

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI SALERNO

Dipartimento di Scienze Giuridiche



Dottorato in
Scienze Giuridiche
(Scuola di Giurisprudenza)

Curriculum
Storico-filosofico-giuridico
(XXXII CICLO)

Tesi di dottorato in

**L'argomentazione giuridica.
Razionalità e dinamicità nella prassi giuridica**

Coordinatore
Ch.mo Prof. Geminello Preterossi

Tutor
Ch.ma Prof.ssa Valeria Giordano

Dottorando
Dott. Michelangelo Luciano

Anno accademico 2018/2019

**L' ARGOMENTAZIONE GIURIDICA.
RAZIONALITÀ E DINAMICITÀ NELLA PRASSI
GIURIDICA**

INDICE

INTRODUZIONE: pag. 7

**CAPITOLO PRIMO:
L' ARGOMENTAZIONE NELLE SUE DIVERSE
PROSPETTIVE**

1. LE CONCEZIONI DELL' ARGOMENTAZIONE:	pag. 14
2. L' ARGOMENTAZIONE:	pag. 17
3. L' ARGOMENTAZIONE NELLA SUA DECLINAZIONE RETORICA:	pag. 22
3.1. L' UDITORIO NELL' ARGOMENTAZIONE GIURIDICA:	pag. 25
3.2. LA NATURA DELL' UDITORIO:	pag. 28
4. LA STRUTTURA DELL' ARGOMENTAZIONE GIURIDICA E GLI ACCORDI PROPRI AD ALCUNE ARGOMENTAZIONI:	pag. 33
4.1. L' ARGOMENTAZIONE GIURIDICA COME MEDIUM COMUNICATIVO:	pag. 40
5. DISCORSO GIURIDICO E ARGOMENTAZIONE RAZIONALE:	pag. 44

5.1. ARGOMENTAZIONE E GIUSTIFICAZIONE GIURIDICA:	pag. 49
5.2. PRETESA DI CORRETTEZZA E PRINCIPIO DI UNIVERSALIZZABILITÀ:	pag. 51
5.3. SPECIFICITÀ DELLA TEORIA PROCEDURALE:	pag. 55
5.4. IL CONFLITTO MORALE VIENE REALMENTE NEUTRALIZZATO DAL FORMALISMO DELLE METAETICHE?:	pag. 57
6. IL DISCORSO PRATICO GENERALE:	pag. 60
6.1. LE REGOLE DEL DISCORSO PRATICO GENERALE:	pag. 63
6.2. I LIMITI DEL DISCORSO PRATICO GENERALE E LA TESI DEL CASO PARTICOLARE:	pag. 67
6.3. NECESSITÀ E LIMITI DEL DISCORSO GIURIDICO:	pag. 69
7. NOTE CRITICHE ALLA TEORIA DI ALEXY:	pag. 72

**CAPITOLO SECONDO:
IL RAGIONAMENTO GIURIDICO NELLA SUA
DIMENSIONE PROBATORIA**

1. VERITÀ E PROCESSO: CATEGORIE E PRESUPPOSTI	pag. 77
2. CONSEGUIMENTO DELLA VERITÀ QUALE FINE-PRESUPPOSTO DEL RAGIONAMENTO DECISORIO:	pag. 84
3. RAGIONAMENTO GIURIDICO:	pag. 87
3.1. SPECIFICITÀ DEL RAGIONAMENTO GIURIDICO:	pag. 92
3.2. RAGIONAMENTO DEDUTTIVO:	pag. 95
3.3. RAGIONAMENTO INDUTTIVO:	pag. 99

3.4. LA RELAZIONE TRA LA NORMA E IL FATTO:	pag. 100
3.5. IL RAGIONAMENTO GIURIDICO TRA FATTO E NORMA:	pag. 102
4. RAGIONAMENTO PROBATORIO: DINAMICHE E MODELLI:	pag. 104
4.1. PROVE, PRESUNZIONI E DIMENSIONE ARGOMENTATIVA:	pag. 110
4.2. LA DISCIPLINA GIURIDICA DELLA PROVA:	pag. 115
4.3. LA FUNZIONE DELLA PROVA:	pag. 116
5. CONTROLLI DI RAZIONALITÀ SULLE PROVE:	pag. 119
5.1. IL CONTRADDITTORIO E LA MOTIVAZIONE QUALI FORME DI CONTROLLO:	pag. 122
6. LA GIUSTIFICAZIONE DELLA DECISIONE:	pag. 125
6.1. LA GIUSTIFICAZIONE INTERNA:	pag. 127
6.2. LA GIUSTIFICAZIONE ESTERNA: GIUDICE SOCIOLOGO, CHE ATTUA VALORI INDIVIDUALI, CHE CREA CRITERI DI VALUTAZIONE:	pag. 129
7. LA NECESSITÀ DI UNA DIMENSIONE ARGOMENTATIVA IN QUALSIASI SISTEMA PROBATORIO:	pag. 132
7.1. RAZIONALITÀ PROBATORIA E CONTROLLO ESTERNO DELLA DECISIONE:	pag. 138

CAPITOLO TERZO:

I PRINCIPI NELL' ARGOMENTAZIONE GIURIDICO-COSTITUZIONALE

1. DIMENSIONE DEI PRINCIPI NELLO STATO COSTITUZIONALE:	pag. 143
---	----------

2. PROBLEMI DEFINITORI E RELAZIONALI DI NORMA, NORMA DI DIRITTO FONDAMENTALE, REGOLA E PRINCIPIO	pag. 148
3. LA FONDAMENTALITÀ DEI DIRITTI	pag. 152
4. I DIRITTI FONDAMENTALI	pag. 155
5. I DIRITTI SOGGETTIVI	pag. 159
6. REGOLE O PRINCIPI?	pag. 162

**CAPITOLO QUARTO:
BILANCIAMENTO DEI DIRITTI
FONDAMENTALI TRA RAGIONAMENTO
GIURIDICO, ARGOMENTAZIONE MORALE E
POLITICITÀ DEL DIRITTO**

1. L' INTRINSECA AMBIGUITÀ DEL LINGUAGGIO DEI DIRITTI FONDAMENTALI E LE POTENZIALITÀ DEI CASI PARADIGMATICI:	pag. 166
2. NATURA POLEMOGENA E CONFLITTUALE DEI DIRITTI FONDAMENTALI:	pag. 171
3. BILANCIAMENTO QUALE PRINCIPIO RISOLUTORE DEL CONFLITTO. NATURA PURAMENTE RAZIONALE?:	pag. 173
4. RAGIONEVOLEZZA E PROPORZIONALITÀ NEL GIUDIZIO SUI DIRITTI	pag. 177
5. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE	pag. 183

BIBLIOGRAFIA	pag. 188
---------------------	----------

INTRODUZIONE

Con la crisi del monismo legislativo si assiste ad una metamorfosi della configurazione del sistema giuridico globale, ormai destrutturato, disarticolato e privo di un centro unitario di produzione giuridica. In questo scenario viene meno la centralità di quel principio ordinatore che produce una rappresentazione del sistema come una “piramide”: metafora di quella “verticalità gerarchica” che ha sicuramente avuto una preminenza storica e culturale, conferendo organicità e compattezza al sistema delle fonti, ma che oggi, in presenza di “scalini affollati e sconnessi, appare sempre meno esauriente e neppure possibile”¹. 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”², immagine metaforica che rinvia ad una realtà interconnessa tra vari soggetti e posizioni, in un gioco di reciproci intrecci, condizionamenti e relazioni³. In questo clima di precarietà strutturale del giuridico, il diritto in quanto 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 conseguenze⁴. È necessario evidenziare che “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

¹ F. Modugno, *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, in “Enciclopedia del diritto”, Aggiornamento, I, Giuffrè, Milano 1997, p. 563; R. Bin, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine: una prospettiva “quantistica”*, FrancoAngeli, Milano 2013, pp. 8-12, 16-17.

² F. Ost- M. Van De Kerchove, *De la pyramide au rosea? Pour une théorie dialectique du droit*, (trad. It. *Dalla piramide alla rete: un nuovo modello per la scienza giuridica?*), Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles 2002, pp. 43 ss.

³ P. Grossi, *Società, diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Giuffrè, Milano 2006, cit. p. 269; S. Cassese, *Lo spazio giuridico globale*, Laterza, Roma-Bari 2003, pp. 21-25.

⁴ B. Pastore, *Interpreti e fonti nell’ esperienza giuridica contemporanea*, Cedam, Padova 2014, p. 30.

pragmaticamente che conoscitivamente”⁵. Infatti, “mentre la logica analitica del positivismo manifesta una marcata difficoltà ad applicare le proprie tipiche distinzioni, le deduzioni rigide, i propri principi di coerenza e completezza, solo la razionalità di tipo ermeneutico e pratico ha sapienza del diritto vivente e penetra nel caso concreto”⁶. Al centro della riflessione teorico-giuridica assistiamo così ad uno sbilanciamento verso l’effettività, ad uno “slittamento verso l’immanenza”⁷ rispetto alla tradizione della scienza giuridica, mettendone in ombra l’istanza formalistica e metodologica, pur non potendo in definitiva rinunciare completamente ad essa. La trazione problematica tra razionalità logico-conoscitiva e pratico-ermeneutica si ripropone in quel Neocostituzionalismo che legge la giuridificazione dei principi morali nelle Costituzioni attraverso l’appello ad una razionalità che lega indissolubilmente diritto e morale. “Anche il positivismo giuridico - sostiene Catania - è costretto a misurarsi con una crisi profonda e un ripensamento, incalzato dalle istanze di un nuovo giusnaturalismo che si è affermato tramite il neocostituzionalismo e che vede argomentazioni morali, che si presumono espressive della morale sociale, non mediate giuridicamente, avere diretta influenza sui procedimenti giuridici”⁸. Il processo di “costituzionalizzazione dell’ordinamento giuridico”, espressione con cui si intende un processo di sviluppo delle istituzioni, è basato sulla rigidità della Costituzione e sul carattere politicamente vincolante della stessa, sul controllo di costituzionalità delle leggi, nonché sulla sovrainterpretazione delle disposizioni costituzionali, sulla loro applicazione diretta da parte della giurisprudenza e sulla loro interpretazione adeguatrice della legge ordinaria⁹. L’idea di una costituzione “Sovrana” in quanto norma fondamentale a presidio dei diritti, è “*tout court* incompatibile con quella di sovranità”, intesa quale *absoluta potestas*, potere per definizione totale, illimitato e indivisibile¹⁰. Questo processo, pertanto, chiede una ridefinizione del lessico giuridico, una problematizzazione delle categorie centrali elaborate dal paradigma

⁵ A. Catania, *Metamorfosi del diritto. Decisione e norma nell’era globale*, Laterza, Roma-Bari 2008, p. 26.

⁶ A. Catania, *Diritto positivo ed effettività*, ESI, Napoli 2009, p. 21-22.

⁷ Espressione utilizzata da A. Tucci, *Immagini del diritto. Tra fattualità istituzionalistica e agency*, Giappichelli, Torino 2012, pp. 31-67.

⁸ A. Catania, *Diritto positivo ed effettività*, ESI, Napoli 2009, cit. p. 19, infra pp. 7-8.

⁹ R. Guastini, *La “costituzionalizzazione” dell’ordinamento giuridico italiano*, in *Ragion pratica*, n. 11, 1998, pp. 185-206, ripubblicato in T. Mazza, *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino 2002.

¹⁰ D. Zolo, *I signori della pace. Una critica del globalismo giuridico*, Carocci editore, Roma 1998.

giuspositivistico, basato, come è noto, su criteri formali di autorizzazione e di delega. Si evidenziano all' interno del dibattito filosofico-giuridico, alcune aporie del modello artificialistico rispetto alla specificità dell' interpretazione costituzionale, rispetto al ruolo pervasivo dei principi nell' interpretazione/giustificazione. Essi consegnano nelle pratiche ermeneutiche una valorizzazione in chiave argomentativa del momento sostantivo e valoriale del diritto. In questa prospettiva, la dicotomia sussunzione/bilanciamento, costituisce in realtà l' architrave della svolta argomentativa del diritto, di superamento di quel modello logico deduttivo elaborato dal paradigma artificialistico verso il riconoscimento di criteri etico-giustificativi richiesti dall' interpretazione costituzionale¹¹. Al tal riguardo fondamentale elemento di discriminazione di ordine teorico-pratico è rappresentato dall' assenza di un *ethos* comune e di un nucleo solido di valori socio-culturali condivisi, determinando 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 norme¹², assistendo così ad un processo di "smitizzazione" della certezza del diritto. 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 occidentali¹³, ma, più in generale, anche di questa nuova era giuridica di cui siamo tutti soggettività coinvolte, ancorchè 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-applicativa¹⁴. Si assiste così all' emersione di una forza propulsiva degli ambiti in cui si articola la prassi (morale, politica, diritto) e per il sapere proprio di tali ambiti con il suo carattere pratico-orientativo. L' aspetto della deliberazione è valorizzato in opposizione ad una

¹¹ V. Giordano, Principi, ragioni, convenzioni sociali. Letture asimmetriche del costituzionalismo contemporaneo, in V. Giordano- A. Tucci, Razionalità del diritto e poteri emergenti, Giappichelli, Torino 2013, cit. p. 50.

¹² G. Zaccaria, La comprensione del diritto, Laterza, Roma-Bari 2012, p. 166.

¹³ R. Mangabeira Unger, Law in Modern Society, Free Press, New York 1976, p. 66.

¹⁴ A. Kaufmann, Dal giusnaturalismo e dal positivismo giuridico all' ermeneutica (1975), ora in ID., Filosofia del diritto ed ermeneutica, Giuffrè, Milano 2003, p. 137-151; G. Zaccaria, Per un manifesto di filosofia ermeneutica del diritto, in "Rivista di filosofia del diritto", I, n. 1, 2012, pp. 135-137.

prospettiva emotivistica che riduce la decisione ad un momento irrazionale. Si opera, così, per restituire dignità all' area del sapere pratico, sottraendo l' ambito della prassi al decisionismo. Alla base vi è 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, seguendo un procedimento controllabile¹⁵. In ambito strettamente giuridico tale orientamento ha trovato terreno fertile nella centralità del tema dell' argomentazione e del ragionamento giuridico. L' ordine giuridico è pensato come ordine razionale. La decisione giuridica deve essere riportata ad un insieme ordinato ed è giustificabile in rapporto ad esso al fine di garantire certezza e giustizia. Tale ordine è realizzabile facendo ricorso ad un patrimonio sapienziale prodotto e custodito dalla scienza giuridica¹⁶, dalla giurisprudenza chiamata a misurarsi nell' ardua sfida della neutralizzazione dei conflitti morali. Il sapere prodotto dalla *scientia juris* è essenziale per la pratica giuridica e contribuisce alla positivizzazione, alla costruzione-ricostruzione, alla sistemazione-risistemazione del diritto¹⁷. Si palesa allora una concezione della ragione quale capacità di ragionare, di argomentare, di produrre giustificazioni a sostegno dell' atto di volontà, idonee a mostrarne la fondatezza con la necessaria conseguenza che ogni produzione di decisioni giuridiche è legittima e/o si legittima solo fornendo ragioni. Immediato è il rinvio alla giustificazione, ossia "un discorso atto a far risultare che qualcosa è corretto, giusto, è da accettare, da preferire, da scegliere, da perseguire"¹⁸. La giustificazione, così, opera nei confini di una pratica argomentativa che si svolge in una situazione di cooperazione comunicativa¹⁹. Visto che appellarsi alle ragioni, significa far riferimento alle condizioni pubbliche di accettabilità fissate da una determinata comunità linguistica e assiologica che presuppone la discussione in un contesto intersoggettivo²⁰, è sottesa l' esigenza di un dialogo razionale, inteso quale rivalutazione

¹⁵ B. Pastore, Decisioni e controlli tra potere e ragioni. Materiali per un corso di filosofia del diritto, Giappichelli, Torino 2013.

¹⁶ A. Gambaro, Alcuni problemi in tema di diritto e giustizia nella tradizione giuridica occidentale, in J. Derrida e G. Vattimo, Diritto, giustizia e interpretazione, Laterza, Roma-Bari 1998, spec. Pp.66-75.

¹⁷ G. Zaccaria, Giurisprudenza, in " Enciclopedia filosofica", vol. 5, Bompiani, Milano, 2006, pp.4850-4852.

¹⁸ U. Scarpelli, Gli orizzonti della giustificazione, in L. Gianformaggio e L. Lecaldano, Etica e diritto. Le vie della giustificazione razionale, Laterza, Roma-Bari 1986, pp. 3-4, 9-13.

¹⁹ L. Gianformaggio, Sul senso della giustificazione morale e giuridica, in L. Gianformaggio e E. Lecaldano, Etica e diritto. Le vie della giustificazione razionale, Laterza, Roma-Bari 1986, cit. p. 169.

²⁰ G. Zaccaria, Questioni di interpretazione, Cedam, Padova 1996, pp. 6-7.

dell' argomentazione razionale che si espande dalla sua funzionalità alla comprensione proponendosi come istanza di giustificazione, essenziale presupposto dell' esercizio di una funzione critica²¹. Da tutto quanto fin qui esposto, consegue che l' argomentazione giuridica è dotata di una forza pervasiva nell' attuale scenario giuridico, in quanto non solo funge da criterio guida per orizzontare l' interprete/applicatore del diritto nel *mare magnum* dello spazio giuridico, ma soprattutto perchè costituisce uno strumento di indiscutibile valore per la controllabilità sia *ex ante* che *ex post* delle decisioni giudiziarie, assicurandone razionalità e correttezza, quantomeno tendenziali. La teoria dell' argomentazione giuridica è certamente uno dei temi più fecondi emersi, o per meglio dire riemersi – poiché in filosofia nulla è mai assolutamente nuovo e nulla definitivamente perento – nel dibattito teorico-filosofico di questi ultimi anni²². Prima di passare alla disamina delle sue maggiori peculiarità, è opportuno porre l' accento su cosa sia l' argomentazione in generale, analizzandone le diverse prospettive, per poi focalizzarci sulle specificità dell' argomentazione giuridica evidenziandone anche la sua declinazione retorica. A seguire mi soffermerò sul ruolo del ragionamento giuridico anche in chiave probatoria, al fine di sottolineare il preponderante ed irrinunciabile spazio da riservare ai meccanismi argomentativi in particolare nell' attività giurisprudenziale soprattutto alla luce dei processi di costituzionalizzazione dell' ordinamento giuridico. Infine, nell' ultima parte dell' elaborato, in relazione ai diritti fondamentali contemplati nella nostra Carta Costituzionale, metterò in evidenza il nesso imprescindibile tra argomentazione, ragionamento e decisione. In via del tutto preliminare, urge soffermarsi su alcune premesse metodologiche necessarie per un processo di semplificazione di complesse categorizzazioni concettuali e teoriche. Sembra pacifico che il Diritto non possa essere ridotto ad argomentazione, ma al contempo pare altrettanto pacifico che l' approccio argomentativo al Diritto possa contribuire ad una migliore teoria e ad una migliore pratica giuridica. Tuttavia la teoria generale del diritto, almeno fino a tempi recenti, non includeva l' “argomentazione” come uno dei suoi elementi fondamentali, forse in quanto si riteneva che non fosse un concetto da problematizzare. Ma qual è il preciso significato da attribuire all' argomentazione? Cosa dobbiamo intendere per

²¹ A. Abignente, Pluralismo giuridico e ruolo dell' interpretazione, in *Ars Interpretandi*, I/2012 n. 1, Ermeneutica e pluralismo, Carocci editore, p. 84.

²² Prefazione di Norberto Bobbio a Ch. Perelman, Lucie Olbrechts- Tyteca, *Traité de l' argumentation. La nouvelle rhétorique*, PUF, Paris, 1958; trad. It. *Trattato dell' argomentazione. La nuova retorica*, Einaudi, Torino 1966 p. 9.

“argomentare” ogni volta che usiamo questa espressione in contesti giuridici? Innanzitutto come punto di partenza è bene evidenziare il legame tra la nozione di argomentazione e quella di decisione. Si potrebbe sostenere che nel diritto si deve argomentare perché bisogna decidere e perché allo stesso tempo non accettiamo che le decisioni possano presentarsi prive di ragioni. Da ciò ne conseguirebbe che argomentare e decidere siano facce della stessa medaglia²³. Tuttavia vi sono decisioni che si prendono in modo irrazionale (partendo da ragioni manifestamente erronee) ma questo ovviamente non implica che non esistano ragioni: esistono tanto ragioni soggettive (motivi) dell’ azione, quanto ragioni obiettive, cioè quelle che farebbero sì che fosse razionale e giustificato agire in una forma o in un’ altra. In realtà anche se decidere implicasse sempre in qualche modo argomentare, dare ragioni, ciò non vuol dire che argomentare e decidere siano la stessa cosa. Piuttosto possiamo sostenere che l’ argomentazione accompagna le decisioni ed ha luogo in contesti nei quali non decidiamo propriamente, ma nei quali dobbiamo formarci un’ opinione o una credenza su qualcosa, che può essere un problema o una questione, presupposto logico dell’ attivazione di un processo argomentativo. In realtà è possibile tanto decidere senza offrire argomenti quanto argomentare senza decidere, ma in ogni caso l’ argomentazione ha luogo in un contesto di risoluzione o più in generale di trattamento di problemi. Un concetto può risultare complesso, difficile perché si usa in modo equivoco, ossia una stessa espressione si usa con significati che niente hanno a che vedere tra loro. L’ obiettivo di chiarire il concetto e quindi la sua ambiguità, consiste proprio nel mostrare questa complessità di significati. Sembra di indubbia utilità, ai fini della nostra esposizione, la tripartizione nozionistica del concetto di argomento giuridico, più esattamente di argomento giudiziale: “a) quello che ricostruisce i passaggi deduttivi della giustificazione, b) quello che rappresenta il processo psicologico del giudice, c) quello che pretende garantire una giustificazione corretta sotto il profilo sostanziale. I tre schemi di ragionamento pratico conservano una relazione diretta con le distinzioni rispetto al significato di ragione (come premessa di un argomento, come motivo o come giustificazione) ed ogni argomento pratico in senso normativo stabilisce come si devono valutare le ragioni

²³ M. Atienza, *Diritto come argomentazione. Concezioni dell’argomentazione*, ed. it. a cura di Abignente A., trad. it. a cura di Izzo V. N., Editoriale Scientifica, Napoli 2012.

sostanziali”²⁴. Inoltre è necessario evidenziare che vi sono due differenti modi per inquadrare il concetto di argomentazione: sia come processo-attività (attività di argomentare), sia come prodotto o risultato della stessa (gli enunciati o le affermazioni in cui consiste o in cui si traduce l’ argomentazione: gli argomenti). Infine è bene ricordare che l’ argomentare è un’ attività razionale non solo in quanto diretta ad uno scopo, ma anche nel senso che vi sono sempre criteri per valutare un’ argomentazione, ha sempre senso domandarsi se un argomento sia buono o cattivo, apparentemente buono ma in realtà cattivo, migliore o peggiore dell’ altro, e chi scrive ritiene convintamente che tale peculiarità appartenga, o meglio ancora, debba appartenere, ad ogni operatore del diritto, considerando così la pragmatica dell’ argomentazione giuridica, punto di riferimento imprescindibile per l’ esercizio delle sue funzioni.

²⁴ C. Redondo, La noción de razón para la acción en el análisis jurídico, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1996, p. 256.

L' ARGOMENTAZIONE NELLE SUE DIVERSE PROSPETTIVE

1) LE CONCEZIONI DELL' ARGOMENTAZIONE

In relazione alla menzionata ambiguità tra l'argomentazione vista come attività o come prodotto, vi sono concezioni o modi di considerare l' argomentazione, come quello della logica deduttiva, che si concentrano quasi esclusivamente sull' argomentazione quale risultato, mentre le concezioni di tipo dialettico pongono l' enfasi sull' argomentare quale attività. In ambito teorico-filosofico è frequente contrapporre due modi distinti di intendere l' argomentazione e questa contrapposizione è quella che ha stimolato lo sviluppo della teoria dell' argomentazione giuridica. Uno dei poli sembra essere fisso, mentre l' altro cambia da un autore all' altro: per un esempio non esaustivo, la retorica in Perelman o la logica operativa – la dialettica – in quella di Toulmin²⁵. Questi autori “introducono un movimento, l' idea di una logica in azione, e una trasformazione, integrando nella logica dell' argomentazione i presupposti, le credenze, gli ambiti e i contesti concreti in cui sviluppiamo le nostre giustificazioni razionali; la dialettica diventa una logica che si congeda dall' ansia della validità per scegliere il criterio dell' efficacia”.²⁶ A questo punto, ritengo di aderire a pieno con l' importante teoria dell' argomentazione giuridica proposta da Manuel Atienza, il quale sostiene di dover distinguere non due, ma tre concezioni o modi di contemplare l' argomentazione e che esistano tre dimensioni dell' argomentazione (ognuna vincolata ad un certo contesto o situazione) che possono dar luogo ad altrettante concezioni se ognuna di queste tre dimensioni venisse trattata come se fosse l' unica o quella fondamentale. Per l' autore è possibile distinguere tra concezione formale, materiale e pragmatica. Prima di illustrare la distinzione tra queste tre concezioni, è necessario evidenziare il legame dell' argomentazione con la nozione di problema e quindi con la diversità di situazioni in cui sorge la necessità di argomentare. Un primo tipo di situazione è legata alla risoluzione di problemi formali, come ad esempio un

²⁵ Tra queste concezioni dell' argomentazione vi sono similitudini ma anche differenze: Perelman sulla persuasione dell' uditorio e Toulmin nell' interazione che ha luogo tra il proponente e l' opponente di un processo argomentativo.

²⁶ AA. VV., *La svolta argomentativa. 50 anni dopo Perelman e Toulmin*, a cura di A. Cattani, P. Cantù, I Testa, P. Vidali, Napoli, 2009, p. 15.

problema matematico o un problema logico²⁷. Alcuni esempi sono gli esercizi per sviluppare o potenziare la capacità di ragionare logicamente come ad esempio: 1) identificare le premesse e le conclusioni di determinati passaggi, 2) distinguere i ragionamenti deduttivi da quelli induttivi, 3) tradurre ogni proposizione nella notazione logica di funzioni proposizionali e quantificate, 4) costruire una prova formale di validità per una serie di ragionamenti²⁸. È necessario sottolineare che la necessità di argomentare di solito non deriva dalla necessità di risolvere un problema strettamente formale. Più frequentemente si riscontra in relazione a problemi materiali come i seguenti: spiegare un fenomeno, predire un avvenimento, verificare che qualcosa sia successo in un certo modo o che ha determinate caratteristiche, giustificare un'azione, raccomandare che qualcuno compia una certa azione; quindi si tratta di problemi caratteristici delle scienze, delle tecnologie, della morale, del diritto e delle esperienze ordinarie. Si può dire che la differenza tra i due tipi di problemi è che la soluzione argomentativa di un problema materiale richiede che si usi una qualche forma di argomento, sicché si potrà dire che la concezione materiale dell'argomentazione presuppone quella formale, però nella concezione materiale ciò che è essenziale è il contenuto e chi deve risolvere un problema materiale non può adottare in relazione agli enunciati che funzionano come premesse, un'attitudine ipotetica e non compromessa, come accadrebbe nella concezione formale, ma deve obbligarsi con la verità o l'esattezza della conclusione. A ben vedere vi è un terzo tipo di problema/situazione, che genera la necessità di argomentare e che non può qualificarsi né come formale né come materiale. Si tratta di situazioni che presuppongono interazioni dialogiche tra parlanti e si presenta il problema di come persuadere relativamente a qualcosa o di come difendere o attaccare una tesi quindi è necessario, affinché una determinata posizione venga accettata, che siano soddisfatte determinate regole che reggono la discussione. Una volta delimitati i tre tipi di problemi/situazioni che determinano la necessità di argomentare, risulta più o meno chiaro in che senso ognuna di queste tre concezioni menzionate porta ad interpretare in modo differente gli altri aspetti del concetto di argomentazione. Per la concezione formale le premesse e la conclusione sono enunciati non interpretati o, volendo, interpretati con un significato puramente

²⁷ Consideriamo questi problemi formali perché in un certo senso non sono legati alla realtà, facendo così astrazione da come è realmente il mondo.

²⁸ Copi Irving M. (1994): *Introducción a la Lógica*, Buenos Aires (edizione più recente in LIMU-SA, México, 1998; *Introduzione alla logica*, a cura di G. Lolli, trad. it a cura di R. Lupacchini, Il Mulino, Bologna).

astratto, quindi ciò che importa non è la verità o la correttezza delle premesse e della conclusione, ma quali siano gli schemi formali. Nella concezione materiale, le premesse e la conclusione sono enunciati interpretati, cioè enunciati accettati da chi argomenta come veri o corretti, quindi il nucleo fondamentale di tale concezione è rappresentato dalle premesse e dalla conclusione, non già dall' inferenza e i criteri di correttezza di questo tipo di argomentazione sono rappresentati da massime di esperienza, leggi scientifiche, regole tecniche, principi morali quali fondamenti per valutare la verità in senso ampio delle premesse. Per quanto concerne invece la concezione pragmatica dell' argomentazione, le premesse e le conclusioni non sono enunciati non interpretati né enunciati interpretati come veri o corretti, ma enunciati accettati; così come per l' argomentazione retorica in cui le premesse e quindi i punti di partenza, dipendono dal fatto che siano accettabili per l' uditorio. L' accento viene posto sugli elementi pragmatici del linguaggio e sul risultato ottenuto: ciò che importa è l' accettazione di una certa tesi dell' altro in un dialogo oppure l' accettazione da parte dell' uditorio e non la validità logica dell' inferenza o il carattere veritiero delle premesse²⁹. La terza concezione dell' argomentazione mira per questo ad una nuova dimensione della razionalità quale capacità di persuadere gli altri, di interagire linguisticamente con gli altri e raggiungere accordi rispettando determinate regole: così da intenderla quale una razionalità procedurale³⁰ o politica. Tale ricostruzione teorica sembrerebbe soddisfare al meglio la necessità di articolazione di solide premesse metodologico-concettuali prima di procedere ad una approfondita e *multilevel* trattazione del tema, ma al contempo sembra allo stesso tempo necessario porre l' accento su un altro aspetto di ordine pratico, tributando le parole di Manuel Atienza, il quale sostiene che: *“le argomentazioni che si producono di fatto non obbediscono ad uno solo di questi modelli in quanto le pratiche razionali in cui sono coinvolti gli esseri umani hanno una certa vocazione alla totalità, ossia i fini e i valori di queste imprese non sono esclusivamente formali o materiali o pragmatici, ma rispondono ad una combinazione di questi tre tipi”*³¹. Tutto ciò premesso, a seguire procederò con una ricostruzione teorica del concetto di argomentazione, per poi, a mano a mano,

²⁹M. Atienza, *Diritto come argomentazione. Concezioni dell'argomentazione*, ed. it. a cura di Abignente A., trad. it. a cura di Izzo V. N., Editoriale Scientifica, Napoli 2012 pp. 72-92.

³⁰ Sul punto si veda Gianformaggio L., *In difesa del sillogismo pratico, ovvero alcuni argomenti kelseniani alla prova*, Giuffrè, Milano 1987.

³¹M. Atienza, *Diritto come argomentazione. Concezioni dell'argomentazione*, ed. it. a cura di Abignente A., trad. it. a cura di Izzo V. N., Editoriale Scientifica, Napoli 2012 cit. p. 93.

evidenziarne le specificazioni e le declinazioni a seconda del tipo di contesto a cui si fa riferimento.

2) L' ARGOMENTAZIONE

L' argomentazione è un ragionamento situato. È un ragionamento nel senso che consiste nell'inferire, da enunciati che fanno da premessa, un enunciato che costituisce una conclusione; ma a differenza di quanto accade nella logica formale, le premesse non sono vere. Sono solo assunte come vere da chi sviluppa il ragionamento o da chi lo ascolta e lo valuta. Il valore di verità di quanto è affermato nelle premesse dipende dal livello di credenza sia di chi enuncia che di chi ascolta e valuta l'argomentazione. Argomentare significa ragionare in un contesto probabile e non certo, partendo da premesse accettate ma non necessariamente vere, rivolgendosi ad interlocutori situati, cioè portatori di credenze, principi, assunti che possono divergere da quelli di altri interlocutori. Il secondo aspetto che va sottolineato è la consapevolezza che ogni pratica argomentativa si svolge in funzione di un uditorio, producendo effetti di credenza e di persuasione in un pubblico o in un interlocutore. Il carattere situato dell'argomentazione impone dunque una presa in carico del corpo di credenze e di conoscenze che l'uditorio, o l'interlocutore, condivide. *“Noi conosciamo qualcosa se, e solo se, abbiamo una ben fondata credenza in essa, la nostra credenza è ben fondata se, e solo se, possiamo produrre buone ragioni che la supportino; e le nostre ragioni sono realmente buone se, e solo se, possiamo produrre un argomento conclusivo, o formalmente valido collegando questa credenza a un punto di partenza che non viene messo in discussione”*³². Questa definizione di argomento ci aiuta a comprendere un aspetto specifico del nostro ragionare. Conoscere implica credere e argomentare, e argomentare implica anche proteggere criticamente certe premesse per discuterne altre. In questa sintesi toulminiana si evidenzia il valore delle premesse assunte e, tra queste, dei luoghi comuni accettati. Essi solitamente vengono oscurati, e ciò a riprova del valore che assumono, nel nostro ragionare argomentativo, le premesse da cui partiamo. Dopo aver brevemente illustrato l'ambito definizionale dell'argomentazione in generale, è necessario tenere presente che, di fronte ai risultati, in molti punti convergenti, che sono stati raggiunti nel dibattito moderno sull'etica, dalla filosofia del

³² S. E. Toulmin, *Knowing and Acting. An Invitation to Philosophy*, Macmillan, New York 1976, p.89.

linguaggio contemporanea e dalla teoria dell'argomentazione in via di sviluppo, l'obiettivo delle indagini condotte dai maggiori teorici, è di rendere fruttuose per la ricerca dei fondamenti della scienza giuridica, alcune delle teorie elaborate in questi ambiti, dopo averle sottoposte ad una discussione critica. A questo scopo, l'argomentazione giuridica è concepita come un'attività linguistica³³ che si svolge in situazioni differenti fra loro, come ad esempio, nel processo o nella discussione condotta dalla scienza giuridica e riguarda la correttezza delle proposizioni normative³⁴. Considerato che il lavoro del giurista non si può solo basare su mere operazioni logico-formali, incapaci di porre rimedio all'incompletezza-indeterminazione del diritto positivo, si è posta in evidenza la valutatività o *politicità* della scienza e della decisione giuridica³⁵. La tesi della politicità del diritto ha dato avvio a varie strumentalizzazioni che hanno indirizzato il ragionamento giuridico verso il suo opposto, cioè l'ideologicismo. Di fronte al dilemma "o logicismo formalistico o irrazionalismo ideologico" si deve trovare una via d'uscita che si potrebbe individuare, per dirla con Perelman, nella "logica del ragionevole" in opposizione alla razionalità formale. Il carattere che giustifica il valore persuasivo e veritativo dell'argomentazione ragionevole è proprio la sua multiformità e multidimensionalità in opposizione alla semplice linearità del ragionamento dimostrativo³⁶. Naturalmente, quanto più è ampio lo spazio dell'argomentazione tanto più diventa rilevante il problema filosofico della fondazione razionale dei valori, o meglio delle proposizioni valutative. È bene precisare che ciò non vuol dire che il giurista debba vestire i panni del filosofo per

³³ Al riguardo si è parlato di svolta linguistica che soprattutto con Austin, Searle e Wittgenstein ha sottolineato la produttività del linguaggio. Secondo Abignente l'uso del linguaggio è punto nodale dell'argomentazione, in particolare di quella giuridica per almeno due motivi: il primo perché l'argomentazione in generale è un'attività linguistica (normalmente argomentiamo mediante linguaggio), il secondo perché il diritto possiede una dimensione linguistica che il giurista deve saper analizzare nella formulazione di argomenti interpretativi. Abignente A., *L'argomentazione giuridica nell'età dell'incertezza*, Editoriale Scientifica, Napoli 2017, cit. p. 37

³⁴ R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1978; trad. it. A cura di M. La Torre, *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, Giuffrè, Milano 1998 p. 16.

³⁵ Cfr. Lombardi Vallauri, 1981.

³⁶ Sul punto L. Gianformaggio, *Gli argomenti di Perelman: dalla neutralità dello scienziato all'imparzialità del giudice*, Edizioni di Comunità, Milano 1973, p. 187-188. L'autrice sostiene che basta aggiungere una premessa sottintesa per trasformare una argomentazione in una dimostrazione e che, come notato da Perelman, basta trascurare tutte le considerazioni addotte a sostegno della scelta delle premesse di fatto e di diritto per trasformare la motivazione di una sentenza in un sillogismo. Secondo Gianformaggio nessun discorso in sé astrattamente considerato è dimostrativo o argomentativo: ogni discorso può essere ben interpretato come dimostrazione o come argomentazione e l'interpretazione più fedele è quella che fa leva sul contesto socio-culturale cui il discorso oggetto si iscrive.

decidere i casi perplessi, bensì che bisogna inserire nel metodo giuridico regole discorsive e schemi argomentativi ricavati da altre discipline. Infatti, Alexy riallaccia i rapporti tra filosofia e diritto fondandosi su quanto di più significativo oggi emerge dal dibattito sull'etica, dalla filosofia del linguaggio e dalla teoria dell'argomentazione in pieno sviluppo. La ricerca è indirizzata verso quelle regole discorsive e forme argomentative che, nell'ambito del metodo giuridico, possano dare una risposta alla questione relativa alla pretesa che una proposizione giuridica solleva, cioè quella "di essere razionalmente motivabile in considerazione delle condizioni limitative", condizioni che vanno ravvisate nel vincolo alla legge, ai precedenti, alla dogmatica giuridica, e, da ultimo ma non meno importante, nel vincolo agli ordinamenti processuali (preclusioni, oneri della prova ecc.). Innanzitutto, l'argomentazione giuridica viene contraddistinta come un'attività linguistica, ovvero, per dirla con Wittgenstein, un gioco linguistico di tipo particolare che concerne la correttezza delle proposizioni normative³⁷. Tale attività linguistica viene definita da Alexy come "discorso, o meglio – trattandosi della correttezza di proposizioni normative – come *discorso pratico*"³⁸. In chiunque compia un atto linguistico, persino nel caso dell'inganno premeditato, per il semplice fatto di pronunciare un enunciato vi è la pretesa che la sua espressione linguistica corrisponda a ciò che pensa (sincerità), che sia adeguata alla situazione concreta cui si riferisce (correttezza), e che sia universalmente accettata dagli interessati all'enunciato medesimo (validità). Questi presupposti impliciti in ogni parlante, per Alexy, devono essere portati alla luce e universalizzati, ma ciò può avvenire solo in ambito di situazioni discorsive razionali. Tali implicite pretese diventano ancor più impellenti nel caso del giudizio giuridico, perché qui, a differenza della proposizione normativa, la pretesa di correttezza³⁹ veste i panni della pretesa di *giustizia*. Secondo Alexy tanto singole norme giuridiche quanto interi sistemi normativi avanzano una pretesa di giustizia, altrimenti non sono sistemi giuridici. Ne

³⁷ Wittgenstein, *Philosophische Untersuchungen* (1953); trad. it. a cura di R. Piovesan e M. Trinchero, *Ricerche Filosofiche*, Torino 1995 (prima edizione 1967).

³⁸ R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1978; trad. it. a cura di M. La Torre, *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, Giuffrè, Milano 1998 p. 17.

³⁹ Sul punto si veda R. Alexy, *Elementi fondamentali di una teoria della duplice natura del diritto*, trad. ita. di Carlizzi, in *Ars Interpretandi*, XV-2010, diritto ragion pratica e argomentazione, p. 17 ss. La tesi iniziale è quella secondo cui il diritto avanza necessariamente una pretesa di correttezza. Secondo l'autore, per precisarla occorre rispondere a tre domande: a) cosa significa che il diritto avanza una pretesa? b) cosa si deve intendere per necessità della pretesa? c) qual è il contenuto della pretesa?

consegue che qui la pretesa di giustizia ha un significato classificatorio; tale significato diviene qualificatorio nei sistemi giuridicamente viziati in quanto non assolvono a tale pretesa. In relazione a singole norme giuridiche e a singole decisioni giudiziarie, la pretesa di giustizia ha esclusivamente un significato qualificatorio e le norme e le decisioni sono giuridicamente vizzate se non avanzano o non realizzano tale pretesa di giustizia⁴⁰. Nella pretesa di correttezza avanzata dalla decisione giudiziale sono da considerare due aspetti: in un primo momento si assume che la decisione sia corretta *nell'ambito dell'ordinamento giuridico vigente*, in un secondo momento si assume che il diritto vigente sia razionale o giusto. Nel caso di una legge irrazionale o ingiusta ma giuridicamente valida, la decisione giudiziale che applichi correttamente quella legge e reciti: "Tizio è condannato, sulla base di una legge ingiusta, a dieci anni di reclusione" non è una decisione perfetta giuridicamente, in quanto in essa viene negato il secondo momento della pretesa di correttezza connessa necessariamente alle decisioni giudiziali. Tuttavia, come fa notare Alexy, pur "*nella situazione qui considerata della rigorosa applicabilità della legge irrazionale e ingiusta [...] la connessione tra la razionalità discorsiva e il diritto non si rompe. Anche se la razionalità non può più determinare il contenuto della decisione, essa costituisce la ragione della sua scorrettezza e il criterio per la sua critica*" e pertanto risulta ancor più evidente la qualifica del discorso giuridico come caso particolare del discorso pratico generale in base alla necessità di un "inserimento dell'argomentazione giuridica nel contesto di una razionalità discorsiva che abbraccia l'intero sistema del diritto"⁴¹. Alexy imposta la propria teoria del discorso razionale come teoria *normativa*, in quanto essa enuncia e giustifica i criteri per la razionalità dei discorsi. Allo scopo di individuare le regole che definiscono il discorso pratico razionale vengono sottoposte ad un accurato esame critico varie teorie *metaetiche* elaborate nell'ambito della filosofia analitica (Hare, Toulmin, Baier), e la teoria dell'argomentazione di Perelman: queste teorie condividono la concezione del *discorso morale* come attività diretta da *regole*⁴². Le regole che guidano l'attività

⁴⁰ R. Alexy, *Begriff und Geltung, des Rechts*. Verlag Karl Alber GmbH, Freiburg im Breisgau-München, 1992; trad. ita. di F. Fiore, *Concetto e validità del diritto*, Einaudi, Torino 1997, cit. p. 34.

⁴¹ *Ult. Op. cit.* p. 270.

⁴² Come evidenziato da Abignente, all'argomentazione necessariamente situata di Perelman svolta in funzione di un uditorio, Toulmin contrappone una logica applicata che coniuga la razionalità in un processo argomentativo definito nella peculiarità dei dati e delle conclusioni omogenee proprie di un campo di argomentazioni e nelle ricorrenze comparative. Abignente A., *L'argomentazione giuridica nell'età dell'incertezza*, Editoriale Scientifica, Napoli 2017, p. 36.

discorsiva non sono assiomi, ma sono regole e forme di vario *status* logico, cui deve adeguarsi un'argomentazione che pretende di ottenere e giustificare risultati corretti. Tra le regole *fondamentali* (non contraddizione, sincerità, uso linguistico comune) che sono *condicio sine qua non* di ogni comunicazione linguistica in cui si tratti di verità, o meglio di correttezza, spicca il principio di *universalizzabilità* di Hare, in base al quale ogni parlante può affermare solo quei giudizi di *valore* e di *obbligo* che affermerebbe parimenti in ogni altra situazione che, negli aspetti rilevanti, sia uguale a quella nella quale egli ha affermato quei giudizi. I discorsi pratici mirano a giustificare l'affermazione di proposizioni normative, il che comporta che si instauri una catena di affermazioni, in mancanza della quale non sarebbe nemmeno possibile il discorso pratico. Nell'ambito del discorso, quindi, vige innanzitutto la regola generale di giustificazione, insieme con le regole che si ricavano dalla situazione discorsiva ideale di Habermas (equiparazione dei diritti dei parlanti, universalità e assenza di costrizioni)⁴³. Un terzo gruppo, detto delle regole di ragione, riguarda la distribuzione dell'onere dell'argomentazione risultante dalla connessione del principio di universalizzabilità con la regola generale di giustificazione. Sempre nell'ambito delle regole di ragione, rilevante è il principio di inerzia di Perelman, in base al quale, quando un parlante afferma qualcosa, i suoi interlocutori hanno il diritto di esigere una motivazione. Nell'ambito delle regole di giustificazione, notevole importanza ha il combinato derivante dall'unione dei due principi formulati da Richard Hare, ossia il principio di universalizzabilità e il principio di prescrittività⁴⁴. Fra le regole di giustificazione trovano applicazione, come varianti del principio di universalizzabilità di Hare, sia il principio di generalizzabilità di Habermas, per cui chiunque deve poter approvare ogni regola, sia il principio di insegnabilità di Kurt Baier fondato sui postulati di sincerità e pubblicità, per cui qualsiasi regola deve poter essere insegnata pubblicamente⁴⁵. Infine vanno ricordate le regole di transizione, importanti nei casi frequenti in cui i parlanti sono d'accordo sulle premesse normative ma disputano sui fatti. Il seguire le regole suddette, pur assicurando un'elevata probabilità di giungere

Per un approfondimento sugli usi dell'argomentazione di Toulmin, si rinvia a Toulmin S., *Gli usi dell'argomentazione*, trad G. Bertoldi, Torino 1975.

⁴³ Vedi J. Habermas, trad. it. a cura di L. Ceppa, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Guerini e Associati, Milano 1996.

⁴⁴ R. M. Hare, *The language of Morals*, Oxford University Press, London 1952; trad. it. *Il linguaggio della morale*, Ubaldini, Roma 1968, pp. 71 e ss.

⁴⁵ Vedi K. Baier, *The Moral Point of View: A Rational Basis of Ethics*, Cornell University Press, Ithaca (NY) 1958.

ad un accordo nelle questioni pratiche, non garantisce tuttavia il raggiungimento di un accordo su ogni questione, né che l'accordo raggiunto sia incontestabile. Tutto ciò è ascrivibile a tre fattori di debolezza del discorso pratico: a) le regole del discorso non indicano da quali premesse normative partire (infatti il punto di partenza è costituito da concezioni normative individuali, spesso tra loro incompatibili); b) non sono stabiliti tutti i possibili livelli di argomentazione; c) alcune regole del discorso possono essere applicate solo in modo approssimativo, e quindi c'è la possibilità che non venga raggiunto alcun accordo. Pertanto, se si considera che l'ambito del discorsivamente possibile è molto ampio e che vi è urgenza nel decidere, bisogna accordarsi su procedimenti che circoscrivano il più possibile l'ambito del discorsivamente possibile: esempi di tali procedimenti sono le regole della legislazione e i vari codici di procedura. I *limiti* del discorso pratico generale giustificano la *necessità* delle regole giuridiche, provocando così il passaggio al *discorso giuridico*. In tal modo si realizza un *fenomeno osmotico* tra i due tipi di discorso, con reciproco vantaggio: il discorso giuridico, pur necessitando di argomenti pratici generali (per esempio, per la giustificazione e verifica di enunciati dogmatici ovvero per la giustificazione di proposizioni empiriche quali premesse utilizzate nella giustificazione interna), mitiga l'incidenza dei suddetti punti deboli del discorso pratico e fa sì che l'argomentazione pratica generale, come parte integrante dell'argomentazione giuridica, venga a svolgersi in un contesto che ne aumenta l'efficacia in forza della *istituzionalizzazione* del discorso giuridico come scienza del diritto, e del suo legame con i precedenti.

3) L'ARGOMENTAZIONE NELLA SUA DECLINAZIONE RETORICA

Come sostenuto da Massimo La Torre nell' "Appendice all'edizione italiana" di "Teoria dell'argomentazione giuridica" di Alexy, in Perelman "si avverte un certo pathos antirazionalistico"⁴⁶. Sin dalle origini sofistiche e soprattutto aristoteliche, la dialettica e la retorica sono state concepite come arti correlate, necessarie per produrre "opinioni notevoli", le convinzioni e argomentazioni giustificative che nella

⁴⁶ M. La Torre, Appendice all'edizione italiana di Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica, Giuffrè, Milano 1998 cit. p. 367.

definizione degli *endoxa* aristotelici sono assunti come premesse dell' argomentazione pratica, il cui carattere essenziale è l' opinabilità di un ragionamento che per sua natura non perviene a verità assolute, non si rivela definitivamente concluso ma sempre rivedibile⁴⁷. Questa proprietà della discussione razionale, la possibilità di usare la ragione nel perseguimento del verosimile e del probabile è il tratto caratterizzante quella svolta argomentativa segnata dall' opera di Perelman⁴⁸. Infatti la pubblicazione di un trattato dedicato all'argomentazione e la ripresa della retorica e della dialettica greche, costituiscono una rottura rispetto ad una concezione della ragione e del ragionamento nata con Cartesio. Secondo la concezione cartesiana della scienza, questa è costituita da verità evidenti *ne variatur*, quale che sia lo sviluppo ulteriore del sapere. Secondo Perelman, il problema del sapere scientifico è quello dell' espulsione del giudizio dei valori. I valori intervengono a un dato momento in tutte le argomentazioni. “Nei ragionamenti di ordine scientifico, essi sono generalmente respinti all' origine della formulazione dei concetti e delle regole che costituiscono il sistema in causa e al termine del ragionamento in quanto mira al valore della verità. Lo svolgimento del ragionamento se ne tiene invece per quanto possibile staccato; questa purificazione raggiunge il suo massimo nelle scienze formali”⁴⁹. Il campo dell'argomentazione è quello del verosimile, del probabile, nella misura in cui quest'ultimo sfugge alle certezze del calcolo. L' argomentazione è stata intesa anche come espressione della ragione pratica, come tecnica del ragionamento pratico, cioè della classificazione di ragioni pro e contro, del dibattere, del deliberare, del criticare, del controbattere, del confutare, dell' interrogare e del rispondere⁵⁰. Il ragionamento more geometrico fu il modello proposto ai filosofi desiderosi di costruire un sistema di pensiero che potesse avere dignità di scienza. Una scienza razionale non può infatti

⁴⁷ A. Abignente, Argomentazione Giuridica in Atlante di filosofia del diritto, Volume II, a cura di Ulderico Pomarici, Giappichelli, Torino, 2012, cit. p. 1.

⁴⁸ Ivi, p. 1. Sulla svolta argomentativa si rinvia a Giordano V.- Tucci. A., Razionalità del diritto e poteri emergenti, Giappichelli, Torino 2013, p. 65 ss.

⁴⁹ Ch. Perelman, Lucie Olbrechts- Tyteca, Traitè de l' argumentation. La nouvelle rhétorique, PUF, Paris, 1958; trad. It. Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica. Torino, Einaudi, 1966 p. 77-80. In generale, sui rapporti tra scienza e retorica, v. M. PERA, *Retorica e Scienza*, Laterza, Roma-Bari, 1991; F. PUPPO, *La «nuova prova scientifica» nel processo penale. Alcune riflessioni sul rapporto tra retorica e scienza*, in G. FERRARI, M. MANZIN (a c. di), *La retorica fra scienza e professione legale. Questioni di metodo*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 355-372; S. FUSELLI, *Apparenze. Accertamento giudiziale e prova scientifica*, FrancoAngeli, Milano, 2008; ID., *Credere per provare. Appunti sullo statuto epistemologico della prova penale*, in ID., F. ZANUSO (a c. di), *Il lascito di Atena*, cit., pp. 71-92.

⁵⁰ B. Bartocci, Argomentazione e politica: democrazia e nuova retorica in Chaim Perelman, in *Ars Interpretandi*, XV-2010, *Diritto ragion pratica e argomentazione*, cit. p. 115.

contentarsi di opinioni più o meno verosimili, ma elabora un sistema di proposizioni necessarie che si imponga a tutti gli esseri ragionevoli e sulle quali l'accordo sia inevitabile. La conseguenza è che il disaccordo è segno di errore. Il logico ispirandosi all'ideale cartesiano, non si sente a suo agio che nello studio di quelle prove che Aristotele chiamava analitiche. Ne risulta che i ragionamenti estranei al campo puramente formale sfuggono alla logica e per conseguenza alla ragione stessa. L'oggetto della teoria dell'argomentazione è lo studio delle tecniche discorsive atte a *provocare od ad accrescere l'adesione delle menti alle tesi che vengono presentate al loro assenso*⁵¹. Il trattato si rifà al pensiero degli autori greci e latini che hanno studiato l'arte di persuadere e di convincere⁵², la tecnica della deliberazione, della discussione ed è presentato come “nuova retorica”. L'analisi concerne le prove che Aristotele chiama dialettiche, prove che egli esamina nei *Topici* e di cui mostra l'impiego nella *Retorica*. Questo richiamo alla terminologia aristotelica avrebbe giustificato un accostamento della teoria dell'argomentazione alla dialettica, concepita da Aristotele come l'arte di ragionare partendo da opinioni generalmente accettate⁵³. È stata utilizzata la parola retorica, caduta in disuso nell'ambito filosofico, allo scopo di far rivivere una tradizione gloriosa e secolare. Ma un'altra ragione che ha motivato questa scelta è lo spirito stesso con il quale l'antichità si è occupata di dialettica e di retorica. Il

⁵¹ Ch. Perelman, Lucie Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, PUF, Paris, 1958; trad. It. *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*. Torino, Einaudi, 1966 p. 6.

⁵² Ai fini della nostra analisi risulta di fondamentale importanza la distinzione tra persuadere e convincere: per chi si preoccupa del risultato, persuadere è più che convincere, perché la convinzione è solo il primo passo che conduce all'azione. Al contrario per chi si preoccupa del carattere razionale dell'adesione, convincere è più che persuadere e questo carattere razionale della convinzione riguarderà peraltro ora i mezzi utilizzati ora le facoltà alle quali ci si rivolge. Per il Pascal la persuasione riguarda l'automa, cioè il corpo, l'immaginazione, il sentimento, tutto ciò insomma che non è ragione. Spesso la persuasione è considerata trasposizione ingiustificata della dimostrazione. Nel trattato è chiamata persuasiva un'argomentazione che pretende di valere soltanto per un uditorio particolare e convincente quella che si ritiene possa ottenere l'adesione di qualunque essere ragionevole. Ogni essere umano crede in un insieme di fatti, di verità, che ogni persona normale deve secondo lui ammettere, perché essi sono validi per tutti gli esseri ragionevoli. Ma a tale riguardo l'autore si chiede se le cose stiano veramente così e se non sia eccessiva questa pretesa di validità assoluta per ogni uditorio composto di esseri ragionevoli⁵². Il punto di vista che emerge nel trattato permette di comprendere come la differenza fra i termini convincere e persuadere sia sempre imprecisa e come in pratica essa debba rimanere tale. Infatti mentre il confine fra intelligenza e volontà, fra razionale e irrazionale può costituire un limite preciso, la distinzione fra diversi uditori è molto più incerta tanto più che la rappresentazione che l'oratore si fa degli uditori è il risultato di uno sforzo sempre suscettibile di essere ripreso. La natura dell'uditorio al quale alcuni argomenti possono essere presentati con successo determina dunque in larga misura sia l'aspetto che l'argomentazione assumerà, sia il carattere e la portata che verranno ad essa attribuiti. Ch. Perelman, Lucie Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, PUF, Paris, 1958; trad. It. *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*. Torino, Einaudi, 1966 p. 31.

⁵³ Aristotele, *Topici*, cap 1.

ragionamento dialettico è considerato parallelo a quello analitico ma tratta del verosimile, e non già di proposizioni necessarie. L'idea di adesione, questo riferimento ai soggetti cui il discorso si rivolge, è essenziale in tutte le teorie antiche della retorica. Il richiamo a quest'ultima mira a sottolineare il fatto che ogni argomentazione si sviluppa in funzione di un uditorio. Ciò che gli antichi intendevano coltivare era innanzitutto l'arte di parlare in pubblico in modo persuasivo: la retorica concerneva dunque l'uso del linguaggio parlato, del discorso davanti ad una folla riunita sulla pubblica piazza, nell'intento di ottenerne l'adesione ad una tesi proposta. Come si vede lo scopo dell'oratoria è il medesimo di ogni argomentazione, l'adesione delle menti ma nell'opera di Perelman non c'è stato motivo di restringere lo studio alla presentazione di un'argomentazione parlata e di limitarlo al genere di uditorio rappresentato da una folla sulla pubblica piazza⁵⁴. Quindi l'attenzione dell'autore, che riguarda soprattutto la struttura dell'argomentazione, non insisterà dunque sul modo in cui si effettua la comunicazione con l'uditorio. Se è vero che la tecnica del discorso pubblico differisce da quella dell'argomentazione scritta, dal momento che lo scopo è l'analisi dell'argomentazione, non è possibile limitare l'esame al discorso orale, anzi viene posto l'accento soprattutto sui testi stampati. Poiché anche la discussione con un solo interlocutore, e persino la deliberazione intima, rientrano in una teoria generale dell'argomentazione, si capisce come debba essere ben più ampia, rispetto a quella della retorica classica, l'idea dell'oggetto dello studio.

3.1) L'UDITORIO NELL' ARGOMENTAZIONE GIURIDICA

Quando si tratta di argomentare, di influire cioè per mezzo del discorso sulla intensità dell'adesione di un uditorio a determinate tesi, non è più possibile trascurare completamente, considerandole irrilevanti, le condizioni psichiche e sociali in mancanza delle quali l'argomentazione rimarrebbe senza oggetto o senza risultato. Ogni argomentazione mira infatti all'adesione delle menti e presuppone perciò l'esistenza di un contatto intellettuale. La formazione di una effettiva comunità delle

⁵⁴ Parafrasando le parole dell'autore, lo scopo non è quello di avviare gli allievi alla pratica della persuasione, come il maestro di eloquenza, ma, come il logico, c'è il desiderio di comprendere piuttosto il meccanismo del pensiero.

menti esige un insieme di condizioni. Il minimo indispensabile all'argomentazione sembra sia l'esistenza di un linguaggio comune, di una tecnica che permetta la comunicazione. Per argomentare occorre attribuire un valore all'adesione del proprio interlocutore e al suo consenso⁵⁵. Egli ammette di dover persuadere, di dover pensare agli argomenti che possono influire sul suo interlocutore, di doversi preoccupare di lui, di doversi interessare del suo stato d'animo. Chi non si cura di siffatto contatto con gli altri sarà giudicato altero, poco simpatico, al contrario di chi, qualunque sia l'importanza della sua funzione, sottolinea nei suoi discorsi col prossimo l'importanza che attribuisce al suo apprezzamento. Ma non è sempre lodevole il desiderio di persuadere qualcuno: le condizioni in cui avviene il contatto delle menti, possono apparire poco onorevoli⁵⁶. Secondo Aristotele la discussione con certe persone comporta il pericolo di abbassare il tono della propria argomentazione... "quando infatti ci si trova di fronte ad un interlocutore, che cerca con ogni mezzo di uscire apparentemente indenne dalla discussione, lo sforzarsi con ogni mezzo di concludere la dimostrazione sarà certo giusto, ma non risulterà comunque elegante"⁵⁷. In realtà, quando si discute con certe persone, le argomentazioni diventano necessariamente scadenti⁵⁸. Non basta parlare o scrivere, occorre pure essere ascoltati e letti. Il contatto tra l'oratore e il suo uditorio non riguarda soltanto le condizioni preliminari dell'argomentazione, ma è essenziale anche per l'intero sviluppo di questa. In realtà, giacché mira ad ottenere l'adesione di coloro ai quali si rivolge, l'argomentazione è, nel suo insieme, relativa all'uditorio sul quale vuole influire. L'autore definisce l'uditorio, in campo retorico, come "l'insieme di coloro sui quali l'oratore vuole influire per mezzo della sua argomentazione". L'argomentazione effettiva deve concepire il proprio presunto uditorio quanto più possibile vicino alla realtà. Un'immagine inadeguata dell'uditorio, risulti essa da ignoranza o da un imprevisto concorso di circostanze, può avere delle conseguenze più funeste: un'argomentazione ritenuta persuasiva rischia di

⁵⁵ Per Perelman il desiderio di convincere qualcuno implica sempre una certa modestia da parte di chi argomenta, ciò che egli dice non costituisce "parola di Vangelo", egli non dispone di una autorità sufficiente a renderlo indiscusso e senz'altro convincente.

⁵⁶ Ch. Perelman, Lucie Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, PUF, Paris, 1958; trad. It. *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*. Einaudi, Torino 1966, p. 21.

⁵⁷ Aristotele, *Topici*, 1. VIII, Cap XIV, 164 b (trad. Colli, p. 643)

⁵⁸ Perelman richiama il famoso aneddoto su Aristippo, al quale veniva rimproverato di essersi abbassato dinanzi al tiranno Dionisio al punto di mettersi ai suoi piedi per essere ascoltato. Aristippo si sarebbe difeso dicendo che la colpa non era sua, ma di Dionisio, che aveva le orecchie nei piedi. Sarebbe dunque indifferente dove le orecchie si trovano. Ch. Perelman, Lucie Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, PUF, Paris, 1958; trad. It. *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*. Einaudi, Torino 1966, p. 18.

avere effetto repulsivo su un uditorio che giudichi negative le ragioni stimate favorevoli all'argomento in questione. Quanto sarà detto in favore di un provvedimento ritenuto adatto a diminuire la tensione sociale, renderà ostili al provvedimento stesso quanti desiderano disordini. La conoscenza dell'uditorio che ci si propone di convincere è dunque condizione preliminare di ogni argomentazione efficace⁵⁹. Cicerone dimostra che bisogna parlare in modo diverso “agli uomini ignoranti e grossolani che preferiscono sempre l'utile all'onesto, e agli uomini colti e d'animo raffinato, che pongono la dignità morale al di sopra di ogni altra cosa⁶⁰”. Il grande oratore è caratterizzato dall'arte di tenere conto nella sua argomentazione del carattere composito di tale uditorio. Nell'eloquenza-scrive il Vico-*la cosa sta tutta fra noi e gli ascoltatori: noi dobbiamo adattare il nostro discorso alle loro opinioni*⁶¹. L'importante nell'argomentazione non è sapere che cosa l'oratore consideri vero o probante, ma quale sia l'opinione di coloro ai quali egli si rivolge. Conviene in un discorso, come in “ un banchetto... Accontentare il gusto dei convitati piuttosto che quello dei cuochi⁶²”. Il grande oratore, quello che riesce ad avere presa sugli altri, sembra animato dallo stesso spirito del suo uditorio⁶³. Perelman ritiene che la varietà degli uditori è quasi infinita e che se si vuole adattare a tutte le loro particolarità, l'oratore si trova di fronte a dei problemi innumerevoli. È per questo che suscita interesse una tecnica argomentativa capace di imporsi indifferentemente a tutti gli uditori o perlomeno a tutti gli uditori costituite da persone competenti o ragionevoli. La ricerca di una obiettività, qualunque essa sia, corrisponde a questo ideale, a questo desiderio di trascendere le particolarità storiche o locali. Per tutto quanto sopra esposto, è facilmente riscontrabile che il ruolo dell' uditorio in Perelman non sia solo di fondamentale importanza, ma che addirittura assurga a rango di elemento costitutivo di una buona argomentazione. alla luce di

⁵⁹ *Ivi* p. 21.

