fondato sulle stesse regole di fondo, è un caso particolare del discorso pratico generale e il concetto di giustificazione, su cui si impernia la pretesa di correttezza del diritto³¹, risulta indissolubilmente legato al concetto di coerenza,

solo indicare esangui fantasmi in lotta tra loro per conquistarsi il primo posto nella gerarchia dei valori, ma anche denunciare l'uso di qualsiasi mezzo per farli prevalere» Zagrebelsky, *Diritto* cit. 236.

²⁹ Mi riferisco in particolare alle regole del discorso razionale proposte da Alexy: 1) Nessun parlante si può contraddire, 2) Ogni parlante può affermare solo ciò in cui egli stesso crede, 3) Ogni parlante che applica un predicato F ad un oggetto A deve essere disposto ad applicare F anche ad ogni altro oggetto che sia simile ad A in ogni aspetto rilevante, 4) Parlanti diversi non possono utilizzare la stessa espressione con significati diversi. La prima regola rinvia alle regole della logica, che vengono presupposte nel progetto di Alexy. La seconda regola assicura la sincerità della discussione, è costitutiva per ogni comunicazione linguistica e, senza, non sarebbe possibile neppure mentire poiché se non viene presupposta nessuna regola che si dica la sincerità, non è concepibile nemmeno l'inganno. La terza si riferisce all'uso di espressioni da parte di un parlante, mentre la quarta si riferisce all'uso di espressioni da parte di diversi parlanti. Per quanto riguarda invece le regole di ragione, bisogna affermare che i discorsi pratici mirano a giustificare l'affermazione di proposizioni normative. Discutendo tali affermazioni vengono prodotte altre affermazioni e così via. Le affermazioni sono necessarie anche per confutare qualcosa, per rispondere a domande e per motivare proposte. Non è possibile un discorso pratico senza affermazioni. Chi afferma qualcosa, non vuole soltanto esprimere ciò in cui crede, ma pretende anche che quanto dice sia giustificabile, sia cioè vero o giusto. La pretesa che sia possibile giustificare non ha come contenuto che il parlante stesso sia in grado di dare una giustificazione. R. Alexy, *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica* (1978), Milano 1998.

³⁰ R. Alexy, *Giustizia come correttezza*, in *Ragion Pratica* 9 (1997).

³¹ Per Alexy: «L'avanzare una pretesa di correttezza consiste dunque nella triade 1. Affermazione di correttezza, 2. Assicurazione di motivabilità e 3. Aspettativa di accettazione. Questa non si accompagna soltanto agli atti istituzionali delle situazioni legali e delle sentenze giudiziarie. Chiunque, in qualità di partecipante ad un sistema giuridico, ad esempio di avvocato dinanzi al tribunale o di cittadino in una discussione pubblica, adduce argomenti *pro* o *contra* determinati contenuti di tale sistema avanza una pretesa consistente nell'affermazione di correttezza, nell'assicurazione di motivabilità e nell'aspettativa di accettazione». R. Alexy, *Elementi di una teoria della duplice natura del diritto*, in *Ars Interpretandi* 15 (2010) 18.

formalizzando così il nodo centrale di una teoria argomentativa volta alla neutralizzazione dei conflitti giuridico-morali.