⁶⁰ Cicerone, *Partitiones oratorie*.

⁶¹ Vico G. B., ed. Ferrari, Vol II, *De nostri temporis studio rum ratione*, p. 10 (trad. Corsano, p. 38).

⁶² B. Graciàn , *Il Discreto*, p. 80.

⁶³ Parafrasando le parole di Perelman, si evidenzia che “il discorso dell'appassionato non rende un suono veritiero; la passione è incommensurabile con le ragioni, e, comportando noncuranza verso l'uditorio, determina più che un'assenza, una cattiva scelta degli argomenti razionali. Spetta in realtà soprattutto all'uditorio il compito di determinare la qualità dell'argomentazione e il comportamento degli oratori. Se gli oratori hanno potuto essere confrontati, per quanto riguarda i loro rapporti con gli ascoltatori, non solo a dei cuochi, ma addirittura a dei parassiti i quali, per trovare posto alle buone tavole, tengono quasi sempre un linguaggio contrario ai loro sentimenti, non dobbiamo dimenticare tuttavia che l' oratore è quasi sempre libero di rinunciare a persuadere un determinato uditorio: non bisogna credere che sia sempre onorevole non solo riuscire, ma addirittura proporsi di persuadere” Ch. Perelman, Lucie Olbrechts- Tyteca, *Traitè de l' argumentation. La nouvelle rhétorique*, PUF, Paris, 1958; trad. It. *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*. Torino, Einaudi, 1966 p. 27 ss.

quanto sopra esposto, degli interrogativi mi sorgono spontanei: è possibile ritenere “buona” un’argomentazione ancorchè tale non sia la sua “presa” sull’ uditorio? È possibile giudicare un’ argomentazione nel suo valore assoluto e non anche relativo? Oppure in Perelman è ravvisabile la teorizzazione di un’ endiadi inscindibile rappresentata dalla coppia concettuale argomentazione/uditorio? In effetti si è detto che la Nuova Retorica di Perelman si avvicinerebbe più alla tradizione sofistica che a quella aristotelica⁶⁴: la retorica di Perelman sarebbe una tecnica dell’ opinione priva di logica laddove il modello aristotelico è invece logico e razionale. In ogni caso per tentare di rispondere agli interrogativi posti, sembra opportuno soffermarsi non solo sul concetto di argomentazione, ma anche sul concetto e sulla natura dell’ uditorio.

3.2) LA NATURA DELL’UDITORIO

Come ci si può rappresentare gli uditori ai quali è affidato il compito di stabilire la norma atta a decidere del carattere convincente di un’ argomentazione? Tre specie di uditori sono considerati a questo riguardo privilegiati sia nella pratica corrente sia nel pensiero filosofico. La prima è costituita dalla umanità intera o per lo meno da tutti gli uomini adulti e normali: è questo l’uditorio universale. La seconda è costituita, nel dialogo, dall’unico interlocutore al quale ci si rivolge; la terza infine è lo stesso soggetto quando delibera o si rappresenta le ragioni dei propri atti. V’è detto subito che soltanto quando l’individuo alle prese con se stesso e l’interlocutore del dialogo sono considerati incarnazione dell’uditorio universale, essi acquistano il privilegio filosofico riservato alla ragione in virtù del quale l’argomentazione loro rivolta è stata spesso assimilata ad un discorso logico. In realtà, se l’uditorio universale di ciascun oratore può essere considerato da un punto di vista esteriore un uditorio particolare, resta tuttavia in ogni istante e per ciascuno un uditorio che trascende tutti gli altri e che è difficile discernere come uditorio particolare. Invece l’individuo che delibera o l’interlocutore del dialogo, possono essere considerati un uditorio particolare del quale conosciamo le reazioni e di cui abbiamo il mezzo di studiare le caratteristiche. Da qui l’importanza primordiale dell’uditorio universale quale norma dell’argomentazione oggettiva; l’interlocutore del dialogo e l’individuo che delibera con se stesso non ne sono che incarnazioni sempre precarie. A ben vedere il concetto di uditorio universale, a parere di chi scrive, presenta

⁶⁴ S.C. Sagnotti, *Retorica e logica*, Giappichelli, Torino, 2002.

una natura polemogena, è intriso di problematicità definizionali e categoriali, tanto è vero che anche Scarpelli lo considera un elemento di debolezza del modello retorico-argomentativo. Addirittura ci sarebbero le premesse per *“uscire dalla retorica quale dottrina delle tecniche, per un discorso persuasivo entrando in una dottrina dell’ argomentazione razionale anche se (eventualmente) non persuasiva”*⁶⁵. D’altro canto, però ogni argomentazione rivolta soltanto ad un uditorio particolare presenta un inconveniente: l'oratore, nella misura in cui si adatta ai punti di vista dei suoi ascoltatori, rischia di appoggiarsi su tesi estranee o addirittura opposte a quelle accettate da persone diverse da coloro ai quali egli si rivolge. Di qui la relativa debolezza degli argomenti che non sono ammessi se non da uditori particolari e il valore riconosciuto alle opinioni che godono di una approvazione unanime e specialmente di quella di persone o di gruppi che raramente concordano. È evidente che il valore di tale unanimità dipende dal numero e dalla qualità di coloro che lo manifestano; il limite è segnato in questo campo dal consenso dell'uditorio universale. I filosofi ritengono di rivolgersi sempre ad un uditorio siffatto, non perché sperino di ottenere l'effettivo consenso di tutti gli uomini ma perché ritengono che tutti coloro che comprenderanno le loro ragioni non potranno che aderire alle loro conclusioni. Per Perelman l'argomentazione rivolta ad un uditorio universale deve convincere il lettore del carattere di assoluta validità delle ragioni fornite, della loro evidenza, del loro valore extratemporale e assoluto, indipendente dalle contingenze locali o storiche. Sembrerebbe così che l’ adesione dell’ uditorio universale ad una determinata argomentazione possa fungere da modello ideale della sua struttura di razionalità, determinandone un’ accettabilità assoluta, ma a ben vedere chi scrive sostiene che, data la lapalissiana natura utopistica del concetto di uditorio universale, questo possa definirsi una fictio, una sorta di artificio teorico, un’ ipotesi pre-supposta, utilizzata dall’ autore per la costituzione dell’ endiadi argomentazione/uditorio. A tal riguardo Scarpelli riporta l’ attenzione sulla razionalità delle modalità argomentative presenti nei discorsi giustificativi che dipende dalle proprietà intrinseche dell’ argomentazione, ed è a priori rispetto all’ assenso dell’ uditorio, con la conseguenza che il rapporto argomentazione-uditorio va rovesciato, nel senso che non si può dire razionale un’ argomentazione in quanto venga accolta dall’ uditorio universale, bensì che, se l’ argomentazione è razionale, allora è valida per ogni uditorio di esseri ragionanti, cioè disposti a prestare un assenso razionale (l’ uditorio

⁶⁵ U. Scarpelli, *Gli orizzonti della giustificazione*, in L. Gianformaggio, E. Lecaldano, *Etica e diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1986, cit. p. 21.

universale di Perelman)⁶⁶. Si sostiene che il ruolo dell'uditorio universale sia solo formale, poiché l'oratore avrà sempre la necessità di rivolgersi alla dimensione concreta e specifica del suo uditorio: di fatto il suo discorso è sempre rivolto ad un uditorio particolare, situato, contestuale e suscettibile di trasformazione⁶⁷. Il Pareto ha opportunamente osservato in pagine penetranti che il consenso universale invocato non è spesso se non la “*generalizzazione illegittima di una intuizione particolare*”⁶⁸. Per quanto riguarda invece l'argomentazione davanti ad un solo ascoltatore, la sua portata filosofica e la sua superiorità su quella rivolta ad un vasto uditorio è stata ammessa da tutti coloro che nell'antichità proclamavano il primato della dialettica sulla retorica. Quest'ultima si limitava alla tecnica di un lungo discorso continuato: ma siffatto discorso sarebbe ridicolo ed inefficace davanti ad un solo uditore. È normale tenere conto delle reazioni di quest'ultimo, delle sue negazioni, incertezze: bisogna dimostrare il punto contestato, informarsi sulle ragioni dell'opposizione dell'interlocutore, penetrare le sue obiezioni; il discorso invariabilmente degenera in dialogo⁶⁹. Non vi è dubbio che la possibilità offertagli di porre delle domande⁷⁰, di presentare obiezioni, dà all'interlocutore l'impressione che le tesi alle quali egli aderisce siano più solidamente fondate delle conclusioni dell'oratore che sviluppa un discorso continuato. L'adesione dell'interlocutore nel dialogo ricava il suo significato filosofico dal fatto che l'interlocutore è considerato un'incarnazione dell'uditorio universale. Tuttavia l'adesione dell'interlocutore non dovrebbe attenersi unicamente in base alla superiorità

⁶⁶ Ivi, pp. 21 ss.

⁶⁷ B. Bartocci, Argomentazione e politica: democrazia e nuova retorica in Chaim Perelman, in *Ars Interpretandi XV 2010, Diritto, ragion pratica e argomentazione*, cit. p. 120.

⁶⁸ V. Pareto, *Trattato di sociologia generale*, cap. 4.

⁶⁹ È questa la ragione per cui la dialettica, come tecnica del dialogo, fu paragonata da Zenone, a causa del carattere più serrato dell'argomentazione, a un pugno chiuso, mentre la retorica gli appariva simile ad una mano aperta.

⁷⁰ Per un approfondimento sul tema Meyer M., *De la problématique: langage, science et philosophie*, Mardaga, Bruxelles, 1986; *Problematologia. Linguaggio. Scienza. Filosofia*, tr. it., Pratiche, Parma, 1999. Proprio sul concetto di domanda, si fonda il modello teorico sviluppato da Meyer in netta antitesi al modello logico che l'autore definisce “modello proposizionale della ragione”. La procedura di cui questo modello si avvale per garantire la certezza della conclusione è quella analitica che, scomponendo, occulta la differenza tra il noto e ciò che si deve conoscere e propone una soluzione non ulteriormente discutibile. Il dubbio cartesiano è qualificato, nella riflessione critica di Meyer, come «un'asserzione mascherata, un pensiero positivo e non una domanda» Meyer M., *Problematologia*, p. 232. L'atto del dubitare cui Descartes si riferiva non era, per Meyer, un *interrogare* ma consisteva già nel *pensare*, con la conseguenza che il problema veniva ad identificarsi con la sua soluzione. Procedere in questo modo implica un errore sistemico che consiste nella rimozione del necessario riferimento alla *differenza problematologica*, cioè allo statuto diverso del domandare e del rispondere. L'esigenza urgente, avverte Meyer, è quella di rovesciare questo modello in favore di una nuova visione del *logos*, non più fondato sulla giustificazione, cioè sul dare risposte, ma sull'interrogatività, cioè sul fare domande.

dialettica dell'oratore. Chi cede non deve essere stato vinto in una gara eristica, si ritiene piuttosto che egli si sia piegato davanti alla evidenza della verità. Il dialogo infatti secondo la natura che qui gli è stata attribuita non deve costituire un dibattito in cui convinzioni stabilite e opposte siano difese dai loro sostenitori rispettivi, ma una discussione nella quale gli interlocutori ricercano onestamente e senza pregiudizio la migliore soluzione di un problema controverso. Opponendo al punto di vista eristico⁷¹ il punto di vista euristico⁷², alcuni autori presentano la discussione come lo strumento ideale per arrivare a conclusioni obiettivamente valide⁷³. Si suppone che, nella discussione, gli interlocutori non si preoccupino che di far conoscere e di dimostrare tutti gli argomenti favorevoli o contrari che concernono le diverse tesi discusse. Nel dibattito invece ogni interlocutore presenterebbe soltanto gli argomenti favorevoli alla sua tesi e si preoccuperebbe degli argomenti sfavorevoli solo per respingerli o limitarne la portata⁷⁴. Per l'autore il dialogo euristico nel quale l'interlocutore è un'incarnazione dell'uditorio universale, il dialogo eristico che si propone di dominare l'avversario, non costituiscono che casi eccezionali; nel dialogo abituale gli interlocutori tendono semplicemente a persuadere il loro uditorio con lo scopo di

⁷¹ Se si porta attenzione ai dialoghi aporetici, la specificità della domanda socratica si rivela con evidenza. E così appare chiara anche la differenza con l'interrogare del sofista: «la controversia del sofista è *eristica* perché ha come obiettivo solo la vittoria sull'interlocutore e non la messa in evidenza della verità» Meyer M. *Problematologia*, p. 97. Tradotto in termini problematologici, il sofista non ama il domandare perché si arresta all'apparenza della risposta. Socrate si differenzia dal sofista proprio per la non risposta che chiude l'interrogazione e che lascia intatto il dialogo. Secondo l'interpretazione di Meyer, questa idea non è sopravvissuta e la sua scomparsa ha fatto nascere, al suo posto, il *logos* del modello proposizionale. Questo lento processo di abbandono della prospettiva della domanda a favore della *proposizione* risalirebbe già a Platone. All'allievo di Socrate andrebbe imputata la responsabilità di un'ontologia tesa a dissolvere la radicale interrogatività dell'essere

⁷² Sull'attività euristica in relazione all'uditorio in Perelman, mi sembra interessante riportare le parole di Bartocci B.: «L'esigenza dell'oratore di delineare l'uditorio cui rivolge il proprio discorso richiede da parte sua un'attività euristica, che si configura come una vera e propria costruzione dell'uditorio: ovvero un'analisi delle caratteristiche dei soggetti che lo compongono finalizzata all'individuazione dell'insieme dei valori e dei principi normativi ammessi e condivisi dalle persone cui dovrà rivolgersi. L'uditorio così costruito sarà identificato con le posizioni unanimemente approvate al suo interno, che andranno a costituire le premesse dell'argomentazione, cioè la piattaforma normativa sulla quale saranno edificati il discorso e il confronto stesso. L'insieme di queste posizioni, dal momento che sono sottoposte all'unanime approvazione dei membri dell'uditorio, avrà acquisito all'interno di quell'uditorio, validità normativa intersoggettiva e in qualche modo una validità universale: esse si presentano cioè come un insieme di tesi considerate come universalmente valide relativamente a quel gruppo di individui che le riconosce e vengono per questo a identificarsi con quello che Perelman definisce un uditorio universale, cui l'oratore si riferisce in maniera ideale per la costruzione del suo discorso». Bartocci B., *Argomentazione e politica: democrazia e nuova retorica* in Chaim Perelman, in *Ars Interpretandi XV 2010, Diritto, ragion pratica e argomentazione*, cit. p. 120.

⁷³ Cfr. a. c. Baird, *Argumentation, Discussion and Debate*, p. 307.

⁷⁴ La discussione è presentata come una ricerca sincera della verità, mentre nel dibattito ci si preoccupa soprattutto del trionfo della propria tesi.

determinare un'azione immediata o futura: su questo piano pratico si sviluppa la maggior parte dei nostri dialoghi quotidiani. Infatti secondo Perelman è strano che questa attività quotidiana di discussione persuasiva abbia attirato meno di ogni altra l'attenzione dei teorici; la maggior parte degli autori di trattati di retorica la considerano estranea alla loro disciplina. Il discorso privato occupa un campo affine a quello dell'antica retorica; in realtà è proprio nel corso dei rapporti quotidiani che l'argomentazione ha più frequente occasione di esercitarsi ⁷⁵. Infine, per quanto riguarda la deliberazione con se stesso, è necessario affermare che il soggetto che delibera è spesso considerato personificazione dell'uditorio universale. Egli non può che essere sincero con se stesso e più di ogni altro ha la possibilità di comprovare il valore dei propri argomenti. “Il consenso di voi a voi stessi è la voce costante della vostra ragione ⁷⁶”, è per Pascal il miglior criterio di verità. In opposizione alla dialettica, che sarebbe la tecnica della controversia con altri, e alla retorica, tecnica del discorso indirizzato ad un pubblico numeroso, la logica si identifica per Schopenhauer con le regole applicate per dirigere i propri pensieri. In questo caso la mente non si occupa più di contendere, di cercare esclusivamente argomenti che possono favorire un punto di vista determinato, ma di raccogliere tutti gli argomenti che presentano ai suoi occhi qualche valore, senza doverne tacere alcuno e di decidere in piena coscienza, dopo aver bene soppesato il pro e il contro, per la soluzione che le appare migliore. L'individualismo degli autori, che attribuiscono netta preminenza al modo di guidare i nostri pensieri e lo considerano il solo degno dell'interesse del filosofo-il discorso rivolto ad altri sembra loro soltanto esterioresità e d'inganno-è stato uno dei maggiori responsabili del discredito, non soltanto della retorica, ma in generale di tutta la teoria dell'argomentazione. Per contro, Perelman è del parere che sia da preferire il considerare la deliberazione intima come una specie particolare di argomentazione. “Spesso d'altronde una discussione con altri non è che un mezzo per chiarire meglio a noi stessi le nostre idee ⁷⁷”. L'accordo con se stessi è un caso particolare dell'accordo con altri. Il valore retorico di un enunciato non sarebbe annullato dal fatto che l'argomentazione appare costruita in un secondo tempo, dopo che la decisione intima è stata prevista, o dal fatto che si tratta di

⁷⁵ A. Reyes, *El Deslinde*, p. 203.

⁷⁶ B. Pascal, *Pensées*, “*Bibl. De la Pléiade*”, 249, p. 891.

⁷⁷ Ch. Perelman, Lucie Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, PUF, Paris, 1958; trad. It. *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*. Torino, Einaudi, 1966 cit. p. 45.

un' argomentazione basata su premesse alle quali l'oratore personalmente non aderisce. Nei due casi, distinti benché in certo modo legati, sia un osservatore sia un avversario potrebbero muovere il rimprovero di insincerità e di ipocrisia. Nel trattato si sostiene che da una parte c'è una convinzione che, una volta stabilita, possa sempre essere intensificata, dall'altra che l'argomentazione è in funzione dell'uditorio al quale ci si rivolge. È quindi legittimo che chi ha acquistato un certo convincimento lo voglia confermare a se stesso e soprattutto di fronte agli attacchi che possono venirgli dall'esterno, ed è normale che egli prenda in considerazione tutti gli elementi suscettibili di rafforzarlo. Le nuove ragioni possono intensificare la convinzione, proteggerla contro alcuni attacchi ai quali dal principio non si era pensato, precisarne la portata. Lo scopo di ogni argomentazione è quello di provocare o accrescere l'adesione delle menti alle tesi che vengono presentate al loro consenso: un'argomentazione è efficace se riesce ad accrescere questa intensità di adesione in modo da determinare presso gli uditori l'azione voluta o perlomeno a creare presso di loro una disposizione all'azione che si manifesterà al momento opportuno.

4) LA STRUTTURA DELL' ARGOMENTAZIONE GIURIDICA E GLI ACCORDI PROPRI AD ALCUNE ARGOMENTAZIONI

L'analisi dell'argomentazione condotta da Perelman riguarda dapprima ciò che è riconosciuto come base di partenza dei ragionamenti e in seguito la forma in cui questi si sviluppano grazie ad un insieme di procedimenti di collegamento e di dissociazione. In realtà sia lo svolgimento, sia la base dell'argomentazione, presuppongono l'accordo dell'uditorio. L'accordo può riferirsi al contenuto delle premesse esplicite, come ai collegamenti particolari utilizzati e al modo di utilizzarli. Anche la scelta delle premesse e la loro formulazione con gli adattamenti che ne conseguono, sono solo raramente privi di valore argomentativo: si tratta di una preparazione al ragionamento che, piuttosto che una sistemazione degli elementi, costituisce già un primo passo nella loro utilizzazione persuasiva. L'oratore, utilizzando le premesse che serviranno di fondamento alla sua costruzione, fa assegnamento sull'adesione dei suoi uditori alle proposizioni dalle quali è partito, ma tale adesione può essere rifiutata, sia perché essi non accettano quanto l'oratore presenta loro come acquisito, sia perché essi vedono il carattere unilaterale della scelta delle premesse, sia perché sono urtati dalla natura

tendenziosa della loro presentazione. L' argomentazione valida ed efficace, la cd. buona argomentazione, non si rivela più come esito di un percorso che si svolge nell' isolamento ma in una costante dimensione dialogica dove il risultato non sarà significativo tanto per l' accordo finale tra gli interlocutori in ordine alla decisione intrapresa, quanto per la visibilità della contestualità discorsiva stabilita tra i partecipanti⁷⁸. Da ciò consegue che risulta di fondamentale importanza l' elemento dell' accordo. Ma su cosa si basa l' accordo nell' argomentazione? I vari tipi di oggetti di accordo vengono raggruppati in due categorie, relativa la prima al reale, concernente il fatto, le verità, le presunzioni, la seconda al preferibile, comprendente i valori, le gerarchie, i luoghi del preferibile⁷⁹. Fra gli oggetti di accordo appartenenti al reale si distingue da una parte la categoria dei fatti e delle verità, dall'altra quella delle presunzioni. Come evidenziato da Gianformaggio, nelle sue riflessioni sulla retorica, teoria dell' argomentazione, in quanto distinta dalla logica, teoria della dimostrazione, Perelman inizia dunque servendosi dell' opposizione verità/valore, evidenziando come sui valori, non sulle verità o i fatti si argomenta; i valori, non le verità o i fatti possono essere oggetto di adesione più o meno intensa⁸⁰. I fatti, almeno provvisoriamente, si sottraggono all'argomentazione, cioè l'intensità di adesione non deve essere aumentata né generalizzata e l'adesione stessa non richiede giustificazione. L'adesione al fatto non sarà per l'individuo che una reazione soggettiva a qualche cosa che si impone a tutti dal punto di vista argomentativo. Si è in presenza di un fatto soltanto se possiamo postulare per esso un accordo universale non controverso. Però non esiste enunciato che possa godere in forma definitiva di tale condizione, poiché l'accordo può sempre essere rimesso in questione⁸¹ e una delle parti può sempre rifiutare la qualità di fatto a ciò che l'avversario afferma. Il fatto come premessa è un fatto non controverso. Si parla generalmente di fatti per designare precisi e limitati oggetti di accordo; si designeranno invece preferibilmente col nome di verità sistemi più complessi, relativi ai legami fra i fatti, si tratti di teorie scientifiche o di concezioni

⁷⁸ A. Abignente, *L' argomentazione giuridica nell' età dell' incertezza*, Editoriale Scientifica, Napoli 2017, cit. p. 38.

⁷⁹ La rigida distinzione tra giudizio di fatto/giudizio di valore, così come quella tra significante/insignificante, referenziale/emotivo, viene ritenuta se non errata per lo meno inutile o fuorviante da chi si impegna in un' analisi descrittiva degli argomenti addotti a giustificazione di una scelta. Barry B., *Political argument*, Routledge and Kegan Paul, Londra 1965, II ed., p. XVII, nota 1 e p. 16; R. T. Harris e J.L. Jarret, *Language and informal logic*, Longmans, Londra 1958, III ed., p. VII.

⁸⁰ L. Gianformaggio, *Gli argomenti di Perelman: dalla neutralità dello scienziato all' imparzialità del giudice*, Edizioni di Comunità, Milano 1973, cit. p. 91.

⁸¹ Ch. Perelman, *Lucie Olbrechts- Tyteca Rhétorique et Philosophie*, p. 2, p. 51.

filosofiche o religiose che trascendono l'esperienza. Per alcuni il fatto si oppone alla verità teorica come il contingente al necessario, per altri come la realtà ad uno schema. Oltre ai fatti e alle verità, tutti gli uditori ammettono delle presunzioni. Queste godono ugualmente dell'accordo universale, tuttavia l'adesione alle presunzioni non è massimo, ci si aspetta che l'adesione sia rafforzata a un dato momento da altri elementi mentre la giustificazione di un fatto rischia sempre di indebolire il suo statuto, non avviene lo stesso per quanto riguarda le presunzioni; tuttavia il più delle volte le presunzioni sono senz'altro ammesse come punto di partenza delle argomentazioni. I fatti presunti sono a un dato momento trattati come equivalenti ai fatti osservati e possono servire allo stesso titolo come premessa ad argomentazioni almeno fino a che la presunzione è messa in discussione. Accanto ai fatti, alle verità, alle presunzioni caratterizzate dall'accordo dell'uditorio universale, occorre fare posto a oggetti d'accordo, a proposito dei quali si pretende soltanto l'adesione di gruppi particolari: sono questi i valori, le gerarchie e i luoghi del preferibile. L'accordo a proposito di un valore consiste nell'ammettere che un oggetto, essere concreto o ideale, deve esercitare sull'azione e sulle disposizioni all'azione una determinata influenza, della quale si può fare uso in un' argomentazione. Gli enunciati concernenti quelli che chiamiamo valori, nella misura in cui non erano trattati come verità indiscutibili, secondo gli antichi erano conglobati insieme ad ogni specie di affermazioni verosimili nel gruppo indifferenziato delle opinioni. Nei campi giuridico, politico, filosofico, a differenza del campo scientifico, i valori intervengono come base di argomentazione in tutto il corso del ragionamento; si fa appello ad essi per impegnare l'uditore ad una scelta piuttosto che ad un'altra e soprattutto per giustificarle in modo da renderle accettabili e approvate da altri⁸². Il valore concreto è quello che si attribuisce ad un essere vivente, ad un gruppo determinato, ad un oggetto particolare,

⁸² Parafrasando le parole di Perelman : "In una discussione non ci si può sottrarre al valore con una pura e semplice negazione: come quando si contesta che qualche cosa sia un fatto, bisogna allegarne le ragioni (" io non lo vedo", il che equivale a dire "vedo qualcos'altro"), così quando si tratta di un valore si può svalutarlo, subordinarlo ad altri, interpretarlo, ma non è possibile respingere tutti i valori in blocco: si sarebbe allora nel campo della forza non più in quello della discussione. I valori sono confrontabili ai fatti: se uno degli interlocutori li ripropone, occorre argomentare per liberarsene, sotto pena di rifiutare la discussione; generalmente l'argomento comporterà l'ammissione di altri valori. I valori particolari possono sempre essere riallacciati a dei valori universali e servire a precisarli; l'uditorio reale potrà essere considerato tanto più vicino ad un uditorio universale quanto più il valore particolare sembrerà scomparire di fronte al valore universale che esso determina. Quanto più sono vaghi dunque questi valori tanto più si presentano come universali e pretendono uno statuto simile a quello dei fatti. L'argomentazione sui valori richiede una distinzione tra valori astratti, quali la giustizia, e valori concreti quali la Francia o la Chiesa". Ch. Perelman, Lucie Olbrechts- Tyteca, *Traité de l' argumentation. La nouvelle rhétorique*, PUF, Paris, 1958; trad. It. *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*. Torino, Einaudi, 1966 pp. 83-84.

quando questi vengano considerati nella loro unicità. L'argomentazione non si appoggia soltanto su valori astratti, concreti, ma anche su gerarchie, quale la superiorità degli uomini sugli animali, degli dei sugli uomini. Le gerarchie ammesse si presentano sotto due aspetti caratteristici: accanto alle gerarchie concrete, come quella che esprime la superiorità degli uomini sugli animali, esistono gerarchie astratte, come quella che esprime la superiorità del giusto sull'utile. È necessario inoltre sottolineare che ciò che abitualmente si chiama senso comune consiste in una serie di credenze ammesse in seno ad una società determinata che i suoi membri presumono condivise da ogni essere ragionevole. Accanto a queste credenze esistono gli accordi propri ai cultori di una disciplina particolare, sia essa di natura scientifica o tecnica, giuridica o teologica. Questi accordi costituiscono il corpo di una scienza o di una tecnica, possono risultare da alcune convenzioni o dalla adesione a certi testi, caratterizzano alcuni uditori. Quando, argomentando davanti ad un uditorio che non è vincolato da testi, si dice di una proposizione che essa è evidente, ciò significa che non si desidera o non si dispone di un mezzo capace di confutare quella proposizione. Invece quando si dice di una norma giuridica che essa appare evidente, ciò significa che si crede che nessuna contestazione possa sorgere riguardo alla sua applicabilità a un caso particolare. Infatti la non evidenza attribuita ad alcune regole, la cosiddetta necessità di giustificarle, risulta dal fatto che si trasforma immediatamente la possibilità di contestazioni in una ricerca di fondamenti. Allo stesso modo, dire di un testo sacro che esso è evidente, significa pretendere che esiste un solo modo di interpretarlo. Gli accordi di uditori specializzati possono comportare definizioni particolari di certi tipi di oggetti di accordo, per esempio della natura di un fatto; essi si riferiscono anche al modo in cui possono essere invocati o criticati. Per il teologo o per il giurista non è un fatto ciò che può pretendere il consenso dell'uditorio universale, ma ciò che i testi esigono o permettono di trattare come tale. Ciò che è ammesso come un fatto può essere privo di ogni consistenza giuridica. Così il giudice non è autorizzato a dichiarare accertato un fatto per la sola ragione che egli ne abbia personalmente acquistato fuori dal processo la positiva conoscenza. Quindi per alcuni uditori il fatto è legato alla prova che si vuole o si può fornirne. Le osservazioni riguardanti gli accordi specifici propri di alcuni uditori indicano sufficientemente come gli argomenti validi per alcune persone non lo siano affatto per altre. La vicinanza degli uditori specializzati e non specializzati influisce

sull'argomentazione⁸³. L'artificio segnalato da Schopenhauer, come utilizzabile nel caso di una discussione fra dotti in presenza di un pubblico incompetente, consiste nel presentare una obiezione non pertinente, ma che l'avversario non può confutare senza lunghi sviluppi tecnici⁸⁴. Questo procedimento pone l'avversario in una situazione difficile perché lo costringe a ricorrere a ragionamenti che gli ascoltatori non sono capaci di seguire. L'avversario potrà tuttavia, denunciando la manovra, screditare il ricorso ad essa, e il discredito che non richiede premesse tecniche, potrà essere operante presso tutti i membri dell'uditorio, tanto profani quanto dotti. Oltre agli accordi di alcuni uditori particolari, vi sono accordi propri ad ogni singola discussione. Visto che le premesse dell'argomentazione consistono in proposizioni ammesse dagli ascoltatori, quando costoro non sono legati da regole precise che li costringano a riconoscere determinate proposizioni, l'edificio di chi argomenta si fonda soltanto su un fatto di ordine psicologico: l'adesione degli ascoltatori. Questa il più delle volte è soltanto presunta dall'oratore. Così questi ricerca le manifestazioni dell'adesione esplicita o implicita ed utilizza una serie di mezzi per sottolinearla o per sorprenderla. Le tecniche usate a questo scopo sono elaborate particolarmente da alcuni uditori, specialmente dagli uditori giuridici, ma non sono affatto riservate a questi. In diritto, quando è in gioco soltanto l'interesse delle parti, il riconoscimento di una di esse, come il consenso di entrambe, fornisce un elemento stabile sul quale il giudice può appoggiarsi; quando si tratta di argomenti ai quali è interessato l'ordine pubblico, il riconoscimento non ha la stessa forza probante, perché il giudice e non le parti determinano in questo caso che cosa possa essere considerato elemento acquisito. Invece di fondarsi su giudizi dell'interlocutore, si utilizzeranno talvolta soltanto gli indizi del suo consenso, ci si varrà in particolare del suo silenzio. Questo può essere interpretato sia come prova del fatto che non è stata trovata nessuna obiezione o confutazione, sia come riconoscimento che la questione è indiscutibile. La prima interpretazione afferma un accordo di fatto dell'interlocutore, la seconda comporta uno Stato di diritto. Il pericolo che dal silenzio sia dedotto il consenso spiega come in molte circostanze si scelga di rispondere qualunque cosa, anche se l'obiezione della quale momentaneamente si dispone sia debole⁸⁵. L'uso dialettico di domande e risposte mira essenzialmente ad assicurare

⁸³ *Ivi* p. 110.

⁸⁴ A. Schopenhauer, ed. Piper, vol. 6: *Eristische Dialektik*, p. 418

⁸⁵ Proprio in riferimento all'importanza dell'adesione implicita o esplicita mi sembra opportuno richiamare in nota un importante principio di diritto: il principio di non contestazione. Tale principio è

accordi espliciti dei quali ci si potrà avvalere in seguito; esso costituisce una delle caratteristiche della tecnica socratica. Una delle applicazioni del metodo è la ricerca di un accordo esplicito sul punto da giudicare, quello da cui l'avversario farà dipendere l'esito del dibattito. Quello di assicurarsi alcuni punti di consenso o di dissenso è dunque uno degli obiettivi che determinano l'ordine nell'argomentazione. Infatti la costruzione di un discorso non è soltanto lo sviluppo di premesse fornite all'inizio, ma è a sua volta anche costituzione di premesse, esplicitazione e conferma dei punti di consenso. In questo modo ogni discussione presenta delle tappe segnate dagli accordi che si tratta di stabilire, risultante talvolta dall'atteggiamento delle parti e talvolta istituzionalizzate in base ad abitudini prese o a regole esplicite di procedura. Le possibilità di argomentazione dipendono da quanto ognuno è disposto a concedere, dai valori che egli riconosce, dai fatti sui quali sottolinea il suo consenso: ogni argomentazione è quindi ad hominem. Se dunque si contrappone spesso all'argomentazione ad hominem l'argomentazione ad rem⁸⁶, riferita la prima all'opinione, mentre la seconda riguarda la verità o la cosa, ciò avviene perché si dimentica che la verità di cui si tratta deve essere ammessa. Nei termini della teoria dell'argomentazione di Perelman, l'argomentazione ad rem è quella che si pretende valida per tutta l'umanità ragionevole, cioè ad humanitatem, sarebbe un caso particolare ma eminente della argomentazione ad hominem. L'argomentazione rivolta all'uditorio universale eviterà l'uso di argomenti validi soltanto per gruppi particolari; a questo mira soprattutto l'argomentazione filosofica. Gli argomenti ad hominem sono spesso qualificati pseudo argomenti, in quanto atti a persuadere evidentemente alcune persone, mentre chi non attribuisce loro un valore pensa che non dovrebbe essere così, dal momento che su di lui tali argomenti non avrebbero alcun effetto. In funzione

previsto all'art. 115 c.p.c. che stabilisce: *“salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero, nonché i fatti non specificatamente contestati dalla parte costituita. Il Giudice può tuttavia, senza bisogno di prova, porre a fondamento della decisione le nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza.”* Il principio di non contestazione opera per quei fatti il cui onere probatorio grava sulla parte che li allega. In sostanza l'onere di contestazione riguarda fatti sfavorevoli consistenti in :a) fatto proprio della parte; b) fatto comune alle parti; c) fatto caduto sotto la propria percezione. Il definitivo recepimento giurisprudenziale del principio di non contestazione si è avuto con la nota sentenza n. 761/02, resa a Sezioni Unite, con cui si è così imposto all'attenzione degli interpreti un principio di non contestazione con maggiore ampiezza applicativa, ossia un principio per il quale sono espunti dal *thema probandum* anche i fatti su cui la controparte è rimasta silente. In particolare, la Suprema Corte ha ritenuto che debbano considerarsi come non contestati – e quindi provati – i fatti esplicitamente o implicitamente ammessi e i fatti sui quali il convenuto ha mantenuto il silenzio.

⁸⁶ Cfr. A Schopenhauer, ed. Brockhaus, vol. 6: Parerga und Paralipomena, p. 29.

dell'argomentazione in generale e dell'argomentazione ad hominem in particolare si può comprendere in che cosa consista la petizione di principio. Considerata spesso un errore nella tecnica della dimostrazione, essa è studiata da Aristotele negli *Analitici* oltre che nei *Topici*: consisterebbe nel fatto di postulare ciò che si vuole dimostrare. In realtà la petizione di principio, che non riguarda la verità, ma l'adesione degli interlocutori alle premesse presupposte, non è, secondo quanto affermato da Perelman, un errore di logica, ma di retorica. La petizione di principio consiste nell'uso dell'argomento ad hominem quando esso non è utilizzabile, perché presuppone che l'interlocutore abbia già aderito ad una tesi che giustamente ci si sforza di fargli ammettere. Occorre inoltre che le due proposizioni, il principio e la conclusione, che non sono mai esattamente le stesse, siano abbastanza vicine l'una all'altra, perché l'accusa di petizione di principio sia giustificata. Quasi sempre nasce così la discussione circa il fondamento dell'accusa. Per dimostrare che non si tratta di una petizione di principio, l'oratore, sottolineerà che la premessa si lega ad un fondamento diverso dalla conclusione e che il suo rapporto argomentativo con la conclusione è di natura diversa da quella supposta. Chi accusa l'interlocutore di petizione di principio, avrà tutto l'interesse a dare forma al ragionamento. Per concludere, la petizione di principio è un errore di argomentazione. Essa riguarda l'argomentazione ad hominem e la presuppone, perché il suo campo non è quello della verità, bensì quello della adesione. Se si riconosce illegittimo commettere petizioni di principio, cioè fondare la propria argomentazione su premesse che l'uditorio respinge, ciò implica che ci si possa servire delle premesse che l'uditorio ammette. Quando si tratta di verità e non di adesione, l'argomento ad hominem deve essere evitato, ma in questo caso la petizione di principio è impossibile. I due elementi sono correlativi: Non si può tenere conto dell'accusa di petizione di principio e soppesare la legittimità della critica che essa implica, se non nel quadro di una teoria dell'argomentazione⁸⁷.

⁸⁷ Ch. Perelman, Lucie Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, PUF, Paris, 1958; trad. It. *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*. Torino, Einaudi, 1966 p. 122.

4.1) L'ARGOMENTAZIONE GIURIDICA COME MEDIUM COMUNICATIVO

Come è noto la comunicazione dialogica è elemento essenziale della necessaria relazione tra individuo e società ed è proprio in questa prospettiva dialogica⁸⁸ che la complessità della realtà giuridica, lungi dall'essere normalizzata o neutralizzata è "assunta all'interno di una relazione discorsiva che, seppur orientata all'intesa, non la dà per scontata; anzi in un certo senso, può dirsi che questa tensione all'intesa implica come sua premessa necessaria, il conflitto della contrapposizione argomentativa"⁸⁹. Il discorso sulla complessità giuridica inesorabilmente si riflette sul piano della teoria del diritto in cui il ruolo dell'interpretazione si sublima nella funzionalizzazione mediativa della trascendenza normativa con l'immanenza della realtà⁹⁰. Ne consegue che: "il problema dell'interpretazione è definibile come la questione dei procedimenti attraverso cui l'interprete colma quel vuoto (apparente o reale?) fra diritto e realtà"⁹¹. Nasce così la tradizionale dialettica tra la definizione del ruolo creativo dell'interprete o di mero svelamento del senso già contenuto nella norma che caratterizza la scienza giuridica. Come sostenuto da Barcellona, in un sistema giuridico caratterizzato da plurali e conflittuali valori positivizzati, da principi che necessitano di continue mediazioni/bilanciamenti, è solo il momento della giustificazione razionale e quindi dell'argomentazione che può segnare la compatibilità e la legittimità di ulteriori significati. A questo punto dell'analisi sembrerebbe necessario affrancarsi dall'assolutezza autopoietica di un modello retorico-argomentativo incentrato sul primato della persuasione, per lasciare spazio alla centralità di una giustificazione razionale che non degeneri in mera persuasione. Prendendo in prestito le parole di Scarpelli, seguendo l'impostazione di Erminio Juvalta: "la giustificazione si raggiunge attraverso una costruzione normativa morale

⁸⁸ Qui è sotteso il principio del dialogo: "a differenza di ciò che avviene per altri principi, proprio nel momento in cui la sua alternativa si presenta, per una sorta di *consequentia mirabilis*, la negazione del principio finisce per confermarlo. Il principio del dialogo vince su ogni confutazione perché si può confutarlo solo entrando nel dialogo e con ciò riaffermandone la validità. In questo senso il principio è inconfutabile" L'eredità di Uberto Scarpelli, a cura di P. Borsellino, S. Salardi, M. Saporiti, Giappichelli Editore, Torino 2014, cit. p. 42. Per un approfondimento del concetto di irrefutabilità del dialogo si rinvia a G. Calogero, *Logo e dialogo. Saggio sullo spirito critico e libertà di coscienza*, Ed. Comunità, Milano 1950.

⁸⁹ A. Abignente, *L'argomentazione giuridica nell'età dell'incertezza*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, cit. p. 25.

⁹⁰ *Ivi*, p. 27.

⁹¹ P. Barcellona, *Diritto senza società. Dal disincanto all'indifferenza*, Edizioni Dedalo, Bari, p. 162.

*indipendentemente dalla sua efficacia motivante e persuasiva*⁹². E ancora: “ *un modello di giustificazione in funzione prescrittiva non sarà dunque un modello tecnico orientato alla persuasione, ma un modello di ragionamento etico per arrivare ad una conclusione etica. Il risultato così raggiunto mi sembra per un verso importante e per un altro verso tale da ributarci nello smarrimento. Avendo preso consapevolezza infatti della natura di un problema di giustificazione e della giustificazione medesima, quando credevamo di intravedere il porto ci rivediamo innanzi i mari antichi e immensi della filosofia morale dov'è facile perdere la bussola e si rischiano naufragi del pensiero e dell'anima. Bisognerà navigare quei mari mantenendo l'occhio al nostro specifico tema della giustificazione*”⁹³. In realtà è nell'argomentazione che nasce l'endiadi norma/prassi sociale, in continuo rapporto dialogico comunicativo e di interazioni sinergiche, con opzioni giustificabili alla luce della particolarità del contesto; soluzioni che necessitano di una legittimazione data dall'accettazione e dalla condivisione dell'ambiente sociale in cui sono volte ad operare istituendo così una dialogicità di significati pubblici e condivisi⁹⁴. Lungi dal predefinire i margini di discrezionalità dell'interprete nello stato democratico, è necessario porre l'accento sui criteri di valutazione e di verifica della correttezza del suo modo di procedere e dei risultati cui perviene l'interpretazione/applicazione del diritto. È necessario dunque evidenziare la centralità del momento interpretativo dell'argomentazione, con cui i principi e i valori sono immanentizzati nella contingenza del contesto storico sociale. Nel momento argomentativo l'interprete accetta il dialogo, la critica, il conflitto, ripristina la dialettica tra individuo e società, grazie al legame sociale e comunicativo riesce a stabilizzare significati condivisi⁹⁵. Secondo Perelman il procedimento deliberativo del giudice si rivela come squisitamente argomentativo con una sottesa logica retorica; in esso emerge la necessità di effettuare una concertazione tra l'elemento formale e la prassi, cosa che implica il ricorso a una logica argomentativa in grado di guidare la mediazione tra la norma generale astratta e il caso specifico. Tale logica argomentativa fornisce anzitutto i criteri motivazionali dei fini in conflitto, ma ancor più offre gli

⁹² U. Scarpelli, *Gli orizzonti della giustificazione*, in L. Gianformaggio, E. Lecaldano, *Etica e diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1986, cit. p. 25.

⁹³ *Ivi*, cit. p. 26.

⁹⁴ A. Abignente, *L'argomentazione giuridica nell'età dell'incertezza*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, pp. 30-31.

⁹⁵ *Ivi*, p. 31.

strumenti per un' analisi critica della controversia giudiziaria che consenta sia una valutazione del caso giuridico nella sua specificità sia il suo inquadramento all' interno del sistema giuridico vigente, previa considerazione del contesto sociale in cui si emetta la sentenza.⁹⁶ Di fondamentale importanza risulta così la dimensione sociale dell' argomentazione. Come mette in rilievo Norberto Bobbio: “*la teoria di Perelman rappresenta un «tentativo di recuperare l'etica al dominio della ragione, se pure di una ragione pratica distinta dalla ragione pura o, se si vuole, come la scoperta (o riscoperta) di una terra rimasta per troppo tempo inesplorata dopo il trionfo del razionalismo matematizzante» su ogni aspetto dell'esistenza umana*”⁹⁷. Quello che si vuole dire è che, a prescindere dalle teorie di carattere rigorosamente «procedurale» sul discorso giuridico, attraverso l'ampia diffusione della *ratio decidendi* della pronuncia sortita dalla pubblicazione, sarà in ultima istanza sempre e realmente l'*opinione pubblica* a stabilire la “correttezza” della norma individuata dal giudice⁹⁸. Questo significa che la forza degli argomenti adottati dall'interprete/applicatore e contenuti nella motivazione pubblica della decisione, in realtà – proprio attraverso la pubblicità della motivazione – non esaurisce i suoi effetti al solo caso e alle parti processuali coinvolte⁹⁹ (*uditorio particolare*), ma ha la possibilità di essere conosciuta da un uditorio assai più vasto che può giungere a coinvolgere l'opinione pubblica, l'attenzione degli altri giudici (non solo interni all'ordinamento) e lo stesso legislatore (e, dunque, da un *uditorio universale*). Il giudice e, più in generale, gli interpreti applicatori, trovano sempre il loro limite argomentativo-decisionale «nel consenso dell'uditorio universale»¹⁰⁰. È il complessivo atteggiamento serbato da tale uditorio, e non soltanto regole giuridiche formali, a determinare il limite concreto, per quanto storicamente mutevole, della libertà interpretativa degli applicatori. Limite che è determinato: *a*) dalla sempre possibile attività di “reazione” del legislatore, *b*) dal confronto con l'orientamento

⁹⁶ B. Bartocci, Argomentazione e politica: democrazia e nuova retorica in Chaim Perelman, in *Ars Interpretandi XV 2010*, Diritto, ragion pratica e argomentazione.

⁹⁷ N. Bobbio, *Prefazione* a Ch. Perelman, L. Olbrechts-Tyteca (2013), *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica* (1958), Torino, Einaudi.

⁹⁸ Sembra opportuno ricordare che, in argomento, è la stessa Corte costituzionale a dare importanza al «controllo dell'opinione pubblica». Cfr. Corte cost., sent. n. 141 del 1998, considerato in diritto n. 3.

⁹⁹ Il codice civile italiano all' art. 2909 stabilisce la regola secondo cui la cosa giudicata (o giudicato sostanziale o autorità di cosa giudicata) è il far stato ad ogni effetto nei confronti delle sole parti, dei loro eredi o aventi causa.

¹⁰⁰ Ch. Perelman, Lucie Olbrechts- Tyteca, *Traité de l' argumentation. La nouvelle rhétorique*, PUF, Paris, 1958; trad. It. *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*. Torino, Einaudi, 1966 p. 34.

giurisprudenziale degli altri giudici – specie se supremi¹⁰¹ e c) dalla legittimazione dei consociati. La funzione principale delle sentenze, nella loro dimensione squisitamente argomentativa-comunicativa, si rinviene nella possibilità che, sia pure dall’ esterno ed ex post, l’ operato dei giudici sia controllato dal popolo inteso quale universalità dell’ uditorio¹⁰². Parafrasando le parole di Abignente “l’ universalità dell’ indifferenziato e del puntiforme, propria dell’ universalismo senza contenuti della modernità, nel processo argomentativo diventa differenziazione ed apertura ad un universalismo ricco di contenuto, risostanzializzato nella scelta e nella decisione raggiunta”¹⁰³. In quest’ottica l’ argomentazione giuridica, non svilendosi alla mera applicazione di canoni e regole predefinite, nella sua declinazione di medium comunicativo, consente di ancorare la significanza normativa alla prassi sociale che di quella significanza è fonte creativa. Ne consegue che la complessità sociale si eleva a elemento essenziale del percorso argomentativo, da vita ad una complessità da non neutralizzare, in quanto fonte di arricchimento del sistema giuridico. Per queste considerazioni, pare opportuno non imbrigliare l’ argomentazione giuridica nella sua declinazione retorica o, come teorizzato da Perelman, quale persuasione dell’ uditorio, bensì elevarla nella sua dimensione di giustificazione razionale capace di perseguire il principio fondamentale di universalità, inteso come sostenuto da MacCormick, quale “principio di giustizia formale”¹⁰⁴. Alla luce di quanto esposto, chi scrive concorda a pieno con l’ approccio teorico di Abignente, secondo cui il momento argomentativo va inteso quale canone di controllo *ex post* dell’ interpretazione giudiziaria e il procedimento argomentativo quale “impresa fondamentale collettiva” si riveli non solo in relazione agli attori del processo, ma anche a quei potenziali parlanti che rappresentano l’ insieme della “comunicazione pubblica”¹⁰⁵. L’ istanza di certezza si trasforma in istanza di controllo nei confronti del potere, l’ istanza di uniformità si trasforma istanza di universalizzabilità, quale principio di giustizia formale che non può mai dirsi

¹⁰¹ Sempre per restare al nostro ordinamento, si pensi all’art. 374, comma 3 del codice di procedura civile, il quale, dopo la novella del 2006 (D.lgs. n. 40/2006), prevede il vincolo per le Sezioni semplici della Corte di Cassazione di rimettere alle Sezioni Unite la questione se non intende condividere il «principio di diritto» da queste ultime già stabilito.

¹⁰² P. Caretti, *Motivazione (Diritto costituzionale)*, in *Enc. giur. Treccani*, XX, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma 1990, p. 6.

¹⁰³ A. Abignente, *L’ argomentazione giuridica nell’ età dell’ incertezza*, Editoriale Scientifica, Napoli 2017, cit. p. 31.

¹⁰⁴ Ivi, p.32.

¹⁰⁵ Ivi, p.33.

definitivamente realizzato perché è sempre possibile la criticabilità e la rivedibilità argomentativa¹⁰⁶.

5. DISCORSO GIURIDICO E ARGOMENTAZIONE RAZIONALE

Partendo dalla considerazione che l'attività linguistica dell'argomentazione giuridica concerne la correttezza delle proposizioni normative, è opportuno definire una tale attività come "discorso", o meglio -trattandosi della correttezza di proposizioni normative- come "discorso pratico". Il discorso giuridico che, secondo la teoria di Robert Alexy, è un caso particolare del discorso pratico generale, può essere considerato nei modi più diversi. La considerazione è di natura empirica, se con essa si descrivono e spiegano la frequenza di determinati argomenti, la correlazione tra determinati gruppi di parlanti, situazioni discorsive e l'uso di determinati argomenti, l'efficacia degli argomenti, i moventi dell'uso di determinati argomenti, oppure le concezioni dominanti in determinati gruppi di parlanti riguardo alla validità degli argomenti. Una tale teoria fa parte di una teoria dell'agire giuridico, e in particolare dell'agire giudiziale, che deve essere elaborata con i metodi delle scienze sociali¹⁰⁷. La considerazione è invece di natura analitica, se in essa si tratta della struttura logica di argomenti possibili oppure effettivamente ricorrenti. Essa è infine normativa, se fornisce o giustifica dei criteri di razionalità dei discorsi giuridici. Nelle riflessioni che saranno sviluppate i criteri della razionalità del discorso giuridico stanno in primo piano. Visto che l'elaborazione di tali criteri include un'analisi della struttura logica delle giustificazioni, l'approccio seguito può essere definito come "analitico - normativo"¹⁰⁸. La teoria del discorso è una teoria procedurale della correttezza o verità pratica, la cui tesi principale è che la correttezza di un enunciato normativo dipende dal fatto che esso è o può essere il risultato di una determinata procedura. Nella teoria del discorso tale tesi si caratterizza perché sostiene che non si tratta di una procedura

¹⁰⁶ A. Abignente, *Argomentazione giuridica*, in *Atlante di filosofia del diritto*, Vol II, a cura di Ulderico Pomarici, Giappichelli, Torino 2012, p. 21.

¹⁰⁷ Cfr. in merito H. Rottleuthner, *Richterliches Handeln*, cit., pp.61 ss.

¹⁰⁸ R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1978; trad. it. A cura di M. La Torre, *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, Giuffrè, Milano 1998 p. 17.

negoziale o decisionale, bensì argomentativa¹⁰⁹. La procedura del discorso si può definire attraverso un sistema di regole discorsive che esprimono le condizioni dell'argomentazione pratica razionale¹¹⁰. Di fondamentale importanza è l'idea che il discorso giuridico costituisca un caso particolare del discorso pratico generale. Ciò che accomuna il discorso giuridico a quello pratico generale consiste nel fatto che entrambe le forme di discorso trattano della correttezza delle proposizioni normative e nell'opera di Alexy si argomenterà che sia enunciando una proposizione pratica generale sia enunciando o pronunciando una proposizione giuridica, si ha la pretesa che tali proposizioni siano corrette, con la particolarità che nel discorso giuridico, a differenza che nel discorso pratico generale, la pretesa di correttezza non si riferisce a ciò che è corretto a prescindere dal diritto positivo di volta in volta vigente, bensì a ciò che è corretto nell'ambito di un determinato sistema giuridico¹¹¹. Il discorso giuridico rappresenta un caso particolare perché l'argomentazione giuridica si svolge all'interno di una serie di condizioni limitative come ad esempio il vincolo alla legge, la dovuta considerazione dei precedenti, il riferimento alla dogmatica elaborata dalla scienza giuridica istituzionale, nonché i limiti posti dalle regole degli ordinamenti processuali. La pretesa che una proposizione giuridica solleva è quella di essere razionalmente motivata in considerazione delle condizioni limitative. Inoltre si è pure sostenuto che tali condizioni limitative "siano a loro volta giustificabili dalla ragion pratica generale in base alla necessità di arrivare comunque su alcune questioni a scegliere tra più alternative possibili e a determinare orientamenti vincolanti sul piano collettivo"¹¹². Questa pretesa corrisponde alla norma espressa nell'articolo 20 comma tre della costituzione della Germania federale, per la quale il giudice che emana la sentenza è vincolato alla legge e al diritto. La questione è allora di sapere cosa significa la formula "essere razionalmente motivata in considerazione delle condizioni limitative"¹¹³? Per

¹⁰⁹ R. Alexy, *Elementi fondamentali di una teoria della duplice natura del diritto*, trad. it. a cura di G. Carlizzi, in *Ars Interpretandi*, XV 2010, *Diritto, ragion pratica e argomentazione*, p. 22.

¹¹⁰ Una parte di queste regole formula pretese generali di razionalità, valevoli anche indipendentemente dalla teoria del discorso. Vi rientrano l'assenza di contraddizioni, l'universalizzabilità nel senso di uso congruente dei predicati applicati, la chiarezza linguistico concettuale, la verità empirica, la considerazione delle conseguenze, il bilanciamento. Tali regole valgono anche per i monologhi e ciò chiarisce che la teoria del discorso non sostituisce affatto la motivazione con la mera produzione di consensi. *Ivi*, p. 22.

¹¹¹ *Ivi*, p. 32.

¹¹² I. Testa, *Pluralismo discorsivo e ragionamento giuridico: forme dell'argomentazione*, in *Ars Interpretandi*, XV 2010, *Diritto, ragion pratica e argomentazione*, p. 79.

¹¹³ R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1978; trad. it. A cura di M. La

rispondere a questa domanda conviene indagare prima di tutto sul significato di una proposizione normativa razionalmente motivata. A questo fine è necessario tenere presente una serie di teorie di fondamentale importanza ascrivibili all'ambito analitico. Bisogna ricordare che le regole del discorso pratico razionale non prescrivono le premesse da cui i partners del discorso devono prendere le mosse. Punti di partenza del discorso sono da un lato, le convinzioni normative, i desideri e le interpretazioni dei bisogni che sono già dati, e dall'altro, le informazioni empiriche dei parlanti. Le regole del discorso indicano come si possa giungere da questa base di partenza ad enunciati normativi fondati, senza comunque prestabilire ogni mossa in modo compiuto. Si potrebbe dire che le regole del discorso definiscano un procedimento decisionale in cui non è stabilito cosa si debba ipotizzare come base decisionale ed in cui non tutte le mosse sono prescritte. Questo da una parte è un difetto, dall'altra un vantaggio. Il difetto è evidente. Il vantaggio consiste nel fatto che la base da cui prendere la decisione e una serie di singole mosse decisionali sono rimesse agli interessati, non essendo già state stabilite da un qualsiasi teorico della decisione, il quale a sua volta dovrebbe partire dalle proprie rappresentazioni. Compito fondamentale della teoria del discorso è quello di proporre delle regole che, da una parte siano così deboli, cioè abbiano così poco contenuto normativo, da poter essere approvate da persone con idee normative completamente differenti, e che però, dall'altra, siano così forti che una discussione condotta conformemente ad esse possa essere definita "razionale". Il discorso giuridico si distingue dal discorso pratico generale per il fatto che la sua libertà viene limitata dalla legge, dal precedente e dalla dogmatica e, nel caso del processo, dal diritto processuale. Il vasto ambito di ciò che è possibile sul mero piano discorsivo, il carattere provvisorio di ogni risultato, e la necessità di decidere un gran numero di questioni pratiche in un ristretto lasso di tempo, fanno apparire queste limitazioni non soltanto come accettabili, ma anche come razionali e necessarie. Si può ipotizzare che i partecipanti ad una deliberazione razionale, che abbia per oggetto i limiti del discorso pratico generale, si deciderebbero ad introdurre sia procedimenti per la produzione di regole giuridiche positive sia procedimenti per elaborare scientificamente e per applicare queste stesse regole: si deciderebbero dunque ad istituzionalizzare il discorso

della scienza giuridica¹¹⁴ e una qualche forma del discorso giudiziale. L'introduzione di regole giuridiche positive, la loro applicazione in forma giudiziale, e la loro esecuzione forzata, hanno, non da ultimo, il compito di assicurare la possibilità dei discorsi pratici generali. Affermando che il discorso giuridico si svolge sotto condizioni limitative, non è ancora stato detto come debba avvenire questa limitazione¹¹⁵. Un problema particolarmente importante che qui bisogna affrontare è la questione relativa al rapporto tra argomentazione giuridica e argomentazione pratica generale. La tesi del caso particolare può significare almeno tre cose. Nel suo primo significato afferma che il vero e proprio processo di giustificazione o di riflessione deve svolgersi secondo i criteri del discorso pratico generale e che la motivazione giuridica serve soltanto alla legittimazione secondaria del risultato ottenuto in questo modo. Si può chiamare questa tesi "tesi della secondarietà"¹¹⁶. Chi rifiuta la tesi della secondarietà ha due possibilità. Può affermare che l'argomentazione giuridica giunge fino ad un determinato punto in cui non è più possibile alcun argomento specificamente giuridico. Qui dovrebbe iniziare l'argomentazione pratica generale. Questo punto di vista può essere definito come "tesi della addizionalità". Si può però essere anche dell'opinione che l'uso di argomenti specificamente giuridici vada collegato a tutti i livelli con l'uso di argomenti pratici generali. È quest'ultima concezione che può essere designata come "tesi dell'integrazione", quella che sarà sostenuta nell'opera di Alexy. Qui pare che la razionalità pratico morale abbia un ruolo fondativo rispetto al ragionamento giuridico, facendo ritenere addirittura che le forme specifiche del ragionamento giuridico possano essere fondate venendo ricondotte a tutti i livelli a forme di ragionamento pratico generale-a sua volta modellato sul ragionamento morale¹¹⁷. Si è così in presenza di una strategia di giustificazione volta all'indietro, cioè mirante ad assicurare le regole

¹¹⁴ Sul punto R. Alexy, *The Reasonableness of Law*, in G. Bongiovanni, G. Sartor e C. Valentini, *Reasonableness and Law*, Springer, Dordrecht 2009, pp. 7-8. Si sostiene che la "dimensione istituzionale" del diritto sia rappresentata dal diritto come fatto, in relazione alle questioni autoritative e all'efficacia sociale. La seconda dimensione del diritto, nella sua natura duale, è da riferire alla correttezza morale, connessa alla ragionevolezza pratica. Da ciò deriva l'idea del diritto come "istituzionalizzazione della ragione"

¹¹⁵ R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1978; trad. it. A cura di M. La Torre, *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, Giuffrè, Milano 1998 p. 20.

¹¹⁶ Per questa tesi, in tutti quei casi in cui la soluzione non può essere tratta in modo stringente dalla legge, il discorso giuridico non sarebbe altro che un discorso pratico generale a cui è stata data veste giuridica.

¹¹⁷ I. Testa, *Pluralismo discorsivo e ragionamento giuridico: forme dell'argomentazione*, in *Ars Interpretandi*, XV 2010, *Diritto, ragion pratica e argomentazione*, cit. p. 80.

della normatività giuridica a un fondamento di validità, a un impegno normativo necessario già dato. In realtà nel caso del ragionamento giuridico sembrerebbe più fruttuoso un approccio che non si limiti a presupporre un modello di razionalità bensì avvii un processo di riflessione sulle norme stesse della razionalità e sia in grado di caratterizzarne il contenuto in rapporto alle differenti forme di interazione intersoggettiva che intervengono in tale contesto¹¹⁸. La proposta di una teoria dell'argomentazione giuridica si vede identificata con la topica giuridica. Sul punto Atienza ritiene: “ *la tòpica no es un ars iudicandi, sino un ars inveniendi. Es decir, la tòpica es una tecnica para inventar premisas, no para mostrar cuando està justificado pasar de las premisas a la conclusión*”¹¹⁹. Con la parola "topica" si possono intendere tre cose: una tecnica di ricerca delle premesse, una teoria del carattere delle premesse, e una teoria dell'utilizzazione di queste premesse nella motivazione giuridica. Come tecnica di ricerca delle premesse, la topica propone di individuare tutti i punti di vista che vengono in questione. Si potrebbe dire che la ricerca di Alexy fa proprie le intenzioni della topica giuridica. Ma proprio perciò è necessario che si rivelino col massimo rigore le sue lacune. Una teoria dell'argomentazione giuridica dovrà essere valutata rispetto al se e al quanto essa sia in grado di evitare tali lacune. Queste consistono, nella sottovalutazione della portata della legge, della dogmatica e del precedente, nella scarsa penetrazione della struttura profonda degli argomenti e nell'insufficiente precisazione del concetto di discussione¹²⁰. Una teoria dell'argomentazione giuridica razionale è fondamentale nell'attuale discussione sul metodo; infatti Hassemer sostiene che la teoria dell'argomentazione giuridica è “*uno dei desiderata di cui la giurisprudenza ha più urgente bisogno*”¹²¹. Inoltre il giudice deve sapere argomentare in modo razionale anche in quegli ambiti nei quali non esistono i presupposti della dimostrazione logica, deve astenersi da ogni arbitrio e la sua decisione deve basarsi su un' argomentazione razionale. Al riguardo si evidenzia che Perelman, pur ammettendo l' esistenza di un sistema normativo complesso costituito da leggi generali e astratte che aspirino ad avere validità universale,

¹¹⁸ Ivi, p. 80.

¹¹⁹ M. Atienza, *Tras la Justicia. Una introduccìon al Derecho y al razonamiento jurídico*, Editorial Ariel, Barcelona, p. 124.

¹²⁰ R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1978; trad. it. A cura di M. La Torre, *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, Giuffrè, Milano 1998 p. 23.

¹²¹ W. Hassemer, *Juristische Argumentationstheorie und juristische Didaktik*, in “ *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*”, Vol. 2 (1972), p 467.

ricosce anche l' esistenza di un elemento imprescindibile di arbitrarietà proprio dei valori ultimi su cui si basa il sistema normativo stesso, valori non giustificabili in ultima istanza¹²². È così ridefinito il concetto di oggettività, non più considerata come adesione sistematica e acritica del giudice alla normatività preesistente, al sistema giuridico vigente, ma è considerata come imparzialità, intesa quale criterio di razionalità della scelta del giudice nel processo, mantenendo una distanza dall' oggetto della controversia giudiziaria che non si configuri come un disinteresse¹²³. Da ciò consegue che, citando testualmente Perelman, *“il giudice giusto non è il giudice obiettivo, che si conforma a una realtà esteriormente data. Non è uno spettatore disinteressato che decide in funzione di criteri universalmente validi. È piuttosto un giudice imparziale, che non deve avere interessi in comune con nessuno degli avversari che si presentano davanti a lui, ma deve applicare sia le regole giuridiche obbligatorie per tutti nel quadro della sua giurisdizione, sia, se è arbitro, delle regole e dei costumi sui quali si accordano quelli che gli presentano la loro controversia”*¹²⁴. L' imparzialità del giudice deve essere così intesa alla realizzazione di un equilibrio dinamico tra la norma astratta e la realtà concreta.

5.1) ARGOMENTAZIONE E GIUSTIFICAZIONE GIURIDICA

Nella teoria dell' argomentazione giuridica è posto al centro della riflessione filosofico-giuridica il tema della giustificazione del diritto, con l'individuazione di un vero e proprio codice della ragion pratica, che consenta agli interpreti di costruire in chiave discorsiva i giudizi di valore espressi nelle pratiche giuridiche, a partire da una pragmatica minimale individuata da Robert Alexy¹²⁵. Per sapere se e come enunciati, proposizioni, o enunciazioni di natura normativa possano essere fondati, si deve prima sapere cosa siano tali enunciati, proposizioni o enunciazioni di natura normativa. Una teoria che rifletta sulla loro possibile fondazione o giustificazione presuppone, pertanto, una teoria del linguaggio normativo. Negli ultimi decenni, l'analisi del linguaggio

¹²² B. Bartocci, Argomentazione e politica: Democrazia e nuova retorica in Chaim Perelman, in *Ars Interpretandi*, XV 2010, Diritto, ragion pratica e argomentazione, p. 124.

¹²³ *Ivi*, p. 125.

¹²⁴ Ch. Perelman, Considerazioni sulla ragion pratica, in *Il campo dell' argomentazione*, p. 165.

¹²⁵ V. Giordano, La “svolta” argomentativa. Universalismo e certezza del diritto, in V. Giordano – A.Tucci *Razionalità del diritto e poteri emergenti*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 65.

normativo, e in particolare del linguaggio morale, è stata oggetto di numerose indagini nell'ambito della filosofia analitica. Si è così formata una disciplina specifica chiamata metaetica. Quando un argomento addotto a sostegno di una determinata pretesa può essere considerato razionalmente giustificato? Su quali criteri si basa un'argomentazione morale che si possa definire corretta? Le metaetiche di Toulmin, Baier e Hare, accomunate da un approccio di natura razionalistico – formale all'etica, configurano il discorso pratico come un'attività governata da regole e questa impostazione è volta a fornire una risposta alle nostre domande, mediante l'individuazione di criteri argomentativi universalmente validi per i partecipanti ai discorsi morali.¹²⁶ L'esigenza di individuare dei criteri formali che superino i limiti impliciti nella formulazione delle norme giuridiche, dovuta a cause quali la vaghezza del linguaggio, la configurabilità di conflitti pratici, l'assenza di una regolamentazione dei fatti proposti in giudizio attraverso la vigenza di una norma giuridica e la possibilità di decidere in particolari casi, anche in senso contrario al senso letterale di una norma¹²⁷, costituisce il punto di partenza di una teoria del discorso normativo che, nella critica al modello logico – deduttivo dell'interpretazione giuridica, pone le basi di una fondazione razionale del diritto. Si tratta di un modello normativo, fortemente orientato, che mira a restringere attraverso procedure discorsive universali, lo spazio logicamente lasciato disponibile, dalla ponderazione costituzionale, alle valutazioni morali. L'idea principale di questa prospettiva è che in un ordinamento giuridico sia sempre possibile rintracciare valutazioni divergenti rispetto al caso concreto, ma che proprio la verificabilità di contrasti reali su questioni pratiche, dal punto di vista metodologico, chieda la giustificabilità stessa delle valutazioni. La possibilità di delimitare i conflitti pratici diventa concepibile in questa teoria attraverso un sostegno al giurista e al giudice di tipo analitico-normativo, che dall'esame degli argomenti effettivamente ricorrenti nelle discussioni giuridiche, fornisca criteri di razionalità del diritto¹²⁸. La possibilità di giustificare discorsivamente le proposizioni linguistiche espresse nel diritto necessita di un approccio analitico in relazione ad alcune teorie del discorso pratico, basate sull'individuazione di regole formali quali criteri universali di composizione dei

¹²⁶ V. Giordano, Le metaetiche di Stephen E. Toulmin, Kurt Baier e Richard M. Hare in G. Bongiovanni *Oggettività e morale La riflessione etica del novecento* Bruno Mondadori 2007 in V. Giordano, *Modelli Argomentativi e conflitti morali* p. 217.

¹²⁷ R. Alexy, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, cit., p 7.

¹²⁸ V. Giordano, *Modelli argomentativi delle teorie giuridiche contemporanee*, edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2008 p. 51.

conflitti morali. In quest'ottica, l'analisi delle metaetiche di Toulmin, Baier e Hare, volte all'elaborazione di strategie contenitive dei dissesti pratici, rappresenta il punto di partenza di una teoria procedurale del discorso giuridico avente quale approdo la costruzione teorica di un modello di razionalità giuridica col quale commisurare la correttezza delle valutazioni espresse nelle decisioni giuridiche. Questa impostazione che fonda la giustificazione discorsiva di una proposizione normativa su un presupposto pragmatico – trascendentale di tipo kantiano che deriva la correttezza di una decisione dal soddisfacimento delle condizioni trascendentali del discorso pratico, pone la condizione di razionalità del discorso giuridico nella sua accettabilità ideale da quanti potrebbero essere coinvolti nei loro diritti da quelle decisioni. Seguendo tale approccio teorico ne consegue la possibilità di restringere l'area del “decidibile” in senso giuridico nella teoria dell'argomentazione giuridica attraverso lo sviluppo di una pragmatica universale, che, nella rinuncia stessa ad una sua fondazione etico – contenutistica, individua il carattere razionale della giurisprudenza nel suo argomentare con regole e criteri analoghi a quelli utilizzati nei contesti discorsivi¹²⁹. La connessione tra il diritto e la sua dimensione ideale è da rinvenire nell' argomento della correttezza, per cui le norme, le decisioni individuali e il sistema giuridico si fondano su una pretesa di correttezza, dimostrabile a sua volta con il metodo della contraddizione performativa¹³⁰. Anche Gutmann rileva come la pretesa di correttezza sia una proprietà necessaria del diritto, anzi la “stessa idea di un sistema giuridico razionale, cioè giustificabile, richiede come fondamento l' argomento della correttezza di Alexy”¹³¹.

5.2) PRETESA DI CORRETTEZZA E PRINCIPIO DI UNIVERSALIZZABILITÀ

Il modello del ragionamento giuridico, che utilizza gli strumenti messi a disposizione dalla filosofia analitica coniugandoli con alcune assunzioni dell'ermeneutica

¹²⁹ V. Giordano, *Modelli argomentativi delle teorie giuridiche contemporanee*, edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2008 cit. p 54.

¹³⁰ R. Alexy, *The Reasonableness of Law*, in G. Bongiovanni, G. Sartor e C. Valentini, *Reasonableness and Law*, Springer, Dordrecht, 2009, pp. 7-8.

¹³¹ M. La Torre- P. Tincani, *La dimensione ideale del diritto. Discutendo con Robert Alexy*, Giappichelli, Torino 2018, p. 136.

giuridica¹³², è stato sviluppato dal filosofo del diritto tedesco Robert Alexy. Egli sottolinea il ruolo centrale della ‘giustificazione esterna’ nella motivazione della sentenza, e dunque l’esigenza di giustificare le premesse della decisione ai fini del controllo di razionalità di quest’ultima. Nondimeno, il modello sviluppato da Alexy prende le mosse da particolari presupposti teorici e filosofici. Il ragionamento giuridico non viene ricostruito elaborando un modello che individua la struttura formale che la motivazione della sentenza deve assumere per risultare giuridicamente giustificata. Questo tipo di ragionamento viene concepito, piuttosto, come un caso particolare del discorso pratico, che da quest’ultimo trae le proprie caratteristiche fondamentali e regole di funzionamento. Ma in che senso il ragionamento giuridico è un tipo di discorso pratico? La motivazione delle sentenze si presta ad essere descritta come una forma di comunicazione linguistica che ha luogo in un contesto istituzionale governato da norme. Si può cioè concepire il ragionamento giuridico come un discorso rivolto dal giudice ad altri soggetti che avanza, in quanto tale, una ‘pretesa di correttezza’: le affermazioni che il giudice compie nella motivazione pretendono di essere accolte come corrette, giuste, valide, sulla base delle ragioni che le giustificano¹³³. Ne consegue che è avanzata non solo una pretesa di correttezza ma anche di giustizia, infatti *“l’argomento della giustizia afferma che tanto singole norme giuridiche quanto interi sistemi normativi avanzano una pretesa di giustizia. sistemi normativi che non avanzano esplicitamente o implicitamente tale pretesa non sono sistemi giuridici”*¹³⁴. Affinché sia garantita la correttezza di tali affermazioni, vanno tuttavia osservate delle regole specifiche, in parte dipendenti dai contesti del discorso e in parte a carattere universale, valide cioè per qualsiasi essere umano in qualsiasi tipo di comunicazione linguistica. L’osservanza di quest’ultimo insieme di regole, che contraddistinguono il discorso pratico razionale, costituisce una condizione necessaria, per quanto non sufficiente, affinché la comunicazione abbia successo, e dunque, con riferimento alla motivazione delle decisioni giudiziali, affinché tali decisioni possano essere considerate giustificate da qualsiasi soggetto razionale. Tali regole non indicano le

¹³² “Questa prospettiva tende a spostare sostanzialmente il fulcro dell’ esperienza giuridica sull’ attività interpretativa e applicativa, qualche volta assimilandole senza residui, scorgendo su questo terreno l’ opportunità di un riadeguamento della teoria alla pratica giuridica” V. Omaggio-G. Carlizzi, *Ermeneutica e interpretazione giuridica*, Giappichelli, Torino 2010, p. 45

¹³³ «Chi afferma qualcosa non vuole soltanto esprimere ciò in cui crede, ma oltracciò pretende anche che quanto dice sia giustificabile, sia cioè vero e giusto. Questo vale in ugual misura per proposizioni normative e non», cfr. R. Alexy, *Teoria dell’argomentazione giuridica*, p. 152.

¹³⁴ R. Alexy, *Concetto e validità del diritto* (1992), trad. it. di F. Fiore, Einaudi, Torino 1997, p. 34.

premesse dalle quali il giudice deve prendere le mosse: queste ultime saranno determinate dai desideri, dai valori e dalle informazioni di cui egli dispone. Le regole del discorso razionale prescrivono soltanto la *procedura* che deve essere adottata per giustificare la decisione. Il modello di ragionamento giuridico sviluppato da Alexy avanza dunque apertamente una pretesa normativa: esso prescrive come il giudice deve motivare la decisione affinché quest'ultima risulti giustificata alla luce di principi universali. Si tratta di principi che stanno alla base non solo della comunicazione linguistica, e dunque del discorso razionale, ma anche dello Stato costituzionale di diritto, il quale costituisce la forma politica che storicamente meglio realizza tali principi, facendone il perno attorno al quale deve organizzarsi l'intera comunità sociale. L'osservanza delle regole del discorso razionale garantisce dunque sia che la motivazione della sentenza risulti giustificata, sia la sua conformità ai principi degli Stati costituzionali di diritto e ai criteri di giustizia che li contraddistinguono. Ma quali sono le regole fondamentali del discorso razionale? Alexy le formula nel modo seguente: (1) nessun parlante si può contraddire (*principio di non contraddizione*); (2) ogni parlante può affermare solo ciò in cui egli stesso crede (*principio di sincerità*); (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 (*principio di universalizzazione*); (4) parlanti diversi non possono utilizzare la stessa espressione con significati diversi (*principio di coerenza*)¹³⁵. Da tali regole universali si possono ricavare i criteri di giustificazione della sentenza. In base al principio di universalizzazione, detto anche principio di giustizia formale, una decisione giudiziale è giustificata soltanto se si fonda su una 'norma universale' che funga da premessa maggiore del ragionamento. Sempre in base al medesimo principio, il dispositivo della sentenza deve inoltre seguire logicamente dalla norma universale, per evitare che quest'ultima venga usata per giustificare una conclusione qualsivoglia. In base al principio di sincerità, inoltre, la decisione è giustificata se si fonda su una ricostruzione del caso ritenuta veritiera, che funga da premessa minore del ragionamento. Questo

¹³⁵ R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1978; trad. it. A cura di M. La Torre, *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, Giuffrè, Milano 1998 p. 150. Oltre a questo insieme di regole fondamentali, Alexy individua ulteriori insiemi di regole che contraddistinguono il discorso razionale, le quali determinano le modalità di svolgimento della comunicazione linguistica (*regole di ragione*), a chi spetta giustificare le proprie affermazioni (*regole dell'onere dell'argomentazione*), e la forme che gli argomenti devono assumere.

insieme di regole riconfigura dunque in modo originale il modello del sillogismo giudiziale, fondando quest'ultimo sui principi universali che caratterizzano, secondo Alexy, la comunicazione linguistica. Come osservato anche da Wróblewski, tuttavia, l'applicazione di questo insieme di regole non è sufficiente per giustificare in modo compiuto una sentenza giudiziale concreta. Frequenti sono infatti le situazioni nelle quali una disposizione giuridica si presta ad assumere più significati, la norma scelta per disciplinare il caso ammette eccezioni implicite, il caso non è regolato da alcuna norma appartenente all'ordinamento, o ancora due norme che disciplinano la medesima fattispecie associano a quest'ultima conseguenze giuridiche tra loro incompatibili. Le scelte compiute dal giudice in queste situazioni vanno parimenti giustificate e incluse dunque, come premesse ulteriori, all'interno della cosiddetta 'giustificazione interna'¹³⁶. Con ciò non si esaurisce tuttavia la procedura di giustificazione: anche le premesse utilizzate nella 'giustificazione interna' richiedono un fondamento razionale. Questo è fornito dalla 'giustificazione esterna', la quale ha per oggetto enunciati che esprimono norme giuridiche, enunciati empirici concernenti i fatti, nonché enunciati «che non sono né proposizioni empiriche né regole di diritto positivo ma che non di meno vengono utilizzati nelle motivazioni delle sentenze»¹³⁷. A ciascuno di questi generi di premesse corrispondono diversi metodi di giustificazione. Un ruolo particolarmente importante giocano in questa sede, secondo Alexy, i canoni o argomenti interpretativi, i quali disciplinano il modo in cui il giudice deve attribuire a una disposizione giuridica il significato che troverà poi formulazione nella premessa maggiore del sillogismo giudiziale. Tali canoni ricomprendono regole di tipo semantico, ricavate dall'uso del linguaggio, regole di tipo genetico, che rinviano all'intenzione di chi ha emanato la disposizione, come pure regole di tipo teleologico, che concernono il fine che la disposizione si propone di realizzare. Tali regole, pur non essendo vere e proprie direttive rivolte al giudice, sono 'schemi argomentativi', che definiscono una sorta di 'grammatica dell'argomentazione giuridica'¹³⁸ in rapporto ad

¹³⁶ Secondo Alexy, in base al principio di universalizzazione nel ragionamento «sono necessari tanti gradi di sviluppo tali da pervenire a enunciazioni la cui applicazione al caso considerato risulti indiscutibile», cfr. R. Alexy, *Teoria del ragionamento giuridico*, p. 180.

¹³⁷ Ivi, p. 182. Il modello di Alexy è stato recentemente ripreso e sviluppato dalla teoria pragma-dialettica del ragionamento giuridico: cfr. E. Feteris, *Fundamental of Legal Argumentation*, cap. 5.

¹³⁸ R. Alexy, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, p. 194.

un ordinamento determinato. La loro gerarchia inoltre varia a seconda dei contesti giuridici e dei casi considerati. La teoria del discorso non sarà quindi in grado di definire una procedura di giustificazione esterna valida universalmente. Essa può non di meno mostrare qual è la struttura delle diverse forme di argomentazione e indicare a quali condizioni il loro uso consente di motivare la sentenza in modo razionale.

5.3) SPECIFICITÀ DELLA TEORIA PROCEDURALE

Il rinvio alla morale positiva di una comunità storicamente data, che costituisce inevitabilmente un punto debole della teoria toulminiana, considerata l'indeterminatezza della regola fondamentale (secondo cui bisogna agire in modo da evitare la sofferenza evitabile), costituisce una ragione per escludere la versione del principio di universalizzabilità formulata da Toulmin dal progetto di una teoria procedurale del discorso giuridico proposta da Robert Alexy¹³⁹. Il principio di universalizzabilità di Baier, invece, che reinterpreta il *good reasons approach* inaugurato da Toulmin, diventerà una delle regole di giustificazione del discorso giuridico nella teoria procedurale del diritto¹⁴⁰. Inoltre è evidenziato come “la teoria di Baier si discosti dal modello argomentativo di Toulmin, in cui la visione neutrale dell'etica intesa come strumento di mediazione del conflitto morale, sembra negare all'autore percorsi alternativi alle convinzioni sociali dominanti, approdando ad una metaetica di stampo kantiano che individua nell'adozione del “punto di vista morale” la condizione di accettabilità ideale del discorso etico. Il processo di deliberazione, da un lato, coinvolge la ponderazione delle ragioni in conflitto, dall'altro risulta fondato sull'adozione del punto di vista morale, inteso con Baier, quale punto di vista assunto da chi agisce sulla base di principi universalizzabili, opposto al punto di vista di chi basa la propria condotta sull'interesse personale. Il conflitto tra ragioni trova giustizia nella adozione del punto di vista morale, inteso sia quale adesione a regole che vadano anche in direzione contraria rispetto al raggiungimento dei propri scopi personali, sia quale categoria fondata sul principio di universalizzabilità, declinato a postulato di insegnabilità universale dei precetti morali”¹⁴¹. Per Atienza: “*el principio de*

¹³⁹ V. Giordano Modelli argomentativi delle teorie giuridiche contemporanee, edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2008 cit. p. 84.

¹⁴⁰ *Eadem*.

¹⁴¹ *Ivi* cit. p. 88.

universalidad o de justicia formal establece que los casos iguales han de 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”¹⁴²

Infine, è necessario porre l'accento su alcuni elementi di fondamentale importanza per il prosieguo dell'esposizione. La funzione del linguaggio morale non si esaurisce, come invece suppongono naturalismo e intuizionismo, nella descrizione di oggetti, qualità o relazioni di natura empirica o non empirica. Il discorso morale è piuttosto una particolare attività diretta da regole, mediante la quale si procede al bilanciamento ragionevole degli interessi e il compito più importante che può essere svolto da una teoria del discorso pratico è quello di elaborare le ragioni che determinano questa attività. A questo proposito si deve distinguere tra la descrizione e l'analisi delle regole che costituiscono effettivamente i giochi linguistici, e la giustificazione o fondazione di tali regole. La prima operazione appartiene alla parte empirica o analitica della teoria del discorso pratico, la seconda a quella normativa. Dalle regole dell'argomentazione pratica devono essere distinte le diverse forme di argomento. Le proposizioni normative sono *universalizzabili*. Come ha mostrato Hare, questo significa che, chi adduce un motivo G in favore di una proposizione normativa N, presuppone una regola che stabilisce che G è una ragione per N. Oltre a questo concetto di universalizzabilità esistono una serie di versioni diverse dall'idea di universalizzabilità. L'argomentazione pratica obbedisce a regole diverse da quelle per esempio dell'argomentazione delle scienze naturali¹⁴³. Ciò tuttavia non costituisce una ragione per contestare il suo carattere di attività razionale. Infine si può sostenere che le teorie metaetiche da un lato, lasciano senz'altro aperti molti problemi, ma dall'altro lato contengono un grande numero di indicazioni significative per una teoria del discorso pratico razionale, che sia sufficientemente solida per fungere da fondamento di una teoria dell'argomentazione giuridica.

¹⁴² M. Atienza, *Tras la Justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*, Editorial Ariel, Barcelona, cit. pp. 137, 155.

¹⁴³ R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1978; trad. it. A cura di M. La Torre, *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, Giuffrè, Milano 1998 p. 80.

5.4) IL CONFLITTO MORALE VIENE REALMENTE NEUTRALIZZATO DAL FORMALISMO DELLE METAETICHE?

Le metaetiche razionalistiche si presentano quali strategie di superamento dell'essenza conflittuale del ragionamento morale che entrano in gioco quando i doveri morali, fondanti la prima fase della deliberazione pratica, risultino incapaci di porsi quali ragioni conclusive, determinando così la scelta morale. Pur all'interno di percorsi argomentativi diversi, la difficoltà connessa al tentativo di formalizzazione dell'etica è quella di tendere all'elaborazione di modelli oggettivi, che non riescono però ad evitare la riproduzione di strategie particolariste e soggettive di composizione del dilemma morale¹⁴⁴. “Le metaetiche analitiche di stampo razionalistico, se da un lato scongiurano il dilemma morale attraverso meccanismi compositivi dei conflitti fondati su criteri universali di tipo consequenzialista, capaci di replicare al riduzionismo retorico e al deontologismo intuizionista, che declinano ad una sorta di *non sense* la configurabilità dei disaccordi morali, dall'altro, però, in questa stessa strategia di sottrazione, finiscono inesorabilmente per riprodurre come risultato dell'impalcatura giustificazionista le convinzioni morali di una determinata comunità storicamente data, o, in alcune versioni in cui il consequenzialismo si coniuga con l'adozione del punto di vista morale, le preferenze di fondo di una società liberale. Il tentativo di formalizzazione delle metaetiche, individuando dei criteri argomentativi determinati, alternativi ad una soluzione dei conflitti morali di tipo contingente che si affidi a forme di negoziazione particolare legate al contesto discorsivo dei suoi partecipanti, non riesce fino in fondo ad ignorare la pendenza di ragioni soggettive, che sfuggono da criteri generali ed ultimi, e che non riescono a rimanere soffocate in una composizione del dilemma morale che si affidi ad una qualche strategia di formalismo etico”¹⁴⁵. Immediato è il riferimento al concetto forte di razionalità procedurale, che individua le qualità costitutive della validità di un giudizio non solo nella dimensione logico-semantiche e in quella argomentativa, ma anche nella dimensione pragmatica dello stesso processo di fondazione. Questo aspetto comporta che l'accettabilità razionale delle sentenze giudiziarie dipenda non soltanto dagli argomenti sostanziali, ma

¹⁴⁴ V. Giordano, Modelli argomentativi e conflitti morali. Le metaetiche di Stephen E. Toulmin, Kurt Baier e Richard M. Hare in G. Bongiovanni *Oggettività e morale* La riflessione etica del novecento Bruno Mondadori 2007 p. 223.

¹⁴⁵ V. Giordano, Modelli argomentativi delle teorie giuridiche contemporanee, edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2008 cit. p. 64.

anche dalla struttura del processo argomentativo ¹⁴⁶ . La pensabilità di un' interazione discorsiva rimanda però nella prospettiva di Habermas all' assunto di un accordo razionale, di un' intesa motivata che, lungi dal presentarsi quale mera convergenza fattuale ¹⁴⁷, è normativa e mostra il suo fondamento razionale in antitesi rispetto ad una sua imposizione coattiva ¹⁴⁸. Inoltre la tensione fra pretese idealizzanti ed effettiva realizzazione linguistica e sociale in cui si esprime la dinamica specifica dell'agire comunicativo, inteso quale agire orientato all' intesa, mai condizionato al calcolo strategico, ma assunto quale base per un coordinamento unanime dei progetti d' azione perseguiti di volta in volta in modo individuale, comporta che il consenso raggiunto fattualmente all'interno di una discussione pratica sia sempre suscettibile di un suo giudizio valutativo rispetto ad un consenso razionalmente fondato, esprimibile all' interno di una comunità linguistica ideale ¹⁴⁹. L' etica del discorso, intesa quale procedura non già di produzione di norme giustificate bensì di norme proposte e valutate in via ipotetica, consente con Habermas esclusivamente la soddisfazione discorsiva di rivendicazioni di validità normativa, che si basano sul principio di universalizzazione assunto a regola fondamentale dell'argomentazione, ma non risulta in grado di garantire una fondazione morale ultima. ¹⁵⁰ Il principio di universalizzazione assunto quale “principio-ponte” ¹⁵¹ dell' etica discorsiva procedurale habermasiana, che rende possibile un accordo nelle argomentazioni morali escludente una sua pratica monologica, contesta pertanto l'assunto fondamentale del relativismo etico secondo cui la validità dei giudizi morali si commisura soltanto ai criteri di valore propri della cultura o della forma di vita cui di volta in volta appartiene il soggetto giudicante: con la sua fondazione si volge in realtà contro gli assunti fondamentali delle etiche materiali, delineando l'ambito di ciò che è moralmente valido rispetto a quello contenutistico valoriale e, dunque, contestuale ¹⁵². È necessario affermare che la presupposizione implicata dalla procedura normativa di giustificazione, costituente la situazione linguistica ideale, dei principi di autonomia e di uguaglianza tende inevitabilmente ad inglobare, nel presupposto pragmatico

¹⁴⁶ J. Habermas, *Fatti e norme*, cit., p. 269.

¹⁴⁷ J. Habermas, *Teoria dell'agire comunicativo*, p. 396.

¹⁴⁸ V. Giordano, *Modelli argomentativi delle teorie giuridiche contemporanee*, edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2008 cit. p. 34.

¹⁴⁹ *Eadem*.

¹⁵⁰ J. Habermas, *Etica del discorso*, p. 115.

¹⁵¹ *Ivi*, cit., p.130.

¹⁵² V. Giordano, *Modelli argomentativi delle teorie giuridiche contemporanee*, edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2008 cit. p. 36.

trascendentale, le conquiste politiche e giuridiche ottenute dal processo di costituzionalizzazione del diritto¹⁵³. Tale strategia di Habermas che comporta una difficile conciliazione con la sua istanza di decontestualizzazione metaetica rispetto ad un sistema di valori definito, comporta inevitabilmente l' immissione, nel processo deliberativo controfattuale, della cultura etica sottesa alle comunità contemporanee che appare nello stesso processo di formalizzazione trascendentale, spogliato della sua valenza empirica e assunto quale elemento ideale normativo. La soluzione habermasiana tende ad eccedere nella fiducia concessa alla forma giuridica che, intrecciata con la fondazione discorsiva, diventa il *medium* di integrazione sociale avente in sé una razionalità immanente. È il risultato della istituzionalizzazione nella procedura discorsiva di un sistema di diritti che, da un lato genera una tensione fra un momento etico di una moralità pubblica, dall'altro rinvia al duplice livello di legittimità giuridica, che postula la ricerca cooperativa delle soluzioni migliori, la stessa prevalenza del gioco argomentativo degli argomenti migliori¹⁵⁴ e la coercibilità del diritto, vista quale potenziamento della costituzione cooriginaria fra diritto e potere politico¹⁵⁵. Il proceduralismo habermasiano sembra così pagare la sua incessante ridefinizione contenutistica con una sottovalutazione della carica conflittuale esistente dentro lo stesso processo democratico, all' interno del quale non soltanto le relazioni di forza reciprocamente opposte dagli attori della scena politica sembrano forzare decisamente l' immagine controfattuale della loro razionale accettazione, ma la stessa fondazione discorsiva dei diritti sembra pensare la regola di maggioranza come capace di assorbire il conflitto politico giuridico, attraverso un' immagine che vede i titolari delle libertà individuali reciprocamente dialogati in posizione di equilibrio politico, uguaglianza, simmetria¹⁵⁶. Da ciò si evince chiaramente la difficoltà teorica di pensare la giustificazione del diritto come parte del più ampio discorso giustificatorio della morale e il diritto, habermasianamente "sgravato" dal problema della fondazione, ma dipendente nella sua capacità pratica, dalla sua legittimità democratica, mostra sì il carattere imperialista della morale, ma al tempo stesso l' impossibilità di considerarlo caso speciale del discorso pratico a prescindere da una teoria politica normativa di tipo

¹⁵³ *Ivi*, cit. p. 37.

¹⁵⁴ J. Habermas, *Fatti e norme*, cit., p. 359.

¹⁵⁵ V. Giordano, *Modelli argomentativi delle teorie giuridiche contemporanee*, edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2008 cit. p. 40.

¹⁵⁶ *Ivi* cit. p. 41.

deliberativo¹⁵⁷. Si è sostenuto che “sarebbe alquanto azzardato ricondurre completamente il “politico” al “giuridico”, esaurendolo. Pare che la logica habermasiana vada nel senso di una compiuta giuridificazione e che, pur collocandosi all’ interno della tradizione giusrazionalistica continentale, è radicalizzata a tal punto da assumerne solo un pezzo, così da incamerarne l’ esito della presunta autosufficienza del diritto, liberandolo della sua genealogia”¹⁵⁸. *“Il rapporto di Habermas con il politico in quanto tale è sempre problematico: come un invitato di pietra, o un ospite imbarazzante di cui si farebbe volentieri a meno, ma che non è così agevole tenere fuori dalla porta. Anche perchè, quando si pensa di esserselo lasciato alle spalle (e Habermas ha perseguito questa strada), riemerge, magari in forme impreviste”*¹⁵⁹.

6) IL DISCORSO PRATICO GENERALE

I risultati raggiunti dalle teorie finora esposte, vengono sistematizzati da Alexy in una teoria del discorso pratico generale razionale. Le espressioni normative (giudizi di valore e di obbligo) che compaiono nelle espressioni normative come "buono" e "dovuto" non designano un qualsiasi oggetto, qualità o relazione di natura non empirica, come invece suppone l'intuizionismo, e non sono neppure riducibili ad espressioni empiriche, come diversamente afferma il naturalismo. Le proposizioni normative, perciò non possono essere esaminate né attraverso il riferimento ad una qualche entità non empirica né secondo i metodi delle scienze empiriche¹⁶⁰. Alexy afferma che ai giudizi di valore e di obbligo è connessa una pretesa di correttezza e che se un giudizio di quel tipo viene posto in dubbio, si può discutere sulla sua giustificazione. In tali discussioni possono essere adottate ragioni G pro e contro le proposizioni normative contestate N. Secondo l’ autore, infatti, si tratta di accertare l'esistenza di criteri o regole che permettano di distinguere le buone ragioni dalle cattive e gli argomenti validi da quelli non validi. Dalla discussione delle varie tesi di Hare e di Toulmin è risultato che chi, a supporto di una proposizione normativa N (A ha agito male) adduce una ragione

¹⁵⁷ Ivi cit. p. 42.

¹⁵⁸ G. Preterossi, *Ciò che resta della democrazia*, Laterza, Roma-Bari 2015, p. 57.

¹⁵⁹ Ivi, cit. p. 51.

¹⁶⁰ R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1978; trad. it. A cura di M. La Torre, *Teoria dell’argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, Giuffrè, Milano 1998 p. 139.

G (A ha mentito) , presuppone una regola R (mentire è male) dalla quale insieme a G segue logicamente N. In questo caso, N può essere definita come giustificabile mediante G ed R. Chi vuole mettere in dubbio la giustificazione di N da parte di G ed R, può impugnare o G o R. Se attacca R, è necessario giustificare la regola che può essere espressa da "mentire è male". In questa giustificazione di secondo grado si può addurre come ragione un enunciato dal tenore "mentire causa sofferenze evitabili" G'. Qui viene nuovamente presupposta una regola R' del tipo "ciò che causa sofferenze evitabili è male". Se si vuole giustificare secondo questo modello anche R', allora è necessaria un'altra regola R''. Secondo Alexy è possibile evitare un regresso all'infinito, solo stroncando ad un certo punto la giustificazione e sostituendola con una risoluzione che non deve essere più motivata¹⁶¹. Le regole della discussione razionale non si riferiscono soltanto, come le regole della logica, a proposizioni, ma anche al comportamento dei parlanti. In questo senso, possono essere definite come regole pragmatiche. Il rispetto di queste regole non garantisce senz'altro la certezza definitiva di tutti i risultati, ma contraddistingue tuttavia questi risultati come razionali; di conseguenza, la razionalità non si può equiparare alla certezza definitiva. Sul punto Alexy ritiene che: *“nel valutare l' accettabilità di un deficit minimo di certezza del diritto occorre tener conto del fatto che la certezza è sicuramente un valore supremo ma non l' unico. Il valore della certezza del diritto deve essere ponderato insieme a quello della giustizia materiale (Radbruch 1932, p. 175). La formula di Radbruch esprime una ponderazione che in linea di principio conferisce il primato alla certezza del diritto e solo nei casi estremi rovescia i rapporti di rango. Tale formula può essere messa in questione soltanto da chi consideri la certezza del diritto come principio assoluto. Il che, come del resto ogni perseguimento di principi assoluti ha qualcosa di fanatico”*¹⁶². La certezza del diritto è stata inoltre considerata quale “idea regolativa”, “possibilità discorsiva”, non data ex ante, bensì ex post, come punto conclusivo del procedimento argomentativo e da esso dipendente, determinando così la trasformazione dell' istanza di certezza in istanza di sicurezza nei confronti del potere e dei suoi modi di esercizio¹⁶³. È questa l'idea fondamentale della teoria del discorso

¹⁶¹ *Ivi* p. 142.

¹⁶² R. Alexy, *Concetto e validità del diritto*, trad. it. di F. Fiore, Einaudi, Torino 1997, cit. p. 53.

¹⁶³ A. Abignente, *L'argomentazione giuridica nell' età dell' incertezza*, Editoriale Scientifica, Napoli 2017, cit. p. 11.

pratico razionale¹⁶⁴. La teoria del discorso razionale è una teoria normativa del discorso. Con ciò si pone il problema di come possano giustificarsi regole del discorso razionale che possono essere concepite come norme per la giustificazione di norme. Ci sono varie possibilità di pervenire alle regole del discorso. La prima consiste nel concepirle come regole tecniche che prescrivono i mezzi per determinati scopi. Questo tipo di giustificazione può essere chiamato tecnico. Contro le giustificazioni tecniche vengono sollevate due obiezioni. Per la prima, anche lo scopo dovrebbe essere giustificato. Ma secondo quali regole dovrebbe avvenire ciò, se deve essere proprio lo scopo a giustificare tutte le regole? Per la seconda, uno scopo, che fosse in grado di giustificare l'osservanza di tutte le regole del discorso, dovrebbe essere così generale che potrebbero essere proposte come mezzi per conseguirlo anche norme incompatibili fra loro, oppure la situazione indicata come scopo sarebbe già definita dall'osservanza di queste stesse norme. La seconda possibilità di pervenire alle regole del discorso consiste nel dimostrare o che determinate regole valgono realmente, e cioè vengano effettivamente seguite in misura adeguata, oppure che i singoli risultati, che possono essere prodotti secondo determinate regole, corrispondono alle nostre convinzioni normative effettive. Questo tipo di fondazione può essere chiamato empirico. Un'altra possibilità, che spesso si incrocia con altri tipi di giustificazione, viene eseguita da chi analizza il sistema delle regole che definisce un "gioco linguistico"¹⁶⁵, e propone per l'accettazione il sistema di regole elaborato in tale modo. E' importante soltanto che la presentazione di un sistema di regole venga considerata come ragione o motivo per la

¹⁶⁴ I discorsi sono contesti di azione in cui si esaminano proposizioni per accertarne la verità o la correttezza e i discorsi che si riferiscono alla correttezza delle proposizioni normative sono discorsi pratici. Il discorso giuridico è concepito dall'autore come un caso speciale del discorso pratico generale che si svolge in condizioni limitative, quali quelle rappresentate dalla legge, dalla dogmatica e dal precedente. Una teoria del discorso può essere empirica, analitica o normativa. Empirica se descrive e chiarisce, per esempio, la correlazione che esiste tra determinati gruppi di parlanti e l'uso di determinati argomenti, l'efficacia degli argomenti oppure le concezioni che predominano in determinati gruppi in relazione alla validità degli argomenti. La teoria del discorso è analitica, se tratta la struttura logica degli argomenti effettivamente utilizzati e di quelli semplicemente possibili. Infine è normativa se enuncia e giustifica i criteri per la razionalità dei discorsi. Tra queste tre caratteristiche esiste una serie di collegamenti. Tanto una teoria empirica quanto una normativa presuppongono la conoscenza della struttura logica degli argomenti.

¹⁶⁵ L. Wittgenstein, *Ricerche filosofiche* (1953), trad. it. M. Trinchero, Einaudi, Torino 1967. Il linguaggio è così "considerato un insieme di giochi linguistici, dove il significato di una parola è il suo uso in un particolare contesto e l'argomentazione giuridica che ha a che fare con la parola, molto spesso ambigua del testo normativo, coinvolge più contesti nei quali gli argomenti emergono intenzionalmente nella ricerca della soluzione di casi, modificandosi in base alla mutevolezza sociale" A. Abignente, *Argomentazione giuridica in Atlante di filosofia del diritto*, Vol II a cura di Ulderico Pomerici, Giappichelli, Torino 2012 cit. p.3.

sua accettazione anche indipendentemente dal fatto che vengano fornite ulteriori ragioni. Questo tipo di motivazione può dirsi definitorio. Infine, una quarta possibilità consiste nel mostrare che la validità di determinate regole è condizione di possibilità della comunicazione linguistica e il quarto tipo di giustificazione può dunque chiamarsi pragmatico-universale¹⁶⁶. Nella giustificazione tecnica non possono presupporre scopi giustificati. Inoltre, come evidenziato da Alexy, esiste sempre il pericolo che gli scopi siano troppo astratti o che contengano già le regole da giustificare. Il metodo empirico fa della prassi consolidata la misura della razionalità, quello definitorio è alla fine arbitrario, e quello pragmatico universale è in grado di giustificare, nel migliore dei casi, poche regole fondamentali. Può avere senso anche un discorso sulle regole del discorso. Tale discorso può essere definito come discorso teorico sul discorso. La decisione sul modo in cui i tipi di giustificazione del discorso teorico sul discorso debbano essere utilizzati nel caso particolare, deve essere lasciata a chi partecipa al discorso. Anche nella discussione condotta nell'ambito di questi quattro tipi di giustificazione vengono già osservate delle regole. Queste regole sono in parte delle regole effettivamente valide nel gruppo dei parlanti, e in parte delle regole temporaneamente già giustificate. Non è irrazionale procedere anche sulla base di regole non giustificate¹⁶⁷. Infatti “poiché non è possibile procedere solo sulla base di regole giustificate e poiché è razionale iniziare comunque a discutere, è anche ragionevole iniziare in un primo momento sulla base di regole non giustificate¹⁶⁸”.

6.1) LE REGOLE DEL DISCORSO PRATICO GENERALE

Le regole che definiscono il discorso pratico razionale sono dei tipi più diversi. Ci sono regole che valgono solo nei discorsi pratici, e regole che valgono anche in altri giochi linguistici. Ci sono comandi, divieti e permessi. Alcune regole richiedono un'osservanza rigida, altre contengono richieste che possono essere soddisfatte solo approssimativamente. Inoltre ci sono regole che vertono sul comportamento all'interno del discorso pratico, e regole che stabiliscono delle stipulazioni per il passaggio ad altre

¹⁶⁶ R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1978; trad. it. A cura di M. La Torre, *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, Giuffrè, Milano 1998 p. 147.

¹⁶⁷ Op. ult. Cit.

¹⁶⁸ Ivi cit. p. 148.

forme discorsive. La validità delle regole fondamentali, è condizione di possibilità di ogni comunicazione linguistica in cui si tratti di verità o di correttezza, e nello specifico ci si riferisce a regole quali: 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 giustificazione¹⁶⁹. È sufficiente che egli si riferisca alla competenza giustificativa di persone determinate o determinabili. Come ogni altro argomento, anche il riferimento alla competenza giustificativa di altri è discutibile. Così ci si può chiedere se l'autorità invocata dal parlante garantisca effettivamente la correttezza della sua tesi. La pretesa che sia possibile giustificare non significa che il parlante debba per forza sempre giustificare ogni sua affermazione di fronte a chiunque. E tuttavia se si

¹⁶⁹ Si è pure sostenuto che il compito della giustificazione sia multidimensionale. Sono state infatti teorizzate cinque strategie di giustificazione che possono occorrere separatamente o combinate tra loro. Giustificazione empirica (appello all' esperienza e al modo in cui funzionano effettivamente le pratiche argomentative), giustificazione pragmatica (analisi costi-benefici, adeguatezza ed efficacia dei mezzi impiegati rispetto agli scopi assunti), giustificazione teleologica (giustificazione delle regole in base allo scopo interno del contesto dialogico-comunicativo), giustificazione coerentistica (le regole sono giustificate in quanto ci permettono di ricostruire un quadro coerente delle nostre pratiche discorsive e di raggiungere un equilibrio riflessivo tra tali regole e le intuizioni dei parlanti), fondazione ultima (deduttiva o riflessivo-trascedentale consistente nella riconduzione della molteplice struttura degli impegni dialogici a un principio primo, o a un set di principi) I. Testa, *Pluralismo discorsivo e ragionamento giuridico: forme dell' argomentazione*, in *Ars Interpretandi*, XV 2010, Diritto, ragion pratica e argomentazione.

rifiuta di giustificare, è necessario che egli sia in grado di addurre delle ragioni che giustifichino un tale rifiuto¹⁷⁰. Di conseguenza, per l'atto linguistico dell'affermazione vale la regola seguente: “ogni parlante deve giustificare, su richiesta, ciò che afferma, a meno che possa addurre delle ragioni che giustifichino il suo rifiuto di dare una giustificazione¹⁷¹”. Questa regola può essere chiamata "regola generale di giustificazione". Chi giustifica qualcosa dà ad intendere come minimo, almeno per ciò che concerne la giustificazione, di accettare l'altro come partner della giustificazione con uguali diritti e di non esercitare violenza. Inoltre pretende di poter difendere la sua affermazione non solo dinanzi al suo interlocutore, ma anche di fronte a chiunque. Gli atti linguistici, nei quali non si chiede di soddisfare almeno questi requisiti, non possono essere considerati come giustificazioni. Queste regole corrispondono alle condizioni formulate da Habermas, della situazione discorsive ideale, inteso nella sua accezione debole sopra accettata¹⁷². La prima regola riguarda l'ingresso nel discorso e ha il seguente contenuto: “chiunque sia in grado di parlare può prendere parte ai discorsi”. La seconda regola riguarda la libertà della discussione. Si può articolare in tre postulati: “chiunque può problematizzare qualunque affermazione”; “chiunque può introdurre nel discorso qualunque affermazione”; “chiunque può esprimere le proprie opinioni, i propri desideri e i propri bisogni”. Infine, la terza regola ha il compito di proteggere i discorsi dalle costrizioni. Essa ha il seguente tenore: “nessun parlante può essere ostacolato nell'esercizio dei propri diritti da costrizioni che abbiano luogo all'interno o all'esterno del discorso”. Per quanto riguarda le regole dell'onere dell'argomentazione è necessario partire dalla regola che permette ad ognuno di problematizzare ogni affermazione¹⁷³. A tal proposito Alexy, metaforicamente si riferisce al bambino che meccanicamente chiede sempre "perché?"¹⁷⁴. Chiunque può

¹⁷⁰ R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1978; trad. It. A cura di M. La Torre, *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, Giuffrè, Milano 1998, p. 152.

¹⁷¹ Su tale regola, cfr. D. Wunderlich, *Zur conventionalität von Sprechhandlungen*.

¹⁷² J. Habermas, *Wahrheitstheorien*, cit. pp. 225 s.

¹⁷³ Meyer propone il “modello problematologico” che consiste nell’interrogarsi sull’originario per la costruzione di una razionalità. Il termine base della sua teoria è *question* in Francese, come anche in lingua inglese, ha il doppio significato di domanda e problema. Nell’atto dell’interrogarsi, la prima questione attiene il domandare in sé. L’idea è che l’interrogazione di per sé non fa sorgere la conoscenza di ciò che si domanda ma fa vedere che quanto è in questione rimane tale. Meyer, *De la problématologie: langage, science et philosophie*, Mardaga, Bruxelles, 1986 (= *Problematologia. Linguaggio. Scienza. Filosofia*, tr. it., Pratiche, Parma, 1991

¹⁷⁴ R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1978; trad. it. A cura di

mettere ogni parlante alle strette e inoltre è possibile che egli dubiti in blocco di tutto ciò che gli altri partecipanti alla deliberazione hanno detto. Per il parlante entrambe le cose sono molto semplici: senza dover necessariamente addurre ragioni, può interrogare, oppure esprimere dubbi. Le regole finora elaborate stabiliscono certo l'onere di motivare le affermazioni, ma non lo fanno altrettanto per quanto riguarda il porre domande e il manifestare dubbi rispetto ai discorsi. Si pone quindi la questione assai importante della misura e della distribuzione degli oneri relativi all'argomentazione o alla motivazione. Secondo il principio di universalizzabilità, chi voglia trattare una persona in modo diverso da un'altra deve necessariamente addurre un motivo. Nella logica dialogica di Lorenzen per esempio, chi afferma che tutte le x possiedono la qualità F ($(x) Fx$), ha l'obbligo di mostrare per ogni a che a è F (Fa)¹⁷⁵. Invece, il principio di inerzia di Perelman richiede che una concezione o una prassi che sia stata accertata una volta, non possa essere nuovamente abbandonata senza motivo¹⁷⁶. Chi vuole trattare A diversamente da B deve affermare che esiste una differenza rilevante. Questa affermazione deve essere giustificata e pertanto vale la regola: "chi intende trattare una persona A diversamente da una persona B , è tenuto a darne una giustificazione". Le regole della logica impongono gli obblighi argomentativi più severi. Chi afferma "se P allora Q ", se il suo interlocutore sostiene "non Q ", o deve accettare "non P ", o deve confutare "non Q ", oppure deve rinunciare a "se P allora Q ". Perché qualcosa diventi oggetto del discorso deve necessariamente essere o affermata oppure posta in dubbio previa motivazione: "chi critica una proposizione o una norma che non è oggetto di discussione deve addurre una ragione per ciò"; altra regola è che "chi ha prodotto un argomento è tenuto a presentare ulteriori argomenti soltanto in presenza di un argomento contrario"¹⁷⁷. Oggetto immediato dei discorsi pratici sono le proposizioni normative singolari N . Esistono due tipi fondamentali di giustificazione. Nel primo tipo viene fatto riferimento ad una regola che si presume essere valida R ; nel secondo viene richiamata l'attenzione sulle conseguenze F derivanti dal fatto che

M. La Torre, *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, Giuffrè, Milano 1998 p. 155.

¹⁷⁵ P Lorenzen, O. Schwemmer, *Konstruktive Logik, Ethik und Wissenschaftstheorie* cit. p. 46.

¹⁷⁶ Ch. Perelman, L. Olbrechts – Tyteca, *La nouvelle rhétorique*, cit. p. 142.

¹⁷⁷ R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1978; trad. it. a cura di M. La Torre, *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, Giuffrè, Milano 1998 p. 156.

l'imperativo implicato da N sia stato seguito¹⁷⁸. Tra questi due tipi esiste un'importante affinità strutturale. Chi nella giustificazione si richiama ad una regola, presuppone come minimo che siano soddisfatte le condizioni per applicare questa regola. Queste condizioni di applicazione possono interessare sia le qualità di una persona, di un'azione, o di un oggetto, sia l'esistenza di una determinata situazione, o l'accadimento di un determinato evento. Questo significa che chi adduce una regola come ragione, presuppone come vera una proposizione che descriva tali qualità, situazioni o eventi. D'altro lato, chi adduce come ragione per N un' affermazione sulle conseguenze, presuppone una regola di contenuto tale per cui la produzione di queste conseguenze sia buona o prescritta. Alla luce delle considerazioni esposte chi scrive concorda a pieno con Alexy quando sostiene che è già un guadagno di razionalità se si argomenta nell'ambito delle forme degli argomenti utilizzabili nei discorsi pratici, invece di ricorrere a mezzi come lusinghe, accuse e minacce¹⁷⁹.

6.2) I LIMITI DEL DISCORSO PRATICO GENERALE E LA TESI DEL CASO PARTICOLARE

Alexy sottolinea come il fatto di seguire le regole prodotte e di utilizzare le forme argomentative descritte aumenta certamente la probabilità di arrivare ad un accordo delle questioni pratiche, ma non fornisce né la garanzia che possa essere raggiunto un accordo su ogni questione né che l'accordo raggiunto sia definitivo e incontestabile. Ciò dipende dal fatto che soprattutto le regole di ragione sono realizzabili solo in modo imperfetto, dal fatto che non tutti i passaggi dell'argomentazione sono determinati e dal fatto che ogni discorso deve essere collegato ad ideali normativi storicamente dati e quindi mutevoli. E così, è costretto a sostenere che i risultati riscontrati nel discorso non possono pretendere alcuna certezza definitiva, e che è sempre possibile rivederli¹⁸⁰. Tuttavia, alcuni giudizi di valore e di obbligo, così come alcune regole, vengono necessariamente richiesti o necessariamente esclusi dalle regole del discorso¹⁸¹.

¹⁷⁸ St. E. Toulmin, *The Place of Reason in Ethics*, cit. p. 132.

¹⁷⁹ R. Alexy, op. ult. Cit.

¹⁸⁰ Di questa esigenza tengono conto le regole di ragione, che stabiliscono che ciascuno possa criticare ogni regola e proposizione normativa e dunque anche le regole e le proposizioni ritenute fino a quel momento fondate.

¹⁸¹ Ciò vale ad esempio per quelle regole che escludono completamente degli esseri umani dalla formazione discorsiva della volontà, attribuendo loro lo status giuridico di schiavo.

In questo senso si può parlare di "impossibilità discorsiva" e di "necessità discorsiva". Nella giustificazione di tali regole discorsivamente necessarie o discorsivamente impossibili le regole del discorso vengono utilizzate come premesse. Nei casi in cui due proposizioni normative o due regole fra loro incompatibili possono essere giustificate, senza contravvenire alle regole del discorso, si può parlare di possibilità discorsiva. Questa situazione può essere nuovamente oggetto di un discorso pratico. In tali discorsi si giustificano le regole che permettono di prendere una decisione tra due soluzioni discorsivamente possibili, ma incompatibili. Regole di questo tipo possono essere ad esempio le regole sull'attività legislativa del Parlamento che si basano sul principio di rappresentanza e di maggioranza. Regole come queste, come pure le regole giuridiche prodotte dal procedimento che esse stabiliscono, sono necessarie e dunque razionali in quanto la possibilità di produrre soluzioni cogenti all'interno del discorso pratico risulta limitata. I limiti del discorso pratico generale giustificano la necessità delle regole giuridiche ed è così che si produce il passaggio al discorso giuridico. In "Costituzionalismo e teoria del diritto" di G. Bongiovanni, è evidenziato come Habermas critichi l'identificazione del discorso giuridico con quello pratico, mettendo in discussione la tesi del caso speciale a partire dalle specifiche funzioni del diritto rispetto alla morale¹⁸². La principale obiezione che viene sollevata a questa tesi è, infatti, relativa ai diversi presupposti, e alle diverse esigenze, posti dai discorsi morali e da quelli giuridici. Secondo Habermas, le "decisioni giuridiche discorsivamente fondate non possono essere giuste nello stesso senso dei giudizi morali validi", in quanto essendo "circostritta dalle leggi, la ragionevolezza dell'argomentazione giuridica è sempre relativa alla ragionevolezza della legislazione". Per questo motivo, se questa condizione non è soddisfatta, il rischio è quello di produrre "un'argomentazione riferita ad una legge irragionevole", che, naturalmente, è "qualcosa di qualitativamente altro dalla ragionevolezza materiale di ogni decisione trovata seguendo le regole del discorso pratico-razionale¹⁸³". Secondo Habermas, la tesi del caso speciale non tiene conto della differenziazione del diritto dalla morale nelle società post-convenzionali e, quindi, della complessità della validità giuridica che comprende non solo aspetti morali, ma anche etici e pragmatici¹⁸⁴. La questione di cosa

¹⁸² J. Habermas, *Etica del discorso* (1983), Laterza, Roma-Bari, 1985.

¹⁸³ J. Habermas, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia* (1992), Guerini e Associati, Milano 1996, cit. p. 277.

¹⁸⁴ G. Bongiovanni, *Costituzionalismo e teoria del diritto. Sistemi normativi contemporanei e modelli della razionalità giuridica*, Editori Laterza p. 181.

distingua l'argomentazione giuridica dall'argomentazione pratica generale è uno dei temi centrali della teoria del discorso giuridico. Un elemento imprescindibile da considerare è che l'argomentazione giuridica è caratterizzata dal legame, quale che esso sia, con il diritto vigente. In questo modo Alexy segnala una delle più importanti differenze fra l'argomentazione giuridica e quella pratica generale. Nelle discussioni giuridiche non può essere posta ed affrontata qualsivoglia questione, ma hanno luogo con una serie di limitazioni. L'autore sostiene fermamente che il discorso giuridico sia un caso particolare del discorso pratico generale e ciò è stato motivato con il fatto che nelle discussioni giuridiche si tratta di questioni pratiche, cioè di ciò che si deve fare o si deve omettere di fare, o che può essere fatto o può essere omesso, e che tali questioni vengono discusse con una pretesa di correttezza¹⁸⁵. Quest'ultima può essere ulteriormente articolata nella coincidenza delle regole e delle forme del discorso¹⁸⁶ e, come sostiene Bongiovanni, rappresenta perciò il punto unitario del discorso pratico e dell'argomentazione giuridica¹⁸⁷.

6.3) NECESSITÀ E LIMITI DEL DISCORSO GIURIDICO

Dello stretto legame tra discorso pratico e discorso giuridico, l'aspetto rilevato più di frequente non è la coincidenza strutturale di regole e forme, ma la necessità di argomenti pratici generali nell'ambito del discorso giuridico. Alexy sostiene che l'argomentazione giuridica in genere dipende dall'argomentazione pratica generale e che l'argomentazione pratica generale costituisce la base dell'argomentazione giuridica. Atienza mette in luce come mentre MacCormick prende le mosse dalle argomentazioni o giustificazioni delle decisioni così come di fatto presentate nelle decisioni dei giudici e, a partire da queste, elabora una teoria dell'argomentazione giuridica che finisce per considerare come parte di una teoria generale dell'argomentazione pratica, Alexy, al contrario, prende le mosse da una teoria dell'argomentazione pratica generale applicata

¹⁸⁵ R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1978; trad. it. A cura di M. La Torre, *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, Giuffrè, Milano 1998 p. 209.

¹⁸⁶ R. Alexy, *The Special Case Thesis*, cit. p. 375.

¹⁸⁷ G. Bongiovanni, *Costituzionalismo e teoria del diritto. Sistemi normativi contemporanei e modelli della razionalità giuridica*, Editori Laterza cit. p. 190.

al campo del diritto¹⁸⁸. Nel discorso giuridico possono essere fornite prestazioni che sono impossibili nei discorsi pratici generali, e ciò soprattutto in forza dell'istituzionalizzazione del discorso giuridico come scienza del diritto e del suo legame con i precedenti; ma perché sarebbe necessaria l'argomentazione giuridica, e come può fornire queste prestazioni, se essa in ultima analisi dipende proprio dall'argomentazione pratica generale? In realtà, anche se l'argomentazione giuridica dipende dall'argomentazione pratica generale, non significa che sia identica o riducibile ad essa. L'argomentazione pratica generale, necessaria nel discorso giuridico, ha luogo in forme particolari, secondo regole particolari e a condizioni particolari. Queste forme e regole particolari portano sia ad un consolidamento sia ad una diversificazione dell'argomentazione, entrambi necessari per ragioni pratiche generali. L'argomentazione giuridica può essere vista quindi come una forma particolare di argomentazione pratica generale: essa è necessaria per ragioni pratiche generali; dipende nella sua struttura da principi pratici generali; è tale da richiedere l'argomentazione pratica generale; si attua in forme particolari secondo regole particolari, condizioni particolari e non è riducibile all'argomentazione pratica generale¹⁸⁹. I punti deboli del discorso pratico generale possono certo essere ridotti in modo notevole nel discorso giuridico, ma non possono mai essere eliminati. Alexy sostiene che per chi è disposto ad accettare come teoria dell'argomentazione giuridica razionale solo un procedimento che garantisca la certezza del risultato, la sua teoria non è condivisibile. Tuttavia non si è in vista di alcun procedimento che garantisca tale certezza e, chi equipara la razionalità alla certezza, è costretto a rinunciare ad una teoria dell'argomentazione giuridica razionale. Non c'è nessun motivo per sostenere questa equiparazione, infatti, anche nelle scienze naturali, che vengono spesso contrapposte alla giurisprudenza come paradigma di una scienza esatta, non si può parlare di certezza definitiva. Lo stesso principio di universalizzabilità è stato considerato “principio razionale che non può mai dirsi definitivamente realizzato perché è sempre possibile la criticabilità e la rivedibilità argomentativa”¹⁹⁰ La impossibilità di raggiungere la

¹⁸⁸ M. Atienza, Robert Alexy e la “svolta argomentativa” nella filosofia del diritto contemporanea, in *Ars Interpretandi*, XV 2010, Diritto, Ragion pratica e argomentazione, cit. p. 39.

¹⁸⁹ R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1978; trad. it. A cura di M. La Torre, *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, Giuffrè, Milano 1998 p. 229.

¹⁹⁰ A. Abignente, *L'argomentazione giuridica nell'età dell'incertezza*, Editoriale Scientifica, Napoli 2017, cit. p. 11.

certezza non può perciò essere ritenuto un motivo sufficiente per disconoscere alla giurisprudenza la natura di scienza o il carattere proprio di un'attività razionale. Non è la produzione di certezza, ma il soddisfacimento di una serie di condizioni, di criteri o di regole, a determinare il carattere razionale della giurisprudenza, che nel loro complesso, possono essere considerate come una esplicazione del concetto di argomentazione giuridica razionale. Nella ricerca di Alexy l'esplicazione del concetto di argomentazione giuridica razionale è avvenuta attraverso l'indicazione di una serie di regole e di forme secondo cui dovrebbe avere luogo l'argomentazione affinché risulti soddisfatta la pretesa insita in essa. Se una discussione è conforme a queste regole e forme, il risultato con essa raggiunto potrà dirsi corretto. Le regole e le forme del discorso giuridico costituiscono così un criterio per la correttezza delle decisioni giuridiche. La teoria del discorso giuridico razionale, nella misura in cui nell'argomentazione giuridica sono necessari argomenti pratici generali, soffre delle incertezze proprie della teoria del discorso pratico generale, intesa come criterio ipotetico per la correttezza delle proposizioni normative. Queste incertezze non conducono alla inutilizzabilità della teoria del discorso come criterio di correttezza, ma segnalano che il giudizio sulla correttezza di una decisione ha sempre carattere provvisorio, cioè può sempre essere confutato. Anzi l'incertezza è stata considerata non più come caos ingovernabile, bensì come “luogo del possibile”¹⁹¹. Il ruolo delle regole e delle forme del discorso giuridico non si limita alla esplicazione del concetto di argomentazione giuridica, né alla sua funzione di criterio ipotetico di correttezza. Quelle regole e forme esprimono anche esigenze nei confronti di argomentazioni che hanno effettivamente luogo. Come tali esse costituiscono un criterio in base al quale possono essere misurate le restrizioni che sono necessarie nella determinazione della decisione giuridica, ad esempio nel processo. Si deve allora partire dalla formula suddetta, secondo cui in una situazione determinata sono giustificate quelle restrizioni che, rispetto ad altre o rispetto alla loro assenza, offrono maggiori possibilità di raggiungere quel risultato cui si giungerebbe anche in condizioni ideali. Così la teoria del discorso offre una sorta di criterio, specifico a seconda delle situazioni, per la razionalità dei procedimenti decisionali e delle decisioni da essi prodotte¹⁹².

¹⁹¹ Ivi, cit. p. 10.

¹⁹² R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1978; trad. it. A cura di

7) NOTE CRITICHE ALLA TEORIA DI ALEXY

Il modello giustificazionista proposto da Alexy muove dalla definizione della giustizia come correttezza: "chi asserisce che qualcosa è giusto asserisce sempre e comunque, allo stesso tempo, che è corretto. Chi asserisce che qualcosa è corretto sottintende che è suscettibile di essere fondato, giustificato, mediante ragioni. La tesi secondo cui la giustizia è corretta, dunque conduce direttamente all'idea della giustizia come possibilità di fondazione, o giustificazione, mediante ragioni. Porta alla luce cioè una relazione interna fra il concetto di giustizia e quello di fondazione (giustificazione)¹⁹³. La tesi della giustezza afferma proprio che la morale deve poter essere fondata. "La pretesa di giustezza implica una pretesa di fondabilità¹⁹⁴". In questo modo avviene la fusione tra la teoria dell'argomentazione giuridica di Alexy e la sua definizione del concetto di diritto, volendo, l'autore, mostrare lo stretto vincolo che lega il diritto alla morale. Si è sostenuto che la coincidenza strutturale delle regole e delle forme del discorso giuridico con quelle del discorso pratico generale, è individuata da Alexy nel principio di universalizzabilità, che corrisponde al principio di giustizia formale, ossia nel trattare i casi uguali in maniera uguale. L'autore argomenta infatti come, sia enunciando una proposizione pratica generale, sia enunciando invece una proposizione giuridica, l'elemento comune è la pretesa che tali proposizioni siano corrette¹⁹⁵. A ben vedere si può sostenere che "affidarsi alla sola pretesa di correttezza quale criterio fondante della tesi del caso particolare, sembra essere una strategia troppo debole che costringe Alexy a rinunciare sia nel discorso giuridico che in quello morale ad una fondazione etico-contenutistica¹⁹⁶". Si ritiene inoltre che il problema che si presenta all'autore, sia come riuscire a conciliare la tesi che la pretesa di correttezza sia l'anello di congiunzione fra diritto e morale, con l'idea che essa sia mera pretesa di razionalità del potere effettivo, che, potendo rimanere del tutto disattesa, può essere rivendicata anche da un ordinamento estremamente ingiusto. La soluzione alexiana, come sopra evidenziato, da un lato, prescrivendo l'adeguamento morale del diritto quale condizione

M. La Torre, Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica, Giuffrè, Milano 1998, p. 231.

¹⁹³ R. Alexy, Giustizia come correttezza, in "Ragion Pratica", n. 9, 1997, p. 105.