A ben vedere tale modello di razionalità procedurale, sembrerebbe basarsi su una concezione latentemente irenica del diritto. Basti pensare che non esiste alcuna gerarchia assiologica di valori pre-data, perfettamente scolpita in astratto, ma risulta sempre imprescindibile un'operazione interpretativo-argomentativa, ancorata alla fatticità del caso concreto. Sembra allora che sia opportuno aprire le porte al concetto di ragionevolezza, molto più orientato pragmaticamente che conoscitivamente³², e quindi maggiormente in linea con la multiformità e multidimensionalità del giuridico, calato nella realtà concreta, impregnato di fatticità, per certi versi immanentizzato³³ nelle pratiche giuridico-politiche. Perché proprio la categoria della ragionevolezza, potrebbe verosimilmente rappresentare la chiave di volta di un modello argomentativo inevitabilmente valoriale? Basti pensare che Zagrebelsky, mentre definisce la razionalità «interna coerenza logica delle classificazioni legislative», considera la ragionevolezza quale «adeguatezza ad un valore di giustizia»³⁴. La ragionevolezza può essere intesa come una razionalità pratica³⁵, quale un uso della ragione che si avvicina al senso comune e che può addirittura limitare la sfrenata discrezionalità del legislatore, quindi ovviamente una razionalità potenziata nell'attuale scenario giuridico globale. Infatti, in seguito ai processi di costituzionalizzazione³⁶ dei diritti che danno origine, in quello che può essere definito il “puzzle” costituzionale, a percorsi diversificati e a modalità di regolazione giuridica sempre più vicine alle tipologie angloamericane del “judge-made-law”, in una prospettiva di crescente proceduralizzazione dei sistemi giuridici³⁷, l'autorità tende ad acquisire una dimensione sempre più argomentativa, nel senso di una ragionevolezza pratica, sottoponendo i poteri sia pubblici che privati ad un incisivo controllo etico e giuridico-costituzionale. Nello Stato costituzionale l'istanza di uniformità si trasforma in istanza di universalizzabilità³⁸, quale principio di giustizia formale che non può mai dirsi

³² Catania, *Metamorfosi* cit. 26.

³³ Espressione utilizzata da Tucci, in A. Tucci, *Immagini del diritto. Tra fattualità istituzionalistica e agency*, Torino 2012.

³⁴ G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Bologna 1988, 148 ss.

³⁵ La Corte Costituzionale con la sentenza n. 172 del 1996, ha inteso la ragionevolezza nella sua valenza di «razionalità pratica».

³⁶ Sulle trasformazioni del diritto nello stato costituzionale e sulla metamorfosi di paradigma da stato legislativo a stato costituzionale, v. V. Omaggio, *Il diritto nello stato costituzionale*, Torino 2011 e, ancora, Id., *Saggi sullo stato costituzionale*, Torino 2015.

La costituzionalizzazione è considerata da Guastini un processo di sviluppo delle istituzioni che soddisfa una serie di condizioni: 1) rigidità della Costituzione; 2) controllo di costituzionalità delle leggi; 3) carattere politicamente vincolante della stessa Costituzione; 4) sovra interpretazione delle disposizioni costituzionali; 5) applicazione diretta di tali disposizioni da parte dei giudici; 6) interpretazione adeguatrice della legge ordinaria; 7) influenza diretta della Costituzione sui rapporti politici. R. Guastini, *La costituzionalizzazione dell'ordinamento giuridico italiano in Ragion Pratica*, 11(1998) 185-206.

³⁷ V. Giordano, *Squarciare i veli? Trasfigurazioni della giuridicità negli assetti globali*, in *Iura Gentium*, 13.2 (2016) 8.

³⁸ Per Atienza: «el principio de universalidad o de justicia formal establece que los casos iguales han da tratarse de la misma manera. Su fuerza deriva de que un requisito que parece ha de cumplirse en todo caso pare que una decisión judicial pueda considerarse justificada es que la regla general o principio en que se base- su ratio decidendi-pueda universalizarse» (M. Atienza, *Tras la Justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*, Barcelona, 137, 155).

definitivamente realizzato in quanto ne è sempre possibile la criticabilità argomentativa³⁹ e l'istanza di certezza si trasforma in istanza di controllo⁴⁰ nei confronti del potere, che è percepito come illegittimo proprio quando sia carente di una giustificazione, quando si manifesti *contra* ragione e quindi quando sia lesivo del principio democratico.

Si può allora parlare di una sorta di controllo di razionalità ermeneutico-pratica inteso appunto quale controllo di ragionevolezza? È solo un controllo *ex post*, volto alla verifica di determinati standard minimali che rendano accettabili le decisioni o anche *ex ante* come una sorta di previsione progettuale di ragionevolezza prima del momento creativo-applicativo del diritto?

4.- Il diritto fra esigenze di controllo e decisione.