¹⁹⁴ R. Alexy, Concetto e validità del diritto (1992), trad. it. di F. Fiore, Einaudi, Torino 1997 cit., p. 82.

¹⁹⁵ V. Giordano, Il positivismo e la sfida dei principi, Edizioni Scientifiche Italiane 2004, p. 120.

¹⁹⁶ V. Giordano, "Pretesa di correttezza ed effettività nella teoria dell'argomentazione giuridica di Robert Alexy" estratto dal volume: "Dimensioni dell'effettività. Tra teoria generale e politica del diritto", Giuffrè editore 2005 cit. p. 406.

di giuridicità, sembra pretendere molto di più di quanto richiesto dalle teorie giuspositivistiche, dall'altro però, il progressivo svuotamento della morale, operato da Alexy allo scopo di provare la natura discorsiva del diritto, sembra confermare l'impressione che la correttezza morale coincida in fondo con la pretesa di autorità del diritto¹⁹⁷. Assume inoltre significato centrale l'idea che il discorso giuridico costituisca un caso particolare del discorso pratico generale, che in realtà, ne sia una specificazione, dal momento che si svolge all'interno delle condizioni limitative dell'argomentazione giuridica: la legge, il precedente, la dogmatica¹⁹⁸. Proprio come le regole del discorso pratico costituiscono le condizioni di razionalità delle procedure discorsive, le regole del discorso giuridico, che sono una semplice specificazione di esse, nella concezione di Alexy risultano garantire la correttezza di ogni decisione giuridica. Una forte critica di questa impostazione teorica, è ravvisabile nella considerazione che, prendendo in prestito le parole di Habermas, *“concepire il discorso giuridico come sotto-insieme del discorso pratico morale, non è neutro sul piano morale e in più, suggerirebbe una fuorviante subordinazione del diritto alla morale non liberando da concezioni giusnaturalistiche”*¹⁹⁹. Alla tesi del caso particolare, Habermas ha obiettato che il discorso giuridico non può essere considerato un caso particolare del discorso morale: *“I discorsi giuridici non rappresentano casi particolari delle argomentazioni morali, ciò in quanto nel diritto, accanto agli argomenti morali, dovrebbero svolgere un ruolo anche quelli etici e pragmatici”*²⁰⁰. Appare ora opportuno riportare testualmente la risposta di Alexy all'“attacco” di Habermas: *“la tesi del caso particolare non afferma che il discorso giuridico è un caso particolare del discorso morale, bensì che è un caso particolare del discorso pratico generale. Ma il discorso pratico generale è un discorso nel quale le questioni pratiche vengono risolte con ragioni non autoritative. E queste ultime abbracciano tanto le ragioni morali, quanto le ragioni etiche e pragmatiche”*²⁰¹. E ancora: *“Il discorso pratico generale è dunque*

¹⁹⁷ Ivi, Cit. p. 409.

¹⁹⁸ R. Alexy, Teoria dell'argomentazione giuridica, cit. p. 17.

¹⁹⁹ J. Habermas, Fatti e norme, Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia (1992), Guerini e Associati, Milano 1996, cit. p. 279.

²⁰⁰ Ivi, cit. p. 287, pp. 283 ss. “Habermas avverte già in Fatti e norme la necessità di prevedere un supplemento di legittimazione etica degli stati democratici di diritto, che possa compensare la bassa intensità politica – in termini di agonismo, passioni, energia, soggettività- che li caratterizza e che in fondo esprime l' esito di una visione spoliticizzante, fatta propria largamente anche del pensiero normativista” G. Preterossi, Ciò che resta della democrazia, Laterza, Roma-Bari 2015, cit. p. 52.

²⁰¹ R. Alexy, Elementi fondamentali di una teoria della duplice natura del diritto, trad. it. di G. Carlizzi, in Ars Interpretandi, XV 2010, Diritto, ragion pratica e argomentazione, cit. p. 33.

un discorso nel quale cooperano ragioni morali, etiche e pragmatiche. Tale cooperazione costituisce un collegamento sistematicamente necessario che esprime l'unità sostanziale della ragion pratica"²⁰². Chi scrive conviene con le argomentazioni avanzate da Alexy a sostegno della sua tesi, contro questa specifica deduzione habermasiana, ma allo stesso tempo è necessario evidenziare altri aspetti quantomeno problematici dell' impianto teorico oggetto della nostra analisi. È stato messo in luce per esempio come Atienza abbia sottolineato un aspetto problematico che invita a riflettere: la riduzione inclusiva del discorso giuridico al discorso pratico rischia una generalizzazione contraddetta nella prassi effettiva dell' argomentazione giuridica²⁰³. Atienza ritiene che la tesi del caso particolare abbia "l' inconveniente fondamentale di uniformare eccessivamente l' argomentazione giuridica, comportando il pericolo di una teoria non sufficientemente articolata (per la carenza di realismo e forza descrittiva) e incline a presentare la pratica giuridica, o alcuni dei suoi aspetti, sotto una forma in qualche modo ideologizzata (data la sua tendenza all' idealizzazione)"²⁰⁴. L' argomentazione giuridica è una pratica complessa nella quale concorrono differenti tipi di argomentazione, di dialogo e in cui, a seconda del contesto, può prevalere l' uno o l' altro di questi tipi di argomentazione; ad esempio mentre la dimensione retorica rappresenta il precipuo elemento di un' argomentazione forense, lo stesso non accade nell' iter logico-argomentativo seguito dai giudici per la giustificazione di una decisione²⁰⁵. Pur sottolineando la necessità di non trascurare una dimensione fattuale/effettiva, con un approccio di tipo pragmatico-argomentativo, non si può giungere a negare che il discorso razionale possa costituire un criterio di riferimento, quantomeno tendenziale, anche dei discorsi giuridici e dell' argomentazione giuridica²⁰⁶, accorciando le distanze tra dimensione giuridica e dimensione morale. Un' altra dura critica è stata mossa recentemente in relazione al concetto di "pretesa di correttezza" così come elaborato da Alexy, giungendo addirittura a ritenere che: "se l' argomento della pretesa di correttezza è applicato alle norme, esso è infondato; se tale argomento è limitato alle norme

²⁰² R. Alexy, *The Special Case Thesis*, in "Ratio Juris", 12, 1999, p.379.

²⁰³ A. Abignente, *L'argomentazione giuridica nell' età dell' incertezza*, Editoriale Scientifica, Napoli 2017, cit. p. 42. Cfr. A. Abignente, *Legittimazione, discorso, diritto: il proceduralismo di Jürgen Habermas*, Editoriale Scientifica, Napoli 2003.

²⁰⁴ M. Atienza, *Robert Alexy e la "svolta argomentativa" nella filosofia del diritto contemporanea*, in *Ars Interpretandi*, XV 2010, *Diritto, Ragion pratica e argomentazione*, cit. p. 42.

²⁰⁵ *Ivi*, cit. p. 42-43.

²⁰⁶ A. Abignente, *L'argomentazione giuridica nell' età dell' incertezza*, Editoriale Scientifica, Napoli 2017, cit. p. 43.

giuridiche esso o cade in una circolarità o non svolge alcuna funzione argomentativa e in entrambi i casi risulta inconcludente”²⁰⁷. Inoltre, se, come afferma Alexy, “una decisione giudiziaria ha sempre la pretesa di applicare il diritto in maniera corretta”²⁰⁸, e se la pretesa di correttezza avanzata dal diritto, è compatibile con l’ingiustizia estrema, resta esclusa la possibilità di concepire il discorso giuridico come caso particolare dell’argomentazione morale²⁰⁹. Risulta così difficilmente immaginabile conciliare il presupposto pragmatico trascendentale, troppo debole per costituire l’anello di congiunzione tra diritto e discorso pratico generale, con le condizioni limitative del discorso giuridico e con la contingenza empirica. La teoria dell’argomentazione giuridica si presenta come una teoria essenzialmente procedurale: non pretende una fondazione contenutistica del discorso pratico ma, a partire dalla individuazione di presupposizioni universali, si limita a fissare le condizioni di razionalità delle proposizioni normative. La strategia di Alexy, che muove dall’indebolimento del presupposto pragmatico-trascendentale, costituisce un tentativo di accorciare le distanze tra il diritto e la morale. “Non solo il principio di universalizzabilità sul quale viene costruita la coincidenza strutturale delle regole del discorso giuridico con quelle del discorso pratico, risulta da solo troppo debole per giustificare la connessione fra diritto e morale, ma cosa ben più grave, rischia concretamente di appiattirsi, o peggio ancora, di elevarsi a strumento di giustificazione morale della contingenza empirica”²¹⁰. Infine è evidenziato come, “nel tentativo di restare in bilico tra la trascendenza kantiana e la contingenza delle pratiche sociali, la teoria dell’argomentazione giuridica rischia di rimanere imprigionata in un sottile gioco di legittimazione morale delle prassi sociali”²¹¹. Al termine di questa ricostruzione teorica del concetto di argomentazione, delle sue diverse concezioni, dei forti punti di congiunzione con il discorso pratico generale e quindi anche dei limiti che da ciò ne derivano, sembrerebbe ora opportuno porre l’accento sulla dimensione più squisitamente giuridico/procedurale dell’argomentazione e del ragionamento degli operatori del diritto che, calato nel processo, luogo simbolo del contraddittorio, si declina nella sua

²⁰⁷ F. Poggi, A. Sardo, Il paradosso di Alexy. Una critica all’argomento della pretesa di correttezza in *Diritto & Questioni pubbliche*, XIX, 2019/I (giugno), p. 204.

²⁰⁸ R. Alexy, On Necessary Relations between Law and Morality, in *“Ratio Iuris”*, 1989, p. 180.

²⁰⁹ V. Giordano, Il positivismo e la sfida dei principi, Edizioni Scientifiche Italiane 2004, cit. p. 122.

²¹⁰ *Ivi* cit. p. 128.

²¹¹ V. Giordano, “Pretesa di correttezza ed effettività nella teoria dell’argomentazione giuridica di Robert Alexy”, Milano, Giuffrè, 2005, cit. p. 413.

natura probatoria, rappresentando così il fondamento di giustificazione e quindi di legittimità, delle decisioni giudiziarie. Affronterò questi aspetti nel capitolo seguente, partendo dall' analisi del concetto di verità e dalla disamina del rapporto dicotomico tra verità sostanziale e verità processuale.

IL RAGIONAMENTO GIURIDICO NELLA SUA DIMENSIONE PROBATORIA

1) VERITÀ E PROCESSO: CATEGORIE E PRESUPPOSTI

In tutte le culture giuridiche vi è l'idea che nel processo si tratti di stabilire se determinati fatti si siano verificati o meno, e che le prove servano proprio a risolvere questo problema. Una prima considerazione al riguardo attiene alla dimensione extragiuridica dell'argomento trattato, e, proiettandosi al di fuori di essa, tende a penetrare nei campi della logica, dell'epistemologia e della psicologia. Ne consegue che l'analisi giuridica della prova può acquistare un significato non marginale solo in quanto sia integrata da un'adeguata analisi degli aspetti extra-giuridici del problema dell'accertamento del fatto. Acquisisce così un evidente rilievo scientifico la verità dell'accertamento dei fatti nell'ambito del processo e, instaurato un collegamento funzionale tra la prova e la verità dei fatti della causa, il problema non solo non si esaurisce, ma si arricchisce di un significato ancora più complesso ed eterogeneo. Il concetto di verità dei fatti nel processo è profondamente ambivalente ed origina svariate incertezze per quanto concerne la definizione del ruolo della prova nel processo. In primis bisogna considerare il rapporto tra l'idea di una speciale verità giudiziaria e l'idea della verità che si ha fuori dal processo. Da un lato vi sarebbe una verità formale e relativa²¹², che viene stabilita nel processo per mezzo delle prove e dei procedimenti probatori, dall'altro una verità materiale²¹³, storica e assoluta che esisterebbe in qualche luogo al di fuori del processo²¹⁴. A parere di chi scrive, la distinzione tra una verità formale ed una verità materiale non è attendibile in quanto non è sostenibile l'idea di una verità giudiziaria che sia completamente diversa e

²¹² Vedi M. Taruffo, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Laterza, Roma-Bari, p. 82 e ss. Sostiene che nel processo la verità è relativa e pur sempre oggettiva. "La verità dell'accertamento dei fatti è relativa – nel senso che è relativa la conoscenza di essa – perché si fonda sulle prove che giustificano il convincimento del giudice e rappresentano la base conoscitiva sulla quale trova giustificazione il convincimento che un certo enunciato corrisponda alla realtà dei fatti della causa. La stessa verità è oggettiva in quanto non è il frutto delle preferenze soggettive e individuali del giudice, o di altri soggetti, ma si fonda su ragioni oggettive che giustificano il convincimento del giudice e derivano dai dati conoscitivi che risultano dalle prove".

²¹³ Sulla distinzione tra verità formale e materiale v. in particolare Carnelutti, *La prova civile*, II ed., Roma 1947, p. 29, 56, 61; V. inoltre Vocino, sulla cd. "attuazione della legge" nel processo di cognizione, in studi in onore di E. Redenti, Milano 1951, II p. 598.

²¹⁴ V. ad es. Vocino, op. cit., p. 600.

autonoma solo perché accertata nel processo per mezzo delle prove. Si può affermare che la verità del processo ha delle peculiarità derivanti dal suo contesto specifico e giuridicamente determinato, ma non tali da generare un concetto autonomo di “verità formale”. Ne consegue che anche la verità materiale entra nel processo, ancorché sia non definita ed indicata solo per contrasto rispetto alla verità formale che si ritiene tipica del processo. Vi è così un inevitabile rinvio alla dimensione extraprocessuale ed extra giuridica del problema della verità, che non consente al giurista di stabilire cosa sia la verità dei fatti nel processo, e a cosa servono le prove prescindendo da posizioni filosofiche ed epistemologiche di ordine generale. Ne consegue quindi che la trattazione del problema della verità dei fatti in generale è imprescindibile ai fini di un’attenta ed accurata analisi teorica del rapporto tra verità “sostanziale” e “processuale”. L’indagine giudiziaria è tesa a individuare, all’interno di limiti temporali-posto che il giudizio deve ad un certo punto concludersi-gli elementi che consentono di decidere quali tra gli eventi incerti presi in considerazione, siano da considerare come “veri”. Il vero, qui, risulta da un’“informazione parziale”. Infatti, per ragioni connesse alla stessa struttura della deliberazione pratica, è sempre presente un margine d’incertezza legato alle modalità e agli esiti delle acquisizioni probatorie che rendono possibile l’illazione di eventi del passato a partire dal presente. Si decide basandosi su quelle informazioni che risultano disponibili e reperibili. Il vero, dunque, è costitutivamente approssimativo, è sempre contingente, probabile, plausibile e relativo “allo stato delle conoscenze ed esperienze compiute in ordine alle cose di cui si parla”. Si tratta, allora, di un vero “per quanto ne sappiamo, ossia rispetto all’insieme delle conoscenze confermate che possediamo”²¹⁵. Altro tipo di approccio teorico è ravvisabile nelle teorie per cui lo scopo ultimo del processo non è la ricerca e l’ accertamento della verità dei fatti, bensì la risoluzione delle controversie, eludendo così, in quanto assente tra gli scopi che si attribuiscono al processo in generale, il problema della verità²¹⁶. In base al tipo di approccio teorico optato, vi sono diverse conseguenze di rilievo fondamentale, concernenti sia il ruolo e la funzione delle prove sia la fase decisoria. Infatti bisognerebbe capire la reale utilità delle prove nel processo, posto che queste mirerebbero a produrre degli esiti a cui il processo non sarebbe interessato; inoltre anche il modo di intendere la struttura della decisione giudiziaria rimane ampiamente

²¹⁵ L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 2002, pp. 23 (da cui traggio le citazioni), 26-27, 107-108.

²¹⁶ F. Carnelutti, *La prova civile*, cit. p. 26 ss.; 31 ss.; 48 ss.; 61 ss. Analogamente Verde, *Prova legale e formalismo*, in *Foro it.* 1990, V, c. 466.

indeterminato se non si specifica in quale rapporto la decisione si ponga con i fatti, ossia se essa possa o non possa, debba o non debba tendere a ricostruirli con il massimo della veridicità possibile²¹⁷. Per quanto concerne le teorizzazioni del concetto di verità nel processo civile, esistono correnti di scetticismo²¹⁸ per cui non sia possibile conseguire un accertamento veritiero dei fatti, con la conseguenza di una vera e propria impossibilità teorica. L' impossibilità della verità nel processo²¹⁹, rappresenta un caso specifico di una più generale posizione teorica fondata su uno scetticismo filosofico radicale che esclude la conoscibilità della realtà. Vi è poi un secondo orientamento che aderisce alla tesi della impossibilità ideologica, in quanto non muove da ragioni filosofiche ma da ragioni ideologiche, per cui la verità dei fatti non può essere conseguita perché non deve essere perseguita, dal momento che il processo civile è visto non come deputato alla ricerca della verità, bensì come strumento volto alla risoluzione dei conflitti. Altre teorie negano la ricerca della verità quale scopo del processo civile, partendo dall' assunto che le parti, essendo interessate ad una soluzione accettabile della controversia, non siano interessate a che si accerti la verità dei fatti; bensì ad ottenere la soluzione migliore (ossia la vittoria o quantomeno il compromesso),

²¹⁷ M. Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, Giuffrè Editore, Milano 1992, p. 7.

²¹⁸ Lo scetticismo (dalla parola greca σκέψις (*sképsis*), che significa "ricerca", "dubbio", stessa radice del verbo *sképtesthai* che significa "osservare attentamente", dunque "esaminare") è una posizione filosofica, nell'ambito della gnoseologia, che nega la possibilità di raggiungere, con la conoscenza, la verità in senso assoluto (Popkin, *Richard Henry, 1923-, The history of scepticism : from Savonarola to Bayle, Popkin, Richard Henry, 1923-, Rev. and expanded ed, Oxford, Oxford University Press, 2003*). Lo scetticismo metodologico (dubbio metodologico o metodico) è una corrente di pensiero filosofica, nell'ambito della gnoseologia, nata nel contesto del razionalismo e dell'empirismo moderno, in particolare a partire da Cartesio. Il dubbio metodico differisce dal dubbio scettico che è invece un *dubitare per dubitare* e nel quale il dubbio è fine a sé stesso per la totale sfiducia nelle qualità dell'uomo. Mentre gli scettici greci dubitavano effettivamente della possibilità di avere una conoscenza vera della realtà (specie in ambito metafisico), lo scetticismo metodologico si differenzia da questa corrente perché usa il dubbio solo come metodo per mettere alla prova le conoscenze in nostro possesso e giungere così a *certezze* più difficilmente dubitabili.

²¹⁹ La verità processuale è l' insieme dei giudizi formulati seguendo le regole del diritto processuale e resa pubblica attraverso la sentenza. Non necessariamente corrisponde alla verità in senso assoluto ma a quello che può essere accertato " al di là di ogni ragionevole dubbio ". Non si ha una verità sostanziale, assoluta, materiale, bensì una verità formale, debole, relativa perché umana, " che non pretende di essere la verità". Il modello garantista respinge dunque il mito della verità come corrispondenza, riconoscendogli al massimo la natura di principio limite, mai compiutamente raggiungibile. Le regole procedurali da mere condizioni di validità delle decisioni, sono elevate a vere e proprie condizioni di verità delle stesse

non la ricerca di una verità assoluta²²⁰. Inoltre vi è un altro orientamento che, a prescindere dalla tesi che la ricerca della verità possa o no essere conseguita in generale e se debba o no essere ricercata nel processo civile, si limita a prendere atto e quindi a teorizzare, che comunque nel processo la verità dei fatti non può essere raggiunta per ragioni pratiche. Tra le principali motivazioni di detto assunto teorico, si può ricordare la necessità, a causa di interessi sia pubblici che privati, di svolgere il processo entro un tempo limitato, la necessità di precludere con il giudicato l' indefinita possibilità di correggere la decisione in fatto, oppure il principio dispositivo che consente alle parti di limitare l' ambito dei fatti giuridici da accertare²²¹. Dopo aver posto l' accento sui principali orientamenti che negano o escludono l' eventualità di un accertamento veritiero dei fatti di causa, bisogna ora esaminare la teoria possibilista, secondo cui il processo può e deve orientarsi verso una decisione veritiera sui fatti. I teorici che ipotizzano che il processo debba tendere verso la produzione di decisioni giuste è indotto a discutere ed analizzare i criteri secondo cui dovrebbe essere definita in generale la giustizia della decisione e quindi si può ritenere che questa non possa essere mai giusta se si fonda su un accertamento erroneo o inattendibile dei fatti. Ne consegue che la veridicità e l' attendibilità del giudizio sui fatti è una condizione necessaria affinché si possa ritenere giusta la decisione giudiziale²²². Inoltre se si ritiene che la decisione debba essere almeno ragionevolmente corretta bisogna escludere che si fondi su errori nel giudizio di fatto²²³. Wroblewski ha individuato un' ideologia legale-razionale²²⁴ della decisione, che appare sicuramente dominante nella cultura occidentale. Dire che la decisione deve essere legale, nel pieno rispetto del principio di legalità, significa che il giudice deve decidere secondo diritto, applicando correttamente le norme che regolano la fattispecie. Un' applicazione razionale della norma al caso concreto richiede però che i fatti ai quali la norma viene applicata, siano

²²⁰ È necessario notare che nel processo come soluzione dei conflitti le parti hanno il potere esclusivo di determinare quali fatti debbono essere accertati e spetta loro la prosecution anche in ordine all' accertamento del fatto (V. Taruffo, *Diritto processuale civile*, cit. p. 343).

²²¹ Cit. M. Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, Giuffrè Editore, Milano 1992, p. 24.

²²² Atiyah e Summers, *Form and Substance in Anglo-American Law*, Oxford 1987, p. 157 ss.

²²³ Saks e Kidd, *Human Information Processing and Adjudication: Trial by Heuristics*, p. 123

²²⁴ Il riferimento è ad un orientamento teorico secondo cui si considera rilevante non solo il fatto che le controversie civili vengano risolte, ma anche le modalità e i criteri che guidano le decisioni con cui esse vengano risolte. Viene messa in primo piano la decisione che chiude la controversia e si ritiene che tale decisione sia giusta in virtù della ideologia che Wroblewski definisce legale razionale della decisione giudiziaria (Cfr. Wroblewski, *Il sillogismo giuridico e la razionalità della decisione giudiziaria*, tr. It. In l' analisi del ragionamento giuridico, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, Torino 1987, p. 284).

accertati in modo veritiero perché nessuna decisione è giusta se si fonda sui fatti sbagliati²²⁵. Al centro di questa ideologia vi è una concezione razionale ed analitica della verità giudiziale come carattere essenziale di una decisione controllabile, articolata e giustificata: la verità dei fatti è in questo senso l' esito di un procedimento conoscitivo complesso, che si svolge secondo direttive giuridiche e razionali e mette a capo ad un giudizio razionalmente giustificato. Questo giudizio è un momento essenziale nella struttura della decisione giudiziaria così come la giustificazione razionale è un aspetto essenziale della giustificazione della decisione globalmente intesa. La verità giudiziale dei fatti come garanzia o come base per l' attuazione delle garanzie attinenti al processo, presenta esplicite teorizzazioni, infatti si è detto che *veritas, non auctoritas facit iudicium*, per precisare che una giustizia non arbitraria deve essere in qualche misura "con verità", cioè basati su giudizi soggetti a verifica empirica; è chiaro per contro che una giustizia "senza verità" equivale ad un sistema di arbitrio in cui non esistono garanzie sostanziali né processuali. È dunque chiaro che la verità dei fatti nel processo è sia teoricamente possibile che ideologicamente necessaria. E la sua possibilità pratica? Premesso che i limiti derivanti dalla disciplina giuridica del processo non impediscono necessariamente l' accertamento della verità, occorre verificare quale verità ed in quali termini può essere accertata, data la presenza di quei limiti. Le norme che regolano il processo, ed in particolare si occupano dell' accertamento dei fatti prevedendo limiti all' ammissione delle prove, particolari procedimenti per la loro formazione e acquisizione e talvolta anche la predeterminazione della loro efficacia, condizionano alcuni aspetti del modo in cui la verità viene stabilita nel processo, ma ciò non pare sufficiente a diversificare sistematicamente questa verità da quella che si consegue fuori dal processo: sicuramente vi è una disciplina giuridica delle prove ma questa differenza non esclude a priori che anche nel processo si giunga a stabilire sui fatti una verità controllabile secondo criteri logici ed epistemologici²²⁶. Posta quindi la possibilità di conseguire la verità giudiziale, lo strumento processuale per raggiungere questo risultato è rappresentato dalla prova, che però nel caso in cui si aderisca alla sua concezione persuasiva, diventerebbe uno strumento diretto a produrre persuasione, servirebbe a dare una parvenza di legittimazione razionale ad una sorta di meccanismo teatrale la cui funzione è di dissimulare la realtà irrazionale ed ingiusta delle decisioni giudiziarie.

²²⁵ Frank, *Courts on Trial. Mith and Reality in American Justice*, Princeton 1950, p. 95 e ss.

²²⁶ M. Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, Giuffrè Editore, Milano 1992, p. 51.

Assunto che “chiamiamo vera un'asserzione se essa coincide con i fatti o corrisponde ai fatti o se le cose sono tali quali l'asserzione le presenta”²²⁷, che la verità sia conoscibile e che consiste nella corrispondenza²²⁸ ai fatti rilevanti, la sua scoperta è la condizione di una decisione giusta. Si può ritenere che vi sono tre condizioni necessarie e congiuntamente sufficienti che contraddistinguono una decisione giuridicamente giusta: 1) una procedura corretta; 2) una ricostruzione vera dei fatti; 3) una scelta corretta della norma applicabile. Ai fini della nostra analisi assurge ad elemento fondamentale la seconda condizione. Premesso che il giudice ha il compito di giudicare applicando norme che collegano determinate fattispecie a conseguenze giuridiche, il presupposto del giudizio è proprio l'accertamento dei fatti per appurare se la fattispecie sia stata integrata oppure no. Ci si può chiedere se in un processo sia davvero importante scoprire la verità e a tal riguardo, Taruffo sostiene che, malgrado tutti i dubbi che si possono avere intorno al concetto di verità come corrispondenza, e tutti i problemi che esso fa sorgere, questo concetto di verità è l'unico che risulta sensato nel contesto del processo²²⁹. Gli argomenti avanzati a favore della tesi della verità come corrispondenza sono essenzialmente due: necessità di corrispondenza fra fattispecie astratta e concreta e tra fatti e enunciati fattuali. In una prospettiva processuale bisogna considerare che la scoperta del vero non è un fine esclusivo del processo e che tale fine potrebbe entrare in conflitto con altri fini pure perseguiti. Per esempio nei processi che comportano la creazione di diritto, la ricostruzione dei fatti è di minore importanza (basti pensare alle decisioni dei tribunali di ultima istanza come la nostra Cassazione, che sono tenuti a pronunciarsi in punto di diritto e non di fatto), così come vi sono dei casi in cui sembra più importante la risoluzione dei conflitti che la scoperta di quanto è realmente accaduto, in quanto, rappresentando il principio dispositivo²³⁰ la regola fondamentale

²²⁷ K. Popper, *Sulla logica delle scienze sociali*, in AA.VV., *Dialettica e positivismo in sociologia*, Einaudi, Torino 1972.

²²⁸ Si può definire teoria corrispondentista della verità una teoria gnoseologica nella quale si sostiene che la mente rifletta, senza sostanziali modificazioni, ciò che esiste in sé fuori di noi. La teoria della verità come «corrispondenza ai fatti» ha assunto fondamentale rilevanza all'interno del razionalismo critico di Karl Popper, che riconosce ad Alfred Tarski il merito di averla riabilitata. Uno dei più importanti risultati della logica moderna consiste nell'aver riabilitato con pieno successo questo concetto assoluto di verità.”

²²⁹ G. Tuzet, *Filosofia della prova giuridica*, Giappichelli Torino Editore, Torino 2013, p. 90.

²³⁰ In virtù del principio dispositivo spetta alle parti il compito di indicare gli elementi di prova utili ai fini della decisione ed il giudice non può attingere al di fuori del processo la conoscenza dei fatti da accertare, prescindendo dalle prove ritualmente acquisite nel corso dello stesso. Il limite che incontrano le parti coincide con il potere direttivo riconosciuto al giudice, il quale può escludere le prove superflue, indicare alle parti le lacune probatorie da colmare, e può intervenire nell'indagine istruttoria disponendo d'ufficio i mezzi istruttori che la legge mette a sua disposizione. Quanto detto

del processo civile, l'idea di una ricerca dei fatti ad ogni costo, potrebbe aggravare il conflitto anziché risolverlo. In virtù di tale principio, il processo rientra nella disponibilità delle parti, a cui spetta la decisione di avviarlo, la determinazione dell'oggetto della lite e la scelta delle prove con cui sostenere le rispettive pretese. Premesso ciò, la ricerca della verità materiale passa in secondo piano, nel senso che il giudice civile non ha il compito di cercare e scoprire la verità sui fatti in questione, ma deve valutare se le pretese delle parti siano fondate, verificando se le prove prodotte da una parte siano sufficienti a sostenerne la pretesa. Ne consegue quindi che ciò che conta è la verità processuale che emerge dalle prove presentate e che il giudice decide nella sentenza. In questa direzione la verità materiale diventerebbe irrilevante. Taruffo invece, in netta contrapposizione a detta tesi, rivendica il rilievo fondamentale della verità fattuale, confutando anche l'esistenza di una verità processuale e materiale; infatti sembrerebbe irrazionale la coesistenza di due verità relative allo stesso fatto ma divergenti. Forse un modo più ragionevole di tracciare la distinzione è dire che c'è da una parte una verità fattuale indipendente da quello che il giudice ne sa e decide, e c'è dall'altra la ricostruzione processuale e la conseguente decisione del giudice²³¹. Infine si evidenzia come altri autori hanno suggerito di abbandonare il controverso dualismo fra verità materiale e processuale, da sostituire, secondo Ubertis, con la nozione di "verità giudiziale"²³² per consentire il superamento teorico della concezione dualistica. Si ritiene infatti che l'accertamento della verità, non essendo il fine ultimo del processo, ma il fine funzionale alla realizzazione della giustizia del caso concreto, è il presupposto necessario per decidere quale legge in particolare bisogna applicare ad una determinata fattispecie concreta.

non si applica nei procedimenti c.d. speciali, nei quali c'è una forte attenuazione del principio dispositivo e delle garanzie processuali delle parti per una maggiore celerità di giudizio.

²³¹ Cit. G. Tuzet, *Filosofia della prova giuridica*, Giappichelli Torino Editore, Torino 2013, p. 99.

²³² La Corte di Cassazione ha più volte ribadito la regola che, nel conseguire la verità processuale, cioè la verità limitata, umanamente accertabile e umanamente accettabile del caso concreto, il criterio base nella valutazione delle prove è dato dal principio che il giudice deve prendere in considerazione ogni singolo fatto ed il loro insieme non in modo parcellizzato e avulso dal generale contesto probatorio (Cass. Pen. Sez. V 25 giugno 1996, Cuiuli, cit.). Risulta pericolosamente ritenere possibile una conoscenza giudiziaria oggettiva ed una giustizia assoluta delle decisioni, infatti a smentita di coloro che continuano a sostenere l'esistenza di una verità sostanziale e assoluta che conduca alla conoscenza di un'altrettanto assoluta oggettività, la verità oggettiva nel processo, come in qualsiasi altro campo dello scibile, rappresenta solo un irraggiungibile limite ideale (Cfr. Ubertis, *La ricerca della verità giudiziale*, cit. 2)

2) CONSEGUIMENTO DELLA VERITÀ QUALE FINE-PRESUPPOSTO DEL RAGIONAMENTO DECISORIO

Il giudice deve sempre ricostruire un passato che fu reale²³³. Di fronte al passato, la nostra capacità di comprendere è minata. Ci imbattiamo non semplicemente nell'ignoranza ma anche nell'estraneità. Il problema, allora, riguarda la vittoria sull'estraneità nella ricostruzione degli eventi trascorsi. Le prove servono essenzialmente per tale ricostruzione²³⁴ e rimandano a procedimenti esplicativi che consentono quel "padroneggiamento degli eventi", il quale, nel contesto giudiziario, nella peculiarità e nei vincoli specifici delle regole e delle forme processuali, attraverso il confronto ed il controllo dialettici, si struttura nella ricerca di un grado il più possibile accurato di informazione ad essi relativa, come necessario contributo alla determinazione della loro rilevanza giuridica ed alla loro trasformazione nelle circostanze che identificano il caso. Ogni processo, in quanto definisca un tema storico (ossia non di finzione), ha la pretesa di accertare i "fatti reali" e si impegna alla "verità", che è quella connessa ad acquisizioni e ricostruzioni specifiche, pertinenti, accurate, complete, e che rinvia alle modalità di relazione tra intenzionalità della ragione e intelligibilità del reale, e all'accordo tra le nostre conoscenze possibili e una realtà che è già nell'orizzonte del linguaggio. Tale accordo, peraltro, non è una passiva riproduzione di un dato, ma si configura a partire da un'attività di elaborazione interpretativa e ricostruttiva²³⁵. In questo senso si può dire che la verità processuale si pone come forma particolare di verità storica. Va sottolineato, pertanto, che il riconoscimento della verità, benché non rappresenti, nel processo, un valore assoluto, potendosi talora trovare posposto ad altri valori (sia processuali che extra-processuali), e benché sia contrassegnato da vincoli connessi alla presenza di regole giuridiche, alla opinabilità e contingenza dell'oggetto, all'informazione parziale di cui si dispone, alle restrizioni che incontra l'impiego degli strumenti conoscitivi, ai limiti temporali posti dall'obbligo di decidere, partecipa della razionalità e della giustizia della decisione giudiziaria, ponendosi come elemento della sua giustificazione e come aspetto connesso alla specifica legittimazione dell'attività giurisdizionale. Va detto, però, che il

²³³ Sulla realtà del passato v. P. Ricoeur, *Tempo e racconto*, vol. 3. *Il tempo raccontato* (1985), trad. it. di G. Grampa, JacaBook, Milano, 1988, pp. 184 ss., 213 ss.

²³⁴ Come sottolinea G. Verde, *Prova legale e formalismo*, in "Il Foro Italiano", 1990, V parte, c. 465, "la prova individua qualsiasi strumento capace di far rivivere nel presente un avvenimento passato. Essa costituisce, cioè, un tramite o un ponte tra passato e presente".

²³⁵ B. Pastore, *Giudizio, prova, ragion pratica*, pp. 266-267.

conseguimento della verità nel processo non è affatto garantito, pur essendo uno degli obiettivi di una amministrazione della giustizia che voglia essere *rectus ordo*. La verità degli accadimenti oggetto della controversia va ricercata, ma, per ragioni di economia giuridica (certezza dei rapporti e delle azioni, garanzia della coesistenza, composizione pacifica dei conflitti), arriva il momento della decisione definitiva. Allora: *res iudicata pro veritate habetur*. Il giudicato, così, attraverso il passaggio dei diversi gradi del giudizio fino all'ultima istanza, blocca la discussione che potrebbe trascinare indefinitamente la lite. La ricerca della verità viene fermata e l'accertamento giudiziale conseguito vale in quanto presunto vero²³⁶. Secondo un orientamento presente nella cultura giuridica, l'applicazione del brocardo esprimerebbe la consapevolezza che parlare di verità dei fatti nel processo è improprio e fundamentalmente irrilevante. Essa sarebbe solo un'apparenza, una finzione illusoria. Nel processo i fatti sarebbero "tenuti per veri in quanto decisi". La verità, allora, è quella "stabilita dall'autorità con la sua decisione"²³⁷. Qui può operare lo scarto tra certezza e verità e si possono porre le basi di un dualismo tra verità giuridica e verità (storica) dei fatti, tra verità formale e verità materiale²³⁸. L'esito di una simile prospettiva, però, potrebbe essere quello di un decisionismo processuale che assume il modello potestativo di un giudizio "senza verità" rimesso all'autorità del giudice. Appare chiaro che una siffatta raffigurazione mina fortemente la possibilità di parlare della razionalità e della controllabilità dell'attività giudiziale, sacrificando l'esigenza sostanziale della giustificazione, che connette la ricerca della verità alla giustizia e giustizia della decisione, a solo vantaggio del principio di statuizione e dell'esigenza della certezza che esso garantisce. Configurando l'attività giurisdizionale nella prospettiva della ragion pratica²³⁹, invece, il detto *res iudicata pro veritate habetur* assume una diversa consistenza. Esso esprime il riconoscimento della limitatezza della conoscenza umana e della fallibilità costitutiva di ogni deliberazione pratica (e da questo punto di vista si può legittimamente assumere che la finitezza che caratterizza la ricerca e il conseguimento delle verità processuale partecipa della finitezza esistenziale come orizzonte entro cui è possibile conseguire il vero). Ma, nel contempo, presuppone che la verità sia

²³⁶ Sulla "verità del giudicato" rinvio alle notazioni di MACIOCE, *La lealtà*, cit., pp. 199-204.

²³⁷ U.SCARPELLI, *Auctoritas non veritas facit legem*, in AA. VV., *Linguaggio, persuasione, verità*, Cedam, Padova, 1984, pp. 133, 137 (da cui traggio le citazioni).

²³⁸ Si veda, sul tema, P.LOUIS-LUKAS, *Vérité matérielle et vérité juridique*, in *Mélanges offerts à René Savatier*, Dalloz, Paris, 1965, pp. 583-601.

²³⁹ B. Pastore, *Giudizio, prova, ragion pratica*, cit., pp. 32-48.

considerata come strutturalmente implicata nell'atto del giudicare. Ogni giudizio sconta la possibilità dell'errore. Nell'esperienza giudiziaria la pluralità delle interpretazioni si svolge attraverso la varietà e la gerarchia dei gradi di giudizio che costituiscono un rimedio ai possibili errori dell'esito decisionale. Le interpretazioni, in quanto volte alla determinazione di senso delle azioni e dei comportamenti al fine della loro qualificazione normativa e della definizione delle loro conseguenze, non possono essere lasciate a se stesse, protraendosi all'infinito. Per le evidenti esigenze dell'interazione sociale, bisogna mettere la parola fine alla controversia. La sentenza definitiva, allora, si presume giusta in quanto ultima di una serie di interpretazioni e decisioni tese verso un accertamento veridico. Il "pro veritate" indica esattamente questa presunzione di verità, fino a prova contraria (fattualmente possibile). Gioca, qui, la consapevolezza che è meglio raggiungere una verità parziale piuttosto che lasciare la conclusione dell'iter processuale esclusivamente ad un sigillo d'autorità che espunge qualsiasi esigenza di verità. Sicuramente tutto ciò non esclude che una decisione definitiva sia presa come se fosse vera, anche se vera non è. Ma si richiede un impegno di realizzazione che apre l'attività del giudicare - al di là dei sempre possibili fallimenti ed insuccessi e rifiutando i volontari rinnegamenti - alla responsabilità degli interpreti. In questa prospettiva, la strutturazione dei diversi gradi del giudizio - ma anche di quegli istituti tendenti a far valere le esigenze di giustizia-verità su quelle di certezza (si considerino la revocazione e la revisione) - esprime, in buona misura, la coscienza, presente nel pensiero giuridico, che il processo contiene in sé, nella sua dinamica, la capacità di correzione attraverso la predisposizione di meccanismi che, con il trarre vantaggio dalle revisioni al fine di evitare errori deliberativi, manifesta, nonostante il riconoscimento dell'impossibilità di raggiungere nel campo del probabile alcuna verità assoluta, una tensione veritativa. La ricostruzione veritiera dei fatti oggetto della controversia serve sia, a produrre una decisione giusta, non potendo reputarsi tale un atto emanato su una base fattuale erronea o inattendibile e sia quale presupposto-finalità indispensabile di un ragionamento giuridico corretto - a sua volta condizione di una decisione giudiziale altrettanto corretta.

3) RAGIONAMENTO GIURIDICO

Che gli operatori giuridici e gli studiosi del diritto *ragionino* nello svolgere il loro lavoro quotidiano è considerazione fin troppo ovvia. Al pari di qualsiasi altro essere umano, chi studia il diritto o lo utilizza per scopi pratici si avvale delle conoscenze di cui dispone per ricavare conoscenze ulteriori, usa degli indizi per formulare ipotesi o per effettuare previsioni, individua qual è il mezzo migliore per conseguire un certo fine, giustifica le proprie scelte cercando di convincere i propri interlocutori dell'opportunità, correttezza, giustezza di tali scelte. Si potrebbe addirittura sostenere che la facoltà di ragionare è ciò che contraddistingue gli esseri umani dagli altri esseri viventi, una facoltà di cui ciascuno di noi si avvale, spesso inconsapevolmente, in innumerevoli situazioni quotidiane. In una prima approssimazione, infatti, col termine 'ragionamento'²⁴⁰ ci si riferisce a qualsivoglia processo che muovendo da un certo insieme finito di premesse conduce a una conclusione²⁴¹. Tale processo può essere di tipo psicologico, nel caso abbia luogo nella mente di un individuo, oppure di tipo linguistico, qualora il ruolo di premessa e di conclusione venga svolto da enunciati proferiti da individui in carne e ossa oppure formulati in testi. Se inteso come un processo linguistico, la forma tipica del ragionamento è la seguente:

premessa 1

premessa 2

....

premessa n

QUINDI: *conclusione*

²⁴⁰ V. Bobbio, Sul ragionamento dei giuristi, in "Riv. dir. civ.", 1955, pp. 3-13, ora in: *Contributi ad un dizionario giuridico*, col titolo *Ragionamento giuridico*, Torino 1994. Il saggio *Sul ragionamento dei giuristi*, pur riconoscendo la legittimità nel discorso giuridico di un momento persuasivo (alla retorica Bobbio non ha mancato, qui ed altrove, di prestare la dovuta attenzione) non esclude la necessità di un momento logico. Il momento logico si accampa quando il giurista deve giudicare se una norma è valida, sia formalmente (posta dall'autorità competente) sia materialmente (coerente col sistema). Per dimostrare che una norma è valida il giurista deve prima interpretare gli enunciati normativi secondo i noti criteri ermeneutici. La logica usata nella interpretazione logico-grammaticale e in quella sistematica, dice Bobbio, è deduttiva. Ma, sottolinea, il ragionamento deduttivo è insufficiente. Nella interpretazione storica e in quella teleologica, preclusa la via della deduzione resta aperta la via dell'induzione: nell'alternativa fra due soluzioni l'induzione consentirà di stabilire non come conseguenza necessaria ma solo con maggiore o minore probabilità quale delle due sia accettabile, e da tale carattere probabilistico della soluzione dipende la nota controvertibilità delle opinioni propria della scienza giuridica. E' da notare che alla fine Bobbio attenua la separazione dei campi di applicazione della deduzione e della induzione, osservando che esse si intrecciano di continuo nella ricerca del giurista.

²⁴¹ D. Canale, Il ragionamento giuridico in G. Pino, A. Schiavello, V. Villa, *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Torino, Giappichelli, 2013.

Il ragionamento giuridico ha tuttavia delle caratteristiche che lo distinguono da altri tipi di ragionamento e spiegano l'interesse che gli studiosi del diritto tradizionalmente nutrono nei suoi confronti. In primo luogo, si tratta di un ragionamento che ha una funzione pratica o normativa: la sua conclusione è costituita da una norma, vale a dire da un enunciato usato per indirizzare le condotte dei suoi destinatari (enunciato prescrittivo)²⁴². Ora, è possibile ragionare con le norme, vale a dire trarre in modo giustificato conclusioni normative muovendo da premesse (almeno in parte) normative? Ammettendo che i ragionamenti di questo tipo siano possibili, quali sono le regole su cui essi poggiano e in che misura sono stringenti le loro conclusioni? E ancora: i ragionamenti normativi hanno la capacità di indirizzare l'azione, di spingere i loro destinatari ad agire conformemente a quanto essi prescrivono? Oppure le azioni e le scelte umane sono indipendenti dalle ragioni che le giustificano o possono giustificarle²⁴³? La risposta a questi quesiti è controversa e continua ad alimentare un fitto dibattito tra i filosofi e i teorici del diritto. Il secondo aspetto che contraddistingue il ragionamento giuridico consiste nel fatto che ricorrono ad esso soggetti che esercitano poteri pubblici all'interno di un contesto istituzionale, i quali se ne servono per giustificare le loro decisioni. Negli Stati costituzionali di diritto contemporanei, infatti, le decisioni di chi esercita poteri pubblici devono essere motivate. Tale obbligo persegue lo scopo di porre sotto controllo l'esercizio di tali poteri conformemente a quanto prescritto dai principi di legalità, uguaglianza e separazione dei poteri, oltre che al fine di proteggere il valore della certezza del diritto. Da qui l'esigenza di determinare a quali condizioni una certa decisione normativa possa dirsi giustificata alla luce del ragionamento addotto per sostenerla. Un'esigenza, questa, dalla quale dipende la salvaguardia del valore e il rispetto dei principi appena richiamati. Le caratteristiche distintive del ragionamento giuridico consentono di spiegare come si articoli il suo studio all'interno delle diverse branche del sapere. Se inteso come un processo

²⁴² Va sottolineato che il ragionamento giuridico non è l'unico tipo di ragionamento che opera con enunciati prescrittivi: fanno ricorso a tali enunciati tutti i ragionamenti pratici, primo tra tutti il ragionamento morale. In questo capitolo distingueremo inoltre due tipi di enunciati prescrittivi: le *disposizioni* e le *norme*. Col primo termine ci riferiremo agli enunciati contenuti in una fonte del diritto come, ad esempio, la Costituzione, una legge o un regolamento. Col secondo termine ci riferiremo invece ai significati delle disposizioni, vale a dire al contenuto ad esse attribuito in sede interpretativa. Questa distinzione è giustificata dalla circostanza che una medesima disposizione si presta ad esprimere norme diverse, mentre la medesima norma può essere espressa da disposizioni distinte. Sulla distinzione tra disposizioni e norme cfr. R. Guastini, *Interpretare e argomentare*, pp. 63 ss.

²⁴³ Per una ricostruzione del dibattito filosofico attorno a questo quesito cfr. J. Dancy, *Practical Reality*, cap. 1.

psicologico, il ragionamento giuridico costituisce un oggetto di attenzione della psicologia cognitiva e della neurofisiologia. La psicologia studia il ragionamento sotto il profilo funzionale, cercando di spiegare in che cosa consistono le capacità razionali degli individui, perché questi ultimi siano inclini a compiere certi tipi di errore quando ragionano e in che modo l'ambiente circostante li condizioni sotto questo profilo. La neurofisiologia, al contempo, studia le caratteristiche anatomiche e biochimiche del cervello, associando ad esse stati mentali e tentando di spiegare come nascano e si sviluppino i pensieri umani. Queste discipline offrono informazioni molto utili alla psicologia giuridica e possono essere d'ausilio al lavoro del sociologo del diritto. Esse raccolgono tuttavia scarso interesse da parte dei giuristi e dei teorici del diritto, poiché non sembrano in grado di fornire un apporto di qualche rilievo allo studio della struttura e delle proprietà dei ragionamenti che coinvolgono norme, né tanto meno di indicare a quali condizioni la conclusione di tali ragionamenti possa dirsi giustificata. Alla luce di tali considerazioni l'espressione 'ragionamento giuridico' è utilizzata in riferimento non ad un processo psicologico ma ad un processo linguistico. Se inteso in questa seconda accezione, il ragionamento giuridico costituisce innanzitutto il campo di studio della logica. La logica studia le regole del ragionamento in forza delle quali un'inferenza²⁴⁴ può dirsi corretta. Tali regole non sono di tipo psicologico né sono ricavabili generalizzando i modi in cui ragioniamo nella vita quotidiana²⁴⁵. Sebbene la loro origine sia oggetto di controversie filosofiche, tali regole hanno una pretesa di universalità: esse valgono indipendentemente da come di fatto pensiamo e da come articoliamo i nostri discorsi, sebbene sia plausibile ritenere che il loro contenuto non sia indipendente dalle inclinazioni comportamentali della specie umana e dai concetti che gli individui esprimono attraverso il linguaggio²⁴⁶. Al contempo, la logica è una scienza normativa: a differenza della psicologia e della neurofisiologia, essa non spiega dei fatti empirici ma indica come dobbiamo ragionare affinché i nostri ragionamenti siano corretti. Non nel senso che la logica indica quali contenuti dobbiamo attribuire alle

²⁴⁴ D. Canale utilizza il termine inferenza quale sinonimo del termine ragionamento.

²⁴⁵ Tra i più influenti sostenitori della tesi secondo la quale le regole logiche non hanno un'origine psicologica va ricordato Gottlob Frege, secondo il quale «le leggi logiche non sono leggi psicologiche ma sono piuttosto pietre di confine fissate in un fondamento eterno oltre le quali è possibile che il nostro pensiero trabocchi, senza mai tuttavia poterle spostare». Cfr. G. Frege, *Begriffsschrift*, p. 14.

²⁴⁶ W.V.O. Quine, *Philosophy of Logic*, pp. 95 ss.; P. Boghossian, *Content and Justification. Philosophical Papers*.

premesse o alla conclusione di una inferenza²⁴⁷, ma nel senso che, date certe premesse, essa fornisce strumenti per determinare se la conclusione che ne traiamo sia o meno giustificata. Un contributo altrettanto importante allo studio del ragionamento giuridico è fornito dalla filosofia del linguaggio e dalla linguistica. Il ragionamento giuridico, consiste infatti in una forma di comunicazione linguistica che coinvolge soggetti istituzionali, finalizzata a giustificare decisioni (o ipotesi di decisioni) a livello intersoggettivo. Assume quindi rilievo sia il modo in cui si struttura il significato degli enunciati che compongono questo tipo di ragionamenti, vale a dire il rapporto che tali enunciati intrattengono con la realtà e le condizioni alle quali la loro comunicazione ha successo all'interno di una comunità linguistica. In particolare, la filosofia del linguaggio indaga come accade che una espressione linguistica acquisti un significato, in che cosa consistano i significati e in che rapporto essi stiano con ciò che pensiamo e facciamo usando il linguaggio. Parallelamente, la linguistica studia gli aspetti sintattici, semantici e pragmatici delle diverse lingue naturali: essa descrive come si articolano i significati e i processi comunicativi nella lingua italiana, nella lingua inglese, in quella cinese, ecc. In sintesi, potremmo dire che linguistica e filosofia del linguaggio indagano le caratteristiche degli elementi di cui il ragionamento giuridico si compone (gli enunciati che fungono da premesse e da conclusione), mentre la logica studia quali relazioni tali elementi devono intrattenere tra loro affinché un ragionamento sia corretto²⁴⁸. La teoria del ragionamento giuridico si avvale dell'apporto di queste discipline per sviluppare modelli in grado di spiegare come si sviluppano i ragionamenti dei giuristi nei diversi ordinamenti giuridici concreti. Il suo discorso si situa, dunque, ad un livello intermedio tra la prassi argomentativa propriamente detta, di cui troviamo testimonianza nei testi della dottrina giuridica, nelle motivazioni delle sentenze e in quelle dei provvedimenti amministrativi, e le acquisizioni della logica, della filosofia del linguaggio e della linguistica. I modelli che la teoria del ragionamento giuridico mette a punto non si limitano a descrivere come gli operatori

²⁴⁷ L'inferenza è un ragionamento logico mediante il quale si esercita il processo di conoscenza; esso consiste nel produrre una conclusione a partire da una serie di premesse. L'inferenza è un processo che impiega il linguaggio e viene usato sia per la conoscenza scientifica che per il ragionamento ordinario. La logica non ha niente a che vedere con la verità: anche se ci troviamo in presenza di inferenze valide possiamo avere *premesse false* che producono una *conclusione vera* oppure possiamo avere *premesse vere* che producono una *conclusione falsa*.

²⁴⁸ D. Canale, Il ragionamento giuridico in G. Pino, A. Schiavello, V. Villa, Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo, Torino, Giappichelli, 2013.

giuridici di fatto ragionano. Essi spiegano piuttosto – con riferimento al contesto di un ordinamento giuridico o di una famiglia di ordinamenti – a quali condizioni la conclusione di un ragionamento giuridico risulta giustificata. Detto altrimenti, la teoria del ragionamento giuridico formula modelli di accettabilità razionale di una decisione in un contesto istituzionale determinato, i quali consentono di definire un metodo per controllare l'attività decisionale di chi esercita un potere pubblico. Ciò spiega come mai la teoria del ragionamento giuridico abbia tradizionalmente focalizzato la propria ricerca sulle motivazioni delle decisioni giudiziali. Sebbene il ragionamento giuridico sia un fenomeno sociale che coinvolge una pluralità di soggetti, tale fenomeno acquista una pregnanza particolare laddove sia in gioco la giustificazione della sentenza di un giudice. Nel contesto dello Stato costituzionale di diritto, la sentenza giudiziale costituisce infatti il momento in cui si gioca, per antonomasia, il rispetto dei principi di legalità, uguaglianza di fronte alla legge e separazione dei poteri²⁴⁹. Nell'emettere la sentenza, il giudice dà attuazione al diritto in rapporto al caso concreto oppure commette un torto in suo nome, nel caso la sua decisione non sia al diritto conforme. Quando quest'ultima eventualità si verifica, il giudice esercita il proprio potere in modo illegittimo, col risultato che casi uguali vengono decisi in modo diverso e il cittadino smarrisce ogni difesa nei confronti dell'arbitrio giudiziale. La giustificazione della decisione del giudice costituisce dunque un elemento chiave per controllare – nei limiti in cui questo è possibile, come vedremo – se tale decisione rispetta o meno i principi richiamati in precedenza. Ciò non equivale a sostenere che i ragionamenti giuridici formulati dall'avvocato, dal pubblico ministero, dal funzionario amministrativo o dallo studioso del diritto non siano rilevanti, specie quando essi condizionano, direttamente o indirettamente, la decisione giudiziale. Semplicemente il ragionamento del giudice ha assunto una rilevanza maggiore nel contesto dello Stato di diritto rispetto al ragionamento giuridico svolto da altri soggetti.

²⁴⁹ Il principio di separazione dei poteri entra in gioco, in questo contesto, poiché qualora il giudice decida il caso in modo difforme da quanto prescritto dal diritto – attribuendo ad una disposizione normativa, ad esempio, un significato ad essa non riconducibile – egli assume di fatto il ruolo di legislatore in rapporto al caso concreto.

3.1) SPECIFICITÀ DEL RAGIONAMENTO GIURIDICO

Nell'uso comune il vocabolo "ragionamento" può designare indifferentemente: a) un processo mentale attraverso cui si perviene ad una conclusione o una decisione, b) un discorso con cui si giustifica- si danno ragioni a sostegno di- tale conclusione o decisione. Intendiamo per "ragionamento" un discorso, e più precisamente una sequenza di enunciati, uno dei quali svolga la funzione di tesi o conclusione e i rimanenti svolgano la funzione di premesse, argomenti o ragioni in favore di esso. In questo senso sono sinonimi di "ragionamento": "inferenza", "argomentazione", "argomento". Va detto, che questa definizione si riferisce ad un ragionamento "atomico" (un micro-raffionamento). Ma naturalmente accade frequentemente che una pluralità di ragionamenti atomici siano fra loro intrecciati, così da produrre un macro-raffionamento, nel quale la conclusione di un ragionamento atomico svolge il ruolo di premessa di un altro ragionamento atomico²⁵⁰. Per quanto concerne l'ambito giuridico in materia assistiamo ad un contrasto di interpretazione sconcertante: per un verso l'attività del giurista è considerata come attività meramente logica, si paragona la scienza giuridica alla matematica, si formula l'ideale di una giurisprudenza come scienza rigorosa; per l'altro verso si esalta l'intuito, il buon senso, il sentimento dell'equità come doti fondamentali del buon giurista, si paragona la scienza giuridica ad un'arte ("ars boni et aequi"). Ci sono buone ragioni per credere che il diverso apprezzamento che viene dato dell'attività del giurista dipenda da una diversa valutazione dei fini del diritto. Colui che antepone la certezza, perché considera come fine principale del diritto l'ordine, apprezzerà di più quella giurisprudenza che presenta le proprie conclusioni come il risultato di una catena di ragionamenti formalmente corretti, formanti nel loro complesso un sistema deduttivo, affermando che la giurisprudenza deve essere un sistema logico; chi invece antepone il giudizio equo nel caso singolo alla certezza della previsione, perché considera come fine principale del diritto la giustizia, tenderà a dare maggiore peso allo spirito di finezza, alle facoltà intuitive dell'interprete che non all'abilità dimostrativa, affermando che la giurisprudenza deve essere un sistema di liberi giudizi equitativi. La disparità di giudizi sulla natura della giurisprudenza deriva anche da un altro ordine di motivi. Non esiste un astratto ed indifferenziato ragionamento giuridico che si possa analizzare come un'

²⁵⁰ R. Guastini, *Il diritto come linguaggio* Lezioni, Giappichelli Editore, Torino 2001, cit. p. 169

entità unica ma vi sono vari tipi di ragionamento classificabili secondo diversi criteri. Un primo criterio rilevante di classificazione attiene agli elementi che entrano a comporre un ragionamento. Si dice aletico o teorico un ragionamento i cui componenti (premesse e conclusione) siano tutti proposizioni, ossia enunciati del discorso conoscitivo o descrittivo, come tali o veri o falsi. Si dice normativo o pratico un ragionamento la cui conclusione sia una norma, ossia un enunciato del discorso prescrittivo o direttivo, come tale né vero né falso. Il ragionamento giuridico appartiene ovviamente al genere dei ragionamenti normativi. La sua unica peculiarità è che la norma che funge da conclusione è una norma giuridica. Ne consegue che si considera giuridico ogni ragionamento la cui conclusione sia una norma giuridica. Un secondo criterio rilevante di classificazione attiene alla struttura logica dei ragionamenti, e per conseguenza alla loro “forza”. Un ragionamento ha struttura deduttiva allorchè la conclusione è logicamente implicita nelle premesse. Un ragionamento ha struttura non deduttiva negli altri casi. I ragionamenti deduttivi sono altresì cogenti o stringenti nel senso che se si accettano le premesse non si può rifiutare la conclusione: le premesse garantiscono la conclusione. I ragionamenti non deduttivi, per contro sono non stringenti, nel senso che di essi si può rifiutare la conclusione pur accettando le premesse: le premesse non garantiscono la conclusione. È necessario distinguere le varie tecniche di porre e risolvere problemi giuridici, a seconda del posto che l’operatore occupa nel processo di produzione ed applicazione del diritto²⁵¹. La tecnica del legislatore, che pone le norme è diversa da quella del giurista che le interpreta; la tecnica dell’ avvocato che sostiene una certa tesi giuridica in un processo è diversa da quella del giudice che dà la sentenza. Nell’ attività del legislatore prevalgono giudizi di valore (che si dicono giudizi politici), invece nell’ attività del giurista prevale il ragionamento deduttivo: in questo caso si sopravvaluta la funzione della logica nel ragionamento giuridico. La domanda se il giurista formuli giudizi di valore è importante perché dal maggiore o minore uso dei giudizi di valore nel ragionamento dei giuristi dipende una minore o maggiore riducibilità del discorso giuridico a discorso logico. A questa domanda sembra lecito rispondere che, per quanto non si possa dire che il giurista non ricorra a giudizi di valore, la sua tecnica di ricerca si è venuta perfezionando nel senso di consentire la più ampia eliminazione dei giudizi di valore, e quindi il non impiego delle prove soggettive, suggestive. Non si vuol dire che il

²⁵¹ P. Comanducci, R. Guastini, *L’ analisi del ragionamento giuridico*, Giappichelli editore, Torino 1989, p. 164 e ss

problema della giustizia non preoccupi il giurista, ma è accantonato perché la sua ricerca della validità della norma è come sorretta dalla presunzione che la norma valida, per il fatto stesso di essere valida, sia anche giusta. Ammesso che il ragionamento giuridico non verta sulla giustizia ma sulla validità, il problema dell' argomentazione del giurista si sposta dalle prove del giudizio di valore alle prove del giudizio di validità. Per dimostrare la validità di una norma giuridica, il giurista ricorre a due argomentazioni fondamentali, che sono vere e proprie regole generali del discorso giuridico: 1) una norma è valida solo se è posta da una norma valida superiore (regola della validità formale); 2) una norma è valida solo se la prescrizione ivi contenuta è logicamente coerente con le altre norme valide dell' ordinamento (regola della validità materiale)²⁵². Le due regole si completano a vicenda: prese isolatamente sono soltanto

²⁵² Sul concetto di interpretazione logico-sistemica si veda Veluzzi V. Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale in Analisi e Diritto, Giappichelli Editore, Torino 2002. Quando il senso letterale delle parole non è preciso e dà luogo a dubbi interpretativi, l'interpretazione letterale deve essere integrata dall'interpretazione logica che, secondo l'art.12 delle disposizioni sulla legge in generale, deve prendere in considerazione l'intenzione del legislatore. Apprendo una breve parentesi, si può far cenno alla due teorie che si contendono il terreno sul come deve intendersi l'espressione "intenzione del legislatore": la cosiddetta *teoria soggettiva* e la *teoria oggettiva dell'interpretazione*. Per la prima l'interprete deve ricercare l'intenzione del legislatore e lo scopo che si è proposto di conseguire nel dettare quella determinata disposizione. Per la teoria oggettiva, invece, ciò che va ricercato non è quello che il legislatore ha voluto, ma quello che risulta dalla legge obiettivamente considerata, dato che la legge, con la sua promulgazione, si stacca dalle persone che l'hanno redatta ed acquista un significato autonomo. Teorie a parte, semplificando si può dire che si tratta di individuare la "ratio" giustificativa collegata alla introduzione della norma; ragione che può essere ben evidenziata dai lavori preparatori. Si cerca, in altre parole di comprendere, oltre ad individuare una ragionevolezza della determinazione legislativa, quale "logica razionale" abbia seguito il legislatore nell'ambito della sua discrezionalità. A proposito dei lavori preparatori, la Cassazione ha avuto modo di chiarire che ad essi può riconoscersi *"valore unicamente sussidiario nell'interpretazione di una legge, trovando un limite nel fatto che la volontà da essi emergente non può sovrapporsi alla volontà obiettiva della legge quale risulta dal dato letterale e dalla intenzione del legislatore intesa come volontà oggettiva della norma ("voluntas legis"), da tenersi distinta dalla volontà dei singoli partecipanti al processo formativo di essa"*. (Cass Civ. Sez. III, sent. n. 3550 del 21-05-1988). Successivamente la stessa Cassazione ha ribadito: *"La volontà emergente dai lavori preparatori non può sovrapporsi a quella obiettivamente espressa dalla legge, quale emerge dal suo dato letterale e logico. Peraltro agli stessi lavori preparatori può riconoscersi valore sussidiario ai fini ermeneutici, quando essi, unitamente ad altri canoni interpretativi ed elementi di valutazione emergenti dalla norma stessa, siano idonei a chiarire la portata di una disposizione legislativa di cui appaia ambigua la formulazione"*. (Cass. civ. sez. I 27-02-1995, n. 2230). In relazione agli esiti, quando i risultati dell'interpretazione letterale coincidono con quelli dell'interpretazione logica si ha un'*interpretazione dichiarativa*; quando il significato della norma si arricchisce, si ha un'*interpretazione estensiva*. Viceversa, quando per avere una interpretazione logica e razionale il significato del dato letterale debba essere ridotto si parla di *interpretazione restrittiva*. L'interpretazione sistematica di una norma, che non deve porsi contro il dato letterale e quello logico, ha lo scopo di determinare il significato della disposizione inserita nel sistema legislativo complessivo, ossia tenendo conto della disciplina vigente in cui si inserisce la norma da interpretare. L'interpretazione sistematica esige una correlazione ed un raffronto perché il significato della norma viene determinato tenendo conto della connessione con le altre norme. Si basa essenzialmente sul contesto in cui si colloca la disposizione da interpretare e sulla presunzione

ragioni necessarie della validità; insieme ne costituiscono la ragione sufficiente. Una norma è valida sempre che sia stata prodotta legittimamente da una norma superiore e sia coerente logicamente con le altre norme dell'ordinamento. A seconda dei casi, l'argomentazione del giurista si sposta sull'una o sull'altra prova. La prova della validità formale ha scarso interesse quando si tratta di interpretare un articolo di un codice, perché la validità formale di un intero codice è fuori questione, ma diventa importante quando il giurista ha da interpretare sentenze, atti amministrativi, atti dell'autonomia privata, perché si tratta in primo luogo di dimostrare la loro legittimità, vale a dire se l'atto sia stato compiuto nei limiti e secondo i requisiti stabiliti dalla norma superiore di delegazione, se sia cioè formalmente corretto.

3.2) RAGIONAMENTO DEDUTTIVO

In generale il giurista per dimostrare che una norma esiste può affermare che essa o è enunciata esplicitamente dalla persona a ciò delegata o è ricavabile logicamente dalle norme esplicite. Da ciò si intuisce che il ragionamento deduttivo riveste un importante ruolo nell'argomentazione giuridica. Un ordinamento giuridico è un insieme di norme tali che non vi è comportamento che non sia da esso qualificato, o in altre parole non vi è comportamento che non sia giuridicamente o dovuto o lecito o illecito. Di conseguenza l'interprete si trova a dover ricavare dalle norme esplicitamente poste tutte le norme implicite. L'operazione di esplicitazione dell'implicito è un'operazione di logica deduttiva²⁵³. Ci possiamo fare un'idea dell'importanza che

che il sistema giuridico sia dotato di una certa coerenza. In altre parole, possiamo chiamare logico-sistemica quella interpretazione che evitando in primo luogo le contraddizioni nell'ambito di un singolo documento normativo, cerca anche di escludere quei significati che renderebbero il testo incoerente con il sistema. Per poter valutare le ragioni per cui la nuova norma è stata introdotta si può fare riferimento ai precedenti storici che regolavano la stessa fattispecie (criterio storico).

²⁵³ Sul punto si vedano: Aristotele, *Opere, Metafisica*, Laterza, Bari 1973; Karl Popper, *Congetture e confutazioni*, Il Mulino, Bologna 1972. Il metodo deduttivo o deduzione è il procedimento razionale che fa derivare una certa conclusione da premesse più generiche, dentro cui quella conclusione è implicita. Il termine significa letteralmente «condurre da», perché proviene dal latino "de" (traducibile con *da*, preposizione indicante provenienza, o moto di discesa dall'alto verso il basso), e "*ducere*" (*condurre*). Questo metodo parte da postulati e principi primi e, attraverso una serie di rigorose concatenazioni logiche, procede verso determinazioni più particolari attinenti alla realtà tangibile. Una definizione di deduzione nella logica moderna può essere: Una *deduzione* della formula α dall'insieme M di assunzioni, è un ragionamento articolato in un numero finito di passi inferenziali che dà evidenza del fatto che α segue logicamente da M . Oppure: Una *deduzione* è un insieme ordinato di

hanno queste operazioni di logica deduttiva nel ragionamento giuridico dalla frequenza con cui nelle discussioni i giuristi si accusano di incoerenza, di absurdità, di contraddizione, di aver commesso un errore di logica, di non aver rispettato le premesse. Le regole della logica deduttiva fanno parte quindi del gioco dei giuristi. Pertanto il discorso giuridico si presenta non come discorso emotivo né fattuale ma come discorso tautologico. Le sue proposizioni non suscitano emozioni, né sono empiricamente vere o false, bensì logicamente valide o invalide. Un discorso logico è possibile solo se è stabilito con rigore il significato delle parole che entrano nelle premesse. Perciò l'analisi del linguaggio giuridico è di fondamentale importanza. Alcune definizioni sono enunciate dallo stesso legislatore e sono quelle che i logici chiamano definizioni esplicite, altre invece sono ricavate dal modo con cui è usata dallo stesso legislatore e dalla tradizione giuridica la parola da definire, e sono le cosiddette definizioni d'uso. Tutta la prima fase dell'interpretazione giuridica, la cosiddetta interpretazione logico-grammaticale²⁵⁴, rientra nell'analisi del linguaggio giuridico e costituisce la condizione della validità del discorso giuridico come discorso logico-deduttivo. Le norme esplicite, insieme con quelle implicite ricavate dalle prime, costituiscono il sistema giuridico, che è il termine finale della ricerca giuridica. Che le norme di un ordinamento giuridico costituiscono un tutto coerente e che quindi se ne possa elaborare un sistema, non è soltanto un presupposto della ricerca del giurista, ma una presunzione giuridica, derivante dalla norma che, autorizzando l'interprete all'estensione analogica e all'integrazione mediante il ricorso ai principi generali del diritto, mostra di considerare l'insieme delle norme come un tutto, capace di svilupparsi dall'interno in virtù delle proprie premesse. Sulla considerazione dell'insieme delle norme come costituenti un sistema si fonda quella particolare forma di interpretazione delle leggi che i giuristi chiamano sistematica, la quale consiste nel dimostrare che una determinata proposizione normativa è valida in quanto è deducibile

formule (che ha come ultimo elemento la conclusione) ottenute per applicazione di un ragionamento formale basato su regole inferenziali prefissate. La deduzione in senso moderno riguarda solamente il livello sintattico del linguaggio, e si distingue quindi dal concetto semantico di conseguenza logica. Questa distinzione non è in ogni caso limitativa poiché il *teorema di adeguatezza generale* sancisce l'equivalenza estensionale dei due concetti.

²⁵⁴ Il primo stadio dell'interpretazione è quello grammaticale o letterale, che consiste nell'estrarre dalla norma il suo significato grammaticale. Per interpretazione logica si intende l'andare oltre l'immediato significato delle parole per individuare il significato della norma ricorrendo allo scopo della norma stessa e agli interessi da essa tutelati.

da altre proposizioni normative che fanno parte del sistema. V'è tra l' altro sottolineato che l' interpretazione sistematica è tra i modi di argomentazione giuridica quella cui si attribuisce maggiore forza probativa. Ma il ragionamento deduttivo non esaurisce tutto il discorso giuridico. Se il sistema giuridico fosse paragonabile ad un sistema assiomatico, con le sue regole di formazione e trasformazione, vi sarebbe da restar sorpresi del fatto che non vi è campo della ricerca teoretica che dia luogo a maggior incertezza di soluzioni e a più inconciliabili controversie. Ed è proprio da questa constatazione che prendono forza gli antiformalisti. Mediante il ragionamento deduttivo il giurista trae conclusioni necessarie da certe premesse. Ma la difficoltà sta nell' accordarsi sulle premesse. La mancanza di accordo sulle premesse fa sì che discorsi logicamente impeccabili possano portare a conclusioni incompatibili le une con le altre²⁵⁵. In ogni ordinamento giuridico vi sono delle condizioni che ostacolano l' accordo sulle premesse, ed in particolare: 1) il significato della norma esplicita, a cui ci si vuol riferire per provare una certa conclusione, è equivoco. Ciò implica che due giuristi possono essere d'accordo che la conclusione non può essere derivata da quella norma, ma possono estrarre dalla stessa norma due premesse diverse e trarne

²⁵⁵ Si veda U. Vincenti, *Metodologia Giuridica*, Cedam, Padova 2008. Su alcune fondamentali questioni di metodo. In particolare è necessario sottolineare quelle attività che la retorica classica denominava *inventio* e, rispettivamente, *dispositio*. Con l'*inventio* si ricercano gli argomenti migliori per sostenere una tesi nel contesto di una discussione controversiale. In una controversia giuridica il ragionamento che la innerva utilizza argomenti di tipo normativo: si tratta o di norme in senso tecnico-giuridico o di elementi (fattuali, morali, ideali, valoriali ecc.) eterogenei capaci di determinare, talvolta più delle stesse norme, le conclusioni giuridiche. Logicamente il procedimento di individuazione del diritto – da applicarsi al caso in contestazione – può seguire itinerari diversi, anche se vi è la tendenza a credere che la sussunzione del caso sotto la norma, concepita come una deduzione, sia, se non l'unica, la via principale di cui i pratici dispongano. Ma anche in un procedimento deduttivo l'operatore dovrà individuare, cioè costruire, le premesse; e in questa costruzione egli non procederà deduttivamente. V'è da costruire la premessa maggiore, o fattispecie astratta, cioè la norma concretizzata alla luce del caso: si tratta propriamente di un'induzione. V'è poi da costruire la premessa minore, o fattispecie concreta, attraverso una comparazione casistica, mettendo a confronto il caso problematico con casi chiari e non problematici: il meno conosciuto viene comparato con il più conosciuto. Ciò assume il nome di analogia. Sicché il nuovo nel procedimento di individuazione del diritto risiede nella premessa minore. Ma solo la deduzione costituisce un procedimento certo. L'induzione è, invece, un procedimento problematico e la sua produttività dipende dall'ampiezza della base induttiva. Nell'analogia tutto è incerto. Ma dove ha inizio il procedimento di individuazione del diritto? Dalla competenza professionale del giurista, dalla sensibilità giuridica del cittadino. Si affaccia così un ulteriore procedimento logico: l'abduzione. Essa muove dalla conclusione. E' un procedimento logico incerto e formula soltanto un'ipotesi, un sospetto. Individuati gli argomenti e saggiata la sostenibilità di una conclusione, si passa alla *dispositio*, e si schierano gli argomenti, e si mette ordine nel ragionamento al fine dell'esposizione in una data udienza. E' in questa fase che ci possiamo avvedere, qualora non l'avessimo fatto già prima, se l'argomento è pertinente rispetto alla tesi sostenuta. Solo l'argomento pertinente è valido come prova (argomentativa); ed è vietato introdurre in un discorso un elemento che non porta alcuna prova.

quindi due conclusioni diverse; 2)vi sono due o più norme da cui si può derivare la qualificazione di un dato comportamento. A seconda che venga scelta l'una o l'altra, la conclusione cambia. Il caso in cui non vi sia nessuna norma esplicita non è diverso, qualora la norma per qualificare il comportamento non regolato possa essere tratta da due o più norme esplicite. In questi casi il giurista ha due possibilità: o affermare che vi sono due soluzioni entrambe valide, oppure cercare delle ragioni per cui si possa sostenere che una delle due soluzioni è preferibile all'altra. La prima via è quella della logica, ma è meno seguita dai giuristi che considerano tra i loro compiti quello di fornire al giudice i mezzi per una disciplina uniforme di un dato comportamento. La seconda conduce il giurista fuori dalla via deduttiva. Che per questa seconda via si sia adoperato il termine preferire non deve far pensare ad una decisione gratuita e arbitraria che non abbia riferimento a eventi verificabili e non possa essere comunicata ad altri se non mediante suggestioni. Anche qui il discorso giuridico è lontano dalla mozione degli affetti, propria dell'oratoria, ed è invece paragonabile a discorsi come quelli dello storico e del sociologo che si sogliono annoverare tra i discorsi scientifici. Il termine "preferire" usato dagli stessi giuristi, ben consapevoli di muoversi nella indagine sulle premesse, sopra un terreno diverso da quello della dimostrazione²⁵⁶ delle conclusioni,

²⁵⁶ Distinguiamo tra dimostrazione ed argomentazione; la prima ha carattere di certezza e di incontrovertibilità (è usata nella riflessione filosofica formale e nella dimostrazione scientifica) e può venire condotta utilizzando due schemi probatori opposti; in particolare:a)la dimostrazione *logico-formale*, detta anche *apodissi* o *argomentazione apodittica*, parte da premesse considerate indiscutibili ed opera sulla base di procedimenti sillogistici di tipo *deduttivo*; b)la dimostrazione *scientifica* parte da dati di fatto esperibili e validati da procedimenti sperimentali ripetibili e dimostra una tesi sulla base di procedimenti sillogistici di tipo *induttivo* (*exemplificationes*). L'argomentazione propriamente detta, o argomentazione *retorica* o *dialettica*, invece, riguarda questioni di tipo etico, morale, pratico-operativo, si basa su premesse (o regole generali, come le chiameremo poi) che non hanno il carattere della certezza, ma quello dell'opinabilità. Come la dimostrazione propriamente detta, l'argomentazione può essere condotta utilizzando schemi probatori induttivi o deduttivi; a differenziarla dalla prima, infatti, non è tanto il rigore con cui essi vengono applicati (rigore che può essere paragonabile a quello che caratterizza i procedimenti dimostrativi *stricto sensu*), quanto il grado di condivisibilità delle premesse, che non sono mai universalmente valide. Le premesse messe in gioco dal discorso argomentativo, infatti, sono valide in un ben determinato contesto socio-culturale e vigono solo per precisi – e limitati – uditori. Per questa ragione, quando si argomenta (a differenza di quando si dimostra), è indispensabile tenere conto delle caratteristiche dell'interlocutore – e cioè della sua estrazione sociale, della sua formazione culturale, dei suoi gusti – al fine di individuare una serie di premesse ed un set di argomenti che gli risultino condivisibili e che possano per questo essere impiegati a sostegno della tesi da sostenere. Mentre la dimostrazione, dunque, può ambire a qualificarsi come valida per un uditorio universale (che include anche quello degli specialisti della materia trattata nel discorso probatorio), l'argomentazione è valida in ambiti più limitati, per uditori specifici (ed, in generale, non specialistici).

sta ad indicare che nella individuazione delle premesse, cioè delle proposizioni non ulteriormente deducibili dal sistema, il giurista non può valersi del ragionamento deduttivo, ma deve servirsi di nuove tecniche di ricerca, che gli forniranno conclusioni non più necessarie ma soltanto probabili.

3.3) RAGIONAMENTO INDUTTIVO

Le norme giuridiche possono essere considerate prodotti culturali oggetto di ricerca delle scienze umane. Le tecniche di ricerca sono di due tipologie: quella relativa all'origine e quella relativa alla funzione dei prodotti culturali. La prima ricerca prende in considerazione l'oggetto come un evento di cui si deve determinare le cause che l'hanno prodotto; la seconda, come un mezzo di cui si deve ricercare il fine al quale è stato impiegato. Si ritiene che le due ricerche si integrino e che si sia raggiunta la comprensione. Considerare una norma come un prodotto culturale vuol dire applicare alla sua comprensione le due tecniche della ricerca genetica e della ricerca teleologica. Volendo utilizzare un esempio, poniamo di trovarci di fronte alla proposizione prescrittiva: "Chiudi la porta". Ma nella stanza in cui mi trovo vi sono due porte aperte: quale devo chiudere? Può darsi che si riesca a risolvere il dubbio per via deduttiva, ricorrendo ad altra norma generale, la quale stabilisca che "bisogna chiudere tutte le porte che danno sul corridoio" e delle due porte nella stanza una sola dà sul corridoio. Ma se questa prescrizione generale non esiste, non è detto che bisogna rinunciare a cercare una soluzione del problema, né tanto meno che si debba accogliere indistintamente una delle possibili soluzioni. Preclusa la via della deduzione, rimane aperta la via della induzione²⁵⁷. Ci si trasformerà in storici e si cercherà chi ha emesso quel comando, in quali condizioni, per quali ragioni, ricavando certamente alcuni argomenti che consentiranno di stabilire, non come una conseguenza necessaria, ma

²⁵⁷ L'induzione è un processo in cui si conoscono le premesse e la conclusione e si vogliono ricostruire le regole (va dal particolare al generale). Essa parte da un caso specifico (l'*antecedente*), lo connette a un altro fatto (il *conseguente*), e ne trae un risultato incerto, cioè una regola generale probabile (*relazione di implicazione*). L'abduzione è un processo a ritroso che si impiega quando si conoscono regole e conclusione e si vogliono ricostruire le premesse. Essa considera un fatto specifico (il *conseguente*), lo connette a una regola ipotetica (*relazione di implicazione*) e ne ricava un risultato incerto, cioè una conclusione ipotetica (l'*antecedente*).

con maggiore o minore possibilità quale delle due porte dovrà essere chiusa. Il giurista applica entrambe le tecniche, quella della ricerca genetica e quella finalistica, per la comprensione delle norme giuridiche: chiama la prima interpretazione storica, la seconda interpretazione teleologica. E in quanto si serve di queste tecniche opera come uno storico o un sociologo, i quali mirano ad intendere i fatti umani. Il campo della ricerca che qui si apre è regolato non più dalla logica deduttiva ma da quella induttiva. Non si tratta infatti più di considerare le norme giuridiche come proposizioni significanti relative ad un comportamento dalla combinazione delle quali si possono ricavare altre proposizioni significanti analiticamente, cioè mediante l'analisi del linguaggio giuridico, ma di considerarle esse stesse come un tipo di comportamento e quindi di avvalersi di tutte le tecniche di ricerca degli umani comportamenti. Solo allo scopo di semplificare, si può dire che il giurista è uno storico o un sociologo quando stabilisce le premesse; e un logico quando dalle premesse stabilite ricava tutte le conclusioni implicite. In realtà, in ogni passo della sua ricerca, egli si avvale di argomentazioni di tipo storico-teleologico e di argomentazioni di tipo logico-sistematico²⁵⁸, e le adopera sovente contemporaneamente per rafforzare le une con le altre. Ciò non toglie che si tratti di due ricerche sottoposte a regole e convenzioni diverse, corrispondenti al duplice aspetto sotto cui la norma giuridica si presenta, come comportamento del legislatore e come proposizione inserita in un sistema di proposizioni. Si intende che questo vasto campo concesso alla ricerca induttiva, in un terreno così complesso come quello dei comportamenti umani, dà ad ogni affermazione giuridica relativa alle premesse carattere probabilistico. E di qua nasce la molteplicità delle opinioni e la inconciliabilità delle dispute che caratterizzano la scienza giuridica.

3.4) LA RELAZIONE TRA LA NORMA E IL FATTO

Nella dimensione testuale la norma giuridica è una proposizione composta da una parte prescrittiva e una descrittiva. Essa da un lato stabilisce la modalità (qualità) deontica

²⁵⁸ Vedi G. Pascuzzi, *La creatività del giurista. Tecniche e strategie dell'innovazione giuridica*, Zanichelli Editore, Bologna 2018. L'argomento storico suggerisce di leggere dietro ai mutamenti delle formule la costanza della disciplina. L'argomento teleologico suggerisce di interpretare secondo i fini propri della legge che non sono dell'autore bensì propri della legge come entità astratta che incorpora una scelta tra interessi tipici configgenti. È veicolo di interpretazione estensiva e di traslazione di poteri di creazione del diritto agli organi dell'applicazione (giudiziari e amministrativi).

dei fatti singoli che integrano un certo tipo e dall' altro indica la funzione coinvolgente tale tipo e consente così di individuare di volta in volta i fatti che, adempiendo l' una, integrano l' altro²⁵⁹. A differenza delle norme i fatti singoli sono materialmente realizzabili o realizzati e possono adempiere o non la funzione coinvolgente un tipo di fatto normativo²⁶⁰. Qual è allora il rapporto tra la norma e il fatto? Ogni disposizione giuridica, quale enunciato pubblicato in testo dotato di valore produttivo e quale fonte di norma, lungi dal significare un mero concetto astratto, deve essere intesa quale fonte di senso, cioè di rimando normativo ad una funzione particolare che consente di individuare i fatti singoli che la adempiono, integrando il tipo di fatto da essa disciplinato. Ne consegue che dal segno (disposizione) può ricavarsi una proposizione (norma) che nella sua parte descrittiva rimanda (senso) alla relazione (funzione) tra l' essere attuativo dell' esigenza di agire per un fine (interesse pratico) e la serie infinita (tipo di fatto) dei modi singolari in cui quell' essere si determina nella realtà (fatti singoli)²⁶¹. Considerata la pluralità di interessi pratici determinanti la funzione normativa, anche in quest' ambito possono sorgere difficoltà ermeneutiche. In particolare con l' interesse valorizzato dai parlanti della comunità linguistica che utilizza i termini della disposizione, può concorrere il diverso interesse valorizzabile dall' autore di quest' ultima; al contempo è pure possibile che questi interessi debbano essere conformati secondo i valori fondamentali dell' ordinamento costituzionale²⁶². Chiaro è il rimando alla distinzione tradizionale della tecnica di interpretazione "letterale" e "intenzionale", con la conseguenza che la scelta dell' una o dell' altra tecnica può comportare rilevanti conseguenze sul piano della decisione giudiziaria²⁶³. Alla luce di tali considerazioni sembrerebbe opportuno aderire all' approccio teorico di Omaggio e Carlizzi, i quali ritengono che il senso di ogni disposizione si mantiene costantemente unitario nel corso del procedimento decisionale, solo che esso viene precisato di volta in volta temperando i vari interessi pratici rappresentati dalla fattispecie concreta in giudizio, sottolineando così che la decisione giuridica si fonda su funzioni normative tipiche e non su significati

²⁵⁹ V. Omaggio, G. Carlizzi, *Ermeneutica e interpretazione giuridica*, Giappichelli Editore, Torino, 2010, p. 92.

²⁶⁰ *Ivi*, p. 102.

²⁶¹ *Ivi*, cit. p. 116.

²⁶² *Ivi*, p. 116-117.

²⁶³ R. Guastini, *L' interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè Editore, Milano, 2004, p. 186 e ss.

normativi astratti²⁶⁴. Da ciò ne consegue che nell' ermeneutica giuridica la relazione tra la norma e il fatto riveste un ruolo di indiscusso rilievo, in quanto i fatti singoli, allo stesso modo delle norme giuridiche, rappresentano componenti essenziali del giuridico. Se i fatti fossero solo il semplice termine passivo dell' intervento normativo e se non contribuissero in alcun modo alla comprensione normativa, il diritto si ridurrebbe ad un mero insieme di norme. Invece fulcro dell' ermeneutica giuridica è proprio che al fatto deve essere riconosciuto un ruolo costitutivo di pari rango a quello della norma che quindi perde la sua autosufficienza regolativa, in quanto l' individuazione del senso normativo è co-determinata dal fatto singolo. Altra conseguenza è che l' attività di giudizio del giurista deve essere considerata un'attività complessa, in cui l' individuazione del senso normativo e del fatto singolo avvengono l' una in relazione all' altra²⁶⁵.

3.5) IL RAGIONAMENTO GIURIDICO TRA FATTO E NORMA

Il termine “fatto” indica un fenomeno, un evento, un accadimento suscettibile di rappresentazione, osservazione, analisi, accertamento, verifica, controllo, previsione che acquista specifici aspetti in relazione ai metodi e agli strumenti di indagine scelti e che si assume dotato della caratteristica dell' indipendenza dalle credenze soggettive di chi li adopera²⁶⁶. Il fatto nel procedimento conoscitivo risulta sempre relazionato al soggetto conoscente, che lo inserisce in un contesto di senso nel momento stesso in cui ne fa oggetto della propria considerazione. Il linguaggio giuridico fa continuo uso della nozione di fatto, collocandola entro una catena di segni, di trasformazioni semantiche, di relazioni pragmatiche, di orientamenti assiologici, di interpretazioni alla luce di strutture operative e teoriche. Il pensiero giuridico ha elaborato distinzioni e classificazioni dei fatti con riguardo alle caratteristiche ritenute rilevanti cercando di padroneggiare la grande varietà delle fattispecie normative²⁶⁷. In contesti giuridici, il fatto è configurato e individuato dalla norma come premessa di conseguenze di ordine

²⁶⁴ V. Omaggio, G. Carlizzi, *Ermeneutica e interpretazione giuridica*, Giappichelli Editore, Torino, 2010, p. 117.

²⁶⁵ Ivi, p. 127.

²⁶⁶ Abbagnano N., “Fatto”. In *Id. Dizionario di filosofia*, 379-81, Utet, Torino, 1980.

²⁶⁷ T. Tasso, *Oltre il diritto. Alla ricerca della giuridicità del fatto*, Cedam, Padova 2012.

prescrittivo. È selezionato dalla norma, costituendo il punto di riferimento degli effetti che essa prevede. Il fatto non si pone come dato empirico materiale ma diventa oggetto di descrizioni, di giudizi, di enunciazioni, rappresentando il prodotto di una costruzione linguistica e concettuale che porta il segno dei presupposti e dei criteri che hanno condizionato e guidato la costruzione stessa²⁶⁸. I fatti sono giuridicamente rilevanti quando corrispondono al tipo definito dalla regola presa in considerazione come possibile schema giuridico per la decisione²⁶⁹. I fatti possono essere anche logicamente rilevanti se sono usati come premesse, punti di partenza, per inferenze che conducono a conclusioni riguardo alla verità o alla falsità degli enunciati relativi a un fatto giuridicamente rilevante. Il diritto consiste in una pratica di continua equiparazione tra fatti e norme, a testimonianza della sua natura ibrida e dell'inevitabile tensione tra essere e dover essere che lo caratterizza²⁷⁰. Per "ragionamento giuridico" si intende quella complessa attività istituzionalizzata, articolata in una grande varietà di strutture argomentative, tra loro concatenate con le quali si interpreta il diritto e lo si applica, accertando i fatti in esso sussumibili. La sua conclusione è costituita da una norma. Il problema cruciale diviene la preparazione delle premesse normative e fattuali²⁷¹, posto che esse non sono già date, ma vanno costruite e giustificate. Da un lato si tratta di addurre argomenti a sostegno della validità, giustizia, correttezza della norma applicata al caso, dall'altro di fornire argomenti a sostegno della verità, plausibilità, attendibilità dell'enunciato che descrive le circostanze di fatto oggetto della controversia giudiziale²⁷². I fatti su cui si controvverte sono eventi incerti, verificatisi prima e al di fuori del processo, non direttamente percepibili, né immediatamente attingibili, né ripetibili. Entrano nel procedimento giudiziario sotto forma di narrazioni, che vengono costruite e proposte dai diversi soggetti coinvolti in base a differenti punti di vista. La significatività dei fatti dunque dipende da un insieme di intenzioni, motivi, finalità che li rendono intellegibili. Nel processo l'evento è ricostruito nei suoi particolari concreti, compresi nella loro dimensione spaziale e temporale e nella loro rilevanza al fine di una qualificazione normativa della situazione assunta come caso

²⁶⁸ M. Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, Giuffrè Editore, Milano 1992.

²⁶⁹ B. Pastore, *Costruzioni e ricostruzioni. I fatti nel ragionamento giuridico in Ars Interpretandi II/2013 n. 1 Fatti e interpretazioni*, Carocci Editore, Roma 2013.

²⁷⁰ A. Catania, *Teoria e filosofia del diritto. Temi problemi figure*, Giappichelli, Torino 2006.

²⁷¹ D. Canale, *Il ragionamento giuridico in Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, a cura di Giorgio Pino, Aldo Schiavello, Vittorio Villa, Giappichelli, Torino 2013.

²⁷² B. Pastore, *Costruzioni e ricostruzioni. I fatti nel ragionamento giuridico in Ars Interpretandi II/2013 n. 1 Fatti e interpretazioni*, Carocci Editore, Roma 2013.

giuridico. La sua determinazione dipende dalla conoscenza, selezione, interpretazione, messa in ordine dei fatti, e dal loro accertamento, al termine del quale si trova la fattispecie concreta. La *quaestio facti* non è dunque separabile dalla *quaestio iuris*, come invece pretende il modello sillogistico del giudizio giurisdizionale, che vede le premesse fattuali e normative nettamente distinte e precostituite nel loro stare in se stesse²⁷³.

4) RAGIONAMENTO PROBATORIO: DINAMICHE E MODELLI

Con l'espressione 'ragionamento probatorio' ci si riferisce ad un processo linguistico che consiste nel fornire ragioni (o argomenti) a sostegno della verità, plausibilità, attendibilità di un enunciato fattuale: l'enunciato che descrive le circostanze di fatto sulle quali verte la controversia giudiziale. Tale processo corrisponde alla 'motivazione in fatto' della decisione, che ha per oggetto la premessa minore del sillogismo giudiziale. Il ragionamento probatorio si articola in realtà in due fasi che è opportuno tenere distinte:

1. il ragionamento che giustifica la ricostruzione del fatto oggetto della controversia (*ragionamento probatorio in senso stretto*);
2. il ragionamento che giustifica la qualificazione giuridica di tale ricostruzione, vale a dire l'inclusione del fatto individuale nella classe alla quale la norma fa seguire una certa conseguenza giuridica (*ragionamento sussuntivo*)²⁷⁴. Per quanto riguarda il ragionamento probatorio in senso stretto, questo ha lo scopo di spiegare lo svolgimento dei fatti sulla base delle prove di cui dispone il giudice. Quest'ultimo è infatti chiamato a ricostruire un evento incerto. Può trattarsi di un evento verificatosi nel passato, al quale il giudice non ha potuto assistere direttamente, ovvero di un evento presente (si pensi all'accertamento dell'entità del danno subito) o addirittura di un evento futuro (come nelle situazioni in cui il giudice deve determinare quali sono le probabilità che un certo individuo sviluppi una certa patologia in seguito alla sua esposizioni a una certa sostanza tossica). A prescindere dalle coordinate temporali dell'evento, ai fini della sua ricostruzione il giudice si avvale di una serie di indizi che vanno connessi tra

²⁷³ G. Ubertis, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Giuffrè, Milano 1979.

²⁷⁴ Su questo punto N. McCormick, *Rethoric and the Rule of Law*, pp. 29-30.

loro in modo da fornire una narrazione plausibile di quanto è accaduto, sta accadendo o potrà accadere. Immaginiamo il caso di Tizio, ritrovato morto nel suo appartamento. Per ricostruire l'evento che ha provocato la morte di Tizio, e determinare quindi se tale evento costituisca una fattispecie di reato, il giudice si avvarrà delle prove disponibili: ad esempio, le ferite da arma da fuoco rinvenibili sul corpo di Tizio, la presenza nel suo appartamento di una pistola sulla quale sono presenti le impronte digitali di Caio, le testimonianze dei vicini di casa che hanno visto quel giorno Caio uscire dall'appartamento di Tizio. Come avviene tale ricostruzione? A differenza del ragionamento interpretativo, il giudice non muove da una premessa generale di tipo interpretativo per giungere a formulare una conclusione normativa. Egli muove da una serie di proposizioni su fatti particolari (le prove disponibili) per giungere a una proposizione vertente su un altro fatto particolare, che si assume come ipotesi:

Si sono verificati i fatti F1, F2, F3;

Il fatto IP spiega F1, F2, F3;

QUINDI: Si è verificato il fatto IP.

Va notato che questo ragionamento non è di tipo deduttivo: non muove da premesse assunte come vere per giungere a una conclusione necessariamente vera. Siamo di fronte piuttosto a una inferenza non deduttiva: anche se le premesse fossero vere, la conclusione potrebbe essere falsa. Anche assumendo che Tizio sia morto in seguito ad un colpo di pistola, che sull'arma del delitto siano presenti le impronte di Caio, e che Caio sia stato a casa di Tizio il giorno del delitto, può darsi il caso che Caio non sia l'assassino. Qualcun altro potrebbe essersi introdotto nell'appartamento dopo la visita di Paolo e aver ucciso Tizio con la pistola sulla quale Caio aveva lasciato le proprie impronte. La conclusione del ragionamento è costituita cioè da una semplice ipotesi, che dovrà essere verificata in sede probatoria. Il ragionamento appena descritto è dunque di tipo *abduttivo*: esso muove da fatti particolari e ha lo scopo di ricercarne la causa, vale a dire di scoprire un altro fatto particolare in grado di spiegare i fatti osservati²⁷⁵. Ricorriamo a questo tipo di ragionamento in innumerevoli situazioni quotidiane: dal fatto che sento odore di bruciato ipotizzo che sia scoppiato un incendio,

²⁷⁵ Sul ruolo e sulle caratteristiche del ragionamento abduttivo nel diritto cfr. G. Tuzet, *La prima inferenza. L'abduzione di C.S. Peirce tra scienza e diritto*. Un altro importante tipo di ragionamento non deduttivo è l'induzione, che muove da fatti particolari per ricavare da essi una regola generale. Ad esempio, dal fatto che ho osservato un corvo nero in una serie di occasioni particolari, inferisco che tutti i corvi sono neri. Anche le conclusioni dei ragionamenti induttivi sono tuttavia soltanto probabili: potrei in seguito osservare un fatto che smentisce la regola generale così ricavata.

dal fatto che sento delle urla ipotizzo che sia in corso una lite, come pure dalla presenza delle impronte di Caio sull'arma del delitto ipotizzo che egli sia l'assassino. Le conclusioni dei ragionamenti abduktivivi sono tuttavia incerte: la loro maggiore o minore plausibilità dipende dal criterio che ho utilizzato per formulare l'ipotesi. Tale criterio può essere infatti più o meno stringente. Per formulare un'ipotesi posso avvalermi di leggi scientifiche, il cui grado di affidabilità è molto elevato: si pensi al problema di determinare la posizione dell'arma che ha sparato partendo dalle caratteristiche del foro di ingresso, oppure al problema di stabilire la velocità di un veicolo muovendo dalle tracce di frenata sull'asfalto. In alternativa, posso far ricorso a conoscenze tecniche specialistiche, come nel caso della ricostruzione della nazionalità di un sospettato partendo dal suo accento, oppure ancora a 'massime di esperienza', vale a dire al sapere comune intorno all'agire umano (si pensi alla massima in base alla quale un forte movente rende un individuo il probabile autore del delitto) il cui grado di affidabilità è tuttavia molto minore²⁷⁶. Va sottolineato, ad ogni modo, che anche nel caso in cui la formulazione dell'ipotesi sia sostenuta da criteri esplicativi molto stringenti, forniti ad esempio da leggi scientifiche, la conclusione del ragionamento abduktivivo resta incerta. Come già osservato, anche se le premesse da cui muove il ragionamento abduktivivo sono vere, la sua conclusione resta soltanto probabile, sebbene il suo grado di probabilità sia maggiore o minore a seconda del criterio di giudizio adottato per formularla. Per questa ragione, sotto il profilo della sua giustificazione, l'ipotesi probatoria deve essere confermata da elementi ulteriori, in modo che la conclusione del ragionamento costituisca la *spiegazione migliore* dell'evento alla luce di tutte le prove disponibili. In forza di questa esigenza, il ragionamento probatorio assume la forma seguente:

Si sono verificati i fatti F1, F2, F3;

Il fatto IP spiega F1, F2, F3;

Si è verificato il fatto IP (*ipotesi*);

I fatti F4, F5...Fn sono coerenti con IP;

QUINDI: È provato che IP.

Detto altrimenti, l'ipotesi esplicativa del fatto va posta a confronto, ai fini della sua giustificazione, con gli ulteriori elementi probatori disponibili. Se la ricostruzione in ipotesi è coerente con essi, nel senso che non viene smentita da altre prove e rappresenta la spiegazione maggiormente plausibile dell'evento alla luce delle

²⁷⁶ M. Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, Giuffrè Editore, Milano 1992, pp. 194 ss.

conoscenze disponibili, allora la ricostruzione del fatto è giustificata. Va notato come nell'accertamento dei fatti il giudice sia tuttavia vincolato dalle norme giuridiche che disciplinano l'acquisizione e l'uso delle prove²⁷⁷. Lo scopo dell'attività probatoria nel processo è l'accertamento della verità, vale a dire, nel nostro esempio, la scoperta di un fatto che è realmente accaduto, l'attività processuale deve rispettare al contempo altri principi e diritti: basti pensare, nel campo del diritto penale, al principio di presunzione di innocenza e al diritto di difesa dell'accusato, che giustificano le norme sull'onere della prova, sull'obbligo di rendere testimonianza, e più in generale sui metodi di acquisizione probatoria. Ciò pone delle limitazioni al giudice nella ricerca della verità. Questa circostanza ha indotto alcuni studiosi a distinguere la verità processuale, esito del ragionamento probatorio in senso stretto, dalla verità *tout court*. Il carattere incerto delle conclusioni intorno ai fatti, e le limitazioni poste dall'ordinamento all'uso dei mezzi per il loro accertamento, consiglierebbero di considerare la verità processuale come una verità soltanto probabile o parziale, frutto di scelte discrezionali compiute dal giudice e dal legislatore. Una verità, cioè, «autoritativamente certificata»²⁷⁸, che è costituita dalla decisione di una autorità e non dalla corrispondenza tra la ricostruzione dei fatti e ciò che è realmente accaduto. Ora, sebbene questa affermazione ponga opportunamente in luce un aspetto importante del ragionamento probatorio, ovverossia il carattere incerto delle sue conclusioni e la sua dipendenza da scelte normative, essa non costituisce tuttavia un esito necessario di quanto appena osservato. La conclusione del ragionamento probatorio può essere vera o falsa, nel senso di corrispondente o meno alla realtà dei fatti, indipendentemente dai mezzi di prova adottati e dall'affidabilità delle ipotesi discusse. Dal punto di vista della giustificazione, pertanto, lo scopo del ragionamento probatorio può comunque consistere nell'accertamento della verità, anche se la conoscenza di quest'ultima risulta incerta nella maggior parte delle occasioni. Ritenerne che l'incertezza e i limiti nella conoscenza della verità nel processo impongano di rinunciare alla sua ricerca, a favore di assunzioni di tipo autoritativo o convenzionale, indebolisce di fatto la pretesa di giustificazione del ragionamento probatorio, rendendo le sue conclusioni del tutto fungibili. Per quanto riguarda, infine,

²⁷⁷ J. Ferrer Beltrán, *Prova e verità nel diritto*, pp. 65 ss.

²⁷⁸ Z. Bankowski, *The Value of Truth*, p. 257 ss.

il ragionamento sussuntivo²⁷⁹, questo ha lo scopo di giustificare la sussunzione del fatto all'interno della norma. La sua forma tipica è la seguente:

IP presenta le caratteristiche p1, p2, p3...pn;

I casi disciplinati dalla norma N presentano le caratteristiche p1, p2, p3...pn;

QUINDI: IP è disciplinato da N.

Nel nostro esempio, immaginiamo che sia provato che Caio (caratteristica p1 del caso) ha cagionato la morte (p2) di Tizio (p3) a Roma (p4) il 3 giugno 2013 (p5). Assumendo che la norma scelta quale premessa maggiore del sillogismo giudiziale ascriva una certa conseguenza giuridica alla classe dei casi nei quali un individuo (p1) cagiona la morte (p2) di un altro essere umano (p3), ne segue che la condotta di Caio è sussunta nella norma in quanto appartiene alla classe regolata. Il ragionamento sussuntivo conduce, in tal senso, a formulare la premessa minore del sillogismo giudiziale. Si tratta di un passaggio cruciale nell'economia del ragionamento giuridico: da esso dipende la giustificazione dell'applicazione della norma al caso. Il ragionamento sussuntivo ha infatti la funzione di collegare tra loro la giustificazione in diritto e la giustificazione in fatto della sentenza, vale a dire le premesse del sillogismo giudiziale. La sua struttura tipica è inoltre di tipo deduttivo: date le premesse, la conclusione segue necessariamente. Non di meno, tali premesse costituiscono l'esito delle scelte discrezionali compiute dal giudice in sede interpretativa e in sede probatoria. Le caratteristiche distintive del fatto dipendono dall'ipotesi formulata e dagli elementi probatori considerati. Le caratteristiche distintive della fattispecie astratta dipendono, a loro volta, dall'interpretazione della disposizione normativa e dunque dal significato ascritto a quest'ultima. Sebbene l'individuazione di questi due insiemi di caratteristiche possa essere considerata, dal punto di vista analitico, come l'esito di due processi inferenziali indipendenti, tali processi sono strettamente correlati tra loro nella prassi giuridica concreta. La ricerca delle caratteristiche rilevanti del fatto è condizionata dalla

²⁷⁹ La sussunzione è termine della logica formale, corrispondente al latino *subsumptio*. Indica l'azione del "sussumere" (*subsumere*), cioè del ricondurre un noema (ossia un qualsiasi contenuto di pensiero, "termine" di giudizio o di sillogismo) nell'ambito di quello nella cui estensione esso è compreso. Si può così parlare di "giudizi di sussunzione, o sussuntivi" e di "sillogismi di sussunzione, o sussuntivi" per designare quelle forme predicative o deduttive in cui la gerarchia estensiva dei termini appaia più direttamente ed esclusivamente messa in luce. Il concetto di sussunzione nasce nella logica di derivazione aristotelica come "assunzione della premessa minore del sillogismo in quanto coerente con quella maggiore"; viene in seguito usato nella *Critica del Giudizio* di Immanuel Kant, con il significato di inquadramento in una classificazione.

norma scelta per disciplinarlo; la scelta della norma dipende, per converso, dalle circostanze di fatto che costituiscono l'oggetto del giudizio. Se così non fosse, la sussunzione del caso nella norma risulterebbe altamente problematica, alla luce del numero infinito di caratteristiche che la descrizione di un fatto e il significato di una norma possono denotare nel mondo. La sussunzione del fatto nella norma non costituisce dunque un'operazione meccanica, come la sua forma logica sembrerebbe suggerire. In essa trovano semplicemente una sintesi le scelte discrezionali compiute nelle altre fasi del ragionamento e la loro giustificazione²⁸⁰. Si noti che il ragionamento probatorio muove dalle prove inizialmente disponibili ed è volto a formulare delle ipotesi che spieghino i fatti già noti (o probanti). Potremmo sintetizzare questa peculiarità del ragionamento probatorio con l'espressione *dalle prove alle ipotesi*. A partire dagli elementi di prova di cui si dispone sono formulate delle ipotesi capaci di spiegare i fatti noti. Le premesse del ragionamento rappresentano proprio le prove disponibili e le sue conclusioni rappresentano le ipotesi che si possono formulare in base ad esse. Dopo questa prima fase della ricostruzione dei fatti, una volta elaborata un'ipotesi sulla base delle prove, si deve cercare di verificare o falsificare l'ipotesi formulata, o cercare di trovarne qualche conferma o smentita. Ciò è possibile con una forma di ragionamento probatorio che non vada però dalle prove alle ipotesi ma si chieda a partire dalle ipotesi formulate quali prove eventuali potrebbero confermarle o smentirle (*dalle ipotesi alle prove*). Ovvero si deve partire dalle prove ed arrivare alle controprove. Qui le premesse del ragionamento sono le ipotesi mentre le sue conclusioni rappresentano le prove che, se riscontrate, confermerebbero o smentirebbero le ipotesi²⁸¹. Proprio questi circoli tra prove e ipotesi rappresentano le inferenze che possono essere di varia natura e dalle diverse peculiarità. Le inferenze deduttive presentano una conclusione che non può essere falsa se le premesse sono vere; le non deduttive presentano una conclusione che può essere falsa benché le premesse siano vere. Ne consegue che nella deduzione la conclusione segue in modo necessario dalle premesse mentre in un'inferenza non deduttiva la conclusione ne segue solo in modo probabile. Le non deduttive si distinguono a loro volta in induttive (che generalizzano le nostre esperienze) e abduttive (che formulano delle ipotesi esplicative). Volendo considerare il ragionamento probatorio come un intreccio o una miscela di

²⁸⁰ D. Canale, Il ragionamento giuridico in G. Pino, A. Schiavello, V. Villa, Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo, Torino, Giappichelli, 2013.

²⁸¹ G. Tuzet, Filosofia della prova giuridica, Giappichelli Torino Editore, Torino 2013, p. 120- 121

inferenze, si può affermare che al suo interno opera un complesso reticolo di procedimenti deduttivi, induttivi ed abduttivi che, in quanto forme di produzione di senso, affluiscono variamente e risultano variamente collegati e contaminati. In chiave analitica, si può infatti affermare che “il ragionamento probatorio costituisce un contesto eterogeneo e complesso nel quale entrano vari fattori: dall’ abduzione che consente la formulazione di nuove ipotesi alla contestazione dialettica delle ipotesi stesse, da passaggi deduttivi a inferenze probabilistiche, dal ricorso alle nozioni del senso comune all’ uso di prove scientifiche, dalle argomentazioni topiche ai canoni di ragionamento giuridico”²⁸². Ciò premesso, che modello trarre? Anziché un modello univoco (deduttivo o induttivo) se ne potrebbe trarre un modello misto che prenda atto di questa complessità e cerchi di specificare a quali condizioni siano giustificati i singoli segmenti inferenziali. Si tratterebbe così di un processo inferenziale complesso che consista nello scegliere, fra varie ipotesi in competizione, quella che rende conto dei fatti noti nel modo migliore. Così il modello dell’ inferenza alla migliore spiegazione sembra rendere conto di casi come questo e della complessità del ragionamento probatorio²⁸³.

4.1) PROVE, PRESUNZIONI E DIMENSIONE ARGOMENTATIVA

È possibile ipotizzare due tesi teoriche con riguardo alla prova giuridica in generale: la tesi dell’ ostensione e la tesi dell’ inferenza²⁸⁴. Per ostensione si intende l’ atto del mostrare, dell’ esibire e dell’ indicare a qualcuno in un contesto dato. Quindi la prova in senso giuridico, secondo la prima tesi, è costituita da qualcosa di materiale che può essere mostrato a chi è presente nel contesto. In questo senso, è prova un documento che può essere prodotto da una parte e letto dal giudice, un oggetto di sequestro, una dichiarazione testimoniale. La prova giuridica, sempre secondo questo primo orientamento non ha una natura intellettuale e perché sia tale deve esservi *hic et nunc* l’ oggetto materiale di un’ ostensione. Per la seconda tesi invece la prova è

²⁸² M. Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, Giuffrè Editore, Milano 1992, p. 327-328.

²⁸³ G. Tuzet, *Filosofia della prova giuridica*, Giappichelli Torino Editore, Torino 2013, p. 137-141.

²⁸⁴ Mentre la tesi dell’ inferenza sembra valere per ogni attività probatoria, la tesi dell’ ostensione riguarda principalmente il processo dispositivo o accusatorio ed è soggetta ad alcune eccezioni (come le prove statistiche).

oggetto di un' inferenza, cioè deve costituire il contenuto di una premessa che, insieme ad altre premesse, conduca ad una conclusione in merito ai fatti in esame (dalle prove all' ipotesi), o viceversa di una conclusione cui conduca un insieme di premesse (dalle ipotesi alle prove)²⁸⁵. La prova verte su fatti giuridici da cui si ricavano le decisioni giudiziali ed è proprio la loro natura a legittimare le pretese cognitive sulla cui base vengono prese decisioni. Affinchè l' attività giudicante non sfoci nel mero arbitrio, l' acquisizione e la valutazione delle prove rappresentano un' esigenza imprescindibile, ponendosi come condizioni della consistenza interna e della controllabilità dell' attività giudicante²⁸⁶. Dopo le suddette premesse teorico-concettuali, è ora opportuno soffermarsi sul concetto di prova²⁸⁷ ed in particolare sottolineare come non sia possibile ridurre a rigorosa unità e semplificazione il fenomeno della prova giuridica; se ne possono proporre definizioni generali, ma è chiaro che esse non sono esaustive, e perdono di rilievo man mano che diventano sempre più generali nel tentativo di ricomprendere fenomeni eterogenei e diversificati. L' elemento di discriminazione è per l' appunto la giuridicità della prova, che deriva essenzialmente da due fattori: la presenza di una disciplina giuridica della prova e il fatto che essa serva ad usi tipicamente giuridici in contesti giuridici come il processo e la prova può definirsi giuridica se ricorre almeno una di queste condizioni. È possibile distinguere ancora due concezioni fondamentali in merito alla definizione del concetto di prova. La prima è una concezione "chiusa" per cui si ritiene che l' intero fenomeno della prova sia compreso e racchiuso nelle norme che se ne occupano, applicando una concezione positivista, secondo cui è giuridico ciò che è regolato da norme, con la conseguenza che le prove

²⁸⁵ Ivi, p. 144.

²⁸⁶ B. Pastore, *Giudizio, prova, ragion pratica*, Giuffrè, Milano 1996, p. 265.

²⁸⁷ Con "prova" intenderemo qualsiasi elemento utilizzabile per la ricostruzione dei fatti in giudizio (o per contestare una data ricostruzione). Questa precisazione è necessaria poiché i vocaboli "prova" e affini sono impiegati in almeno tre accezioni, per designare le seguenti cose: (i) gli elementi utilizzabili per la dimostrazione del *thema probandum* (documenti, testimonianze, test empirici, risultanze tecnico-scientifiche o altro ancora; questa accezione è tecnicamente vicina alla nozione angloamericana di *evidence*); (ii) il procedimento probatorio o in senso ancora più lato l'attività probatoria; (iii) il risultato del procedimento probatorio (il convincimento del giudice o della giuria; accezione tecnicamente vicina alla nozione di *proof*). Così, nella prima accezione, per "prova" è da intendersi non tanto il procedimento probatorio (oggetto di disciplina positiva nei codici di procedura o in analoghe fonti), quanto l'*elemento ostensibile* che funge da prova. E non ancora l'effettivo convincimento del giudice o della giuria (*proof*), ma l'elemento (*evidence*) che può produrre il convincimento del giudice o della giuria. Prima ancora dell'effettivo convincimento dei giudicanti, infatti, ciò che conta affinché un elemento funga da prova è che sia suscettibile di determinare inferenzialmente tale convincimento (V. Tuzet, *L'abduzione dei principi in Ragion Pratica*, 33, pp. 517-539).

possono considerarsi tali solo se regolate da apposite norme, escludendosi l' ammissibilità delle prove atipiche o innominate²⁸⁸. Per la seconda concezione, che può definirsi "aperta", la prova è anzitutto un fenomeno che appartiene alla sfera della logica e del razionale o almeno del ragionevole, mentre solo alcuni aspetti di tale fenomeno sono previsti e regolati da norme. Ne consegue che non si pone neppure il problema dell' ammissibilità delle prove atipiche, essendo scontata la risposta positiva. Secondo questo orientamento le norme in materia di prove non servono a definire e delimitare il concetto giuridico di prova perché qualunque cosa serva a stabilire un fatto è prova. Per Taruffo la seconda concezione è da preferire alla prima, per una serie di ragioni; basti pensare per esempio che la definizione della prova e dei concetti correlati si colloca in una prospettiva epistemologica piuttosto che in una dimensione esclusivamente giuridica; la prassi fa delle prove atipiche un uso diffusissimo; inoltre sembra chiaro che la disciplina normativa della prova abbia una funzione limitativa ed esclusiva piuttosto che una funzione positiva ed inclusiva²⁸⁹. Considerato che la prova verte sui fatti giuridici è fondamentale precisare come questi si distinguono in fatti principali e fatti secondari. I primi sono quelli da cui dipende una conseguenza giuridica normativamente stabilita e, considerata la struttura logica condizionale delle norme giuridiche, il fatto principale è l' antecedente o "protasi" da cui dipende il conseguente normativo "apodosi" del condizionale. I fatti secondari invece sono quei fatti da cui, se provati, si possono inferire il danno risarcibile. Si può anche dire che i fatti principali sono normativamente rilevanti, mentre i fatti secondari lo sono inferenzialmente²⁹⁰. Chiariti questi aspetti di natura teorico-generale, è opportuno fare un cenno alla disciplina della prova nel nostro ordinamento giuridico. Elemento cardine a riguardo è sicuramente il principio dispositivo per cui il giudice deve decidere del fatto secondo quanto allegato e provato dalle parti, dal momento che la determinazione di quali siano i fatti di cui discutere e di quali siano i loro elementi di prova è lasciata

²⁸⁸ Questa concezione pare largamente dominante nella dottrina italiana, che tende ad occuparsi esclusivamente della disciplina giuridica delle prove trascurando gli aspetti metagiuridici del problema o rifacendosi a luoghi comuni di logica e psicologia volgarizzate per liquidare rapidamente questi aspetti (Cit. Taruffo M., *La prova dei fatti giuridici*, Giuffrè Editore, Milano 1992, p. 317)

²⁸⁹ Ivi p. 321-322

²⁹⁰ Sull' utilità della distinzione tra fatti principali e fatti secondari, sono stati sollevati dubbi dal momento che vi sono livelli di complessità di cui la distinzione non tiene conto. Pertanto " tale tradizionale distinzione è in realtà applicabile solo in quanto si parta dall' ipotesi del fatto semplice chiaramente e positivamente determinato, mentre perde ogni efficacia euristica e descrittiva man mano che ci si allontana da questa ipotesi per affrontare situazioni più complesse (Cfr. Taruffo M., *La prova dei fatti giuridici*, Giuffrè Editore, Milano 1992, p. 104)

alle parti: così a fondamento della decisione del giudice devono stare i fatti provati dalle parti e quelli di comune esperienza (art. 115 c.p.c.) e, in virtù della regola cardine dell' onere della prova, chi vuol fare valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento (art. 2697 c.c.). L' attore deve provare i fatti su cui basa le proprie asserzioni e pretese e se il convenuto intende opporsi a tali pretese deve contestare le prove addotte dall' attore o presentare delle eccezioni o contro pretese. Secondo alcuni autori nel nostro ordinamento, come bilanciamento al principio dell' onere della prova, vige il principio di acquisizione processuale, secondo cui, una volta acquisita una prova, questa può essere fatta valere dal giudice anche contro la parte che l' ha prodotta, contraddicendone le intenzioni, quindi ne consegue che le parti non hanno una signoria assoluta sulle prove il cui utilizzo diviene competenza del giudice che ne valuta e dispone²⁹¹. A differenza delle prove, con le presunzioni si inferisce un fatto ignoto da un fatto noto (art. 2727). Le presunzioni semplici consistono in congetture (abduzioni) lasciate alla prudenza del giudice (art. 2727) in presenza di elementi probatori gravi, precisi e concordanti ed ammettono prova contraria. Le presunzioni legali invece consistono nelle conseguenze stabilite dalla legge stessa dati certi fatti. Che tipo di conseguenze sono le presunzioni? Sicuramente di natura logica in quanto nella maggior parte dei casi non si tratta di inferire qualcosa che viene dopo (il fatto ignoto) da qualcosa che viene prima (il fatto noto), bensì di inferire qualcosa che viene prima (il fatto ignoto) a partire da qualcosa che viene dopo (il fatto noto). Caratteristica peculiare delle presunzioni è che la regola dell' onere della prova presenta la specificità dell' inversione, infatti non è più l' attore a dover provare il fatto ma è il convenuto onerato di dover provarne il contrario. Esistono buone ragioni per ritenere che solo un ampio contraddittorio fra le parti sia garanzia di verità e correttezza della decisione finale; da ciò è possibile sviluppare concezioni argomentative del processo che ne leggano le dinamiche in questi termini, ora richiamandone gli aspetti retorici, ora la dialettica inferenziale, ora la frequenza con cui sono avanzati e criticati argomenti fallaci. Analizzando la dialettica delle inferenze probatorie in termini di argomenti e contro argomenti, è possibile effettuare alcune distinzioni. Posto che una parte avanzi un certo argomento, l' attacco della parte avversa può avvenire sulle premesse, sulla regola d' inferenza, sulla conclusione dell' argomento. Nel primo caso viene contestata una certa premessa probatoria da cui inferire una conclusione in merito

²⁹¹ G. Tuzet, *Filosofia della prova giuridica*, Giappichelli Torino Editore, Torino 2013, p. 145-148

ai fatti (ad esempio potrebbe essere contestata l' autenticità di un certo documento); nel secondo caso viene contestata la regola d' inferenza con cui da certe premesse si vorrebbero inferire certe conclusioni; infine nel terzo caso si contesta la conclusione stessa (quando si contesta che le premesse non supportano a sufficienza una certa conclusione). Con le presunzioni assolute non c'è modo di reagire una volta che la premessa rilevante sia stata assunta (a limite si può contestare il fatto allegato come premessa); rispetto alle presunzioni relative se ne può dare la prova contraria ma solo contestando la premessa o la conclusione, poiché la regola inferenziale è normativa; invece con le presunzioni semplici è possibile contestare ogni passo argomentativo, ossia le premesse, la regola di inferenza e la conclusione che se ne vuole trarre. Con un approccio filosofico più astratto ci si può chiedere se le presunzioni relative comportino quella fallacia argomentativa²⁹² nota come fallacia epistemica o *argumentum ad ignorantiam*²⁹³: visto che non sappiamo se le cose stiano in un certo modo, ne inferiamo che non stanno così, o viceversa poiché non sappiamo se le cose non stiano in un certo modo, ne inferiamo che stanno così. Le presunzioni sembrano funzionare così: se non ci sono prove che P, si presume che NON-P, o viceversa; tuttavia da un punto di vista epistemico l' assenza di prove che P è semplicemente assenza di prove. Il problema epistemico si pone anche in ambito giuridico. Data una certa ipotesi, il fallito tentativo di verificarla conduce a dire che non c'è una prova a riguardo o almeno in alcuni casi significa che si è provato il contrario? A dire il vero in ambito giuridico sono in gioco norme che a protezione di determinati interessi pratici regolano le decisioni da assumere in mancanza di informazioni o in situazioni di incertezza. Se non ci sono prove che P, si presume che NON-P: il che non comporta una fallacia epistemica poiché si tratta di una conclusione normativa, ovvero di un' inferenza che non pretende di rendere conto della realtà ma ha lo scopo di proteggere determinati interessi.

²⁹² Nel termine "fallacia" sembra risiedere in maniera quasi naturale un'accezione negativa di significato e in effetti le fallacie sono particolari "errori" di ragionamento. Tuttavia, un accurato e strategico uso delle fallacie argomentative può rendere talvolta il discorso più persuasivo ed efficace rispetto a un ragionamento del tutto corretto dal punto di vista logico. È importante chiarire sin da subito come per "fallacia" non si intenda un qualsivoglia errore argomentativo, bensì un errore che, ad esempio per la struttura stessa dell'argomento in cui è inserito, possa risultare in qualche modo non palese. Serviamoci delle parole di Irvin Copi [Copi & Cohen 1999, p. 67] per chiarire meglio questo punto piuttosto saliente: "In logica si è soliti riservare il termine fallacia a quegli argomenti che, pur essendo scorretti, appaiono psicologicamente persuasivi. Definiamo quindi come fallacia ogni forma di argomento che sembri corretta ma che, in seguito a esame, si dimostri non essere tale".

²⁹³ A. Iacona, *L' Argomentazione*, Einaudi, Torino 2010, p. 111, *L' argomento in cui si conclude che una proposizione è vera sulla base del fatto che non ci sono prove che sia falsa oppure che è falsa sulla base del fatto che non ci sono prove che sia vera.*

4.2) LA DISCIPLINA GIURIDICA DELLA PROVA

La prova giuridica si definisce in funzione della disciplina legale del fenomeno probatorio. Questa situazione viene razionalizzata con particolare chiarezza nella dottrina di common law, attraverso la distinzione e il raffronto tra un principio di free proof e le regole che costituiscono la law of evidence. Per free proof si intende che salvo l' esistenza di norme particolari la prova è libera, nel senso che ogni elemento rilevante può essere impiegato, in base ai canoni del senso comune e della razionalità, per la prova dei fatti²⁹⁴: questa libertà spetta alle parti, che debbono poter impiegare nel processo ogni elemento di prova rilevante, e spetta al giudice che deve poter accertare i fatti secondo una valutazione razionale delle prove acquisite in giudizio²⁹⁵. Bisogna sottolineare come il principio di free proof non possa trovare applicazione assoluta negli ordinamenti giuridici concreti ed opera solo in via tendenziale, poiché esso deve essere temperato con altri principi e valori la cui attuazione avviene attraverso le norme che costituiscono la regolamentazione giuridica della prova. Invero esiste in generale un principio di libertà della prova in funzione del quale ogni elemento di conoscenza utile per l' accertamento del fatto può essere utilizzato sulla base dei criteri conoscitivi propri della razionalità generale²⁹⁶. Posto che per libertà della prova si intende la mancanza di disciplina legale della prova, essa appare particolarmente rilevante sotto quattro profili principali: a) l' ammissione delle prove (assenza di norme che escludano la prova dal processo con possibilità delle parti di utilizzo di tutti gli elementi di prova rilevanti di cui dispongono), b) formazione delle prove (mancanza di norme che riguardino il modo in cui la prova viene posta in essere nel processo o fuori dal processo), c) valutazione delle prove (mancanza di norme che predeterminino il valore che deve essere attribuito ad una prova in sede di decisione), d) la scelta degli elementi utili per la decisione da parte del giudice (in tal caso il giudice può andare liberamente alla ricerca degli elementi di prova e non è vincolato da norme quanto alla scelta delle prove da porre a fondamento del giudizio di fatto). Questi aspetti della libertà della prova sono i più rilevanti poiché sono quelli che di solito vengono messi in discussione dagli interventi del legislatore: sono cioè quelli che vengono in vario modo

²⁹⁴ W. Twining, *What is the Law of Evidence?*, cit., p. 194 ss.

²⁹⁵ M. Taruffo, *Note per una riforma del diritto delle prove*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1986, p. 265 ss.