A questo punto riterrei auspicabile non solo porre l'accento sulle categorie concettuali dell'argomentazione *de lege lata*, mettendo in risalto essenzialmente l'iter logico-argomentativo dei ragionamenti delle Corti⁴¹, ma soprattutto valorizzare un approccio giurisprudenziale⁴² con un'argomentazione *de lege ferenda*, in quanto il suo studio ha implicazioni per la legittimità delle leggi e per il ruolo del parlamento quale centro normativo di una democrazia costituzionale, per la metodologia giuridica e per la teoria dell'argomentazione. Ne consegue allora che l'approccio argomentativo-valoriale, imperniato sul primato della ragionevolezza, non può non considerare il fenomeno giuridico nella sua totalizzante dimensione giuridico-politica, enfatizzando la potenzialità democratica dell'onere/obbligo della giustificazione/motivazione.

Se indiscutibile peculiarità del ragionamento giuridico è data dalla sua connessione alla legge, la teoria dell'argomentazione giuridica dovrebbe considerare anche in che termini la razionalità legislativa possa essere un presupposto dell'argomentazione giuridica razionale⁴³. Potrebbe allora essere d'ausilio il metodo della ponderazione dei principi costituzionali? Si potrebbe proporre al legislatore una sorta di test di costituzionalità *ex ante* come criterio per valutare la razionalità pratica delle leggi. Oltre ai criteri tipici della ponderazione giudiziale come modello di ragionamento legislativo, ovviamente non andrebbero esclusi altri criteri di ragionevolezza quali la descrizione della reale pratica legislativa e le tecniche di miglioramento della qualità sia formale che strumentale delle leggi. Vi sono inoltre alcuni criteri essenziali per la valutazione delle decisioni *ex post* in base alla loro giustificazione ed

³⁹ A. Abignente, *Argomentazione giuridica*, in U. Pomarici (cur.) *Atlante di filosofia del diritto*, 2, Torino 2012, 21.

⁴⁰ Id., *L'argomentazione giuridica nell'età dell'incertezza*, Napoli 2017.

⁴¹ Sembra necessario il richiamo al ragionamento giuridico inteso quale procedimento intellettuale di giustificazione di una decisione in relazione alle ragioni effettivamente addotte dall'interprete per giustificarla. Cfr. N. MacCormick, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto* (1978), Torino 2001. Wróblewski, *Legal cit.*; Id., *Il sillogismo giuridico e la razionalità della decisione giudiziaria*, tr. it. in P. Comanducci, R. Guastini (curr.) *L'analisi del ragionamento giuridico*, Torino 1987.

⁴² Il vocabolo "legisprudence" compare in un articolo di Julius Cohen del 1950. Cfr. J. Cohen, *Towards Realism in Legisprudence*, in *Yale Law Journal* (1950) 886. Sul concetto di legisprudenza anche: J. Cohen, *Legisprudence: Problems and Agenda*, in *Hofstra Law Review* (1983). Cfr. L. Wintgens, *Legisprudence as a New Theory of Legislation*, in *Ratio Iuris* 19 (2006).

⁴³ Cfr. M. Atienza, *Contribución a una teoría de la legislación*, Madrid 1997, 99.

ai loro argomenti, così da poter distinguere tra migliori e peggiori argomentazioni legislative, come fondamento dei nostri giudizi sulle leggi. Tali elementi essenziali, che vanno a costituire una sorta di pragmatica della giustificazione legislativa, sono: la portata (varietà di ragioni e di livelli di giustificazione che i legislatori gestiscono, così come la profondità e il dettaglio dei loro argomenti); la struttura della giustificazione legislativa (ricostruita a partire dalla deliberazione ed espressa attraverso uno schema argomentativo specifico); l' appropriato trattamento dialettico delle obiezioni che sono dirette contro la futura legge; ed infine la correttezza materiale o plausibilità dell' argomentazione, analizzata in termini di intelligenza deliberativa⁴⁴. Anche Laporta ritiene che una possibile via per affrontare la preoccupante degradazione delle leggi, sia evitare il puro decisionismo della maggioranza, l' improvvisazione e la mera opportunità, potenziando invece i controlli di razionalità nel processo legislativo: «mi rendo conto che suggerire un controllo di costituzionalità del processo legislativo è cosa estremamente arrischiata. Tuttavia non mi sembra impossibile pensare a una sorta di controllo di qualità che stabilisca qualche criterio selettivo verso i prodotti legislativi elaborati in modo estremamente inefficiente»⁴⁵. Inoltre ritengo che non solo potenziare l' argomentazione legislativa stimoli le effervescenze dialettiche tra potere giudiziario e potere legislativo, a ben vedere in un' ottica di maggiore respiro democratico, ma esigere un *quid pluris* dal legislatore, come ad esempio il dovere di motivare sempre e comunque i suoi provvedimenti⁴⁶, riuscirebbe a rendere più degne le sue decisioni⁴⁷. Pertanto la vera sfida che la svolta argomentativa⁴⁸, potrebbe e anzi, a mio avviso, dovrebbe lanciare alla teoria generale del diritto, è da rinvenire non solo nel cristallizzare teoricamente in modo sempre più incisivo l'obbligo di motivazione razionale delle sentenze⁴⁹, per garantire