²⁹⁶ E. Amodio, *Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.* 1973, 310 ss.; Denti, *Intervento in Incontro sulla riforma del processo civile*, Milano 1979, p. 257.

ristretti o delimitati dalla disciplina legale della prova, e nei quali quindi nasce un problema di equilibrio tra i valori configgenti rappresentati dalla libertà e dalla disciplina legale della prova. Il primo momento in cui entra in gioco la disciplina giuridica della prova è quello in cui si tratta di decidere quali elementi di prova possano essere impiegati nel processo. In tutti gli ordinamenti questo problema viene risolto mediante l' applicazione combinata di due criteri: l' uno, tipicamente logico, è quello della rilevanza della prova; l' altro, tipicamente giuridico, è quello della sua ammissibilità. Vi è tra essi un ordine logico secondo il quale la priorità spetta al criterio di rilevanza: se una prova è irrilevante infatti non ha senso chiedersi se essa sia o no giuridicamente ammissibile, poiché la sua acquisizione sarebbe comunque inutile: di conseguenza il criterio di ammissibilità opera soltanto nel senso di escludere dal processo prove che sarebbero rilevanti per l' accertamento dei fatti²⁹⁷.

4.3) LA FUNZIONE DELLA PROVA

Il problema della specificità della prova giuridica è stato posto anche affermando che la sua funzione tipica è di persuadere invece di dimostrare²⁹⁸. Si ritiene diffusamente che la prova non abbia una funzione in senso lato "conoscitiva", ma "argomentativa": non si collocherebbe nella dimensione logica del fondamento razionale delle ipotesi sul fatto, ma nella ben diversa dimensione retorica dell' argomentazione diretta a convincere qualcuno a ritenere il fatto come esistente. Ne consegue che la prova sarebbe un argomento persuasivo diretto a far credere alcunché intorno ai fatti rilevanti per la decisione. Nella dottrina italiana questa tesi ha avuto un certo rilievo soprattutto ad opera di Alessandro Giuliani, che in numerosi studi ha elaborato una teoria della prova come argomento retorico, contrapponendolo alla prova come strumento specifico di conoscenza²⁹⁹. L' idea che la prova serva a persuadere il giudice che i fatti della causa si sono svolti in un determinato modo è un luogo comune che sembra avere qualche fondamento: il fatto che l' assunzione delle prove avvenga oralmente in

²⁹⁷ M. Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, Giuffrè Editore, Milano 1992, p. 333 ss.

²⁹⁸ V. in particolare Ch. Perelman, *La specificità de la preuve juridique in "Journal sdes Tribunaux"*, Bruylant, Bruxelles 1959, Perelman C. Olbrechts-Tyteca L. (1958) *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, Paris, PUF, 1958, tr. it. *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, Torino, Einaudi, 1966.

²⁹⁹ Tra gli scritti più recenti cfr. *Prova in Generale, Filosofia del diritto*, in Enc. Dir., XXXVII, Milano 1988, ss.

udienza, eventualmente con un metodo dialettico e che i difensori fondino le loro argomentazioni anche sulle prove, può far pensare ad una dimensione o valenza persuasiva del fenomeno probatorio³⁰⁰. Il problema non è però di stabilire se esistano fattori persuasivi o retorici nell'assunzione delle prove, bensì di stabilire se essi siano così importanti da giustificare una teoria retorica della prova. Essa nel migliore dei casi coglie e descrive un aspetto del modo in cui l'avvocato impiega la prova nel processo ma non dice alcunché intorno al modo in cui il giudice utilizza la prova come base per l'accertamento dei fatti. Anche ammettendo che la prova venga usata come strumento di persuasione³⁰¹ nei confronti del giudice, ciò non spiega se, come, quando e a quali condizioni essa raggiunga lo scopo, ossia convinca davvero il giudice a scegliere una versione dei fatti invece che un'altra. Il punto di vista dell'avvocato non basta a costruire una teoria della prova, se non altro perché è il giudice ad accertare i fatti sulla base delle prove: occorrerebbe cioè una teoria della persuasione del giudice, ma non pare che essa esista. La concezione retorico-argomentativa della prova non considera che la persuasione è un fatto empirico che riguarda la situazione soggettiva di taluno, mentre la teoria della prova è prescrittiva in quanto attiene ai criteri di attendibilità e validità del ragionamento con cui il giudice accerta i fatti sulla base delle prove. Una prova falsa può essere persuasiva, come può essere persuasiva un'argomentazione radicalmente viziata sotto il profilo logico, o del tutto irrazionale; per contro una prova

³⁰⁰ Cfr. al riguardo Taruffo, *Modelli di prova*, cit. p. 422 ss.

³⁰¹ L'argomentazione va separata dalla dimostrazione, che viene usata prevalentemente in ambito scientifico, perché si muove nell'ambito dell'opinabile e lascia libero l'ascoltatore di aderire o meno alla tesi proposta: è quindi il campo del confronto libero e democratico fra gli esseri umani. È inoltre, nel momento in cui richiede o di aderire intellettualmente alla tesi o di agire di conseguenza, un'azione, ma un'azione complessa di cui è necessario conoscere gli aspetti più rilevanti. E', innanzitutto, utile distinguere nell'argomentazione l'aspetto che si fa discorso per essere capace di modificare il sistema di idee del destinatario "convincere" da quello che cerca di catturare l'adesione affettiva in vista di un preciso comportamento "persuadere". Pregiudiziale in qualunque argomentazione è l'esposizione della questione. Se non esiste una questione da affrontare, un problema aperto su cui discutere, viene meno la necessità stessa del testo argomentativo. Il secondo momento è costituito dalla proposizione della tesi. La tesi è ovviamente il cuore dell'argomentazione, il punto centrale intorno al quale è costruito tutto il ragionamento. Può avere la sua collocazione in qualunque punto del testo, all'inizio, al centro, alla fine. Tuttavia sono possibili anche testi argomentativi non propositivi ma confutativi, che si limitano a dimostrare l'infondatezza di una tesi. La parte più rilevante dell'argomentazione spetta, però, alla dimostrazione della tesi come verrà illustrato più avanti nella sezione dedicata all'analisi delle prove nell'argomentazione. La confutazione è una funzione importante ma non essenziale. Quando è presente la confutazione si ha comunque un'argomentazione più vivace e ricca d'espressività, dato il suo carattere spesso polemico o ironico. La conclusione compendia, di solito, i contenuti dell'argomentazione, traducendoli, se è il caso, in indicazioni pratiche di comportamento. Sul punto si veda: Perelman C. Olbrechts-Tyteca L. (1958) *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, Paris, PUF, 1958, tr. it. *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, Torino, Einaudi, 1966.

può essere attendibile anche se è retoricamente insignificante, così come una dimostrazione matematica è valida o errata indipendentemente dal convincimento soggettivo di chiunque. L'idea dovuta a Perelman, che la razionalità della prova debba essere ritrovata nella ragionevolezza dell'argomentazione retorica³⁰² è d'altronde fondata su una concezione inattendibile della razionalità. L'argomentazione perelmaniana muove infatti da un'idea restrittiva della razionalità, che viene fatta coincidere con la dimostrazione cartesiana, per poi procedere all'ovvia constatazione che la prova giuridica non ha i caratteri di tale dimostrazione, e per dire che essa non può che avere la natura di un argomento persuasivo.

La premessa del discorso non è però attendibile poiché non è vero che la razionalità abbia sempre e soltanto le forme della dimostrazione matematica o comunque deduttiva: è vero invece che esiste una razionalità meno rigida, che tuttavia segue canoni di coerenza e validità logica, e che quindi configura modi di ragionamento controllabili e non riducibili alla mera argomentazione persuasiva. Fermo rimanendo che la prova non ha la struttura di una dimostrazione deduttiva, non ne deriva allora che essa non possa

³⁰² Perelman e Olbrechts-Tyteca tentano di limitare la distanza tra dialettica e retorica e di rivalutare il ruolo di quest'ultima all'interno dell'argomentazione. I due autori si contrappongono alla svalutazione della retorica quale disciplina irrazionale, e si propongono di rivalutarla sottolineandone la ragionevolezza. Essi non negano il ruolo della ragione quale tratto distintivo dell'essere umano, ma ridimensionano la posizione illuminista secondo cui tutto ciò che non è scientificamente provato è falso. In particolare, gli autori giustificano la loro vicinanza alla retorica attraverso: 1) la volontà di far sopravvivere il "retorica", sminuito dalla tradizione precedente; 2) il rilievo dell'uditorio che, svalutato dalla dialettica, era rivalutato dalla retorica antica. I due autori esprimono con parole chiare le loro intenzioni nell'introduzione al Trattato: "La pubblicazione d'un trattato dedicato all'argomentazione e la ripresa in esso di un'antica tradizione, quella della retorica e della dialettica greche, costituiscono una rottura rispetto a una concezione della ragione e del ragionamento, nata con Descartes, che ha improntato di sé la filosofia occidentale degli ultimi tre secoli [mio il grassetto]" e sottolineano che "La dissociazione fra forma e sostanza che ha portato a disumanizzare perfino la nozione di metodo, ha indotto anche ad accentuare l'aspetto irrazionale della retorica. Il punto di vista argomentativo introdurrà indubbiamente, in questioni considerate di solito come dipendenti soltanto dall'espressione, vedute che ne mostrano la segreta razionalità [mio il grassetto]". C. Perelman, L. Olbrechts-Tyteca, Trattato dell'argomentazione: La nuova retorica, Torino, Giulio Einaudi Editore, 1966, p.3 Perelman e Olbrechts-Tyteca affermano che "La natura stessa dell'argomentazione e della deliberazione s'oppongono alla necessità e all'evidenza, perché non si delibera dove la soluzione è necessaria, né s'argomenta contro l'evidenza. Il campo dell'argomentazione è quello del verosimile, del probabile, nella misura in cui quest'ultimo sfugge alle certezze del calcolo [mio il grassetto]". Ivi, p. 3. Con questa affermazione gli autori rimarcano la distanza che separa argomentazione e calcolo razionale, argomentazione e necessità, argomentazione e obbligo di credere a qualcosa sulla sola base di dati scientifici e non emotivi. 3) La differenza tra dimostrazione e argomentazione rilevate da Perelman e Olbrechts-Tyteca sono relative: 1) al carattere di necessità delle affermazioni, 2) al numero degli argomenti, generalmente inferiore nelle dimostrazioni e più elevato nelle argomentazioni dove si tende ad aggiungere elementi che rafforzano la tesi; 3) l'importanza assunta dalla disposizione degli argomenti, inferiore nel caso della dimostrazione e strategica nell'argomentazione.

essere altro che un' argomentazione persuasiva, potendosi invece dimostrare che essa entra coerentemente in altri schemi razionali³⁰³.

5) CONTROLLI DI RAZIONALITÀ SULLE PROVE

Il tema delle prove atipiche e del libero convincimento³⁰⁴ del giudice, sollevano un problema fondamentale in riferimento alla vasta eterogeneità del fenomeno probatorio

³⁰³ Cit. M. Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, Giuffrè Editore, Milano 1992, p. 329 ss

³⁰⁴ Sul punto sembra opportuno riportare la recensione di Francesco Caprioli a Carlizzi G., *Libero convincimento e ragionevole dubbio nel processo penale, storia prassi teoria*, Bonomo editore, 2018: "Nato nel diciottesimo secolo come reazione a un sistema di valutazione della prova penale che poggiava su premesse sostanzialmente irrazionalistiche – quel sistema delle "prove legali" che aveva finito per alimentare la ferocia inquisitoria *ad eruendam veritatem*, senza mai autenticamente affrancarsi, come notava Cesare Beccaria, dalla logica superstiziosa che animava gli antichi riti ordalici –, il principio del libero convincimento ha finito paradossalmente per consegnare anch'esso esiti irrazionalistici e anticognitivi. Da un lato esso è presto degenerato, insieme con il principio di ricerca della "verità materiale", in un più generale canone di insofferenza della prova penale a limiti legali in tutte le fasi del procedimento probatorio, ammissione ed acquisizione incluse. «Inatteso e clamoroso capovolgimento semantico», scriveva magistralmente Massimo Nobile: «tipico contrassegno del processo accusatorio», il principio del libero convincimento finì per trasformarsi «in un equivalente della massima che postula un potere tendenzialmente illimitato del giudice nell'accertamento del fatto e secondo la quale nessun prezzo è troppo alto, quando lo scopo è la ricerca della "verità materiale" e la repressione della criminalità». D'altro lato, il convincimento libero ha progressivamente assunto la connotazione "romantica" dell'*intime conviction*, del giudicare "per sentimento" anziché per ragione. Affrancare il giudice da vincoli legali nella valutazione della prova significa soltanto tracciare limiti *negativi* alle dinamiche di formazione del convincimento giudiziale: significa soltanto dire come *non* si deve pervenire al verdetto di colpevolezza o di innocenza. Ma rimane interamente aperto il problema di come quel convincimento debba formarsi in positivo, di quali siano le condizioni probatorie che lo giustificano. Per molto tempo ha appunto prevalso l'idea che convincimento "libero", "intimo", significasse convincimento affidato a intuizioni non razionali, governato da illuminazioni emotive: libertà e razionalità del decidere erano concepiti come i termini di un'antitesi. Solo sul finire del diciannovesimo secolo – grazie al pensiero di giuristi come Giandomenico Romagnosi o Emanuele Carnevale – si è fatta strada l'opinione contraria, ossia l'idea che la valutazione libera delle prove conservasse i caratteri dell'atto razionale, suscettibile, come scriveva ancora Nobile, di essere «analizzato e vincolato a un complesso di regole, anche se non di carattere normativo». Sul terreno dei giudizi di fatto noi ormai coltiviamo apertamente la pretesa di imbrigliare la funzione giudicante all'interno di canoni oggettivi e verificabili di giustificazione razionale del convincimento. Lo dimostra l'art. 606 lett. e c.p.p., che sottopone la motivazione della sentenza a un vaglio di logicità, dando per scontato che esistano criteri razionali per distinguere i ragionamenti oggettivamente "buoni" da quelli "cattivi", i giudizi attendibili da quelli arbitrari. Un tentativo di ricondurre le dinamiche decisionali entro i confini della razionalità è rappresentato dalla consacrazione normativa dell'"oltre ogni ragionevole dubbio" come canone di valutazione delle prove penali (o, secondo alcuni, come regola di giudizio affidata al giudice). Tanto più se il principio che oggi figura nell'art. 533 c.p.p. viene inteso in chiave di probabilità "logica" o baconiana (*id est*, come riferito al grado oggettivo di conferma che le prove forniscono all'ipotesi d'accusa) anziché nel senso della probabilità "quantitativa" o pascaliana (*id est*, come riferito al grado soggettivo di convincimento razionale del giudice in ordine alla circostanza che un determinato fatto si sia verificato o possa

che risulta carente di una disciplina normativa specifica. Il pericolo riguarda la discrezionalità di valutazione che necessariamente caratterizza quest' area, traducendosi in arbitrio soggettivo del giudice che impiega le prove. È proprio in questa

verificarsi). Questo legame indissolubile che avvince libero convincimento e ragionevole dubbio è al centro della riflessione condotta da Gaetano Carlizzi in un pregevolissimo volume di recente pubblicazione (*Libero convincimento e ragionevole dubbio nel processo penale. Storia prassi teoria*, Bonomo Editore, 2018). Come si legge nella prefazione, «il rapporto tra libero convincimento e ragionevole dubbio è qui concepito come il legame essenziale tra l'autonomia valutativa del giudice penale e le direttive prescritte per la ricostruzione del caso in giudizio. Ed è proprio ciò a garantire la giustizia della decisione penale, cioè la sua aderenza sia alle particolarità del caso sia alle aspettative di garanzia dell'imputato» (p. 5). Nella ricostruzione offerta dall'Autore, libero convincimento e ragionevole dubbio sono «due idee capitali del sistema di giustizia penale» (pag. 10) che – pur diverse per genesi e contenuto – si saldano nel confermare e portare alle estreme conseguenze una medesima pretesa di razionalità delle decisioni giudiziarie penali, obbligando il giudice a decidere in fatto perseguendo non già la (inattuabile) certezza assoluta, ma la «certezza ottimale della prova» che si impone nei giudizi penali, nel cui ambito non «può tollerarsi il ricorso a una qualunque delle tante forme di razionalità correnti», ma solo «la più rigorosa», che impone che la colpevolezza dell'imputato sia provata «in maniera massimamente certa» (p. 104). In questa comune proiezione funzionale, il principio del libero convincimento viene ad essere «completato» dal principio del ragionevole dubbio (anziché esserne «limitato», come molti, anche autorevolmente, ritengono): i due principi «non sono in conflitto tra di loro, né sono legati da un rapporto di limitazione unilaterale. Visioni così riduttive, legate all'esperienza degli abusi di discrezionalità della giurisprudenza del passato, ne mortificano la carica propulsiva garantista» (p. 104 s.). Rettamente intesi, e issati su questi robusti cardini costituzionali, libero convincimento e ragionevole dubbio, in conclusione, «possono costituire un binomio formidabile per l'affermazione di quella razionalità (*lato sensu*) giudiziaria da cui dipende [...] la stessa giustizia del diritto» (p. 105). Rimane ovviamente sullo sfondo un interrogativo pregiudiziale: siamo realmente in grado di individuare i criteri che rendono una congettura “buona” anziché “cattiva”, una credenza “più giustificata” di un'altra? Siamo in grado di tracciare, sul terreno dell'accertamento giudiziale, le coordinate all'interno delle quali le inferenze probatorie su cui poggia la decisione del giudice possono ritenersi razionalmente fondate? Le difficoltà nascono dalla constatazione che tali inferenze sono, almeno prevalentemente, di tipo induttivo (*rectius*, abduzioni, inferenze alla spiegazione migliore): e nell'opinione di molti, l'illusione che esista una qualche connessione logica tra l'evidenza di cui si dispone e l'ipotesi da verificare cadrebbe al cospetto dell'invincibile confutazione humeana del ragionamento per induzione. Ancora una volta si tratta di raccogliere la sfida di Hume: è realmente possibile attribuire un fondamento razionale alle inferenze induttive (e, nello specifico del ragionamento giudiziario, a valutazioni che poggiano in larga misura sul “senso comune” e su generalizzazioni in merito al comportamento umano)? Inutile nascondere che l'impresa appare ardua. Sfiata dai paradossi, la logica induttiva sembra incapace di giustificare se stessa: ancora «non disponiamo» – ammettono i filosofi della scienza – «di una definizione del tutto soddisfacente del “concetto qualitativo” di conferma, vale a dire di una soddisfacente caratterizzazione dei casi nei quali una data evidenza *E* conferma (costituisce una buona evidenza per) un'ipotesi *H*» (Festa). Suona convincente, tuttavia, la replica di chi, come Strawson, invita a non confondere due diversi piani del discorso. Certamente la logica non garantisce la conclusione – essa stessa induttivamente suffragata, e quindi contingente – che i connotati di uniformità e regolarità riscontrabili nelle leggi di natura o nei comportamenti umani siano tali da rendere universalmente valide le inferenze induttive. Questo però non significa che il ragionamento induttivo, pur autoalimentandosi, non sia razionale: in un mondo governato dal caos sarebbe l'induzione a farci desistere – del tutto razionalmente – dall'aspettativa di qualcosa di diverso dalla più totale irregolarità; altrettanto razionale, nell'universo che conosciamo, è ritenere fondata un'ipotesi in misura proporzionale alla forza dell'evidenza che la sostiene, così come ritenere attendibile una generalizzazione in misura proporzionale al numero dei casi favorevoli e alla varietà delle circostanze in cui sono stati osservati”.

prospettiva che emerge il tema dei controlli sull'impiego delle prove da parte del giudice, ossia delle modalità attraverso cui tale impiego può rientrare entro limiti di accettabilità razionale. Già con la disciplina giuridica dell'ammissibilità dei mezzi di prova, il legislatore esclude a priori le prove che considera pericolose proprio al fine di evitare errori nella valutazione; inoltre si può evidenziare anche il caso delle regole di prova legale, che escludono la valutazione discrezionale del giudice e proprio in questo trovano una possibile razionalità. Ora è dirimente porsi il seguente interrogativo: esistono controlli applicabili anche laddove non operi la disciplina legale specifica delle prove, che siano idonei ad evitare che la discrezionalità del giudice si traduca in arbitrio³⁰⁵? In primis, vi è un controllo di razionalità della valutazione delle prove, nel senso che i criteri di razionalità operano come criteri di controllo sulla fondatezza del ragionamento del giudice. Questo controllo di razionalità può essere effettuato ex ante dal giudice stesso, in riferimento al fondamento razionale del proprio ragionamento; ex post in quanto la validità del ragionamento del giudice può essere successivamente verificata da altri soggetti mediante gli stessi criteri attraverso il controllo sulla motivazione del giudizio di fatto. Il *minimum* definizionale di valutazione razionale è rappresentato da alcuni criteri necessari. Innanzitutto è necessario che la valutazione della prova non avvenga con metodi qualificati come irrazionali secondo la cultura comune del contesto sociale in cui la decisione viene formulata. Altro criterio di razionalità è rappresentato dall'impiego da parte del giudice di tutti i dati empirici disponibili. Anche le regole di inferenza fra proposizioni relative a fatti giocano un ruolo decisivo nel controllo di razionalità ed il ragionamento può definirsi razionale se sono validi i passaggi inferenziali che lo compongono. Infine è necessario che la valutazione si fondi su un ragionamento internamente coerente, in cui cioè non vi siano contraddizioni e che non vi sia contraddittorietà nei risultati della valutazione congiunta delle prove.

³⁰⁵ M. Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, Giuffrè Editore, Milano 1992, p. 394.

5.1) IL CONTRADDITTORIO E LA MOTIVAZIONE QUALI FORME DI CONTROLLO

Nell' ambito processuale la prova viene utilizzata per l' accertamento dei fatti e quindi oltre ai controlli razionali sull' impiego e la valutazione delle prove, bisogna pensare anche alla possibilità di controlli procedimentali, cioè derivanti dal contesto processuale in cui la prova viene utilizzata. Proprio grazie ad un controllo procedimentale preventivo rispetto alla decisione che entra in gioco il principio del contraddittorio, cardine fondamentale del diritto processuale, con evidente e spiccata funzione di garanzia finalizzata ad attuare controlli disponibili per le parti, sull' uso delle prove da parte del giudice. Tale garanzia, benché già consacrata nella Costituzione italiana con riferimento alla giurisdizione, all'azione, al diritto di difesa³⁰⁶, trova una espressa enunciazione nell' art. 111 (introdotto dalla legge cost. n. 2 del 1999), che si allinea alle fonti internazionali e sovranazionali sui diritti umani (si considerino, ad esempio, gli artt. 8,10, 11 della Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948, l'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950, l'art. 14 del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966), dove sono enumerati in modo inequivocabile i requisiti del processo fair o équitable³⁰⁷ caratterizzato, in quanto tale, dalla presenza del contraddittorio tra le parti, le quali, in condizioni di parità davanti ad un giudice terzo e imparziale, partecipano al suo svolgimento in maniera informata e consapevole, nelle modalità di un'interazione dialettico - discorsiva, entro un lasso temporale adeguato alle vicende processuali³⁰⁸. Il principio del contraddittorio caratterizza strutturalmente la *fairness* processuale. Un aspetto di tale principio è costituito dal diritto di difesa, posto che, ove mancasse la possibilità di difendersi, non vi sarebbe spazio per la dialettica tra parti contrapposte, che si "fanno sentire", potendo esporre le ragioni

³⁰⁶ S. Chiarloni, Il nuovo art. 11 Cost e il processo civile, in "Rivista di diritto processuale", LV, 2000, p. 1011; V. CAIANIELLO, Riflessioni sull'art. 111 della Costituzione, in "Rivista di diritto processuale", LVI, 2001, pp. 43, 47; M. CHIAVARIO, Giusto processo: II) Processo penale, in "Enciclopedia giuridica", XV, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 2001 (Aggiornamento), p. 2; L.P. COMOGLIO, Etica e tecnica del "giusto processo", Giappichelli, Torino, 2004, pp.52-54, 93-94.

³⁰⁷ L. P. Comoglio, Etica e tecnica del "giusto processo", cit., pp. 156 ss., 165 ss.; G. UBERTIS, Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo, Raffaello Cortina, Milano, 2000, pp.7-8; E. AMODIO, Processo penale, diritto europeo e common law dal rito inquisitorio al giusto processo, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 131-151, il quale vede nel riconoscimento del "giusto processo" formulato nell'art 111 Cost "il frutto di una riscoperta del giusnaturalismo processuale" (ivi, pp.134, 140).

³⁰⁸ L'art 111 Cost. parla di "durata ragionevole" del processo assicurata dalla legge.

proprie e controbattere quelle avversarie³⁰⁹. Il principio del contraddittorio, però, assume una valenza che riguarda non solo la situazione dei portatori di interessi in conflitto, ma anche l'assetto della giurisdizione, collegandosi alla necessaria presenza di un organo giudicante "terzo", indipendente ed imparziale, che decide dopo aver ascoltato le parti su ogni questione di cui è investito³¹⁰. Il contraddittorio, comunque, presenta un essenziale valore euristico-epistemologico, in ragione della considerazione del metodo dialettico come quello migliore finora escogitato per l'accertamento della verità degli enunciati fattuali formulati dalle parti³¹¹, in quanto presupposto per poter adeguatamente decidere quale sia la norma applicabile al caso concreto³¹². Per quanto concerne l'applicazione del contraddittorio nell'ambito specificamente probatorio, il principio è che la decisione dovrebbe fondarsi solo sugli elementi discussi dalle parti nel corso del processo, con un'importanza fondamentale a proposito della decisione sul fatto. La regola del contraddittorio può funzionare anzitutto come controllo in ordine alla determinazione del materiale probatorio destinato a costituire la base per la decisione. La prima attività mira ad assicurare il rispetto delle regole logiche (ossia il criterio della rilevanza) e giuridiche (ossia le norme sull'ammissibilità) che governano l'ammissione delle prove nel processo. La seconda attività pone in essere a sua volta un controllo in quanto consiste nell'introdurre nel processo prove destinate a confermare

³⁰⁹ Sul punto V. B. Pastore, *Decisioni, argomenti, controlli. Diritto positivo e filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino 2015

³¹⁰ Non va dimenticato, infatti, che l'essenza del contraddittorio sta proprio nel confronto di argomenti su ogni tema decisorio, nella pratica comunicativa espressa dalla regola dell'*audi et alteram partem*. Così Ferrua, *Il 'giusto processo'*, cit., p. 62.

³¹¹ Sull'idea che "il metodo dialettico rappresenta finora quello migliore escogitato dagli uomini per stabilire la verità degli enunciati fattuali, in qualsiasi campo e specialmente in quello giudiziario" v. G. Ubertis, *Sistema di procedura penale. I. Principi generali*, Utet., Torino, 2004, p. 84. Cfr. J.H. WIGMORE, *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, vol. V, Little, Brown and Company, Boston, 1940, p. 29.

³¹² G. Ubertis, *Principi di procedura penale europea*, cit., pp. 35-37; Il contraddittorio, dunque, è sulla prova, ma anche per la prova. Cfr. Chiavario, *Giusto processo: Il) Processo penale*, cit., pp. 6, 16 ss.; V. GREVI, *Spunti problematici sul nuovo modello costituzionale di «giusto processo» penale (tra «ragionevole durata», diritti dell'imputato e garanzia del contraddittorio)*, in "Politica del diritto", XXXI, n. 3, 2000, pp. 430-434. Propriamente, pur caratterizzando il "contraddittorio delle parti, in condizioni di parità" come garanzia strutturale di ordine oggettivo concernente la giurisdizione, l'art. 111 Cost., al 4° comma, afferma che (solo) il processo penale "è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova". Si vedano, al riguardo, le osservazioni di Comoglio, *Etica e tecnica del "giusto processo"*, cit., pp. 63-74. Scrive G. Dichiarà, *Ragionevolezza e processo penale. Un'indagine attraverso i paradigmi dell'elaborazione della prova in contraddittorio*, in "Ars interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica", 7, 2002, p. 414: "al contraddittorio in senso soggettivo, scolpito dall'art 111, 3° comma, Cost. ed eminentemente inteso quale diritto dell'imputato di confrontarsi con il suo accusatore, si contrappone il contraddittorio in senso oggettivo, inteso quale metodo per la formazione della prova, cui allude l'art. 111, 2°, 4° e 5° Cost.". Così, il profilo metodologico cui si riferisce ora l'art. 111 Cost. si sostanzia nel contraddittorio per la prova.

una versione del fatto diversa o contraria³¹³. È proprio la deduzione di prove contrarie che tende a fornire elementi di confronto e di contraddizione rispetto all' esito delle prove positive, con una concreta possibilità di controllo poiché la verifica dell' attendibilità di una prova si compie meglio nel confronto di essa con una prova contraria. Il contraddittorio nella formazione della prova non ha solo la funzione formale di completare l'attuazione della garanzia della difesa, ma soprattutto quella di far sì che l' attività delle parti serva a verificare in itinere la qualità della prova che si pone in essere. Il contraddittorio delle parti rispetto alla valutazione delle prove serve specificamente come strumento di controllo dei poteri discrezionali del giudice, in quanto consente di indicare i criteri secondo cui tali poteri dovrebbero essere esercitati, e comunque di svolgere preventivamente argomentazioni difensive al riguardo. La differenza tra un esercizio tendenzialmente arbitrario e un esercizio ragionevole e controllato di questo potere sta nella possibilità per le parti di conoscere e discutere prima della decisione le relative scelte del giudice. Se sono innanzitutto le parti ad impiegare le regole dell' analisi razionale delle prove, allora il contraddittorio può veramente fornire al giudice gli elementi per una valutazione razionale, in tal modo le parti possono influenzare la discrezionalità del giudice sulla strada della razionalità anziché del soggettivismo incontrollato che rischierebbe di sfociare nel libero arbitrio³¹⁴. Oltre al controllo ex ante assicurato dal contraddittorio, vi è un possibile controllo ex post, concernente la motivazione della sentenza. La sua principale funzione 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

³¹³ M. Taruffo, *Il diritto alla prova*, cit. p. 98 ss.

³¹⁴ M. Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, Giuffrè Editore, Milano 1992, p. 401 e ss.

possibile trarre elementi significativi in riferimento al ragionamento del giudice³¹⁵, degenerando così in una non-motivazione. Tuttavia si può sostenere che l' esistenza di una prassi così deludente non dimostra l' impossibilità di adeguati controlli razionali e procedurali, sull' impiego delle prove nell' ambito della discrezionalità del giudice. Se i giudici, in virtù del principio del libero convincimento, spesso sfociano in mero arbitrio, il rimedio non è riscontrabile nell' annichilimento del loro potere discrezionale, bensì proprio nella costruzione e nell' attivazione di controlli razionali e procedurali che possano assicurare una ragionevolezza nelle scelte relative all' impiego e alla valutazione delle prove³¹⁶, elementi fondamentali dello *iusdicere*.

6) LA GIUSTIFICAZIONE DELLA DECISIONE

È stato osservato come una teoria del ragionamento giuridico si proponga, tradizionalmente, di spiegare a quali condizioni la sentenza del giudice sia giustificata in un certo contesto giuridico, al fine di garantire che il potere giudiziale venga esercitato in modo conforme al diritto. La teoria contemporanea del ragionamento giuridico è in grado di assolvere tale compito? Le ricerche in questo campo di studi hanno compiuto, a partire dalla seconda metà del secolo scorso, progressi assai rilevanti. I teorici del ragionamento giuridico hanno posto in evidenza come la giustificazione della decisione giudiziale sia un processo complesso e articolato, che coinvolge un numero assai elevato di premesse sia di tipo normativo sia di tipo fattuale, collegate tra di loro da catene inferenziali che sono solo in parte riconducibili alle regole della logica classica. Ciò trova spiegazione nel fatto che la motivazione della sentenza dipende da numerose scelte discrezionali compiute dal giudice, scelte che vengono spesso occultate nel ragionamento o presentate in modo tale da riscuotere l'adesione dell'uditorio a prescindere dalla correttezza logica del percorso compiuto per giustificarle. Nella costruzione di un modello di giustificazione della sentenza, il teorico del diritto è chiamato dunque a individuare quali sono queste scelte, come pure il tipo di giustificazione di cui esse sono suscettibili alla luce delle loro caratteristiche peculiari, della struttura dell'ordinamento, dei concetti elaborati dalla scienza giuridica

³¹⁵ M. Taruffo, La fisionomia della sentenza in Italia, in *La sentenza in Europa. Metodo tecnica e stile*, Padova 1988, p. 201 ss.

³¹⁶ M. Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, Giuffrè Editore, Milano 1992, p. 408 e ss.

e dalla dottrina, delle regole di inferenza accettate in una certa comunità giuridica. Sotto questo profilo, come ha osservato Wróblewski³¹⁷, risultano pertanto utili i contributi forniti sia dalle concezioni antiformaliste sia dalle teorie analitiche, a patto che lo studioso abbia l'accortezza di distinguere il tipo di discorsi che questi approcci di volta in volta formulano. Considerata la complessità che caratterizza la giustificazione razionale della sentenza, e gli ampi spazi di discrezionalità di cui il giudice in essa dispone, la teoria del ragionamento giuridico è tuttavia davvero in grado di porre sotto controllo le decisioni giudiziali³¹⁸? Va subito detto, a scanso di equivoci, che la teoria del ragionamento giuridico non avanza la pretesa di fornire un metodo per individuare l'unica soluzione corretta del caso – anche ammettendo, per amore di discussione, che una soluzione siffatta possa esistere davvero. Essa si accontenta di elaborare strumenti utili per accertare se è corretta la giustificazione della decisione. Che tipo di controllo consentono dunque di esercitare questi strumenti teorici? Si tratta in primo luogo di un controllo *interno* alla motivazione. Una volta esplicitate le premesse decisionali, nei loro diversi livelli di sviluppo, e individuate le regole di inferenza accettate nel contesto considerato, un modello del ragionamento ben formato è in grado di determinare se la conclusione raggiunta è o meno giustificata. I due passaggi cruciali propedeutici a questo tipo di controllo consistono nel rendere esplicito ciò che è implicito nelle parole della motivazione, evidenziando i presupposti non dichiarati del ragionamento e nell'identificare le regole di inferenza utilizzate, descrivendo le loro caratteristiche logiche e/o retoriche peculiari. Ciò consente, in secondo luogo, un controllo *esterno* della motivazione. Come abbiamo appena osservato, l'analisi del ragionamento giuridico consente di mettere in luce le premesse implicite da cui muove la motivazione, e dunque le scelte che il giudice necessariamente compie a prescindere da quanto esplicitamente dichiarato in essa. Allo stesso tempo, tale analisi mostra se la conclusione del giudice segua in maniera necessaria da tali premesse, oppure se tale

³¹⁷ Wróblewski formula la "distinzione tra giustificazione interna ed esterna delle decisioni giudiziali. 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". Cfr. Faralli C. *La filosofia del diritto contemporanea*, Editori Laterza, Roma-Bari 2015

³¹⁸ L. Gianformaggio, *Modelli di ragionamento giuridico, modello deduttivo, modello induttivo, modello retorico*, Edizioni di Comunità, Roma 1983, pp. 94-96.

conclusione sia soltanto possibile, probabile, accettabile, auspicabile, ovvero priva di un supporto razionale comunque concepito. In questo modo, le premesse della decisione, e il ragionamento esibito per giustificarla, sono offerti al giudizio dei loro destinatari, oltre che a quello della compagine sociale nel suo complesso. Da questo angolo visuale, pertanto, la teoria del ragionamento giuridico mantiene la promessa di svolgere una funzione critica, sebbene entro i limiti appena indicati, nei confronti dell'esercizio dei poteri istituzionali³¹⁹.

6.1) LA GIUSTIFICAZIONE INTERNA

Al fine di affrontare direttamente il problema conviene utilizzare la distinzione tra giustificazione interna, ossia la giustificazione della decisione in base alle sue premesse, e giustificazione esterna, ossia la giustificazione della scelta delle premesse³²⁰. Per quanto riguarda la giustificazione interna della decisione fondata su uno standard, alcune indicazioni derivano dalla struttura di tale decisione. Data la preminenza del fatto, è da qui che bisogna partire. Ciò significa che la base della giustificazione è costituita dall'accertamento del fatto, fondato su prove sufficienti a confermarne la verità. Si tratta di un elemento necessario in generale nella motivazione della sentenza, ma che acquista un'importanza particolare sotto il profilo dell'applicazione dello standard. Da un lato poiché lo standard opera come criterio di valutazione di un fatto, è necessario che questo fatto sia precisamente individuato e accertato in modo sicuro, e che ciò sia espresso e giustificato nella motivazione. Dall'altro lato occorre che il giudice metta in evidenza gli elementi della situazione di fatto che sono particolarmente rilevanti per l'applicazione dello standard. Così se si tratta di stabilire che un danno è grave, occorre che il danno sia accertato e quantificato. Se lo standard implica la valutazione di un comportamento debbono essere valutati gli elementi concreti e specifici del comportamento che possono essere valutati secondo lo standard. Occorre cioè che la premessa di fatto dell'applicazione dello standard sia specificamente e precisamente indicata. È vero che quando una norma contiene uno standard essa fa

³¹⁹ D. Canale, *Il ragionamento giuridico* in G. Pino, A. Schiavello, V. Villa, *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Torino, Giappichelli, 2013.

³²⁰ Sul punto V. J. Wròblewski, *Law-making and hierarchies of values*. Duncker & Humblot, 1987; *Legal reasonings in legal interpretation*. Centre National Belge de Recherches de Logique, 1969

riferimento a valutazioni piuttosto che a fatti, ma ciò non significa che il giudice non debba accertare i fatti. Ciò vuol dire soltanto che la norma non definisce esattamente il fatto, poiché attribuisce rilievo prevalente alla valutazione. Il giudice deve però accertare comunque i fatti soggetti a valutazione: è per questo cioè proprio perché spetta al giudice di determinare i fatti che vengono valutati, che tali fatti devono essere specificamente ed espressamente indicati, al fine di stabilire il fondamento fattuale concreto della valutazione prevista dalla norma. Al contempo occorre anche che la premessa valutativa sia indicata esplicitamente: ciò significa che il giudice non può limitarsi ad enunciare la situazione del fatto, ma che egli deve rendere esplicito il criterio della valutazione. Deve indicare il criterio che giustifica la valutazione del fatto, altrimenti apparirà arbitraria. Ciò pone un importante problema, poiché lo standard contenuto nella norma è di per sé vuoto e richiede di essere concretizzato con riferimento a criteri extragiuridici, ne deriva che la valutazione concreta non può essere giustificata col solo richiamo allo standard. La base della valutazione non è lo standard preso come formula generale, ma il criterio extragiuridico di valutazione che il giudice pone nello standard al fine di decidere il caso concreto. La premessa valutativa che fonda la giustificazione interna non è dunque lo standard in sé, ma il criterio di valutazione che ne costituisce per il giudice il significato concreto. Infine deve essere dimostrata la congruenza tra il fatto e lo standard concretizzato in uno specifico criterio di valutazione. Non si tratta di cosa ovvia, al contrario si sottolinea spesso che la congruenza è la chiave della giustificazione delle decisioni fondate su principi o criteri valutativi. Si può quindi rinviare alla relativa dottrina per un'analisi approfondita del concetto di congruenza come criterio fondamentale di razionalità dei giudizi di valore³²¹. Va comunque sottolineato che non vi è giustificazione interna della decisione fondata su un criterio valutativo se il fatto non è congruente con tale criterio e se il criterio non è congruente rispetto al fatto. Ciò che conta è che tale congruenza, nel suo duplice significato, deve essere chiara nel contesto espresso e argomentato della motivazione della sentenza.

³²¹ N. MacCormick, *Coherence in Legal Justification*, in *Theory of Legal Science*, cit. pp. 235 ss.

6.2) LA GIUSTIFICAZIONE ESTERNA: GIUDICE SOCIOLOGO, CHE ATTUA VALORI INDIVIDUALI, CHE CREA CRITERI DI VALUTAZIONE

Se la giustificazione interna della valutazione fondata su uno standard è necessaria, essa però non è sempre sufficiente per la giustificazione della decisione. Si può ritenere infatti che la giustificazione interna basti nelle situazioni in cui è lecito supporre che non vi siano dubbi o problemi rilevanti quanto alla scelta e all' accettabilità delle premesse. Ma il caso della decisione fondata su standards è del tutto diverso: poiché la norma lascia al potere creativo del giudice l' integrazione valutativa dello standard, tramite la scelta del criterio idoneo alla situazione del fatto, ciò che in linea di massima ne deriva è la necessità della giustificazione esterna, concernente la determinazione della premessa valutativa che serve a integrare la norma. Che una giustificazione priva di ciò che riguarda la scelta del criterio di valutazione sia inadeguata, pare abbastanza evidente, è però assai difficile stabilire ciò che occorrerebbe per una giustificazione soddisfacente di tale scelta. Diversi problemi derivano dal fatto che gli standards non sono omogenei né per struttura né per contenuto; altri problemi derivano dal fatto che la dottrina ha prodotto un certo numero di definizioni del concetto di standard, che sono assai diverse e influiscono sia sul problema della scelta del criterio di valutazione da parte del giudice, sia sul problema della relativa giustificazione. Non è possibile tentare qui un esame analitico del repertorio degli standards né una discussione organica delle teorie proposte in dottrina, tanto più che la maggior parte di queste teorie non riguardano il problema della giustificazione della decisione. La teoria degli standards che si può considerare classica ravvisa nello standard un punto aperto nel sistema del diritto positivo, attraverso cui il giudice guarda ai valori e ai criteri di valutazione che esistono nella società. Si mira ad oggettivizzare il più possibile l' impiego degli standards da parte del giudice. Lo standard rimanda il giudice alle valutazioni oggettivamente valide che esistono nella collettività o nell' ambito di gruppi sociali determinati. In questa prospettiva il compito del giudice è di stabilire quali sono le regole morali esistenti nella società eventualmente utilizzando gli strumenti della ricerca sociale. Questa teoria dal punto di vista della giustificazione della decisione fondata su standards, pone problemi e mostra i suoi limiti. Se si chiede secondo questa teoria quale può essere la giustificazione della scelta del criterio di valutazione, la

risposta è che la giustificazione è data dall' esistenza del criterio nella coscienza sociale collettiva, o semplicemente nel senso comune: se risulta vero, magari in base ai dati sociologici, che un certo criterio esiste, allora è giusto che il giudice se ne serva. Il giudice non si limita semplicemente a derivare dall' esterno il criterio di valutazione, ma lo riformula ogni volta nella singola fattispecie. Tale riformulazione è il risultato di una scelta che deve essere giustificata³²².

³²² Riferendoci al ragionamento giuridico come il procedimento intellettuale di giustificazione di una decisione interpretativa il rimando è in primo luogo alle ragioni effettivamente addotte dall'interprete per giustificare tale decisione. Tale decisione, utilizzando una terminologia ormai corrente, è quella relativa alla formulazione della premessa maggiore normativa del sillogismo giuridico, o giustificazione esterna in diritto N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, capp. V-VIII (che parla in realtà di giustificazione di secondo livello); J. Wróblewsky, *Legal Syllogism and the Rationality of Judicial Decisions*; P. Chiassoni, *La giurisprudenza civile*, pp. 56-58, 151 ss.; R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cap. VIII. È in altre parole la decisione relativa alla formulazione della norma (esplicita o implicita; regola o principio, e così via) da applicare sussuntivamente al caso concreto. Solitamente, nel caso delle decisioni interpretative assunte da organi giurisdizionali, le ragioni impiegate per pervenire alla formulazione della norma sono esplicitate nella motivazione della sentenza, e consistono in una varietà di tecniche e di argomenti finalizzati a mostrare la bontà della decisione adottata. Assumo, qui, l'idea ormai consolidata, e in fondo banale, che le ragioni esplicitamente addotte non sempre e non necessariamente coincidono con le considerazioni (contingenti, idiosincratice, legate a simpatie politiche, a opzioni ideologiche, a processi digestivi) che concretamente possono aver influito sulla decisione presa dall'interprete: idea che si riflette nella contrapposizione secca tra ragionamento decisorio (contesto di scoperta, i processi psicologici che di fatto attraversano la testa del giudicante) e ragionamento giustificativo (contesto di giustificazione, gli argomenti esplicitamente adottati in motivazione) Per una problematizzazione della distinzione tra contesto di scoperta e di giustificazione, v. T. Mazzarese, *Forme di razionalità delle decisioni giudiziali*, cap. 3. Occorre comunque sottolineare che l'analisi del ragionamento giuridico giustificativo, se non è limitata alla semplice collazione degli argomenti presenti in una motivazione, ha una valenza spiccatamente normativa, perché normativo è il concetto di ragionamento, o di giustificazione Cfr. P. Chiassoni, *La giurisprudenza civile*, p. 58: [è importante mettere in luce] «a) che le motivazioni sono, di fatto, degli insiemi di argomenti; b) che le motivazioni dovrebbero essere degli insiemi di (buoni) argomenti; c) che ciò di cui è opportuno occuparsi, in teoria e in pratica, [...] consiste nel saggiarne l'adeguatezza a giustificare una certa decisione, dal punto di vista del diritto positivo e della cultura giuridica» (corsivi nell'originale). È ovvio che un "ragionamento" non consiste in una qualsiasi successione di proposizioni, ma in una serie di proposizioni collegate da inferenze, tale che una di queste proposizioni (la conclusione) dovrà risultare in vario modo giustificata dalle altre (le premesse). L'analisi del ragionamento deve pertanto assumere che ci sono schemi di ragionamento, di inferenze, appropriati o meno a certi contesti, e ogni schema di ragionamento ha un proprio statuto, un insieme di criteri che ne governano, a seconda dei casi, la validità, la correttezza, la cogenza, la plausibilità – ed è precisamente questo che consente di parlare di errori nel ragionamento. In molti casi, data una certa decisione interpretativa, questa può plausibilmente, sensatamente, ragionevolmente essere raggiunta solo con un ragionamento di un certo tipo; e per converso in molti casi, dato un certo tipo di problema, il ragionamento che porta alla sua soluzione (o ad una proposta di soluzione) non può che avere una certa forma, non può che includere certe operazioni intellettuali (così, ad esempio, si può assumere che in certi contesti il ragionamento giuridico non può che avere una forma spiccatamente

L'indagine lato sensu sociologica può consentire al giudice di interpretare lo standard secondo i criteri in vigore nella società, ma non fornisce alcuna giustificazione dell'impiego di questi criteri: occorre comunque che il giudice giustifichi, sulla base dei valori che egli condivide, la scelta relativa all'uso di un criterio di valutazione nel caso concreto. Nel caso di conflitto o differenza tra diversi criteri valutativi esistenti nella società, il giudice si trova di fronte ad un'alternativa: egli può decidere di non applicare nessuno di questi criteri e di conseguenza viene a trovarsi di nuovo in una situazione di vuoto, oppure decide di applicarne uno, ma allora deve scegliere tra i diversi criteri che esistono nell'ambiente sociale. Se comunque il giudice riesce ad individuare un criterio di valutazione utilizzabile, ciò dipende a fortiori da una scelta di valore del giudice. Ma allora non si può sostenere che la decisione fondata su uno standard è giustificata dal fatto che il criterio di valutazione in essa impiegato esiste nella società. Anche se esso esiste davvero, il punto fondamentale è che esso è stato scelto dal giudice entro possibilità diverse e contrastanti: è questa scelta che deve essere giustificata. Ancora una volta, dunque ci si ritrova a constatare che una giustificazione empirica fondata sull'esistenza sociale del criterio valutativo impiegato dal giudice non è affatto adeguata, e che occorre anche una giustificazione di validità, ossia l'enunciazione argomentata delle ragioni per cui la scelta del giudice può essere considerata ragionevole ed accettabile. Si tratta di valori che riguardano i valori del giudice e il fondamento della sua adesione ai criteri di valutazione propri di un determinato gruppo sociale.

particolaristica, nonostante qualunque altra forma il ragionamento abbia esplicitamente assunto nella motivazione. Quindi l'analisi del ragionamento giuridico include legittimamente anche una fase per così dire di controllo, in cui gli argomenti effettivamente offerti in motivazione vengono testati non solo in base al diritto positivo e alle convenzioni accettate nella cultura giuridica, ma anche a fronte di uno schema ideal-tipico di argomentazione appropriato al contesto rilevante (ad esempio: può una norma estremamente generica e formulata in termini valutativi essere applicata direttamente con un ragionamento sussuntivo? Oppure una simile attività presuppone concettualmente una serie di ulteriori operazioni – bilanciamenti, considerazioni olistiche, specificazioni, ecc., esplicitate o meno in motivazione?). Questa dimensione del ragionamento giuridico, pur rappresentando la struttura profonda, il sostrato concettuale, del ragionamento giustificatorio, potrebbe non essere adeguatamente catturata dalla dicotomia secca tra ragionamento decisorio e ragionamento giustificatorio. Se quanto detto è corretto, allora nell'ambito di una attività interpretativa e argomentativa questa dimensione del ragionamento, anche se non esplicitata in motivazione, è legittimamente oggetto di indagine della teoria del ragionamento giuridico. Cfr. Pino G., *Diritti fondamentali e ragionamento giuridico*, Giappichelli Editore, Torino 2008 pp. 33 e ss.

7) LA NECESSITÀ DI UNA DIMENSIONE ARGOMENTATIVA IN QUALSIASI SISTEMA PROBATORIO

È noto come l'“argomentazione”, o per meglio dire la funzione argomentativa della prova nel processo, inevitabilmente riemerge anche nei moderni sistemi processuali, pure prevalentemente ispirati alla teoria dimostrativa della prova. Infatti, sebbene comunemente si sostenga che, dopo l'illuminismo, la teoria argomentativa della prova abbia sostanzialmente ceduto il passo a quella dimostrativa, così non pare essere per chi sostiene che anche le c.d. teorie dimostrative sarebbero “in realtà teorie argomentative”³²³. In effetti, sostenere la funzione dimostrativa della prova nel processo non significa in alcun modo bandire dal processo l'“argomentazione”. Piuttosto, proprio la struttura dialogica consustanziale al processo rende imprescindibile al suo interno anche la componente argomentativa. Sono note le acquisizioni alle quali è approdata la riflessione teorica sulla funzione della prova giudiziaria in generale. Il riferimento è, come appare evidente, alla convinzione, sempre più diffusa (e sempre meno contestabile anche sul piano più squisitamente giuridico e costituzionale) che la prova giudiziaria svolga una funzione non dissimile dalla prova nel contesto della ricerca scientifica o in quello della ricerca storica, sebbene operi in un contesto notevolmente diverso da quello della ricerca scientifica e di quella storica. Vale a dire, la funzione di dimostrare – mediante il ricorso a strumenti di tipo razionale – la verità/falsità delle affermazioni fattuali prodotte dalle parti nel processo (c.d. teorica della funzione dimostrativa della prova). Intesa in questi termini la funzione della prova giudiziaria non pare potersi distinguere (dal punto di vista epistemologico) dalla funzione svolta dalla prova in altri settori della conoscenza umana, in quanto anche al di fuori del fenomeno processuale, essa serve comunque a dimostrare, sulla base di un procedimento razionale o matematico, se determinati eventi trascorsi siano accaduti oppure no e se siano accaduti nei termini in cui sono riferiti. Quindi, così come fuori del processo la prova serve a “verificare” (*verus-facere*) determinati enunciati, all'interno del processo essa ha la funzione di “verificare” le affermazioni delle parti su determinati eventi accaduti nel passato. Ciò, ovviamente, nell'ottica della concezione aristotelica della verità, vista come *adaequatio rei et*

³²³ V. A. Gentili, *Il diritto come discorso*, Giuffrè Editore, Milano 2013

intellectus, o teoria della verità-corrispondenza alla realtà ³²⁴. Non a caso tradizionalmente l'opera del giudice è stata avvicinata – a seconda dei casi – a quella dello storico³²⁵ o a quella dello scienziato³²⁶: all'interno come fuori del processo, infatti, la prova serve per risolvere un problema conoscitivo circa la verità/falsità dell'affermazione di determinati accadimenti, sulla base di un procedimento razionale di accertamento dei fatti. Il dato di partenza di quest'impostazione è, dunque, l'adesione a una ben precisa ricostruzione della funzione probatoria, che in questo momento storico appare senza dubbio prevalente, e cioè la convinzione che la prova nel processo svolga una funzione conoscitiva. Con la conseguenza che, da una parte, si ritiene necessario che il procedimento probatorio del giudice sia impostato su schemi razionali; dall'altra parte, si ritiene che solo in questo modo sia possibile ottenere il controllo delle scelte operate dal giudice nella formazione del suo convincimento sulla veridicità o meno delle affermazioni fattuali. Questo implica evidentemente alcuni corollari. Anzitutto, che la prova nell'ambito del processo ha ad oggetto non direttamente i "fatti" della causa, ma gli "enunciati" o meglio le "allegazioni" relative ai fatti di causa, e questo perché i fatti "sono" o "non sono" e non possono quindi essere oggetto di valutazione da parte del giudice e si estende a tutti gli "enunciati" o "allegazioni" rilevanti per la decisione, e dunque sia a quelli che fanno riferimento ai c.d. fatti principali, sia a quelli che, invece, interessano i c.d. fatti secondari³²⁷. Inoltre, che la prova mira a stabilire se gli "enunciati" o "allegazioni" fattuali possano considerarsi veri (o meglio, corrispondenti al reale) oppure no ai fini della decisione e per raggiungere tale obiettivo si serve di procedimenti logico-razionali (e non intuizionistici o argomentativo-persuasivi), in quanto soltanto questi rendono controllabili dall'esterno (dalle parti, dal giudice dell'impugnazione, dall'opinione pubblica) i risultati "conoscitivi" raggiunti. Non può escludersi, perciò, anche la

³²⁴ In proposito v. Tarski 1933, nonché Popper 1994, 420 ss. Sulla "teoria della corrispondenza" della verità ampiamente D'agostini 2011, 47 ss.

³²⁵ V., in particolare, Calamandrei 1965; Capograssi 1950; Pugliatti 1961, spec. 96 ss. Per la critica di quest'accostamento v. Taruffo 1967; Nobili 1974, 47 ss.

³²⁶ Su questo raffronto v., soprattutto, Denti 1972; Cavallone 1991, 395 n. 133; Taruffo 1992, 303 ss.

³²⁷ Che la prova abbia ad oggetto non i fatti, ma le affermazioni, in quanto queste «non si conoscono ma si controllano, i fatti non si controllano ma si conoscono» (così Carnelutti 1992, 44) e serve, perciò, a convalidare «proposizioni che parlano di eventi passati, come tali non direttamente accessibili all'esperienza» (come dice Ferrajoli 1989, 25) è opinione pacificamente condivisa dalla dottrina (v., per tutti, Verde 1988, spec. 589 ss.; Taruffo 1992, 1 ss.) e, talvolta, si ritrova anche espressamente indicata in affermazione legislative (v., ad es., il § 286 della Z.P.O. tedesca, dove lo scopo della libera valutazione del giudice, la c.d. *freie Beweiswürdigung*, vienecollegato alla verifica della verità o falsità delle allegazioni: «*ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei*»).

presenza di una componente “argomentativa”, più o meno rilevante in qualsiasi sistema probatorio. L’“argomentazione” è componente ineliminabile della prova nel processo per la semplice ragione che il “fatto” oggetto della prova (il *factum probandum*) è oggetto di un racconto, di una ricostruzione che la parte sottopone all’esame del giudice: «quando nel contesto del processo si parla di un fatto, si intende in realtà fare riferimento non ad una entità materiale ma ad una entità *linguistica*, ossia ad un enunciato o ad un gruppo di enunciati che riguardano – ossia: affermano, descrivono – una circostanza che si ipotizza essersi verificata nel mondo dei fenomeni “reali”»³²⁸. In altri termini, più che valere come manifestazione di volontà delle parti, vincolante per il giudice, la “ricostruzione” o “narrazione” fattuale, e dunque l’allegazione dei fatti rilevanti, si presenta allo stato di mera (*allegazione*, appunto) da verificare in sede processuale al fine di supportare la volontà di ottenere la pronuncia di un provvedimento giudiziale (*petitum*) e, con questo, la produzione degli effetti giuridici sostanziali. Essa, di conseguenza, nel momento in cui viene effettuata, rileva quale ipotesi ricostruttiva dei fatti rilevanti ai fini dell’applicazione di una specifica disposizione, e dunque per la produzione degli effetti giuridici da essa previsti, che la parte individua per la qualificazione giuridica della fattispecie storica allegata³²⁹. Determinando, in concreto, «una enunciazione complessa perché formata in realtà da due enunciazioni: una afferma che il fatto si è verificato, l’altra che esso ha un certo valore secondo un appropriato criterio di valutazione»³³⁰. E tuttavia, la componente “ricostruttiva”, “narrativa”, “argomentativa” dei fatti, per quanto ineliminabile, non può essere considerata esclusiva, presupponendo, comunque, la loro *verificabilità*, la dimostrazione della loro conformità al reale. È solo all’esito di questa “dimostrazione”, condotta nel pieno contraddittorio fra tutti i protagonisti processuali, che l’enunciato sul fatto acquista la qualità per essere considerato corrispondente al reale (“vero”) e dunque sussumibile alla base della decisione giudiziale³³¹: «la giustizia della sentenza

³²⁸ Così Taruffo, 2012.

³²⁹ Sull’attività di selezione dei fatti che la parte compie in relazione ad una specifica fattispecie giuridica assunta come ipotesi ricostruttiva v. già Carnelutti 1956, 93 il quale osserva che «nella formazione processuale, giudizio di fatto e giudizio di diritto procedono alternamente: un primo giudizio approssimativo sul fatto, richiamando all’esperto una fattispecie, provoca un giudizio altrettanto approssimativo sulla norma giuridica; a sua volta tale giudizio stimola un se nel fatto ricorrono i caratteri della fattispecie»; Taruffo 1970, 27 ss. e 34 ss.

³³⁰ Così TARUFFO 1992, 106; v. anche TARUFFO 2009, 43 ss.

³³¹ V., in particolare, Ferrer Beltràn 2002, 63 ss., 85 ss. e 113 ss.

[come ammoniva Tullio Ascarelli] sta nel cammino seguito pel risultato»³³². Si ritiene che anche le teorie dimostrative siano in realtà teorie argomentative. Gli argomenti fondamentali adottati a sostegno di questa convinzione si concentrano, da un lato, sull'impossibilità di avere, nei sistemi processuali, una prova realmente dimostrativa e, dall'altro lato, sull'affermazione che «contro l'idea corrente, anche alla prova argomentativa possa, e allora debba, presiedere la razionalità»³³³. Soffermiamoci sull'argomento dell'*impossibilità di avere una prova realmente dimostrativa*. L'argomento trae linfa da un assunto di partenza. La riflessione intorno alla prova prende senso dalla concezione del processo e si ritiene che «il processo civile può essere questo e quello: ricerca della verità e composizione del conflitto». Di riflesso, le teorie sulla prova sono dipese dalla concezione del processo, dalla contrapposizione fra finalità della ricerca della verità e finalità della composizione del conflitto: «la verità nella teoria dimostrativa propria della concezione del processo come ricerca della verità; il conflitto nell'argomentativa propria della concezione del processo come composizione di un conflitto»³³⁴. Ora, credo che un'affermazione così netta della contrapposizione della concezione del processo fra “ricerca della verità” e “composizione del conflitto” esclude che possa sussistere una commistione delle due concezioni. In realtà, anche assumendo come concezione del processo la composizione del conflitto in atto, questo non significa che debba ammettersi una composizione purchessia del conflitto, mentre la qualità della composizione (e dunque, la sua accettazione) va di pari passo con l'accertamento dei fatti di causa il più possibile rispondente al reale, perché – come detto – solo questa premessa consente di ritenere equa la composizione raggiunta. Non v'è dubbio, quindi, che nell'ottica del superamento dell'autotutela privata e dell'affermarsi della funzione pubblicistica del processo civile, tipica degli Stati moderni³³⁵, la finalità del processo non possa essere limitata alla soluzione della lite ed alla tradizionale tutela del diritto soggettivo sostanziale, di cui la parte si afferma titolare, ma ricomprenda anche il ristabilimento della pacificazione sociale³³⁶ o

³³² T. Ascarelli 1958, 858. Sulla stessa lunghezza d'onda v. anche Fabbrini 1985, spec. 722, il quale osserva che «il problema della giustizia si presenta non come problema di contenuto ma come problema di metodo di determinazione del contenuto: se il metodo è corretto, il contenuto raggiunto viene assunto come giusto».

³³³ Gentili 2013, 550.

³³⁴ Gentili 2013, 551.

³³⁵ Di «principio della statualità del processo» parla Picardi 1987, spec. 114; In proposito v. anche Tarello 1976, 41 s.

³³⁶ Il riferimento è, soprattutto, all'analisi sociologica di Luhmann 1989, 38 ss. e 115 ss., incentrata sulla funzione di “istituzionalizzazione” dei conflitti che svolge il sistema giudiziario (Luhmann 1989,

comunque la riaffermazione del diritto obiettivo o della chiovendiana «volontà di legge nel caso concreto»³³⁷ e del «puro concretarsi dell'ordinamento nella sua universalità»³³⁸. Ma perché sia correttamente perseguita una tale finalità diventa indispensabile che il processo, prima di pervenire alla decisione finale, si dipani in modo tale da consentire alle parti contendenti l'accertamento tendenzialmente veritiero (perché il più possibile conforme al reale) dei fatti di causa³³⁹ e la dimostrazione «di essere in quelle condizioni, che valgono ad ottenere in favore delle proprie pretese le forze dello Stato»³⁴⁰ o – per richiamare le parole di Oskar von Bülow – per ottenere dal giudice l'emanazione della «norma richiesta dal caso concreto, in nome dello Stato», e cioè per ottenere che il giudice possa, «dal tesoro normativo accumulato bello e pronto nel Codice, fabbricare spiccioli di buona moneta e distribuirli con il conio dello Stato». Se così è, dunque, l'attenzione va rivolta al *se* e al *come* possa pervenirsi a tale accertamento tendenzialmente veritiero dei fatti su cui si fonda il conflitto da risolvere. È evidente, infatti, che dietro l'affermazione – fatta propria dallo stesso Gentili – secondo cui anche le teorie dimostrative siano in realtà teorie argomentative vi è una particolare idea della funzione della prova nel processo e cioè che essa non serva per accertare la veridicità dei fatti allegati in quanto, per come strutturato, il processo non consente di raggiungere un simile risultato. È questa la posizione di colui che è stato opportunamente definito, con terminologia presa a prestito da Popper, un “assolutista deluso”³⁴¹, cioè di colui che ritiene che la verità o è assoluta o non è e quindi arriva alla conclusione che, siccome nel processo l'accertamento della verità non può essere raggiunta in termini assoluti, anche chi sostenga la funzione dimostrativa della prova in realtà sta declinando in modo diverso la stessa teoria argomentativa. Ciò, appunto, in quanto nel processo non sarebbe possibile raggiungere la *verità assoluta* dei fatti di

95 ss.), e, sul versante della teoria generale del processo, le considerazioni di GAUL 1968, 27 ss.; di SCHMIDT 1973, 31 ss. e, per la critica a Luhmann: SCHMIDT 1973, 18 ss.; SCHMIDT 1987; ESSER 1970, 205 ss.; RÖDIG 1973, 41 ss. In argomento v. anche STÜRNER 1982, 1 ss.

³³⁷ Chiovenda 1923, 63 ss., con esplicito richiamo a WACH 1885, 3 ss. e 8 ss.; in proposito v. anche ALLORIO 1939; CARNELUTTI 1936, 216; CARNELUTTI 1958, 17 ss.; SATTI 1937.

³³⁸ Secondo la definizione di “giurisdizione” accolta da MONTESANO 1994, 18 ss.

³³⁹ In argomento rinvio a CARRATTA 2003; CARRATTA 2001; per ulteriori svolgimenti sul tema v. soprattutto TARUFFO 1992, 58 ss. E 143 ss.; TARUFFO 2009, 74 ss. e 97 ss.; TARUFFO 2011; CHIARLONI 2009.

³⁴⁰ Così si esprime SCIALOJA 1880, 8. Sulla funzione pubblicistica del processo civile nel pensiero di Scialoja rinviamo a CARRATTA 2011.

³⁴¹ Sono parole di TARUFFO 2012, 58, il quale osserva che «l'assolutista deluso è colui che: a) muove dalla premessa che la verità possa essere soltanto assoluta; b) constata, con ragione, che nel processo non è possibile conseguire verità assolute, e quindi: c) nega che nel processo possa accertarsi la verità del fatto».

causa. Ebbene, è indubbio che – intesa in termini assoluti – per essere realmente dimostrativa la prova ha bisogno di verità e – partendo da tali premesse – siccome nel processo non può pervenirsi all'accertamento della verità in senso assoluto in esso non si può parlare di funzione dimostrativa in senso proprio. Ma alla base di quest'affermazione vi è quello che può essere definito l'*equivoco della verità assoluta*: superato tale equivoco, viene meno anche la conclusione. Ed infatti, quale che sia il contesto nel quale rilevi la nozione di verità (che sia quello scientifico o quello processuale), di essa si assume sempre un *valore relativo*: essa, cioè, dipende dal contesto nel quale viene calata. *A fortiori*, poi, questo discorso vale quando si limiti il punto di osservazione al processo. In questo caso non v'è dubbio che, sebbene il giudice, al pari dello storico, accerti fatti specifici ed individuali accaduti nel passato, ma utilizzando metodologie in gran parte diverse, e sebbene, al pari dello scienziato, impieghi procedimenti di tipo razionale per giustificare le scelte sulla verità/falsità delle enunciazioni fattuali, vada riconosciuta la specificità della prova giudiziaria per essere essa chiamata alla verifica/falsificazione delle affermazioni fattuali delle parti in un contesto altamente formalizzato com'è il processo³⁴². Di conseguenza, quando si parla di funzione dimostrativa della prova non se ne parla mai in termini di assolutezza; ammesso (e non concesso) che sia ipotizzabile una concezione della verità in termini assoluti³⁴³. Né si può contribuire a risolvere il problema della ricerca della verità nel processo ricorrendo a “illusioni sinottiche” come quella di *verità materiale e verità formale o verità assoluta e verità relativa*: il convincimento del giudice si fonda inevitabilmente sulla rappresentazione dei fatti rilevanti per la decisione, che appare la più attendibile (perché più coincidente con la realtà) sulla base dei risultati delle

³⁴² Lo rileva, opportunamente, UBERTIS 1995, 4 ss. Sulla concezione dialettica della prova e sul c.d. relativismo probatorio v. anche, soprattutto in riferimento alla dottrina processual-penalistica, UBERTIS 1995b, spec. 298-306. Sottolinea il fatto che la prova nel processo non sia strumento di conoscenza in genere, ma conoscenza rivolta alla verifica di un giudizio CARNELUTTI 1935; CARNELUTTI 1951; sul problema della conoscenza in generale v. PUGLIATTI 1961, 48 ss. e 105 ss.

³⁴³ V. Abbagnano 1971; DELL'UTRI 2000; PUGLIATTI 1961, 50, che conclusivamente osserva: «la verità alla quale l'uomo può aspirare e della quale vive, come verità umana, appunto, è di necessità parziale e (o) relativa, concretamente (storicamente) condizionata ed implica imitazioni e scelte, compiute più o meno coscientemente. E dentro tale limite si mantiene, sia che si tratti di verità *scientifica, empirica* o *storica*». Di “primato della verità realistica” o “realismo aletico” parla D'AGOSTINI 2011, 86 ss., riferendosi alla prevalenza, nella riflessione filosofica intorno al concetto di verità, della teoria della verità-corrispondenza, che si basa sulla definizione secondo cui «una proposizione (o credenza) p è vera se e solo se p corrisponde a un fatto o stato di cose s» (D'AGOSTINI 2011, 48) e riassumibile con le parole «è la realtà che decide la verità della conoscenza, e non viceversa» (D'AGOSTINI 2011, 88).

prove³⁴⁴. Parafrasando le parole di Popper si potrebbe anche dire che il processo non possiede la verità ma la cerca continuamente ed aspira ad acquisirla per mezzo della prova³⁴⁵.

7.1)RAZIONALITÀ PROBATORIA E CONTROLLO ESTERNO DELLA DECISIONE

Ciò posto, veniamo alla tesi secondo cui anche le teorie c.d. dimostrative sarebbero, in realtà, teorie argomentative, e cioè l'*argomento della natura razionale anche della prova argomentativa*. Come sostenuto da Gentili che «la teoria dimostrativa è esplicita soprattutto nella *pars destruens*, con cui demolisce l'inconsistenza ed irrazionalità di una opposta teoria argomentativa che offre solo argomenti e non fondamenti, persuasione e non verità, opinione e non certezza». Ma il suo problema è che essa, «ferma la giustezza della sua esigenza, è debolissima nella *pars construens*», in quanto «nella pratica, non dà quel che promette: non fatti ma induzioni, non verifiche ma procedure, non verità materiali ma processuali»³⁴⁶. È per questa ragione che l'Autore ritiene opportuno ribaltare l'impostazione tradizionale, sostenendo – contro l'idea corrente – l'opportunità di riconoscere una base razionale anche alla prova c.d. argomentativa. E dunque, – prosegue il nostro – siccome «nell'accertamento giuridico, come in qualsiasi discorso assertivo, la verità non è data dalla constatazione della diretta ed immediata corrispondenza dell'affermazione alla realtà del *denotatum*, anche se è in tale corrispondenza che si tende a ravvisarne il significato»³⁴⁷, anche la tesi secondo cui la teoria c.d. argomentativa della prova non avrebbe basi razionali,

³⁴⁴ In questo senso v., per tutti, TARUFFO 1970, 36 ss. e 235 ss.; TARUFFO 1992, 53 ss., 67 ss. e 144 ss.; TARUFFO 2012, 58 ss.; FERRER BELTRÀN 2002, 85 ss. Sul versante processual-penalistico, in termini non dissimili, v. FERRUA 1999, mentre di "cognitivismo giurisdizionale" parla FERRAJOLI 1989, 17 ss.

³⁴⁵ Popper (1994, 70 ss.) confessa la sua preferenza per la verosimiglianza osservando che «noi siamo cercatori di verità ma non siamo suoi possessori».

³⁴⁶ Gentili 2013, 569 s.

³⁴⁷ Gentili 2013, 574, dove, riprendendo la teoria della conoscenza di Popper, osserva come questa «pur negando la possibilità della dimostrazione non nega né l'oggettività dei contenuti di pensiero, anche falsi, resa possibile dal linguaggio, né soprattutto la validità, tra le funzioni superiori del linguaggio, accanto alla descrittiva, della funzione argomentativa»; di conseguenza «sono gli argomenti pro e contro che razionalizzano i problemi; alla cui soluzione razionale si perviene, tanto che si tratti delle scienze come delle discipline umanistiche, per congetture e confutazioni». Seguendo un simile percorso «l'argomentazione fa [...] ritorno nell'area del pensiero scientifico, e sembra capace di razionalità».

avanzata dai sostenitori della teoria dimostrativa, finirebbe per perdere di consistenza. Infatti, una volta fatta propria «l'obiezione kantiana della non diretta percepibilità della cosa in sé» ed assunto l'insegnamento della moderna epistemologia «a ridimensionare il valore di verità dell'effetto delle cose sui nostri sensi»³⁴⁸, è difficile negare che “vera” è qualsiasi affermazione logicamente coerente. Di conseguenza, – rileva Gentili – «se accettiamo un'asserzione per vera, a preferenza di altre ad essa alternative, non è perché ne sperimentiamo direttamente la corrispondenza al reale, ma perché con essa, e non egualmente con le altre, i conti tornano: con la logica e con quanto percepiamo. Insomma per la sua tenuta razionale»³⁴⁹. A questo punto, allora, emerge l'ulteriore profilo della necessità di *individuare un modello di razionalità che possa garantire tenuta e controllo della decisione giudiziale sul fatto*. E a questo proposito le domande alle quali occorre dare risposta sono più d'una come è facile intuire. Infatti, da una parte, si tratta di comprendere come – nella logica della funzione dimostrativa – si possa ricostruire il ragionamento probatorio del giudice secondo schemi di tipo razionale. Dall'altra parte, si tratta di comprendere in che modo il ricorso a modelli di tipo razionale nella ricostruzione del ragionamento probatorio consenta il controllo esterno della correttezza dello stesso. Ora, quanti propendono per la ricostruzione della funzione della prova in termini dimostrativi sottolineano come la contrapposta ricostruzione in termini retorico-argomentativi finisca per escludere qualsiasi possibilità di verifica del ragionamento giudiziale³⁵⁰. Si tratta di affermazioni ricorrenti e che si fondano sulla considerazione che il ragionamento del giudice non possa essere ricondotto *esclusivamente* a meccanismi argomentativi, perché questo significherebbe astrarlo completamente dalla preventiva verifica della corrispondenza al reale degli elementi fattuali su cui si fonda e ridurlo a meri giudizi di valore, non suscettibili di dimostrazione logica e di controllo esterno. È proprio questa diversa impostazione che giustifica la prevalente preferenza accordata dalla riflessione giuridica sulla prova giudiziaria alla tesi della funzione dimostrativa della prova rispetto a quella della

³⁴⁸ Gentili 2013, 575.

³⁴⁹ Ivi.

³⁵⁰ V., in questo senso, soprattutto TARUFFO, 1997, 555 ss; TARUFFO 1992, 29; TARUFFO 1997; ma già in precedenza TARUFFO 1975, 286 ss. Nello stesso senso anche VERDE 1988, 580 s. e 586 s., il quale osserva come «il criterio di razionalità indicato dal Perelman è sfuggente e indefinito: si situa, a ben vedere, in proprietà intrinseche dell'argomentazione – tali da convincere qualsiasi uditorio – che necessariamente si riferiscono ad un'ideologia conservatrice o esaltano e premiano gli strumenti di manipolazione del consenso utilizzabili nella società attuale»; GIANFORMAGGIO BASTIDA 1973, 209 ss.

funzione argomentativo-persuasiva: se nell'un caso il ragionamento probatorio del giudice è controllabile perché condotto sulla base di un preciso *iter* logico e nell'altro è lasciato alla soggettiva ed incontrollabile persuasione del giudice è normale che, all'interno della moderna riflessione giuridica, la preferenza sia data alla prima piuttosto che alla seconda ricostruzione della funzione della prova giudiziaria. Non si può non rilevare, infatti, come della teoria argomentativa rimanga indimostrato (ed indimostrabile, all'interno di un ordinamento come il nostro fondato sul principio della subordinazione del giudice alla legge, di cui all'art. 101 Cost.) il dato di partenza, e cioè che il ragionamento del giudice, al pari di qualsiasi ragionamento che tenti di conciliare contrastanti opinioni, sia esclusivamente argomentativo e quindi fondato soltanto su giudizi di valore, come tali non giustificabili con motivazioni di tipo logico. Ove si accedesse ad una simile ricostruzione, infatti, a parte la discutibilità della scelta di impostare il confronto fra le parti davanti al giudice su basi retorico - persuasive, con tutte le conseguenze che ciò comporta soprattutto in termini di ricorso a tecniche persuasive o, addirittura, manipolative del consenso del giudice, si dovrebbe anche riconoscere la difficoltà di appurare su basi logicamente valide che l'operato del giudice sia stato rispettoso della volontà del legislatore, e questo perché quel che caratterizza la "persuasione" è proprio il suo "carattere privato" e l'incomunicabilità «dei motivi che sono a fondamento della credenza in cui essa consiste»³⁵¹. È difficile poter stabilire, cioè, se la volontà di legge sia stata applicata validamente e giustamente al caso concreto quando le parti e gli altri consociati non sono in grado di controllare con strumenti logico-razionali la corrispondenza al reale della ricostruzione della fattispecie fattuale compiuta dal giudice nel momento in cui ha ritenuto di applicare a quella determinata fattispecie la norma astratta. E del resto, l'osservazione che l'accertamento veritiero e razionalmente controllabile dei fatti ai quali applicare la norma di diritto sia connesso alla giustizia della decisione è diffusa sia presso la dottrina processualistica, sia nell'ambito della riflessione filosofica incentrata sulla

³⁵¹ Così Abbagnano 1971, 669. Del resto, lo stesso Perelman distingue nettamente tra persuadere (*persuader*) e convincere (*convaincre*), ritenendo che chi cerca l'adesione di un uditorio particolare, tenta di persuadere; mentre chi cerca l'adesione dell'uditorio universale e quindi di ogni essere razionale vuole convincere (PERELMAN, OLBRECHTS-TYTECHA 1958, 36). Su questo profilo del ragionamento giuridico v. anche BOBBIO 1955, 284, il quale rileva che «la domanda se il giurista formuli giudizi di valore è importante perché dal maggiore o minore uso dei giudizi di valore nel ragionamento del giurista dipende una minore o maggiore riducibilità del discorso giuridico a discorso logico».

prospettiva processuale del diritto³⁵². Il riferimento è alla diffusa convinzione che la “decisione giusta” presuppone sempre la “conformità all’ordine storico degli accadimenti” o il “riconoscimento della verità”, quale che sia il significato che si intenda dare in concreto al concetto di “verità”. Ma il riferimento è, implicitamente, anche all’altrettanto diffusa convinzione che *«chi non crede alla verità sarà tentato di rimettere ogni decisione, ogni scelta, alla forza, secondo il principio che, siccome non si può comandare ciò che è giusto, è giusto ciò che è comandato»*³⁵³, mentre *«proprio la realtà [...] è la base per ristabilire la giustizia»*³⁵⁴. E così, ad es., se il giudice ha da stabilire, in giudizio, se un determinato contratto abbia, così come prevede l’art. 1346 c.c., un oggetto «possibile, lecito, determinato o determinabile», in tanto si può dire con relativa certezza che quel contratto ha i requisiti richiesti dall’art. 1346 c.c., in quanto sia stato “verificato” in giudizio che l’oggetto di detto contratto non è né impossibile, né illecito, né indeterminato o indeterminabile. Altro è, invece, il discorso da fare nell’ipotesi in cui, fuori del giudizio, un soggetto intenda concludere un contratto e debba persuadere l’altro contraente che il contratto che intendo stipulare ha i requisiti di cui all’art. 1346 c.c.: qui, in effetti, non è necessario che il contratto effettivamente presenti quei requisiti, ma che entrambi i contraenti siano convinti che li abbia nel momento in cui accettano di concluderlo. Ebbene, non v’è dubbio che la conclusione dovrebbe essere diversa, ove si impostasse anche la teorica argomentativa su basi razionali, seguendo la strada suggerita da Gentili. È evidente, infatti, che impostando la teorica argomentativa su basi razionali vengono meno anche i rilievi finora svolti circa la natura incontrollabile della formazione del convincimento giudiziale, in quanto anche in questo caso ci si muove all’interno di schemi predeterminati e, in quanto tali, controllabili dall’esterno. Sebbene – come già detto – si tratti di schemi propri della logica dialettica e non coincidenti con quelli della logica analitica. Sennonché, per non rischiare di ricadere nei difetti della teorica argomentativa di tipo tradizionale, sopra evidenziati, diventa indispensabile riconoscere che anche la teorica argomentativo-retorica non possa prescindere dalla preventiva funzione conoscitiva della prova e dalla necessità che, prima di arrivare a riconoscere un qualche ruolo anche

³⁵² Opocher 1983, 311; Cavalla 1991, 53 ss.; v. anche Pugliatti 1961, 55 ss.

³⁵³ Così N. Bobbio, *Teoria dell’ordinamento giuridico*, Giappichelli, Torino 1960, p. 65.

³⁵⁴ Ancora Ferraris 2012, 96, il quale aggiunge anche: «ci sono fondati motivi per credere, anzitutto in base agli insegnamenti della storia, che realtà e verità siano sempre state la tutela dei deboli contro le prepotenze dei forti».

alla logica dialettica nella formazione del convincimento giudiziale, la ricostruzione fattuale offerta dalle parti sia sottoposta alla verifica/falsificazione della sua corrispondenza al reale.

I PRINCIPI NELL' ARGOMENTAZIONE GIURIDICO-COSTITUZIONALE

1) DIMENSIONE DEI PRINCIPI NELLO STATO COSTITUZIONALE

L' argomentazione giuridica, come esposto in precedenza, ha assunto un ruolo preponderante non solo nel dibattito teorico-filosofico ma soprattutto nell' attività dei giuristi pratici quali interpreti del diritto positivo, che risulta, a causa del pluralismo delle fonti³⁵⁵, sempre più articolato, complesso e conflittuale³⁵⁶. Infatti il pluralismo giuridico, nell' eclissi dei criteri unificanti di una certa tradizione giuspositivistica novecentesca, nello sgretolamento di monistiche strutture gerarchiche piramidali, affida al giurista-interprete il compito di orientarsi nel coacervo di regolazioni di diversa provenienza, a volte in competizione, che reclamano l' inclusione in un unico sistema pur rimanendo legate alle loro origini³⁵⁷. Lo sviluppo del momento argomentativo-giustificativo nell' esperienza giuridica, è sicuramente caratterizzato da quella svolta linguistica che ha attraversato la riflessione teorico-giuridica nella seconda parte del novecento, enfatizzando così del linguaggio il suo carattere produttivo e delle pratiche giuridiche la proceduralità partecipata. Questo nuovo orizzonte teorico ha permesso alle teorie che intendevano emanciparsi dalle tradizionali concezioni formalistiche, di attribuire alle categorie del discorso e della giustificazione un ruolo preminente nel momento decisionale del diritto. Si assiste così alla metamorfosi di paradigma³⁵⁸ dallo stato legislativo³⁵⁹, costruito intorno alla centralità

³⁵⁵ Per un approfondimento sul pluralismo delle fonti, A. Landi, A. Petrucci (a cura di), *Pluralismo delle fonti e metamorfosi del diritto soggettivo nella storia della cultura giuridica-La prospettiva storica*, Giappichelli, Torino, 2017.

³⁵⁶ G. Preterossi sostiene che: "i principi e i diritti che sono stati sanciti nelle costituzioni novecentesche sono sì fondamentali, e tuttavia non solo sono compatibili con il pluralismo e l' esclusione del cognitivismo etico, ma necessariamente li presuppongono, pena la perdita della dimensione della libertà e della possibilità di lottare per la loro realizzazione secondo visioni non necessariamente incompatibili ma certamente diverse (perché interessi e ideali diversi esprimono)". G. Preterossi, *Ciò che resta della democrazia*, Laterza, Bari 2015, pp.10-11.

³⁵⁷ A. Abignente, *Pluralismo giuridico e ruolo dell' argomentazione*, in *Ars Interpretandi* I/2012 n. 1 *Ermeneutica e pluralismo*, pp. 81-82.

³⁵⁸ *Sulle trasformazioni del diritto nello stato costituzionale e sulla metamorfosi di paradigma da stato legislativo a stato costituzionale*, vedi: V. Omaggio, *Il diritto nello stato costituzionale*, Giappichelli, Torino 2011; e ancora: V. Omaggio, *Saggi sullo stato costituzionale*, Giappichelli, Torino 2015.

della legge, fonte per antonomasia del diritto, allo stato costituzionale³⁶⁰, modello di cultura giuridica garante dei diritti fondamentali³⁶¹: il costituzionalismo³⁶² contemporaneo, da molti definito neo-costituzionalismo³⁶³, ha segnato infatti il primato della *iurisdictio* quale momento essenziale nel processo di realizzazione e garanzia dei diritti, aprendo nuovi orizzonti anche all'endiadi diritto/morale, enfatizzando il carattere giustificativo dell'interpretazione e rimarcando la centralità, ormai indiscussa, della teoria dell'argomentazione nella teoria del diritto. A questo punto una domanda sorge spontanea: la menzionata metamorfosi di paradigma dallo stato legislativo allo stato costituzionale riesce ad eclissare totalmente il modello giuspositivistico con i suoi principali assiomi? Oppure si registra una certa resistenza del nocciolo duro del giuridicismo per scongiurare il rischio di derive giusnaturalistiche? Per molti filosofi e teorici del diritto il processo di costituzionalizzazione dell'ordinamento giuridico³⁶⁴, relativizzando la distinzione tra diritto e morale, inesorabilmente determina il tramonto del positivismo giuridico. A questo modello si oppongono teorie della giustificazione morale, impennate sul fondazionismo kantiano che spostano l'asse teorico dagli elementi dinamico-volontaristici del diritto a quelli statico-razionalistici fino a

³⁵⁹ M. Barberis sul punto: "lo stato legislativo attribuiva un ruolo dominante, se non esclusivo, alla legislazione; di fatto le costituzioni erano spesso flessibili, ossia modificabili da parte della legge ordinaria, e non c'era modo per impedirne la violazione, ciò che induceva a considerarle come documenti più filosofici e politici che strettamente giuridici" M. Barberis, *Filosofia del diritto. Un' introduzione teorica*, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 27-28. E ancora, una definizione di stato legislativo proposta da M. Barberis, *Una filosofia del diritto per lo stato costituzionale*, Giappichelli editore, Torino 2017 L'espressione 'stato legislativo' indica la situazione in cui il diritto è prodotto solo o prevalentemente dal legislatore: un tempo il monarca, oggi il Parlamento democraticamente eletto. Lo stato legislativo, oggi, mira a soddisfare l'ideale dello Stato di diritto legislativo, che a sua volta è l'applicazione al diritto dell'ideale politico democratico, o democratico rappresentativo.

³⁶⁰ Per una definizione di stato costituzionale R. Guastini, *La "costituzionalizzazione" dell'ordinamento*, in T. Mazzarese (a cura di), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 143-172. L'espressione 'stato costituzionale' indica la situazione in cui il diritto continua a essere prodotto da giudici nei limiti della legge, come nello stato legislativo, ma la legge stessa rispetta i limiti di una costituzione rigida garantita dal controllo di costituzionalità, e viene irradiata dai principi costituzionali.

³⁶¹ V. Omaggio, *Lo stato costituzionale e la crisi della politica – una prima versione più breve del saggio è apparsa in castigliano con il titolo *El Estado constitucional del derecho y su crisis* in "Soft Power. Revista euro-americana de teoría e historia de la política del derecho", vol. 5 dicembre 2018.*

³⁶² Vedi G. Pino, *Il costituzionalismo dei diritti. Struttura e limiti del costituzionalismo contemporaneo*, Il Mulino, Bologna, 2017.

³⁶³ "Como es notorio, la democracia constitucional contemporánea que conocemos y practicamos según nuestras posibilidades posee una legitimidad doble, ambivalente, tal vez incluso ambigua. Se basa en los derechos fundamentales y en la soberanía popular, asumiendo que los dos momentos pueden converger más de lo que pueden divergir realmente" V. Omaggio, *Notas y discusiones Sobre el libro Geminello Preterossi *Ciò che resta della democrazia, Lo que queda de la democracia**, in *Soft Power*, Volumen 5, número 1, enero-junio, 2017, p. 286.

³⁶⁴ R. Guastini, *La "costituzionalizzazione" dell'ordinamento giuridico italiano*, in *"Ragion Pratica"*, 11, 1998, pp. 185-206.

considerare soltanto il diritto eticamente fondato costituzionalmente legittimo. Si assiste ad un rifiorire di prospettive *lato sensu* giusnaturalistiche che danno per tramontato il giuspositivismo per cui legittimità è solo legalità formale³⁶⁵ enfatizzando il momento etico-giustificativo del giurido. In realtà non per tutti la costituzionalizzazione³⁶⁶ dei principi equivale a liquidazione del positivismo giuridico. Per altri filosofi del diritto il ruolo di centralità dei principi costituzionali non compromette necessariamente i dogmi centrali del positivismo giuridico. Sono fatte salve le sue assunzioni principali e si richiede soltanto una rivisitazione di alcuni punti cardine. Per esempio Ferrajoli ritiene che “nel moderno Stato costituzionale le condizioni di validità stabilite dalle leggi fondamentali incorporano non solo requisiti di regolarità formale, ma anche condizioni di giustizia sostanziale. La categoria della validità costruita insieme a quella dell’effettività come categoria di qualificazione teorica indica la validità anche sostanziale delle norme prodotte cioè dei loro significati o contenuti regolativi”³⁶⁷. Si sostiene così che il giudizio di validità giuridica abbia assunto una connotazione valutativa e che la tesi della separazione³⁶⁸ fra diritto e morale possa essere letta quale tesi della separabilità, quindi come assenza di una connessione necessaria tra diritto e morale³⁶⁹. Nonostante oggi la nozione di giuspositivismo si sia ancora più complicata fino ad esprimere posizioni e atteggiamenti assai diversi che solo gli antipositivisti riescono a formulare per

³⁶⁵ A. Catania, *Effettività e modelli normativi. Studi di filosofia del diritto* (seconda edizione a cura di V. Giordano), Giappichelli, Torino 2018, p. 141.

³⁶⁶ 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*”, n. 11, 1998, pp. 185-206.

³⁶⁷ L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 1989 cit. p. 353.

³⁶⁸ L. Ferrajoli in relazione alla tesi della separazione tra diritto e morale evidenzia tre ordini di problemi, fra loro indipendenti sul piano logico: una tesi meta-logica che vieta, la derivazione del diritto valido dal diritto giusto e viceversa; una tesi scientifica, che nega che la giustizia sia condizione necessaria o sufficiente della validità delle norme giuridiche; una tesi meta-scientifica, sull’autonomia del punto di vista giuridico dal punto di vista etico-politico e da quello sociologico. Cfr. L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 1989, 1996, p. 204-205.

³⁶⁹ Il rifiuto del carattere necessario della connessione neocostituzionalista fra diritto e morale è elemento comune ai vari approcci giuspositivisti; ma non sempre vi è pacifica concordanza sull’interpretazione da dare alla tesi della separabilità. Cfr. Coleman J., *Second Thoughts and Other First Impressions* in B. Bix, *Analyzing Law. New Essays in Legal Theory*, Oxford U.P., Oxford 1998, p. 265.

costruirsi un bersaglio più comodo³⁷⁰, assistiamo a tentativi di armonizzare alcune pretese delle nuove concezioni costituzionalistiche all' interno di una cornice giuspositivistica, a tentativi che mirano a rendere coerente il ricorso al ragionamento morale con lo scheletro del positivismo giuridico³⁷¹. Quale metamorfosi allora travolge in questo nuovo scenario la natura stessa del diritto? L' ispirazione di fondo della teoria argomentativa è data dalla “doppia natura del diritto” o similmente di “istituzionalizzazione della ragion pratica”³⁷². La doppia natura risiede nell' ambivalente dimensione sia ideale che reale³⁷³ del diritto. A questo punto entrano in gioco inesorabilmente i diritti fondamentali che, se da un lato rappresentano la positivizzazione dei diritti umani, costituendone una trasposizione in ambito più strettamente giuridico, dall' altro, per la loro intrinseca natura mediativa, ambiscono all' arduo compito di neutralizzazione delle inevitabili tensioni tra le più disparate e controverse concezioni etiche ed assiologiche, spesso incompatibili, in uno scenario di pluralismo costituzionale. È nell' ordinamento costituzionale, che viene perfettamente rappresentata la dualità, la cui indeterminatezza tende a sparire attraverso l' inclusione di tali dimensioni all' interno di un sistema che Alexy definisce come un caso di istituzionalizzazione della ragione e la cui massima espressione si rinviene nei diritti fondamentali, cui è sottomesso il legislatore³⁷⁴. Si è pure sostenuto, in perfetta linea *alexiana*, che l' argomentazione giuridico-costituzionale venga ritenuta caso particolare del discorso pratico generale³⁷⁵ in quanto sottoposta ad alcune condizioni limitative come il vincolo alla legge, il rispetto dei precedenti e della dogmatica con la

³⁷⁰ V. Omaggio, Interpretazione giuridica, in (a cura di) U. Pomarici, Atlante di filosofia del diritto, Vol. II, Giappichelli, Torino 2012, p. 189.

³⁷¹ V. Giordano, Il positivismo e la sfida dei principi, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2004 pp. 5-7.

³⁷² Sulla doppia natura del diritto, cfr. R. Alexy, My Philosophy of Law: The institutionalisation of Reason, in The Law in Philosophical Perspectives, a cura di L.J. Wintgens, Dordrecht, Kluwer, 1999, pp. 23-45; Hauptelemente einer Theorie der Doppelnatur des Rechts, in ARSP 95 (2009), p. 151.

³⁷³ I diritti fondamentali nello Stato costituzionale democratico, sintetizzano una duplice natura del diritto, ideale e reale al contempo. Dal lato della dimensione ideale, i diritti fondamentali rappresentano il presupposto imprescindibile di garanzia della correttezza argomentativa ad ogni livello di produzione giuridica. Dal lato della dimensione reale i diritti fondamentali, in relazione alla struttura fattuale del diritto, rappresentano il nocciolo duro dei moderni ordinamenti giuridici, nella misura in cui hanno la natura di principi da cui derivano tutte le fattispecie normative aventi carattere di regola. Pertanto i diritti fondamentali presentano sia carattere argomentativo relativamente alla dimensione ideale del diritto sia carattere strutturale relativamente alla dimensione reale del diritto.

³⁷⁴ M. La Torre- P. Tincani (a cura di) - La dimensione ideale del diritto. Discutendo con Robert Alexy, Giappichelli, Torino 2018, pp. 47, 50-51.

³⁷⁵ R. Alexy, Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1978; trad. it. A cura di M. La Torre, Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica, Giuffrè, Milano 1998.

logica conseguenza che nel ragionamento costituzionale, il processo argomentativo sui diritti sia da considerarsi quale procedura argomentativamente scandita dal pieno rispetto delle regole del discorso pratico. A ben vedere in uno stato costituzionale in cui la legge perde il ruolo di fonte onnipotente del diritto e - tributando un' espressione utilizzata da Zagrebelsky - risulta "detronizzata"³⁷⁶, assistiamo a diverse conseguenze di notevole rilievo sul piano teorico-istituzionale. *In primis*, si evidenzia una consistente rimodulazione dei rapporti di potere tra organi legislativi e giudiziari: il potere giudiziario, ben lontano dall' idea illuminista del giudice "bocca della legge", si contende abilmente il campo dei diritti fondamentali con il potere legislativo, reinterpretando le leggi "in maniera costituzionalmente orientata" e chiedendone eventualmente la declaratoria di illegittimità davanti ad un organo giurisdizionale, garante della piena ed effettiva tutela dei diritti fondamentali. Siamo così di fronte al delicato problema della legittimazione democratica della tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali. E i possibili spunti di riflessione a riguardo dipendono sicuramente dalle possibili concezioni di democrazia cui si voglia aderire. Sembra necessaria una riformulazione degli ambiti di sovranità popolare con un nuovo modello democratico³⁷⁷, includendo i diritti come elemento concettuale della democrazia. La funzione giudiziaria riveste un ruolo preminente nel modello giuridico dello Stato costituzionale e si è anche revocato in dubbio che qualcuno possa realmente disporre dell' ultima parola: "in una democrazia costituzionale- è stato osservato- nessuno ha l' ultima parola, semmai ha la penultima. La deliberazione democratica è un processo circolare, produttivo di decisioni provvisorie e revocabili, che non prevede una decisione finale, in quanto nessun soggetto, nessun organo costituzionale può appropriarsi della volontà popolare"³⁷⁸; e ancora: "la gestione dei diritti è condivisa tra giudici e legislatore, in una dinamica in cui nessuno effettivamente detiene l' ultima parola"³⁷⁹. È stato inoltre osservato come siano "le istanze democratiche inesse a politicizzare oggettivamente la giurisdizione determinando una vera e propria legittimazione democratica dalla magistratura"³⁸⁰, tanto da spingere addirittura a teorizzare una responsabilità *lato sensu* politica per esempio del giudice costituzionale, in quanto sebbene non sia esigibile attraverso meccanismi istituzionalizzati, con la

³⁷⁶ G. Zagrebelsky, *Diritto allo specchio*, Einaudi, Torino 2018, p. 132.

³⁷⁷ V. Omaggio, *Saggi sullo stato costituzionale*, Giappichelli, Torino 2015, p. 159.

³⁷⁸ Ivi, p. 14.

³⁷⁹ Ivi, p. 93.

³⁸⁰ G. Preterossi, *Ciò che resta della democrazia*, Laterza, Bari 2015, p. 166.

decisione che è chiamato a prendere contribuisce a definire il significato e il contenuto del modello giuridico-politico del sistema costituzionale³⁸¹. In secondo luogo, i giudici hanno spesso operato come osservatorio realistico della realtà sociale in trasformazione, dei suoi bisogni da mettere in forma attraverso il cono di luce dei diritti fondamentali³⁸², il cui ricorso nell'argomentazione giuridica comporta quantomeno un ripensamento delle tecniche argomentative utilizzate in sede giudiziaria, sempre più lontane dal dato meramente letterale della legge o dalla ricostruzione della *voluntas legis*, enfatizzando invece nel ragionamento giuridico/morale, lo spazio preminente lasciato al decisionismo "politico" soprattutto in relazione ai diritti fondamentali. Riportando testualmente il pensiero di Bobbio: "Il problema di fondo relativo ai diritti dell'uomo è oggi non tanto quello di giustificarli, quanto quello di proteggerli. È un problema non filosofico ma politico. Che esista una crisi dei fondamenti è innegabile. Bisogna prenderne atto, ma non tentare di superarla cercando altro fondamento assoluto da sostituire a quello perduto. [...] Non si tratta di trovare il fondamento assoluto –impresa sublime ma disperata –ma, di volta in volta, i vari fondamenti possibili³⁸³.

2) PROBLEMI DEFINITORI E RELAZIONALI DEI CONCETTI DI: NORMA, NORMA DI DIRITTO FONDAMENTALE, REGOLA E PRINCIPIO

Nel paradigma neocostituzionalista i diritti fondamentali assurgono al rango di criteri-guida per orizzontare il giurista-interprete nei più disparati ed eterogenei coacervi del giuridico con la conseguenza che "nel cuore dei sistemi politici si insedia fino a diventare quasi il connotato di una nuova ideologia, il tema dei diritti dell'uomo, dei diritti fondamentali"³⁸⁴. Prima di analizzare i tratti salienti dei concetti di diritti fondamentali, diritti soggettivi, norme fondamentali, principi, mettendone in risalto gli aspetti più problematici ed interessanti sul piano teorico, mi sembra opportuno procedere preliminarmente a delle precisazioni definitorie di alcuni concetti-chiave ai

³⁸¹ F. J. Ansuàtegui Roig, Sulla multidimensionalità del costituzionalismo. A proposito di un libro di Vincenzo Omaggio, in *Diritto & Questioni Pubbliche*, XVII, 2017/ I giugno, p. 465.

³⁸² S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari 2013, pp. 54 ss., pp. 293 ss.

³⁸³ Bobbio N., *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino 1990 p. 16.

³⁸⁴ S. Rodotà, *Repertorio di fine secolo*, Laterza, Roma-Bari 1992, p. 33.

fini della nostra analisi. Tra il concetto di norma di diritto fondamentale e quello di diritto fondamentale sussistono strette relazioni. È auspicabile trattare il concetto di norma di diritto fondamentale come un concetto che può essere più esteso di quello di diritto fondamentale. Inoltre è bene sottolineare come ogni affermazione sull' esistenza di un diritto fondamentale, presuppone la validità di una norma corrispondente di diritto fondamentale e quindi in via preliminare sembra opportuna un' analisi del concetto di norma di diritto fondamentale. Le norme dei diritti fondamentali sono innanzitutto norme quindi è necessario proporre una definizione del concetto di norma giuridica. Autori come Kelsen, Luhman, Austin, Geiger, Wròblewski, Hart hanno proposto differenti definizioni di norma giuridica che di seguito si riportano:

- 1) Senso oggettivo di un atto con cui si prescrive, si permette o, in particolare si autorizza un certo comportamento;
- 2) Aspettativa di comportamento controfattualmente stabilizzata;
- 3) Un imperativo;
- 4) Un modello di condotta, che o viene realizzato oppure ha per conseguenza una reazione sociale in caso di mancata realizzazione;
- 5) Un' espressione di forma determinata;
- 6) Regola sociale.

A rigore da queste sei definizioni possono discendere sei diverse teorie. Da ciò ne consegue una incertezza definitoria e quindi sarebbe auspicabile proporre un modello di norma che sia, da un lato sufficientemente forte per formare la base per ulteriori discussioni, e dall' altro sufficientemente debole per essere compatibile con il maggior numero possibile di decisioni nel campo di problemi addotto³⁸⁵. Il modello che più soddisfa tali esigenze è quello semantico, il cui punto di partenza è dato dalla distinzione tra norma e proposizione normativa, nella relazione secondo cui una norma è il significato di una proposizione normativa³⁸⁶ (che si debba distinguere tra proposizione normativa e norma si può riconoscere dal fatto che la stessa norma può essere espressa mediante diverse proposizioni normative che riterremo semanticamente equivalent). Dopo una prima definizione di norma basata sul modello semantico, ora è necessario interrogarsi sulla definizione di norme dei diritti fondamentali. È bene precisare la duplice natura della modalità di indagine. La domanda è infatti posta in

³⁸⁵ R. Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 2012, pp. 65-66.

³⁸⁶ C. Weinberger e O. Weinberger, *Logik, Semantik, Hermeneutik*, cit. pp. 20, 108.

maniera *astratta* se ci si chiede sulla base di quali criteri si possa identificare una norma come norma di diritto fondamentale indipendentemente dall' appartenenza a un determinato ordinamento giuridico o alla costituzione. Viene invece posta in maniera *concreta* se ci si chiede quali norme di un determinato ordinamento giuridico o di una determinata costituzione siano norme dei diritti fondamentali e quali non lo siano. In questa sede ci occupiamo di una teoria dei diritti fondamentali della Legge Fondamentale (la Costituzione). Pertanto per le nostre finalità sarà necessario porci la seconda domanda, nella versione in cui si riferisce a norme di una determinata Costituzione. Da ciò ne consegue una prima definizione: le norme dei diritti fondamentali sono norme che vengono espresse attraverso disposizioni dei diritti fondamentali e le disposizioni dei diritti fondamentali costituiscono una classe di proposizioni contenute nel testo della Costituzione. La questione è ora cosa faccia sì che una proposizione della Costituzione diventi disposizione di diritto fondamentale. La risposta può basarsi su elementi sostanziali, strutturali e/o formali³⁸⁷. I primi due elementi sono legati dalla definizione di diritto fondamentale di Schmitt secondo cui sono fondamentali *“solo diritti tali che appartengono al fondamento dello Stato stesso e che pertanto sono riconosciuti come tali nella Costituzione”*³⁸⁸. Ma lo svantaggio è che sarebbe vincolato il concetto di diritto fondamentale ad una concezione vincolata dello stato di cui è controverso se sia la concezione della Costituzione. Pertanto sarebbe auspicabile non restringere il concetto di diritto fondamentale e di conseguenza quello di norma di diritto fondamentale. Per questo motivo è sicuramente più opportuno il riferimento ad un criterio formale. Secondo questo criterio tutte e solo le proposizioni della sezione della Costituzione intitolata “principi fondamentali” sono disposizioni dei diritti fondamentali cioè indipendentemente dal contenuto e dalla struttura di ciò che si statuisce tramite esse. Sono norme di diritti fondamentali le norme direttamente espresse mediante queste proposizioni. A questo punto urge precisare che le norme dei diritti fondamentali possono essere ripartite in due gruppi: le norme dei diritti fondamentali statuite direttamente attraverso il testo costituzionale e le norme derivate ascrittive di diritti fondamentali. Chi afferma che le norme derivate dei diritti fondamentali sono norme di fatto ascritte dalla giurisprudenza e dalla scienza giuridica alle norme dei diritti fondamentali direttamente statuite sceglie un criterio empirico,

³⁸⁷ R. Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 2012, pp. 80-81.

³⁸⁸ C. Schmitt, *Grundrechte und Grundpflichten* (1932) in *Id.*, *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, II ed. Berlin, Duncker & Humblot, 1973, p. 190.

che tuttavia non è appropriato alla prospettiva di una teoria giuridica dei diritti fondamentali. Ne consegue la domanda: “quali ascrizioni possono essere correttamente compiute?”. Un’ ascrizione è svolta correttamente se la norma ascritta può essere considerata come valida. Per classificare le norme dei diritti fondamentali direttamente statuite come valide, è sufficiente il rinvio alla loro positivizzazione. Nel caso delle norme derivate tale rimando è escluso per definizione. Una norma derivata è valida ed è una norma di diritto fondamentale se per sua ascrizione a una norma di diritto fondamentale direttamente statuita, è possibile una corretta giustificazione dei diritti fondamentali³⁸⁹. Il significato delle norme dei diritti fondamentali per il sistema giuridico si delinea in due modi: dalla sua fundamentalità formale e dalla sua fundamentalità materiale. La fundamentalità formale delle norme dei diritti fondamentali risulta dalla sua posizione al vertice della costruzione a gradi dell’ ordinamento giuridico come diritto immediatamente vincolante il potere legislativo, il potere esecutivo e il potere giudiziario. Alla fundamentalità formale si aggiunge la fundamentalità materiale. I diritti fondamentali e le norme dei diritti fondamentali sono materialmente fondamentali perché con essi si prendono decisioni sulla struttura normativa di base dello stato e della società. Dopo aver trattato del concetto di norme di diritti fondamentali, è ora necessario soffermarsi sulla loro struttura. Spesso le norme dei diritti fondamentali vengono designate come principi. In realtà sia le regole che i principi sono norme, perché entrambi dicono cosa è prescritto, entrambi possono essere formulati con l’ utilizzo delle espressioni deontiche fondamentali dell’ obbligo, del permesso e del divieto. I criteri proposti per la distinzione tra regole e principi sono numerosi, tra cui il più diffuso è quello della generalità secondo il quale i principi sono norme con grado di generalità relativamente elevato, mentre le regole sono norme con grado di generalità relativamente basso. In realtà tra le regole e i principi sussiste non solo una differenza graduale, ma una differenza di tipo qualitativo. Infatti il discrimine è dato dal fatto che i principi sono norme che, come precetti di ottimizzazione, prescrivono che qualcosa è da realizzare nella misura più alta possibile relativamente alle possibilità giuridiche e fattuali. Al contrario le regole sono norme che possono essere sempre realizzate o non realizzate. Se una regola è valida, è obbligatorio fare esattamente ciò che richiede, in quanto le regole contengono determinazioni. La differenza tra regole e principi si mostra in modo chiaro soprattutto

³⁸⁹ R. Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 2012, pp. 84 e ss.

nel caso di collisione di principi e conflitti di regole. Infatti un conflitto tra regole può essere risolto solo inserendo in una delle regole una *clausula di eccezione* che elimini il conflitto oppure dichiarando invalida una delle due regole. In modo del tutto diverso vanno risolte le collisioni di principi. Se due principi collidono, cosa che ad esempio succede se la stessa cosa è vietata da un principio e permessa dall' altro, uno dei due deve soccombere. Questo però non significa né che il principio retrocesso sia da dichiarare come invalido né che nel principio retrocesso, si debba inserire una clausula d' eccezione. La soluzione della collisione consiste nel fatto che, riguardo alle circostanze del caso, si stabilisce una *relazione condizionata di priorità* tra i principi. La definizione di questa relazione condizionata consiste nel fatto che in relazione al caso sono date condizioni alle quali un principio prevale sull' altro. Di seguito la legge di collisione: “le condizioni alle quali un principio prevale sull' altro, costituiscono la fattispecie della regola che esprime la conseguenza giuridica del principio prioritario”. Questa legge è utilizzata per le operazioni di bilanciamento tra principi, non solo espressi, infatti una norma derivata ascrittiva di diritti fondamentali è una norma per la cui ascrizione sia possibile una corretta giustificazione come diritto fondamentale e come risultato di ogni bilanciamento corretto tra diritti fondamentali e si può formulare una norma derivata ascrittiva di diritti fondamentali con carattere di regola sotto la quale si può sussumere il caso³⁹⁰.

3) LA FONDAMENTALITÀ DEI DIRITTI

I diritti fondamentali, prima proclamati in Dichiarazioni e Carte dei diritti dal significato più politico-programmatico che specificamente giuridico sono stati positivizzati e collocati al vertice stesso delle fonti, tanto da determinare, come già accennato in precedenza, la nascita del nuovo paradigma teorico-giuridico del neocostituzionalismo³⁹¹. Si assiste così ad un progressivo cambiamento di prospettiva,

³⁹⁰ Ivi, p. 101 e ss.

³⁹¹ S. Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*; P. Comanducci, *Forme di (neo)costituzionalismo: una ricognizione metateorica*; G. Bongiovanni, *Costituzionalismo e teoria del diritto*. Aldo Schiavello ritiene che: “Il termine ‘neocostituzionalismo’ denota un’atmosfera culturale più che una concezione del diritto unitaria, coerente e ben strutturata. Di fatto, teorie del diritto molto diverse fra loro, appartenenti a tradizioni di ricerca sino a ieri considerate antitetiche, sono

simile a quello che ha interessato le teorie etico-politiche contemporanee: un cambiamento che va- tributando una nota espressione bobbiana- dalla priorità dei doveri alla priorità dei diritti³⁹². Con l' avvento del neocostituzionalismo, si è pure parlato di una sorta di giuridificazione della morale, di una prospettiva di ritorno al giusnaturalismo e di conseguenza di una positivizzazione e giuridificazione dei suoi postulati etico-antropologici. Sul punto mi sembra opportuno riportare le illuminanti parole di Ferrajoli: “ nel momento in cui il diritto naturale è stato posto a fondamento del moderno stato di diritto e i suoi principi si sono trasformati da vincoli solo politici o esterni in vincoli anche giuridici o interni, esso ha perso così la sua funzione di parametro esclusivo di valutazione del diritto positivo. Questa funzione, dopo le inclusioni di quei principi fra le norme costituzionali, è stata da queste in larga parte ereditata, sicchè ogni stato di diritto soprattutto se dotato di costituzione rigida, è suscettibile di valutazione non più solo esterna, rispetto ai principi naturali di giustizia, ma anche interna, cioè rispetto ai suoi stessi principi quali sono garantiti da quelle tavole positive di diritto naturale che sono le Carte Costituzionali”³⁹³.

La realtà giuridica contemporanea caratterizzata dalla pervasività dei diritti e dall'esplicita positivizzazione di valori etico-politici in documenti giuridici, include solitamente una congerie di molti diritti³⁹⁴, spesso formulati in modo generico e indeterminato, eterogenei ed incompatibili tra loro, addirittura intrisi di valori escludentisi, senza ordini gerarchici, ma anzi posti sullo stesso piano³⁹⁵. Inoltre,

state etichettate come “neocostituzionaliste”. Ad esempio, sono per molti versi riconducibili al neocostituzionalismo le teorie del diritto neo-, post-giuspositiviste di Carlos Nino, Wilfrid Waluchow e Luigi Ferrajoli; le teorie del diritto dichiaratamente anti-positiviste di Ronald Dworkin, Robert Alexy e Gustavo Zagrebelsky; l'ermeneutica giuridica contemporanea. Questa apparente convergenza di diverse prospettive giusfilosofiche, ben lungi dal preconizzare l'avvento di un improbabile “pensiero unico” (stante il carattere eminentemente pluralista delle società occidentali contemporanee), è, piuttosto, una delle manifestazioni più eclatanti dell'incapacità o, più prudentemente, della difficoltà del pensiero giuridico contemporaneo a gestire, con i vecchi strumenti teorici e concettuali, il modello attuale di diritto che va sempre più distanziandosi dal paradigma del modello ottocentesco dello “stato di diritto”. Cit. Schiavello Aldo, *Neocostituzionalismo o Neocostituzionalismi?* In *Diritto e questioni pubbliche* 2003, vol. 3, p. 37.

³⁹² N. Bobbio, *Dalla priorità dei doveri alla priorità dei diritti* (1988) ora in ID., *Teoria generale della politica*, Einaudi, Torino 1999 (con il titolo *Il primato dei diritti sui suoi doveri*); S. Rodotà, *Repertorio di fine secolo*, pp. 26-34: «nel cuore dei sistemi politici si insedia così, fino a diventare quasi il connotato di una nuova 'ideologia', il tema dei diritti dell'uomo, dei diritti fondamentali» (p. 33).

³⁹³ L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari 1989, p. 351.

³⁹⁴ Nel linguaggio dei diritti, va riconosciuta la capacità di formulare rivendicazioni e di esprimerle affermando la propria dignità nell'istanza “protettiva” di specifiche ed effettive tecniche giuridiche. L. Baccelli, *I diritti dei popoli. Universalismo e differenze culturali*, Laterza, Roma-Bari 2009, pp. 121-122.

³⁹⁵ G. Preterossi sostiene che: “principi e diritti fondamentali non sono la manifestazione di un' antropologia perenne (della persona, della dignità, ecc.) perché costituiscono un contenuto “etico” non naturale ma “artificiale”, cioè tradotto politicamente in diritto attraverso conflitti e

ancorchè molti diritti siano proclamati in termini “assoluti” ed “inviolabili”, in sede giurisdizionale e legislativa è frequente l’ ipotesi in cui diritti fondamentali soccombano, o parzialmente, o peggio ancora, totalmente, per soddisfare per esempio interessi pubblici e collettivi, o altri diritti fondamentali. A tal riguardo sono stati teorizzati modelli filosofico-politici che auspicano a pochi e ben definiti diritti fondamentali, ma soprattutto, per quanto possibile, armonici fra loro³⁹⁶. A ben vedere il tratto caratteristico delle costituzioni dei nostri tempi è nella loro natura manifestamente pluralistica³⁹⁷: in altre parole, la conflittualità dei diritti fondamentali e la loro apertura semantica, risultano in perfetta linea con la tensione mediativa tipica della nostra carta costituzionale. Inoltre se da un lato tali diritti sono intrisi di un’ enorme carica di universalità, dall’ altro, presentano costanti implicazioni particolaristiche, relative alle specifiche sfere di interazione e richiedono pertanto di essere bilanciati, armonizzati, specificati, contestualizzati. Sembra allora opportuno enfatizzare la dimensione giuridica dei diritti fondamentali in quanto, nonostante i vari problemi teorico-giuridici, normativi sostanziali, e di ingegneria costituzionale³⁹⁸, rappresentano, allo stesso tempo, il presupposto e il fine dell’ attualizzazione dello stato costituzionale di diritto, di cui mi sembra utile riportarne qui dei tratti salienti: “*es notorio que el Estado constitucional de derecho està caracterizado por algunos rasgos peculiares: por haber introducido constituciones rìgidas (que no se pueden modificar con la legislación ordinaria) y superiores a las leyes; por haber insertado en los textos constitucionales, ademàs de reglas formales y procedurales que sistematizan la producciòn normativa, principios ètico-polìticos que incluyen derechos civiles, políticos, sociales y econòmicos, considerados indecibles (las leyes no pueden*

accordi. Il pluralismo e il rispetto delle differenze che la garanzia dei diritti fondamentali implica impongono alla democrazia di essere relativista” G. Preterossi, *Ciò che resta della democrazia*, Laterza, Bari 2015, p 11.

³⁹⁶ Sul punto B. Celano, *Diritti fondamentali e poteri di determinazione nello stato costituzionale di diritto*, parla in generale di concezioni ireniste suddivise in: modelli monisti (un unico valore governa l’intero sistema morale: ad esempio il principio di utilità); modelli minimalisti (pochi, ben definiti diritti, reciprocamente compatibili); modelli coerentisti (molti diritti in ultima analisi coerenti e armonici).

³⁹⁷ A. Abignente, *Pluralismo giuridico e ruolo dell’ argomentazione*, in *Ars Interpretandi*, I/2012 n. 1; G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, spec. pp. 170-173; G. Postema, *In Defense of ‘French Nonsense’. Fundamental Rights in Constitutional Jurisprudence*, pp. 125-126.

³⁹⁸ Tra i problemi *teorico-giuridici* ricordiamo le questioni relative alla definizione di diritto fondamentale e quindi di diritto soggettivo; siamo in presenza di problemi normativi sostanziali quando ci chiediamo per esempio quali e quanti diritti dovrebbero essere giuridicamente positivizzati ed infine affrontiamo problemi di ingegneria istituzionale quando ci chiediamo quali sono gli organi dello stato più idonei nell’ ambito della trattazione, dell’ amministrazione e della realizzazione dei diritti fondamentali.

decidir violarlos y no pueden sino tutelarlos) e indivisibles (los derechos sociales no se pueden separar de los civiles y politicos); y por haber introducido un control de conformidad constitucional de las ley, entregado a los jueces y/o a òrganos jurisdiccionales ad hoc, como tribunales y cortes constitucionales”³⁹⁹.

4) I DIRITTI FONDAMENTALI

Sono fondamentali quei diritti soggettivi che sono attribuiti, riconosciuti, garantiti, tutelati da norme fondamentali – da norme dal carattere fondamentale. Allo scopo di evidenziarne la natura specificamente giuridica, sembrerebbe opportuno in questa sede circoscrivere la nostra analisi ai “diritti fondamentali” e non già ai “diritti umani”⁴⁰⁰, la cui dimensione teorica è sicuramente intrisa di problematicità⁴⁰¹. Si sostiene infatti che i diritti umani, caratterizzati da una titolarità universale⁴⁰² e da una giustificabilità *erga omnes*⁴⁰³, siano diritti della persona in quanto tale, secondo il loro concetto e non in virtù di una statuizione positiva⁴⁰⁴. Inoltre i diritti umani rivendicano una superiorità

³⁹⁹ V. Omaggio, *El Estado Constitucional del derecho y su crisis*, in *Soft Power* 10, Volumen 5, numero 2, julio-diciembre, 2018, p. 139.

⁴⁰⁰ E. Pariotti, *I diritti umani. Tra giustizia e ordinamenti giuridici*, Utet, Torino, 2008, p. 5, ritiene che i diritti umani siano i diritti soggettivi riconosciuti da fonti internazionali e che i diritti fondamentali siano i diritti soggettivi riconosciuti da fonti di rango costituzionale. Sottolinea inoltre come non sia “tecnicamente possibile svolgere un discorso intorno ai diritti fondamentali che non tenga conto anche delle forme di penetrazione del diritto internazionale e dunque dei diritti umani all’ interno degli ordinamenti nazionali” Cfr. *ivi*, p. 7.

⁴⁰¹ D. Zolo sottolinea che la tesi habermasiana della protezione dei diritti dell’uomo si basa “sull’ universalità della dottrina dei diritti dell’ uomo. Un suo corollario fondamentale è l’ attribuzione della soggettività di diritto internazionale a tutti gli abitanti del pianeta come un diritto originario spettante ad ogni persona in quanto essere umano. La principale conseguenza pratica infine è l’ esigenza che nell’ ambito delle Nazioni Unite vengano creati nuovi organi esecutivi e giudiziari che abbiano il potere di accertare le violazioni dei diritti umani e vengano organizzate forze di polizia giudiziaria a disposizione dei Tribunali internazionali già operanti per la repressione dei crimini di guerra dei crimini contro l’ umanità” D. Zolo, *I signori della pace. Una critica al globalismo giuridico*, Carocci, Roma 1998, cit. p. 53-54.

⁴⁰² Si è sostenuto che contestare l’ universalità dei diritti umani significherebbe contestarli *in re ipsa*. M. Kriele, *L’ universalità dei diritti dell’ uomo*, in “*Rivista internazionale di filosofia del diritto*”, LXIX, 1999, p. 3. L’ universalità dei diritti umani riguarda anche la loro validità in quanto criteri valoriali

⁴⁰³ Cfr. O. Giolo, *L’ urgenza della tolleranza*, in “*Ragion Pratica*”, 27, 2006, pp. 427-444.

⁴⁰⁴ Sul concetto di diritti umani è di fondamentale importanza il pensiero di Peces-Barba in «*Teoria dei diritti fondamentali*». L’espressione diritti umani si situa nel nucleo della lotta politica, sì che l’azione, determinata da esigenze perentorie, può anche indurre a distogliere dalle preoccupazioni teoriche e dall’analisi del suo significato. Talvolta si può avere la sensazione che molti non sappiano chiaramente quello che intendono dire usando questa parola, oppure la utilizzino con significati differenti. Si può parlare perfino di una retorica dei diritti umani, di fronte all’uso puramente simbolico che ne fanno settori politici estranei all’idea morale ultima su cui essi si fondano, ai fini di

assiologica che nelle organizzazioni giuridiche che li incorporano (principalmente attraverso le carte costituzionali) come diritti fondamentali, coincide con la loro sovraordinazione normativa e con la priorità che essi hanno nell'ambito del diritto positivo, caratterizzandosi come nucleo duro escluso dalla transazione, dalla negoziazione, sottratto al potere di disposizione dell'autorità legislativa (anche costituzionale)⁴⁰⁵. Ovviamente questa validità universale⁴⁰⁶ morale li proietta al di là di tutti gli ordinamenti positivi e ne mette in risalto la valenza critica⁴⁰⁷. Focalizzandoci allora su una dimensione più strettamente giuridico-positiva, si può ritenere che un diritto fondamentale sia un diritto basato su una norma giuridica avente carattere fondamentale: di solito un principio. Ma prima di passare alla disamina delle caratteristiche strutturali e applicative dei diritti fondamentali, mi sembra opportuno richiamare subito l'attenzione su un'osservazione avanzata da Barberis. Questi infatti, nel trattare il problema teorico della distinzione tra prescrizioni e principi, pone l'accento su due accezioni della natura "fondamentale" dei diritti. In un primo senso fondamentale significa solo "che fonda o giustifica"⁴⁰⁸: le prescrizioni sono giustificate

giustificazione e di legittimazione di sistemi non democratici. La funzione del pensiero giuridico è quella di liberarsi di queste prossimità ingiustificate e tentare di comprendere i diritti umani partendo dall'esame del concetto e del loro fondamento. Esistono diverse parole che esprimono il concetto di diritti umani: diritti naturali, diritti pubblici soggettivi, libertà pubbliche, diritti morali, o diritti fondamentali, diritti individuali, diritti del cittadino, ecc. Nessuno di questi termini è espressione pura di una scelta linguistica ma al contrario rivelano tutti connessioni culturali e significati derivanti da un determinato contesto storico, da determinati interessi, da certe ideologie e da certe posizioni scientifiche di fondo. Tutti questi termini trovano la loro radice comune nel mondo moderno. La cultura dei diritti umani si avvicina maggiormente alla visione soggettiva piuttosto che al sistema di norme che la sostiene e la protegge. Il soggetto e la sua protezione costituiscono il nucleo centrale necessario per comprendere il problema e l'elemento unificatore decisivo che attribuisce significato a tutti i termini utilizzati come sinonimi di diritti umani. Il termine più comune è quello di «diritti umani»; esso esprime almeno due diversi concetti. Da un lato esso si riferisce ad una forte pretesa morale che deve essere rispettata per rendere possibile una vita umana degna. Dall'altro si utilizza il termine per identificare un sistema di diritto positivo. Nell'usare tale espressione, possiamo dunque riferirci ad una pretesa morale o ad un diritto soggettivo protetto da una norma giuridica. Barba G.P., *Teoria dei diritti fondamentali*, trad. it. a cura di Ferrari V, Mancini L., Giuffrè, Milano 1994.

⁴⁰⁵ B. Pastore, *Decisioni e controlli tra potere e ragione. Materiali per un corso di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino 2013, p. 117.

⁴⁰⁶ L. Baccelli distingue due tipi di universali: da un lato un "universalismo dei titolari" per cui determinati diritti sono universali in quanto ne sono titolari tutti i soggetti facenti parte di una determinata classe, dall'altro un "universalismo dei fondamenti" secondo cui "i diritti sono universali nel senso che costituiscono un codice etico o giuridico universalmente riconosciuto o comunque fondato in modo tale da assumere una validità universale" L. Baccelli, *Diritti fondamentali: i rischi dell'universalismo* in T. Mazzarese, *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino 2002, pp. 118-124.

⁴⁰⁷ B. Pastore, *Metagiuridico*, in "Enciclopedia filosofica", Vol. 8, Bompiani, Milano, 2006, p. 7372.

⁴⁰⁸ M. Barberis, *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, II ediz. Giappichelli, Torino 2005, p. 149.

dai principi, i principi giustificano le prescrizioni⁴⁰⁹. In un secondo senso “fondamentale” significa “che fonda o giustifica in ultima istanza”: i principi sono le giustificazioni ultime delle prescrizioni⁴¹⁰.

I diritti fondamentali possono essere chiaramente proclamati da principi costituzionali (espressi in forma esplicita), oppure possono essere desunti da questi grazie a particolari tecniche interpretative⁴¹¹ e ad operazioni di argomentazione giuridico-costituzionale (in tal caso in forma implicita)⁴¹².

A ben vedere non è sempre agevole, proprio per l' intrinseca apertura semantica, de-finire in modo netto e preciso i confini e gli ambiti di applicazione dei diritti fondamentali che infatti potrebbero essere “potenziali generatori a cascata” di successivi interessi legittimi, aspettative giuridicamente rilevanti, pretese, obblighi, diritti⁴¹³. La conseguenza è che a seguito delle ulteriori specificazioni, i diritti che ne derivano, riescono ad “emanciparsi” conquistando una sfera di autonomia, ancorchè non sempre assoluta ed inviolabile; tanto che Dworkin ha affermato che: “*Abstract rights in this way provide arguments for concrete rights, but the claim of a concrete right is more definitive than any claim of abstract right that supports it*”⁴¹⁴. Inoltre pare quantomeno fuorviante catalogare i diritti fondamentali in categorie astratte pre-stabilite, pre-determinate *ex ante*, in quanto, come già esposto in precedenza, si immanentizzano e prendono forma proprio nel loro momento pratico-applicativo, in cui riescono ad attualizzare il più nobile portato costituzionale, di cui si fanno garanti⁴¹⁵.