⁴⁴ A.D.O. Lalana, *Migliori e peggiori argomentazioni legislative- Come valutare la giustificazione parlamentare delle leggi*, in F. Ferraro, S. Zorzetto (curr.) *La motivazione delle leggi*, Torino 2018, 122.

⁴⁵ F.J. Laporta, *El deterioro de las leyes*, in *Claves de Razón Práctica*, 142 (2004) 30.

⁴⁶ La Corte Costituzionale con le sentenze 171/2007 e 128/2008 ha statuito che in relazione all' emanazione di decreti legge, l' esistenza dei presupposti di costituzionalità di cui all' art. 77 della Costituzione (Cost. it., art. 77) non possa evincersi «dall'apodittica enunciazione dell'esistenza delle ragioni di necessità e urgenza, né può esaurirsi nella constatazione della ragionevolezza della disciplina introdotta» evidenziando che la valutazione della sussistenza dei presupposti di costituzionalità non possa basarsi su elementi meramente decisionistico-politici quali una generica urgenza delle norme o una mera necessità, ma dovrà fondarsi su riscontri oggettivi (Corte Cost., 2007, n. 171; Corte Cost., 2008, n. 128).

⁴⁷ Cfr. J. Waldron, *The Dignity of Legislation*, Cambridge 1999, 7 ss.

⁴⁸ Cfr. Alexy, *Teoria cit.*; V. Giordano, *La "svolta" argomentativa. Universalismo e certezza del diritto*, in Giordano, Tucci, *Razionalità cit.*; Ead., *Modelli argomentativi delle teorie giuridiche contemporanee*, Napoli, 2008; M. Atienza, *Diritto come argomentazione. Concezioni dell' argomentazione*, Napoli 2018.

⁴⁹ Taruffo sostiene che «la principale funzione della motivazione è proprio quella di rendere possibile un controllo successivo sulle ragioni poste dal giudice a fondamento della decisione. Non può essere considerata quale un resoconto del procedimento logico o psicologico con cui il giudice è pervenuto alla decisione; è invece l'esposizione di un ragionamento giustificativo con cui il giudice mostra che la decisione si fonda su basi razionali idonee a renderla accettabile. È una giustificazione razionale *ex post* finalizzata a consentire il controllo sulla razionalità della decisione. Motivare in fatto, in particolare, significa esplicitare sottoforma di argomentazione giustificativa, il ragionamento che consente di attribuire una determinata efficacia ad ogni mezzo di prova. Ne consegue che la motivazione deve dare conto dei dati empirici assunti come elementi di prova, delle inferenze che si sono formulate, dei criteri impiegati per trarne le conclusioni probatorie. È pur vero che nella prassi spesso la motivazione si riduce ad affermazioni generiche, dalle quali non è possibile trarre elementi significativi in riferimento al ragionamento del giudice degenerando così in una non-motivazione». M.

un controllo sull'attività giurisprudenziale, ma soprattutto nella trasposizione dell'obbligo della motivazione anche per i provvedimenti legislativi, così da garantire una reale propensione verso sentieri di verità democratica.

Come si sposa allora l'argomentazione per valori, sopra tratteggiata, con l'esigenza di controlli di ragionevolezza sia *ex ante* che *ex post* del fenomeno giuridico-politico? Per tentare di rispondere a questo interrogativo, mi sembra d'ausilio la posizione di Atienza quando sostiene che l'argomentazione legislativa potrebbe cercare strumenti concettuali in modelli argomentativi diversi dalla teoria del discorso o dal ragionamento pratico, come quelli della retorica e della dialettica⁵⁰. Si è sostenuto che «il sillogismo retorico sia un vero e proprio ragionamento, nulla invidiando a quello dialettico o deduttivo e induttivo delle scienze, ma anzi avendo in più il pregio di sapere coinvolgere l'ascoltatore, cognitivamente e emotivamente, nel recupero autentico di una nozione unitaria di ragione che possiamo tranquillamente continuare a chiamare ragionevolezza»⁵¹. Il metodo dialettico-argomentativo di questa nuova retorica⁵² di derivazione perelmaniana, «è quello proprio di un sapere filosofico che, pur nell'ammissione della finitudine, relatività e imperfezione delle capacità conoscitive umane in ambito pratico, non opera mai una rinuncia nei confronti della ricerca di un contenuto dal valore veritativo»⁵³, aggiungerei, nella sua propulsione democratica⁵⁴. A quanto pare non solo il diritto ma anche la politica, per preservare le più nobili vocazioni finalistiche cui sono deputate, non potranno fare a meno del filtro argomentativo, ovviamente non più inteso nella sua dimensione meramente procedurale-razionalistica, ma inteso proprio come modello dialettico, per così dire retorico-valoriale, in cui, anche grazie ai controlli di ragionevolezza sia *ex ante* che *ex post* delle decisioni giuridico-politiche, siano presidiate valori di verità dialogico-comunicativi, fondativi dell'essenza democratica del nostro ordinamento

Abstract.- Le trasformazioni delle categorie giuridiche a seguito dei processi di costituzionalizzazione, la smitizzazione della certezza del diritto e il dilagante pluralismo dei valori impongono l'adozione di un nuovo modello argomentativo valoriale imperniato sul

Taruffo, *La fisionomia della sentenza in Italia*, in *La sentenza in Europa. Metodo tecnico e stile*, Padova 1988, 201 ss.; Cfr. Id., *La prova dei fatti giuridici*, Milano 1992, 401 ss.

⁵⁰ M. Atienza, *Argumentación y Legislación*, in A. Menéndez Menéndez (cur.), *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, Madrid 2004, 102 ss.

⁵¹ F. Puppo, *Il diritto al servizio della verità*, in F. Mancuso, *Il doppio volto del diritto*, Torino 2019, 315.

⁵² Ch. Perelman, L. Olbrechts-Tyteca, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica* (1958), Torino 1966.

⁵³ B. Bartocci, *Argomentazione e politica: democrazia e nuova retorica in Chaim Perelman*, in *Ars Interpretandi, Diritto ragion pratica e argomentazione* 15 (2010) 129-130.

⁵⁴ «La democrazia è costitutivamente, sebbene non irenicamente, ricerca della verità, da intendersi sia come dovere della verità/diritto alla verità nei confronti della pubblica opinione; sia come processo aperto alla libera ricerca e credenza in fedeli e valori; sia come medium discorsivo per il confronto non solo degli interessi ma delle ragioni: non ci sarebbe incontro e confronto delle opinioni/ragioni se non sulla base della premessa costituita dalla pretesa che quelle opinioni/ragioni siano vere, o che comunque si approssimino alla verità, o che siano rawlsianamente ragionevoli» F. Mancuso, *Verità e democrazia. Una rilettura della teoria democratica di Hans Kelsen* in L. Bazzicalupo, V. Giordano, F. Mancuso, G. Preterossi (curr.), *Trasformazioni della democrazia, Quaderni del Laboratorio Kelsen* 5 (2016) 125.

primato della ragionevolezza. L'istanza di certezza diventa istanza di controllo del fenomeno giuridico-politico e l'approccio dialettico-argomentativo si erge a possibile presidio democratico delle fondamenta valoriali del nostro ordinamento.

Changes in legal categories as a result of constitutionalisation processes, the demystification of legal certainty as well as the widespread pluralism of values require the adoption of a new argumentative model based on the primacy of reasonableness. The need for legal certainty gives space to the need for controlling the legal-political phenomenon and, consequently, the dialectic-argumentative approach stands as a possible democratic safeguard of the values which lay the foundations of our legal system.