⁴⁰⁹ F. Viola-G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1999, pp. 366-368.

⁴¹⁰ R. Guastini, *L' interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, Milano 2004, pp. 204-205.

⁴¹¹ A proposito di interpretazione mi pare opportuno riportare testualmente la distinzione di V. Omaggio tra interpretazione e applicazione: “la prima può svolgersi in linea di principio anche come attività rivolta a conferire significato alle regole normative indipendentemente dalla soluzione di controversie concrete; la seconda invece parte dal caso concreto per la costruzione giuridica del fatto e per la sua valutazione alla luce della fattispecie normative” V. Omaggio, *Interpretazione giuridica* in U. Pomarici (a cura di) *Atlante di filosofia del diritto*, vol. II, Giappichelli, Torino 2012, p. 188. Vedi anche G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, p. 337; R. Guastini, *La “costituzionalizzazione” dell'ordinamento italiano*, pp. 188-190, 195-197; Id., *L'interpretazione dei documenti normativi*, pp. 284-294.

⁴¹² In questo caso la disciplina di dettaglio dell'esercizio e dei limiti del diritto è ricavata interamente in via argomentativa direttamente, tramite un bilanciamento con altri diritti o interessi.

⁴¹³ Bin definisce il diritto: “non come una pentola, rispetto alla quale un determinato fenomeno sta dentro o fuori, *tertium non datur*. Si comporta piuttosto come un ombrello durante un forte acquazzone: vi è un punto in cui la protezione è massima, e poi, via via che ci si allontana da esso, la tenuta diviene sempre meno efficiente; è persino difficile dire in che punto si è totalmente fuori dall'ombrello, anche perché in buona parte dipende dal vento» (R. Bin, *Diritti e fraintendimenti*, p. 17).

⁴¹⁴ R. Dworkin, *Hard Cases*, Id., *Taking Rights Seriously*, pp. 93-94

⁴¹⁵ Cfr. B. Celano, *I diritti nella giurisprudenza anglosassone contemporanea*.

Proprio per evidenziarne questa vocazione finalistica, mi sembra illuminante riportare testualmente la definizione proposta da Ferrajoli: “sono ‘diritti fondamentali’ tutti quei diritti soggettivi che spettano universalmente a ‘tutti’ gli esseri umani in quanto dotati dello *status* di persone, o di cittadini o di persone capaci d’agire; inteso per ‘diritto soggettivo’ qualunque aspettativa positiva (a prestazioni) o negativa (a non lesioni) ascritta ad un soggetto da una norma giuridica”⁴¹⁶.

Altra caratteristica peculiare dei diritti fondamentali riguarda la loro “dimensione intrinsecamente relazionale”: non sono infatti monadi incomunicanti, ma si presentano “a grappolo”, ossia legati da una reciproca interconnessione⁴¹⁷ con l’ ovvia conseguenza che il significato di un diritto non può prescindere dall’esistenza di altri diritti o principi costituzionali.

Inoltre, mentre in relazione ai rapporti tra privati, i diritti umani sono inalienabili e indisponibili, in relazione ai poteri dello stato sono inviolabili⁴¹⁸. L’ inviolabilità allora si erge a rango di presidio e garanzia costituzionale dei diritti fondamentali, sottraendoli a processi di revisione costituzionale e immunizzandoli da spericolate operazioni di bilanciamento che rischierebbero di comprometterne l’ essenza⁴¹⁹.

Dopo aver evidenziato i tratti peculiari della natura dei diritti fondamentali, sembra ora opportuno focalizzarci sulla concezione di costituzione⁴²⁰ che ne definisce l’ ambito di applicazione⁴²¹.

Secondo il tradizionale modello liberale dello stato di diritto ottocentesco, i diritti fondamentali rappresentano un presidio dei cittadini verso gli abusi delle pubbliche autorità con la conseguenza che la costituzione viene considerata come un “limite politico” all’ attività dei pubblici poteri. Dalla seconda metà del Novecento, sul piano teorico ci si affranca dalla concezione della costituzione come “limite”⁴²² per far

⁴¹⁶ L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, Laterza, Roma-Bari, p. 5.

⁴¹⁷ Su punto vedi L. Ferrajoli, *Principia iuris*, vol. 2, pp. 70-71; e ancora B. Celano, *Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti?*, spec. p. 92;

⁴¹⁸ Si vedano P.F. Grossi, *Inviolabilità dei diritti*; A. Pace, *La garanzia dei diritti fondamentali nell’ordinamento costituzionale italiano: il ruolo del legislatore e dei giudici «comuni»*.

⁴¹⁹ Per un approfondimento Corte costituzionale n. 366/1991.

⁴²⁰ A ben vedere per un’ approfondita analisi di questo rapporto risulta di fondamentale importanza la concezione della costituzione che si adotta. Vedi L. Gianformaggio, *L’interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole e argomentazione basata su principi*; P. Comanducci, *Assaggi di metaetica due*, cap. 8; A. Pace, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*; W. Waluchow, *A Common Law Theory of Judicial Review*, pp. 52-73.

⁴²¹ Vedi B. Celano, *Diritti fondamentali e poteri di determinazione nello stato costituzionale di diritto*.

⁴²² “Ademàs, al ser la democràcia su propria misma legitimitad, inevitablemente lleva el discurso a las race de la autoridad democràtica que, en apariència, es un contrasentido, pero que- en realidad- es la tentativa de fundar racional y horizontalmente un orden politico que està, en la modernidad, muy

spazio alla concezione della costituzione come “progetto”⁴²³. In questo secondo approccio, i diritti costituzionali non sono più considerati solo come presidio di salvaguardia dei diritti umani nei confronti dei pubblici poteri, ma come un insieme di principi capaci di sconfinare nei più vari settori del diritto, rimodellandone le categorie giuridiche⁴²⁴ e considerando la costituzione come “progetto di società giusta”⁴²⁵. A tal proposito si è sostenuto che affinché le cospicue potenzialità della Costituzione possano dispiegarsi in concreto, è necessario riconoscerne la natura di progetto politico e su questa base lavorare alla rigenerazione di contesti e soggetti della partecipazione “filo-costituzionali”⁴²⁶. È in tale contesto che il giurista, parte attiva del processo di costituzionalizzazione⁴²⁷, si adoperava sia in sede interpretativa e che applicativa alla realizzazione del progetto costituzionale⁴²⁸.

5) I DIRITTI SOGGETTIVI

Il nucleo di senso dei diritti soggettivi è rappresentato dall’idea che vi sono beni essenziali per ogni essere umano che i soggetti pubblici e privati non possono calpestare, conculcare, violare senza compiere un torto, altrimenti verrebbe messo in

relacionado con la dimensión de lo sagrado, y es constitutivamente verticista” F. Mancuso, Legitimidad y política. Notas acerca de Ciò che resta della democrazia, in *Soft Power* 07, Volumen 5, número 1, enero-junio, 2017, p. 293.

⁴²³ Zagrebelsky a riguardo sostiene: “la costituzione nel suo senso profondo può dirsi un tentativo di restaurare la *legittimità* nel diritto, insieme alla sua *legalità*” Cit. Zagrebelsky G., *Diritto allo specchio*, Einaudi, Torino 2018, p. 149.

⁴²⁴ G. Tarello, *L’interpretazione della legge*, pp. 331-338.

⁴²⁵ L. Ferrajoli, *La democrazia attraverso i diritti*, Laterza, Roma-Bari 2013, pp. 141 ss.

⁴²⁶ G. Preterossi, *Ciò che resta della democrazia*, Laterza, Roma-Bari 2015, p. 173. E ancora: “*Para que esta hipótesis y redeclinación emancipadora de las instancias políticas, capaz de neutralizar sus riesgos, sea creíble y capaz de volver a apoderarse de los contextos deliberativos y de los instrumentos operativos necesarios (políticas del pleno empleo y relanzamiento de las inversiones públicas con finalidades sociales, por ejemplo), cabe romper con el globalismo neoliberal (también con aquel vaga e ilusoriamente progresista) y con el europeísmo retórico*”. G. Preterossi, *Lucha De Clase y Lucha de pueblo*, in *Soft Power* Volumen 6, número 1, enero-junio, 2019, p. 30.

⁴²⁷ G. Tarello, *L’interpretazione della legge*, p. 337; R. Guastini, *La “costituzionalizzazione” dell’ordinamento italiano*; Id., *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, pp. 238-267. Per alcuni cenni sulla “costituzionalizzazione” v. G. Pino, *Il diritto all’identità personale*. Si tratta di un fenomeno che ha interessato diverse culture giuridiche occidentali. Per comparazioni vedi G. Calabresi, *A Common Law for the Age of Statutes*; A. Heldrich, G. Rehm, *Importing Constitutional Values through Blanket Clauses*.

⁴²⁸ L. Baccelli auspica che la diffusione della cultura dei diritti possa realizzare un reale “universalismo dei titolari” che evidenzia l’esistenza di un minimo comun denominatore assiologico, risultante di un effettivo “sincretismo culturale” Cfr. *Diritti fondamentali: i rischi dell’universalismo in T. Mazzarese, Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Giappichelli Torino 2002.

discussione il valore della dignità propria di ogni individuo⁴²⁹. La tipologia dei diritti fondamentali è molteplice, ma è possibile individuare la loro forma sulla base di un modello articolato a tre livelli. Al primo livello si pone la giustificazione del diritto, che può consistere sia nell' assicurare una sfera di libertà e autonomia al suo titolare, sia nel perseguire un interesse individualizzato giudicato meritevole. Al secondo livello vi è la relazione giuridica tra il titolare, il destinatario e l' oggetto del diritto. Al terzo livello vi è la coercibilità del diritto, che riguarda i modi della sua tutela⁴³⁰. I diritti fondamentali sono diritti soggettivi, e i diritti soggettivi sono posizioni di vantaggio riconosciute da norme di un sistema giuridico – norme di vario tipo: norme esplicite o norme implicite; regole o principi. Tali posizioni di vantaggio possono essere agevolmente esemplificate dalle posizioni giuridiche elementari individuate da Hohfeld: pretesa, libertà, immunità, potere⁴³¹.

Invero, la nozione di “diritto soggettivo” denota, frequentemente, una situazione giuridica complessa foriera di una pluralità di situazioni giuridiche elementari, aggregate e combinate⁴³². L' “avere un diritto” solleva la questione delle modalità giuridiche che esprimono le situazioni soggettive di vantaggio conferite in termini di facoltà, di pretese, di poteri e di immunità; infatti per esempio un diritto di libertà è la risultante di una combinazione della facoltà di tenere un certo comportamento, di immunità (visto che il legislatore non può vietare il comportamento in questione) e di pretese (essendo vietato interferire con l' esercizio di tali libertà)⁴³³. Tali diritti ovviamente trovano il loro fondamento su norme giuridiche⁴³⁴, significati⁴³⁵ (risultanti da operazioni interpretative) che possono essere direttamente ricondotti a testi normativi. Invero può accadere che la norma sia ricavata con operazioni argomentative di vario tipo, utilizzando come punto di partenza non testi (disposizioni) ma altre norme. È così possibile distinguere tra norme esplicite (il significato di disposizioni normative), e norme implicite, ricavate per via argomentativa da altre norme.

⁴²⁹ B. Pastore-F. Viola-G. Zaccaria, *Le ragioni del diritto*, Il Mulino, Bologna 2017, p. 88.

⁴³⁰ R. Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali*, il Mulino, Bologna 2012, pp. 204-209, 212-224.

⁴³¹ W.N. Hohfeld, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*. Sulla teoria di Hohfeld vedi B. Celano, *I diritti nella giurisprudenza anglosassone contemporanea*.

⁴³² B. Pastore, *Decisioni e controlli tra potere e ragione. Materiali per un corso di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino 2013, p. 133.

⁴³³ Sul punto R. Guastini, *Il diritto come linguaggio. Lezioni*, Giappichelli, Torino 2001, p. 39-43.

⁴³⁴ G. Palombella, *L' autorità dei diritti*, Laterza, Roma-Bari 2002, pp. 23-29.

⁴³⁵ Tarello osserva che esiste «un significato proprio, o vero, delle norme, precostituito rispetto a, e del tutto indipendente da, i processi nei quali e coi quali gli operatori giuridici impiegano le norme» Tarello G., *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Il Mulino, Bologna 1974.

Qualificare una norma (esplicita o implicita) come fondamentale non è del tutto pacifico sul piano teorico-giuridico. Infatti il carattere fondamentale di una norma può essere relativo alla “natura” della norma in questione (*in re ipsa*), per così dire in assoluto oppure può dipendere dal tipo di fonte che la positivizza. Pertanto, intenderò per “norme aventi carattere fondamentale”⁴³⁶, le norme che all’interno di un ordinamento giuridico sono considerate di particolare importanza o per la portata del loro contenuto, o per la collocazione nella gerarchia delle fonti del diritto, o per entrambe queste ragioni al contempo⁴³⁷.

Inoltre la norma su cui trova fondamento un diritto soggettivo potrà essere un principio, con la conseguente genericità e la maggiore esposizione ad eccezioni implicite, oppure potrà essere fondato su una regola e così sarà ben determinato, più specifico e meno esposto ad eccezioni implicite. La differenza allora non sarà più solo di tipo quantitativo, secondo il grado di genericità, ma di tipo argomentativo. Infatti i diritti basati su regole determinate e specifiche sono oggetto di operazioni logico-sussuntive, mentre i diritti che si fondano su regole generiche ed indeterminate (principi) sono oggetto di bilanciamento. Alla luce di queste osservazioni si può agevolmente sostenere che i diritti siano componenti di un ordine potenziale che vive nelle diverse attualizzazioni nella cornice di una prassi interpretativa *in fieri*. La dimensione interpretativa ed argomentativa risulta così connaturata ai diritti, che si immanentizzano in virtù delle varie condizioni normative e fattuali che richiedono l’esercizio della facoltà di giudizio⁴³⁸. I diritti costituiscono il punto di congiunzione di un rapporto dialettico tra determinazione universale e reinterpretazioni casistiche, conservando il carattere universale in relazione alla definizione e particolare quanto all’applicazione⁴³⁹, con l’ovvia conseguenza che l’elenco “pre-confenzionato” dei diritti nei testi costituzionali, grado necessario ma non sufficiente per la loro

⁴³⁶ Secondo Robert Alexy il significato delle norme dei diritti fondamentali si delinea in due modi: dalla sua fundamentalità formale e dalla sua fundamentalità materiale. La fundamentalità formale delle norme risulta dalla posizione al vertice della costruzione a gradi dell’ordinamento giuridico come diritto immediatamente vincolante il potere legislativo, esecutivo e il potere giudiziario. Al contempo i diritti fondamentali sono materialmente fondamentali perché con essi si prendono decisioni sulla struttura normativa di base dello stato e della società. Cit. Alexy R., *Teoria dei diritti fondamentali*, trad. it. a cura di Leonardo di Carlo, Il Mulino, Bologna 2012, pp. 551-553.

⁴³⁷ Questa è sicuramente la possibilità più frequente in quanto di solito le norme considerate più importanti sono collocate nel gradino più alto della gerarchia delle fonti. Per gli ulteriori possibili significati di “norme fondamentali” si veda R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, pp. 310-311.

⁴³⁸ Sul punto vedi B. Pastore, *Per un’ermeneutica dei diritti umani*, Giappichelli, Torino 2003 pp. 161-173.

⁴³⁹ F. Viola, *Etica e metaetica dei diritti umani*, Giappichelli, Torino 2000, pp. 97-98.

realizzazione, rappresenta un complesso normativo potenzialmente valevole per la molteplicità dei casi possibili ma solo con la deliberazione di casi concreti, i diritti prendono forma. In tal modo conquistano lo *status* di diritto efficace soprattutto grazie ad operazioni reinterpretative e a forme di creazione giurisprudenziale, che si configurano quale esplicitazione ed enucleazione dei diritti positivizzati nelle carte costituzionali⁴⁴⁰. A seguito della “nuova” interpretazione delle disposizioni esistenti, vengono forniti specifici mezzi di protezione⁴⁴¹ e i “nuovi” diritti si pongono così come sviluppi di diritti già esistenti, che grazie al fondamento del testo costituzionale, ricevono riconoscimenti, garanzie e tutele⁴⁴². È allora necessaria una costante mediazione prudenziale tra la valenza universale dei diritti e il loro portato pratico-applicativo che si sostanzia nelle più varie ed eterogenee contestualità, in cui il diritto “si fa vivente”.

6) REGOLE O PRINCIPI?

Il rapporto dicotomico tra regole e principi rappresenta sicuramente un *topos* della letteratura teorico-generale e ed è proprio sul *discrimen* degli elementi della coppia concettuale che si è sviluppato un effervescente dibattito sostanziatosi essenzialmente in due posizioni principali: da un lato vi è un orientamento che propone una distinzione forte tra regole e principi (di tipo ontologico, qualitativo), dall’ altro si propone invece una distinzione debole (di tipo graduale, quantitativo). Chi aderisce alla prima linea

⁴⁴⁰ Vedi N. MacCormick, Diritto, “Rule of Law” e democrazia, in “Analisi e diritto 1994. Ricerche di giurisprudenza analitica” a cura di P. Comanducci e R. Guastini, Giappichelli, Torino, 1994, pp. 205-209.

⁴⁴¹ Cfr. G. Palombella, L’ autorità dei diritti, Laterza, Roma-Bari 2002, pp. 23-24.

⁴⁴² Sul punto mi pare di fondamentale importanza la sentenza della Corte di Cassazione, Sez. I civile, n. 3769 del 22 giugno 1985 (in “Giustizia civile”, XXXV, 1985, pp. 3049-3055) sul diritto all’ identità personale, di cui qui riporto testualmente dei passaggi interessanti: “Ciascun soggetto ha interesse, ritenuto generalmente meritevole di tutela giuridica, di essere rappresentato nella vita di relazione, con la sua vera identità, così come questa nella realtà sociale, generale o particolare, è conosciuta o poteva essere conosciuta con l’ applicazione dei criteri della normale diligenza e della buona fede soggettiva; ha così interesse a non vedersi all’ esterno alterato, travisato, offuscato, contestato il proprio patrimonio intellettuale, politico, sociale, religioso, ideologico, sociale, professionale ecc. quale si era estrinsecato od appariva, in base a circostanze concrete e univoche, destinato ad estrinsecarsi nell’ ambiente sociale” Cit. pp. 3051-3052. Da ciò emerge la garanzia della libertà di svolgere integralmente la propria personalità individuale, diritto soggettivo tutelato e garantito dalla costituzione italiana all’ art. 2, baluardo del principio “meta-giuridico” della dignità umana.

teorica⁴⁴³ parte dall' assunto che le regole e i principi siano dei concetti ontologicamente e strutturalmente ben diversi fra loro⁴⁴⁴ (in tal caso il *discrimen* sarebbe *in re ipsa*): i principi sarebbero caratterizzati da un alto grado di generalità e di indeterminatezza (sono "norme senza fattispecie", o con fattispecie "apertissima")⁴⁴⁵, da una dimensione di peso e di importanza (di solito, chiamiamo principi le norme più importanti), dalla caratteristica della defettibilità intesa quale apertura ad eccezioni implicite. E ancora, mentre i principi sono forieri di valori ed intrisi di forte carica assiologica, le norme si limiterebbero ad associare una modalità deontica ad una condotta; inoltre i principi- volendo utilizzare un' espressione *alexiana*- come "precetti di ottimizzazione" perseguono il conseguimento di una determinata finalità valoriale nella maggiore misura possibile in relazione alle concrete possibilità fattuali e normative. Per quanto concerne invece l' orientamento teorico che propende per una distinzione debole⁴⁴⁶, sia le regole che i principi, in quanto appartenenti alla più ampia categoria delle norme, sembrano possedere in qualche misura le stesse caratteristiche, e d'altronde non è detto che una norma definita principio possieda *sempre* tali caratteristiche⁴⁴⁷. Infine, vi è un altro orientamento secondo cui i principi giuridici si distinguerebbero dalle regole proprio perchè coincidono con i principi morali, o

⁴⁴³ Tra i sostenitori di una distinzione forte tra regole e principi ricordiamo: R. Dworkin, *The Model of Rules I, e Hard Cases*; R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cap. III; Id., *On the Structure of Legal Principles*; G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*; M. Atienza, R. Manero, *Las piezas del Derecho*.

⁴⁴⁴ Sulla distinzione tra regole e principi si veda G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992, p. 149, il quale sostiene che: «le regole ci danno il criterio delle nostre azioni, ci dicono come dobbiamo, non dobbiamo, possiamo agire in determinate, specifiche situazioni previste dalle regole stesse. I principi non ci dicono nulla, direttamente, a questo proposito, ma ci danno criteri per prendere posizione di fronte a situazioni a priori indeterminate, quando vengono a determinarsi concretamente»

⁴⁴⁵ Sul punto è opportuno riportare le parole di Pastore: "I diritti umani, che, entrando nelle organizzazioni giuridiche, diventano diritti fondamentali, vengono concretizzati in sede applicativa, in relazione alle esigenze dei casi ed al tessuto giuridico complessivo. In tal modo vanno configurati come componenti di un ordine potenziale, che vive nelle diverse attualizzazioni, entro il dinamismo di una prassi interpretativa che si va svolgendo. Essi non si pongono come una lista già formata, ma costituiscono il portato delle interpretazioni che ne esplicano la valenza normativa, configurandosi come una pratica che vive nella dialettica tra determinazione universale e reinterpretazioni casistiche". B. Pastore, *Decisioni e controlli tra potere e ragione. Materiali per un corso di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino 2013, p. 119.

⁴⁴⁶ Tra i sostenitori della distinzione debole tra regole e principi si ricordino: J. Raz, *Legal Principles and the Limits of Law*; L. Gianformaggio, *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole e argomentazione basata su principi*; J.J. Moreso, *Come far combaciare i pezzi del diritto*; P. Comanducci, *Principi giuridici e indeterminazione del diritto*; L. Prieto Sanchís, *Ley, principios, derechos*; M. Barberis, *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, pp. 144 ss.; R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*.

⁴⁴⁷ Basti pensare all' esistenza di norme, che in base alla teoria della distinzione forte non avrebbero la caratteristica del peso, dell' importanza, ma che addirittura sostanzialmente potrebbero assurgere al rango di principio, come ad esempio per il reato di omicidio previsto dal codice penale.

comunque sono oggetto di ragionamento pratico generale senza alcuna condizione limitativa tipica del ragionamento giuridico⁴⁴⁸. Sul problema della distinzione tra prescrizioni e principi risulta, a mio parere, indispensabile richiamare in questa sede la proposta teorica di Barberis. Questi esamina tre possibili soluzioni, basata ognuna su un criterio distintivo differente; la prima soluzione si basa sul criterio della defettibilità, la seconda sul criterio della genericità e la terza sul criterio della fundamentalità. Nonostante ritenga preferibile la terza, sostiene pure che nessuna delle tre soluzioni sia del tutto soddisfacente: “forse proprio perchè principio è combinatoriamente vago, e defettibilità, genericità e carattere fondamentale, di conseguenza possono solo considerarsi caratteristiche- non comuni a tutti i principi ed esclusive ad essi, ma solo-combinate e sovrapposte, e talvolta reperibili anche nelle prescrizioni”⁴⁴⁹. A ben vedere pare che i tentativi di tracciare una distinzione qualitativa netta tra regole e principi non abbiano trovato sicuri porti teorici. Ciò nonostante sembra non privo di senso il *discrimen* regole/principi soprattutto con riguardo alle modalità di interazione, di funzionamento e alle conseguenti operazioni argomentative, se si pensa ad una differenza di tipo relazionale e graduale. Tributando le parole di Raz: “*Principles are often stated in ways which leave their subjects unspecified*”⁴⁵⁰ - e ancora - “*principles prescribe highly unspecified actions [...]. An act is highly unspecific if it can be performed on different occasions by the performance of a great many heterogeneous generic acts on each occasion [...]. Promoting human happiness, respecting human dignity, increasing productivity, and behaving negligently or unjustly or unreasonably are highly unspecific acts*”⁴⁵¹. Da ciò consegue che una norma che definiamo principio sarà più generica ed indeterminata rispetto ad una norma che definiamo regola, e significa che avrà una sfera di applicazione più ampia ed una fattispecie più aperta; non già che queste caratteristiche siano esclusive ed assolute a prescindere dalle singole contestualità giuridiche. Altra differenza ragionevolmente prospettabile sul piano teorico è relativa alla dimensione del peso; infatti mentre per i principi il peso risulta graduale e relazionale in quanto dipendente dalle circostanze fattuali e normative del

⁴⁴⁸ A ben vedere però nel momento interpretativo-applicativo, anche le regole possono essere oggetto di ragionamento (morale, o quantomeno extragiuridico), ancorchè di tipo particolaristico. Da questa considerazione ne consegue, a mio parere, la fallacia del terzo orientamento. Per un approfondimento sul punto vedi B. Celano, *Principi, regole, autorità*; Id., *Legal Reasoning: Three Key Issues, and What Philosophy Can(not) Do about Them*.

⁴⁴⁹ M. Barberis, *Filosofia del diritto. Un' introduzione teoretica* seconda edizione, Giappichelli editore, Torino 2005, p. 144.

⁴⁵⁰ J. Raz, *Legal Principles and the Limits of Law*, cit. p. 836.

⁴⁵¹ Ivi, p. 838.

contesto in cui trova applicazione⁴⁵², per le regole si parla di peso non graduale o assoluto⁴⁵³.

Dalle osservazioni proposte, sembra che le principali differenze tra regole e principi siano di tipo quantitativo e graduale. Si potrà allora immaginare una linea retta alle cui estremità si trovino da un lato norme molto ben determinate (regole) e dall'altro norme molto generiche (principi). In base a quali criteri riusciremo a collocare una norma su una parte o l'altra della retta? Sicuramente ci sarà d'ausilio la formulazione linguistica: infatti mentre per le regole saranno utilizzati per lo più termini tecnico-giuridici molto precisi, specifici e settoriali, per i principi si prediligeranno termini dotati di notevole apertura semantica e soprattutto di carica assiologica. Ovviamente quest'operazione di discriminare non sempre risulterà agevole soprattutto in relazione a casi di confine, "borderline", in cui la qualificazione di una norma come regola o come principio dipenderà molto dalle opzioni ermeneutiche degli interpreti⁴⁵⁴, le cui pratiche interpretative e argomentative determinano in ultima istanza la qualificazione di un modello deontico come regola o principio⁴⁵⁵. Una volta qualificata una norma come regola o come principio, ne discendono rilevanti conseguenze in relazione alla sua logica operativa: basti pensare alla possibilità o meno di ammettere eccezioni implicite (in relazione alla defettibilità), di applicare la norma secondo una logica gradualistica oppure no, di sottoporla o meno ai controlli di proporzionalità e di ragionevolezza, di compiere o meno operazioni di bilanciamento⁴⁵⁶. Nel capitolo seguente mi occuperò della natura polemica e conflittuale dei principi che quindi, ai fini della loro concreta applicazione, necessitano di bilanciamenti *ad hoc* da parte degli operatori del diritto e soprattutto metterò in evidenza il nesso ineludibile tra ragionamento giuridico, argomentazione morale e decisione politica alla luce del processo di costituzionalizzazione dell'ordinamento giuridico.

⁴⁵² R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 86; R. Bin, *Diritti e argomenti*, p. 32.

⁴⁵³ Per un approfondimento a riguardo vedi L. Alexander, E. Sherwin, *The Rule of Rules. Morality, Rules, and the Dilemmas of Law*, p. 159.

⁴⁵⁴ Una norma derivata da un'interpretazione estensiva sarà simile ad un principio, mentre una norma derivata da un'interpretazione restrittiva sarà simile ad una regola. Sul punto vedi L. Gianformaggio, *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole e argomentazione basata su principi*, in "Rivista internazionale di filosofia", 1985, p. 178

⁴⁵⁵ È bene osservare che gli argomenti interpretativi non si applicano solo a *disposizioni*, ma anche a *norme*, esplicite o anche implicite: una norma implicita, ad esempio, può servire da punto di partenza per argomenti analogici; inoltre, una norma implicita che ha ricevuto una certa formulazione anche consolidata in sede giurisprudenziale, può successivamente essere riformulata in modi più ampi o più ristretti in altra sede.

⁴⁵⁶ Sul tema si rinvia a G. Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato Costituzionale*, Il Mulino, Bologna 2010, pp. 173 e ss.

BILANCIAMENTO DEI DIRITTI FONDAMENTALI TRA RAGIONAMENTO GIURIDICO, ARGOMENTAZIONE MORALE E POLITICITÀ DEL DIRITTO

1) L'INTRINSECA AMBIGUITÀ DEI DIRITTI FONDAMENTALI E LE POTENZIALITÀ DEI CASI PARADIGMATICI

Come più volte evidenziato nel capitolo precedente, i diritti fondamentali hanno assunto un ruolo preponderante nell'ordinamento giuridico-costituzionale, risultando sempre più importanti, numerosi, diffusi ed indispensabili nel momento interpretativo-applicativo del diritto. Prima di porre l'accento sulla loro natura intrinsecamente ambigua e per certi versi fisiologicamente polisemica, mi sembra opportuno e funzionale ai fini della nostra analisi, ripercorrere brevemente il noto *topos* della distinzione regole/principi, nella prospettiva di Zagrebelsky. Questi ritiene che la prima differenza sia strutturale, infatti mentre per le regole elemento caratteristico è il “dover essere”, le norme di principio sono principalmente espresse con la voce del verbo essere cui segue un aggettivo qualificativo: il diritto è..., la libertà è....., la salute è....; con una qualificazione per mezzo di aggettivi modali (*inviolabile, incomprimibile, inalienabile, intoccabile*), di modo che, pur senza indicare il contenuto specifico di un dover essere, esprimono un orientamento *pro* o *contra* quel tal bene o male indicato nella norma di principio⁴⁵⁷. Secondariamente, le norme di principio sono “senza fattispecie”, infatti mentre le regole, attraverso l'indicazione della fattispecie, stabiliscono in anticipo quando esse devono o non devono trovare applicazione, i principi hanno un raggio di azione potenzialmente illimitato, entrano in campo in tutte le circostanze indefinibili a priori. Si può dire inoltre che alle regole si ubbidisce (o si disobbedisce), mentre ai principi si aderisce (o non si aderisce); l'operatività delle regole risiede nell'acquiescenza mentre l'operatività dei principi scaturisce dalla condivisione di un *ethos*. In terzo luogo i principi sono espressi per mezzo di concetti aperti, che possono assumere un contenuto solo per mezzo di concezioni dei concetti

⁴⁵⁷ G. Zagrebelsky, *Diritto allo specchio*, Einaudi, Torino 2018, p. 232.

medesimi. I concetti delle norme di principio si prestano a incorporare le concezioni che si affermano in una sfera d'esperienza che trascende quella giuridico-positiva⁴⁵⁸. Peculiarità dei diritti fondamentali è sicuramente l'indeterminatezza delle clausole che li positivizzano, con uno spiccato utilizzo di termini estremamente generici ed assiologicamente valutativi⁴⁵⁹. La costituzione infatti non è un *unicum* etico-ideologico ma è piuttosto la risultante di compromessi e mediazioni tra diverse ideologie.⁴⁶⁰ I problemi di interpretazione di queste disposizioni, lungi dal trarre origine in disaccordi meramente tecnici o semantici⁴⁶¹, nascono da disaccordi di natura teorico-filosofico-politica⁴⁶². È fuor di dubbio quindi che sono proprio i valori a giocare un ruolo di rilievo primario nell'attività argomentativa giuridico-costituzionale degli interpreti del diritto. 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. I valori esprimono la preferibilità di beni*

⁴⁵⁸ Ivi, p. 232-233.

⁴⁵⁹ La difficoltà interpretativa di questi termini deriva dal rinvio a valori etico-politici, quantomeno controversi in una società pluralista. F. Schauer, *An Essay on Constitutional Language*, p. 827

⁴⁶⁰ R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano 1992; A. Cerri, *Appunti sul concorso conflittuale di diverse norme della Costituzione*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1976; N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990, pp. 11, 39; G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit., p. 170; G. Pino, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problem in Etica & Politica*, 2006.

⁴⁶¹ B. Pastore sul punto sostiene che i diritti presentano come loro connotazione strutturale una “apertura semantica”, che non può essere colta in modo adeguato se viene ricondotta completamente alla indeterminatezza tipica del linguaggio giuridico. “Va intesa, invece, come potenzialità di senso, che gli enunciati sui diritti hanno e che trova la sua attualizzazione nelle differenti situazioni. È in ragione di tale proprietà che il catalogo dei diritti è in evoluzione e procede per specificazioni, legate al riconoscimento di “nuovi” diritti o alla precisazione in forme diverse di diritti in precedenza riconosciuti. “Apertura semantica” significa non esaustività, ossia impossibilità di una determinazione completa dei diritti rispetto ad ogni possibile situazione. È richiesta, a questo proposito, una delicata e complessa opera ermeneutica volta a regolare, con riguardo ai casi particolari, le modalità del loro esercizio. La dimensione interpretativa e argomentativa risulta, così, connaturata ai diritti, la cui attuazione avviene tenendo conto di varie condizioni normative e fattuali (il tessuto giuridico complessivo e le esigenze dei casi). Solo in tal modo diventano praticabili e praticati. Il loro funzionamento implica la complementarità tra il livello del riconoscimento formale – che riguarda la formulazione generale e astratta in documenti normativi – e quello della concretizzazione nei casi individuali, che richiede un esercizio interpretativo, vincolato al rispetto del nucleo valoriale che essi costitutivamente esprimono”. B. Pastore, *Decisioni e controlli tra potere e ragione. Materiali per un corso di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino 2013, pp. 118 e ss.

⁴⁶² Sul punto vedi C. Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict*, p. 86 e ss.

*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”⁴⁶³. Il valore è un bene finale che sta innanzi a noi come una meta che deve essere perseguita attraverso attività teologicamente orientate⁴⁶⁴. 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 potenza⁴⁶⁵. Il principio, al contrario, è considerato un bene che chiede di realizzarsi attraverso attività *conseguenzialmente orientate*, quindi l' agire e il giudicare “per principi” sono intrinsecamente regolati e delimitati dal principio medesimo di cui sono conseguenza: *ex principiis derivationes*⁴⁶⁶. 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”⁴⁶⁷. 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 spingono. I valori ci dicono: vieni a noi; i principi procedi da noi. I primi ci**

⁴⁶³ J. Habermas, trad. it. a cura di L. Ceppa, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Guerini e Associati, Milano 1996, pp. 303-304.

⁴⁶⁴ Ivi, p. 302 ss.

⁴⁶⁵ G. Zagrebelsky, *Diritto allo specchio*, Einaudi, Torino 2018, p. 235.

⁴⁶⁶ Ivi, p. 236.

⁴⁶⁷ Ivi, p. 235-236.

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)»⁴⁶⁸.

A questo punto urge chiarire un equivoco: il problema, qui, non è che alcune disposizioni costituzionali *presuppongano* valori, o che il diritto dello stato costituzionale *incorpori* valori⁴⁶⁹. Il *punctum dolens* è che queste disposizioni costituzionali formulano valori e li proclamano, e non si limitano a presupporli⁴⁷⁰, con la conseguenza che, essendo i valori indeterminati, confliggenti e controversi, anche i diritti fondamentali sono connotati da un' intrinseca ambiguità⁴⁷¹.

E allora, l' interpretazione di tali disposizioni chiama in gioco inevitabilmente elementi discrezionali⁴⁷², da parte dei giudici-interpreti, dal cui potere decisionale potrebbero derivare rischi di "politicizzazione" della funzione giurisdizionale⁴⁷³. Tuttavia, si osserva che la presenza di formulazioni generiche e valutative nelle costituzioni è addirittura inevitabile per una serie di non trascurabili ragioni. Ricordiamo infatti la chiara natura mediativa e compromissoria della costituzione tra diversi e opposti vettori politico-ideologici, spesso addirittura escludentisi⁴⁷⁴; il forte pluralismo inteso quale valore da preservare⁴⁷⁵ di cui la costituzione si fa garante e la sua natura non solo di fondamento, ma anche di 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

⁴⁶⁸ Ivi, cit. p. 238.

⁴⁶⁹ Infatti, risulta quantomeno difficile che una disposizione giuridico-costituzionale non presupponga valori morali e scelte ideologico-politiche. Per un approfondimento sul tema: H.L.A. Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, pp. 598 ss.

⁴⁷⁰ Si è sostenuto infatti che le costituzioni contemporanee positivizzano il diritto naturale: G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, pp. 157, 162, 165; F. Viola, G. Zaccaria, *Le ragioni del diritto*, p. 232.

⁴⁷¹ C. Luzzati, *L'interprete e il legislatore*, pp. 484-497.

⁴⁷² Corte costituzionale n. 138/2010: «nell'ambito applicativo dell'art. 2 Cost., spetta al Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette...».

⁴⁷³ Qui è chiaro il riferimento al *normative* o *ethical positivism* ascrivibile ad autori come Waldron, Tom Campbell, Riccardo Guastini. Sul punto v. in generale J.J. Moreso, *Positivismo giuridico e applicazione del diritto*.

⁴⁷⁴ F. Schauer, *An Essay on Constitutional Language*; B. Celano, *Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti?*

⁴⁷⁵ Abignente A., *Pluralismo giuridico e ruolo dell' interpretazione*, in *Ars Interpretandi*, I/2012 n. 1, Ermeneutica e pluralismo, Carocci editore 2012

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 diritto⁴⁷⁶. A questo punto una domanda sorge spontanea: esistono metodi argomentativi e interpretativi idonei a scongiurare pericolosi eccessi di discrezionalità? In realtà, nonostante le tecniche tendenti all'oggettivizzazione e alla razionalizzazione procedurale del ragionamento giuridico, difficilmente riescano ad escludere *sine dubio* opzioni assiologiche discrezionali, possiamo quantomeno immaginare un controllo di razionalità *ex post*, con l'ausilio di standard e casi paradigmatici; inoltre l'inclusione di termini valutativi in un documento normativo, con una certa formulazione invece che un'altra, limita *ex ante* le opzioni discrezionali dell'interprete con la conseguenza che alcune sue interpretazioni *sicuramente* non saranno ritenute corrette⁴⁷⁷. Invero, pare inopinabile, che, nonostante le già richiamate difficoltà interpretative delle disposizioni costituzionali più generiche ed indeterminate, esistano casi paradigmatici chiari di applicazione corretta e non corretta di un termine risultante controverso e proprio partendo dai casi paradigmatici sembra possibile sviluppare un'argomentazione, fornendo ragioni a sostegno della estensione o della esclusione di un caso dubbio dalla portata del concetto controverso. Ovviamente nei casi di confine, sarà necessaria un'argomentazione che valuti il senso e la portata dei valori sottostanti al riconoscimento di un certo diritto, e anche il loro rapporto con altri valori rilevanti. È innegabile che tali operazioni siano dotate di un'ineliminabile componente intuitiva, ma allo stesso tempo difficilmente degenerano nella discrezionalità, in quanto la capacità di individuare casi paradigmatici è il frutto di un insieme di fattori sia extragiuridici che giuridici, come ad esempio intuizioni pre-analitiche, ma anche decisioni legislative e precedenti giurisprudenziali. Se queste osservazioni sono corrette, possiamo affermare che la massiccia presenza di concetti controversi, generici e valutativi nelle nostre carte costituzionali, rappresenta addirittura un presidio di garanzia di tutela effettiva dei beni fondamentali⁴⁷⁸ del nostro tempo.

⁴⁷⁶ Per un approfondimento sulle formulazioni ampie e generiche vedi H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, pp. 153-156.

⁴⁷⁷ F. Schauer, *An Essay on Constitutional Language*, p. 828.

⁴⁷⁸ G. Postema, *In Defense of 'French Nonsense'*. *Fundamental Rights in Constitutional Jurisprudence*.

2) NATURA POLEMOGENA E CONFLITTUALE DEI DIRITTI FONDAMENTALI

Alla luce delle precedenti considerazioni si può sicuramente sostenere che le costituzioni contemporanee codificano insiemi di diritti fondamentali spesso eterogenei sia in relazione alla provenienza culturale che alle ideologie sottese, sia in relazione alla loro struttura. Sono diritti formulati in termini estremamente generici, a volte perfino assoluti, e con una terminologia spesso intrisa di una notevole carica valutativa. A questo punto sorgono degli interrogativi: questo insieme di diritti fondamentali è un monolite ideologico compatto, un *unicum* armonico e coerente o si tratta di un sistema ontologicamente conflittuale *in re ipsa* difficilmente componibile nonostante le più razionali operazioni ermeneutiche? E ancora: è ipotizzabile una convivenza pacifica e non problematica tra i diritti fondamentali, o sono inevitabilmente legati da relazioni conflittuali e contingentemente escludentesi? La questione sollevata risulta di rilievo fondamentale non solo da un punto di vista teorico ma soprattutto da un punto di vista pratico in quanto, in relazione alla posizione assunta, ovviamente saranno utilizzate differenti modalità applicative. Le posizioni che si contendono il campo sono: moniste da un lato e pluraliste dall' altro⁴⁷⁹. Le prime si fondano sull' assunto che il diritto sia governato da un unico e apicale valore fondamentale, o da pochi valori fondamentali "satellitari" armonici e quantomeno armonizzabili facilmente. Le seconde, al contrario, ritengono che il diritto sia intriso di una pluralità e di un' eterogeneità di valori spesso incompatibili, incommensurabili e contraddittori fra loro⁴⁸⁰. Ora, la scelta di uno dei due modelli in ambito politico-giuridico o metaetico, sarebbe ovviamente il frutto di opzioni assiologiche soggettive difficilmente "coperte dall' ombrello della razionalità", mentre in ambito più strettamente giuridico, con intento qualificativo e ricostruttivo della realtà giuridica effettiva, in altre parole, così come è e non come dovrebbe essere,

⁴⁷⁹ M. Barberis, I conflitti fra diritti tra monismo e pluralismo etico; B. Celano, Diritti fondamentali e poteri di determinazione nello stato costituzionale di diritto.

⁴⁸⁰ In relazione alle posizioni moniste o pluraliste, muta non solo la sottesa concezione del diritto ma anche il modello di società. Zagrebelsky distingue tra *costituzioni-imposizione* e *costituzioni-accordo*: "le *costituzioni-imposizione* sono quelle delle società moniste, la società dove esiste un potere politico dominante che detta le sue regole per imporle; le *costituzioni-accordo* sono quelle delle società pluraliste nelle quali nessuna forza, da sola, è in grado di imporsi e, dunque, è richiesta la convergenza a partire da presupposti, programmi, interessi, ideali diversi che si compongono tra loro. Dunque: comandi oppure compromessi costituzionali. Le costituzioni democratiche del nostro tempo (tra cui la nostra Costituzione) appartengono a questa seconda categoria" G. Zagrebelsky, *Diritto allo specchio*, Einaudi, Torino 2018, pp. 160-161.

mi sembra pacifico propendere per il modello pluralista o conflittualista⁴⁸¹ per tutte le considerazioni che ho esposto diverse volte in precedenza, come per esempio la molteplicità dei diritti, l'ampiezza e genericità delle loro formulazioni, la diversità della loro provenienza ideologica e culturale. Inoltre questi fattori, che aumentano radicalmente se consideriamo che le operazioni argomentative e decisionali dell'interprete, come è noto, non si limitano e non possono limitarsi ai confini della costituzione, ma coinvolgono diritti positivizzati in in varie ulteriori fonti e documenti, come ad esempio può accadere con l'applicazione diretta dei diritti previsti dalla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, o dei diritti e libertà fondamentali contenuti nei Trattati europei. Alla luce di tutto ciò personalmente mi sento di dissentire con la posizione assunta da Ferraioli quando afferma che: *“nella maggior parte dei casi...i principi si applicano alle loro violazioni senza che intervengano bilanciamenti e neppure più che in altri giudizi, opzioni soggettive di valore”*⁴⁸². Questa posizione mi sembrerebbe più in linea con un modello monista caratterizzato da compatibilità e armonia fra i diritti, ma ciò non mi sembra ravvisabile nello stato costituzionale dei nostri tempi, che trova linfa vitale proprio nel pluralismo dei valori. La scelta dell'uno o dell'altro modello, come sopra accennato, ha forti ricadute pratiche. Infatti in un modello irenista si tenderà ad escludere il ricorso al bilanciamento, a differenza di un modello pluralista in cui saranno inevitabili bilanciamenti, giudizi di proporzionalità e di ragionevolezza, con la conseguenza che difficilmente si potrà ipotizzare di avere una consolidata e ampia convergenza su un caso controverso, o addirittura di applicare in modo categorico e indefettibile un diritto fondamentale specialmente - utilizzando un'espressione dworkiniana- negli *hard cases*⁴⁸³. Altra importante considerazione è che a differenza del modello monista, nel modello pluralista l'interprete, proprio in quanto consapevole dell'effervescente conflittualità tra i diritti fondamentali, seppur nel rispetto di schemi di razionalità e di standard argomentativi di adeguatezza condivisi nella cultura giuridica di riferimento, si assume l'onere di un'opzione assiologica, inevitabilmente “politica” nell'operazione di bilanciamento tra i diritti in conflitto⁴⁸⁴.

⁴⁸¹ Per un approfondimento su monismo e pluralismo Vedi: M. Barberis, *I conflitti fra diritti tra monismo e pluralismo etico* in *Analisi e diritto*, a cura di Comanducci- Guastini, Giappichelli, Torino 2005.

⁴⁸² L. Ferrajoli, *Principia iuris*, vol. 1, p. 585.

⁴⁸³ R. Dworkin, *Hard Cases*, Id., *Taking Rights Seriously*, pp. 93 ss.

⁴⁸⁴ G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, p. 99; J. Bell, *The Acceptability of Legal Arguments*

3)BILANCIAMENTO QUALE PRINCIPIO RISOLUTORE DEL CONFLITTO. NATURA PURAMENTE RAZIONALE?

*“Sembra allora che siamo giunti ad una fase di stallo: non disponiamo di una gerarchia tra i diritti in conflitto, ma abbiamo un catalogo, una lista di diritti confliggenti e concorrenti; e non disponiamo di un criterio puramente giuridico, né di altro criterio lontanamente obbiettivo, per mettere ordine in questo quadro. Lo stallo è risolto dalla formula magica: il conflitto sarà risolto bilanciando, soppesando, ponderando i diritti in conflitto, e prevarrà quello che, nel caso da decidere, è più importante”*⁴⁸⁵.

Il termine “Bilanciamento” è una metafora sicuramente evocativa: la bilancia è infatti uno dei più antichi simboli della giustizia⁴⁸⁶. È stato giustamente osservato che il responso della bilancia non dice nulla sul peso in sé, ma dice in quale piatto sta ciò che pesa di più e ciò che pesa di meno, non essendo escluso che i pesi si equivalgano; si tratta così non di un rapporto astratto ma concreto, in cui la funzione della giustizia non è limitata alla constatazione ma all’ equilibrio⁴⁸⁷. Nell’ argomentazione giuridica, “bilanciamento” è utilizzato in un’ accezione affine a quella letterale: consiste infatti nel soppesare due norme, per stabilirne quale sia più “pesante”, la “più importante” e che quindi debba prevalere ai fini della decisione . Le idee di fondo sottese a quest’ operazione interpretativo-argomentativa si fondano sull’ assunto che si possa “misurare” l’ importanza di un principio e che si possa trovare un equilibrio tra un principio e l’ altro, per consentirne una coesistenza armonica⁴⁸⁸.

Ma è davvero possibile questa neutralizzazione del conflitto? Guastini per esempio ha ritenuto che quando un giudice bilancia diritti o principi, con un’ operazione solo formalmente conciliante e mediativa, in sostanza, in relazione al caso concreto,

⁴⁸⁵ G. Pino, *Diritti fondamentali e ragionamento giuridico*, Giappichelli Editore, Torino 2008, cit. p. 92.

⁴⁸⁶ Cfr. l’ ampia analisi di D. Curtis, J. Resnik, *Images of Justice*.

⁴⁸⁷ G. Zagrebelsky, *Diritto allo specchio*, Einaudi, Torino 2018, p. 376.

⁴⁸⁸ Cfr. L. Mengoni, *L’ argomentazione nel diritto costituzionale*; G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, pp. 11-15. Sul punto l’ importante sentenza della Corte costituzionale n. 284/2004: l’ autorità giudiziaria deve tener conto «non solo delle esigenze delle attività di propria pertinenza, ma anche degli interessi, costituzionalmente tutelati, di altri poteri, che vengano in considerazione ai fini dell’ applicazione delle regole comuni [...] e ancora la sentenza n. 263 del 2003 “il giudice non può, al di fuori di un ragionevole bilanciamento fra le due esigenze, entrambe di valore costituzionale, della speditezza del processo e della integrità funzionale del Parlamento, far prevalere solo la prima, ignorando totalmente la seconda” »

sacrifica l' uno sull' altare dell' altro⁴⁸⁹. In questa prospettiva il bilanciamento degraderebbe a mera opzione assiologica soggettiva sfuggente a qualsivoglia schema di razionalità in quanto intrisa di giudizi di valore dell' interprete. Ma la soggettività di giudizio esclude sempre e comunque una razionalità? In altre parole, discrezionalità significa sempre irrazionalità? Come noto, esistono criteri di controllo di razionalità, quantomeno *ex post*, di argomenti valutativi che possono essere ragionevolmente avanzati nell' adozione di una determinata decisione⁴⁹⁰, quindi mi sembra ragionevole prendere le distanze dall' “approccio irrazionalistico” di Guastini. Tra i sostenitori del bilanciamento inteso quale operazione razionale, troviamo sicuramente Robert Alexy⁴⁹¹, il quale, a mio parere, a volte sembra propendere per un approccio quasi “matematizzante” del diritto. Per Alexy: *“poichè l' applicazione di principi validi, se sono applicabili, è obbligatoria e poichè è necessario un bilanciamento per l' applicazione in caso di collisione, il carattere di principio delle norme, delle norme dei diritti fondamentali implica che, se esse collidono con principi concorrenti è obbligatorio il bilanciamento”*⁴⁹². Questo giudizio è espresso dalla regola della ponderazione secondo cui: «quanto maggiore è il grado di non soddisfazione di, o di interferenza con, un diritto, tanto maggiore deve essere l'importanza della soddisfazione dell'altro⁴⁹³». Ora, secondo Alexy *“la legge di bilanciamento si può scomporre in tre gradi parziali. Nel primo grado si deve dichiarare il grado di non realizzazione o di lesione di un principio. A ciò deve seguire, in un secondo passo, l' accertamento dell' importanza della soddisfazione del principio concorrente . nel terzo momento, infine, si deve constatare se l' importanza della realizzazione del principio concorrente giustifichi la lesione o la non realizzazione dell' altro principio”*⁴⁹⁴

A questo punto si può notare chiaramente come configurino elementi “quantitativi”: basti pensare alla “misura” dell'importanza, al “peso astratto” di un diritto, al grado di “soddisfazione” o di “non soddisfazione” dell' altro diritto; fattori teorizzati per garantire la controllabilità razionale del bilanciamento sotto l'egida di regole

⁴⁸⁹ Così, R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, Milano 2004, p. 219.

⁴⁹⁰ Cfr. ad es. P. Chiassoni, *La giurisprudenza civile*, p. 287, secondo cui: «Il valore delle regole dipende dalle ideologie che informano l'esperienza giuridica, o un suo particolare settore, in un dato momento».

⁴⁹¹ R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*; Id., *Diritti fondamentali, bilanciamento e razionalità*; Id., *On Balancing and Subsumption*; Id., *La formula per la quantificazione del peso nel bilanciamento*.

⁴⁹² R. Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali* (1994), Il Mulino, Bologna 2012, p. 134.

⁴⁹³ Ivi.

⁴⁹⁴ Ivi, p. 627.

“aritmetiche” perfettamente funzionanti. Non sembra forse che la proposta di Alexy riponga eccessiva fiducia in una neutralizzazione matematizzante del conflitto? Il suo modello sembrerebbe presupporre un’idea dei diritti come entità perfettamente scolpite, pre-date, molto ben definite, all’interno delle quali si può individuare in astratto, l’importanza di singoli atti di esercizio, con l’attribuzione, sempre in astratto, di “pesi specifici”. Inoltre pare evidente il rischio di circoli viziosi in quanto se è vero che la gravità della lesione di un diritto è valutata in relazione all’importanza del diritto concorrente, anche l’importanza del diritto concorrente dipende dalla gravità della lesione arrecata all’altro diritto⁴⁹⁵. A ben vedere, mentre nei casi facili, la gravità di un’ interferenza tra diritti risulta evidente, nella maggior parte dei casi concreti ciò non accade, proprio perchè la nostra carta costituzionale non contiene una gerarchia assiologica di valori, raramente i conflitti tra i diritti coinvolgono solo i loro nuclei essenziali e ciò ovviamente porterebbe a falsare il calcolo della ponderazione anche perchè l’attribuzione di peso in astratto confligge con la natura stessa del bilanciamento che prevede invece un’operazione interpretativo-argomentativa in concreto. Più in generale si è addirittura sostenuto che “al di fuori di un determinato perimetro, ci sono da un lato, *tensioni irrisolvibili* tra principi e, dall’altro, principi che addirittura non entrano in operazioni di bilanciamento”⁴⁹⁶. Se nel modello di Alexy l’apprezzamento della certezza empirica del grado di interferenza tra diritti confliggenti non sembra immune da ipotesi probabilistiche ed inevitabilmente discrezionali, come potrebbe il giudice scongiurare il rischio di naufragare nel mero soggettivismo? Ovviamente il giudice potrebbe rivolgersi ad indagini scientifiche e statistiche che diano una patente di razionalità alla sua valutazione. Si è detto infatti che “la scienza, come espressione pubblica di razionalità ha giocato un importante ruolo di legittimazione rispetto al diritto quale volontà razionale produttrice di norme nelle società liberal-democratiche”⁴⁹⁷. Spesso tuttavia, questa speranza è destinata ad andare delusa⁴⁹⁸ e l’indagine scientifica in molti casi può dare responsi solo probabilistici⁴⁹⁹.

⁴⁹⁵ Cfr. L. Prieto Sanchís, *El juicio de ponderación*, p. 190.

⁴⁹⁶ J. R. Manero, Rule of Law e bilanciamento. Un limite del bilanciamento e una insufficienza della sua teoria standard in G. Pino, V. Villa (a cura di) *Rule of Law. L’ideale della legalità*, il Mulino, Bologna 2016, p. 342.

⁴⁹⁷ M. Tallachini, Tecnoscienza e razionalità del legislatore nell’Unione europea, in F. Ferraro-S. Zorzetto (a cura di) *La motivazione delle leggi*, Giappichelli, Torino 2018, p. 150.

⁴⁹⁸ Sulla “critica della razionalità scientifica come auto-evidenza” si è sostenuto che “motivare, dare ragioni, sia una manifestazione di razionalità così nella scienza come nel diritto” S. Zorzetto, Dal

Se addirittura la scienza non sempre riesce a garantire l' esattezza, la precisione e l' infallibilità delle opzioni discrezionali operate dal giudice nella risoluzione di casi o particolarmente difficili, o controversi, mi sembra quantomeno utopistico che la teoria di Alexy riesca a fornire un modello puramente razionale di bilanciamento. Infatti, come sopra esposto, presenta i rischi o di un eccesso di approssimazione o addirittura, a seconda dei casi, di ineliminabili momenti di arbitrarità. La vera utilità di questa proposta, forse, consiste nell' aver evidenziato quei fattori che, ancorchè non siano misurabili e calcolabili “nella perfetta formula del peso”, dovrebbero comunque essere tenuti in considerazione in un buon bilanciamento. Alla luce di quanto considerato una domanda mi sorge spontanea: risulta possibile una proposta teorica mediana che non sfoci nel “razionalismo puro e matematizzante” di Alexy o, peggio ancora, nell' “irrazionalismo discrezionale” di Guastini? Si potrebbe teorizzare una ragionevole costruzione della regola del bilanciamento grazie ad un' argomentazione di tipo pratico-generale fondata sul caso concreto, enfatizzando il ruolo preponderante dei casi paradigmatici: casi di esercizio di un diritto fondamentale, e di sua violazione, così come casi paradigmatici di atti non giustificati dal diritto stesso. Su questa scia l'individuazione dei casi paradigmatici consentirebbe di estrapolare le proprietà comuni alle diverse ipotesi di conflitto tra diritti, realizzando così una sorta di modello di riferimento, con la consapevolezza che in questa attività, una notevole dimensione intuitiva⁵⁰⁰ sia comunque ineliminabile. Sembra allora auspicabile un approccio argomentativo che prenda in considerazione i diritti o i principi coinvolti, ne indaghi la giustificazione, e valuti il rilievo delle estrinsecazioni del diritto rispetto al valore sotteso. Procedendo in questa direzione, con una considerazione unitaria del giudizio di bilanciamento, in linea con l'idea rawlsiana di equilibrio riflessivo⁵⁰¹, si scongiurerebbe il rischio dell'inevitabile circolo vizioso della teoria alexiana. Inoltre il bilanciamento esige proporzionalità, va compiuto di volta in volta, senza ledere il contenuto essenziale dei diritti, tenendo conto degli elementi del caso giuridico, con la consapevolezza che nessun diritto possa prevalere sempre e comunque⁵⁰².

“sogno cartesiano” alla “razionalità limitata”: usi e abusi della scienza nella politica legislativa in F. Ferraro-S. Zorzetto (a cura di) *La motivazione delle leggi*, Giappichelli, Torino 2018, p. 168.

⁴⁹⁹ Per un approfondimento G. Fiandaca, *Il giudice di fronte alle controversie tecnico-scientifiche*.

⁵⁰⁰ Cfr. B. Celano, *Diritti, principi e valori nello stato costituzionale di diritto: tre ipotesi di ricostruzione*, p. 71.

⁵⁰¹ J. Rawls, *Una teoria della giustizia* (1971), Feltrinelli, Milano 1982, pp. 56-58.

⁵⁰² Pastore B., *Decisioni, argomenti, controlli. Diritto positivo e filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino 2015, pp. 122-123.

4) RAGIONEVOLEZZA E PROPORZIONALITÀ NEI GIUDIZI SUI DIRITTI

Nessun diritto fondamentale può godere di una tutela aprioristica ed assoluta, ma al contrario è sottoposto a necessari limiti per integrarsi e contemperarsi con altri diritti, valori ed interessi costituzionalmente rilevanti, altrimenti diventerebbe “tiranno”⁵⁰³. Inoltre non esistendo una gerarchia assiologica predeterminata in astratto tra diritti e valori costituzionali, la tecnica del bilanciamento necessita di strumenti argomentativi indispensabili nell’attività giurisdizionale: i principi di ragionevolezza e di proporzionalità.

Il principio di ragionevolezza rappresenta innanzitutto una costante nella giurisprudenza costituzionale ed ha assunto nel tempo una valenza conformativa rispetto ad ogni parametro costituzionale, poiché utilizzato come complemento rispetto a qualunque altro principio⁵⁰⁴. Il peso rilevante acquisito in campo giurisprudenziale dalla ragionevolezza è tale da indurre a considerarla quale “canone ermeneutico onnicomprensivo dello stato costituzionale contemporaneo, usato come complemento e appoggio a qualsiasi altro principio costituzionale”⁵⁰⁵. Tale canone ha così finito poi per rappresentare una sorta di chiave di volta nel giudizio di legittimità costituzionale, al punto da poter affermare che esso «si inserisce probabilmente in ogni questione di legittimità costituzionale, sia pure in forma implicita e inespressa»⁵⁰⁶.

Il concetto di ragionevolezza⁵⁰⁷, non è affatto un monolite teorico unitario⁵⁰⁸, ma appare pluriverso, foriero di diverse valenze semantiche⁵⁰⁹, e si è man mano immanentizzato nel diritto vivente della giurisprudenza costituzionale⁵¹⁰.

⁵⁰³ È chiara la derivazione schmittiana del termine “tiranno”. Schmitt C., *La tirannia dei valori*, (1960); trad. it. a cura di S. Forsthoff Falconi, F. Falconi e G. Accame, Pellicani, Roma 1987. Sul punto Zagrebelsky: “ *quando Carl Schmitt nel 1967 scriveva della “tirannia dei valori”, intendeva non 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*” G. Zagrebelsky, *Diritto allo specchio*, Einaudi, Torino 2018, p. 236.

⁵⁰⁴ L. Paladin, *Principio di Ragionevolezza*, in *Enc. Dir., Aggiornamento*, I, Milano, 1997, pp. 899 ss.

⁵⁰⁵ M. Cartabia, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 13-14 ottobre 1992, Milano, Giuffrè 1994.

⁵⁰⁶ C. Lavagna, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, III, Padova 1973, p. 1582.

⁵⁰⁷ Sul concetto di ragionevolezza, Sentenza n. 85/2013 della Corte Costituzionale: “ *La costituzione italiana, come le altre costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali senza pretese di assolutezza per nessuno di essi (...). Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere*

Il canone della ragionevolezza, con una propria autonomia rispetto al testo della Costituzione⁵¹¹, viene interessato da un processo di graduale autonomizzazione rispetto al principio di eguaglianza, divenendo un principio giuridico e parametro di costituzionalità autonomo⁵¹². La ragionevolezza viene così concepita come parametro di commisurazione della razionalità intrinseca di una normativa⁵¹³. In quest'ottica il giudizio sulla coerenza della disposizione può essere esercitato tanto nei confronti del complesso normativo in cui la disposizione è inserita quanto nei confronti dell'intero ordinamento⁵¹⁴. In particolare, nel giudizio di legittimità costituzionale la Corte Costituzionale con la sentenza n. 172 del 1996 ha inteso la ragionevolezza nella sua valenza di "razionalità pratica"⁵¹⁵ intendendosi con ciò un uso della ragione che si avvicina al "senso comune" per limitare la discrezionalità del legislatore⁵¹⁶. In realtà la

valutato - dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo - secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale".

⁵⁰⁸ A.Morrone propone una ricostruzione unitaria del principio di ragionevolezza, *Il custode della ragionevolezza*, cit., pp. 385 ss. Altri separano i concetti e le tecniche di giudizio (R.BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, pp. 42 ss.; G.Scaccia, *Controllo di ragionevolezza delle leggi e applicazione della Costituzione*, cit.) oppure semplicemente risolvono la ragionevolezza nel bilanciamento (L.D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005, p. 158)

⁵⁰⁹ Sul punto cfr. J.LUTHER, voce *Ragionevolezza delle leggi*, cit., pp. 349 ss. Il termine ragionevolezza evoca oggi una serie di tecniche argomentative e decisorie tra loro molto differenti, per le quali si è parlato di diverse "ragionevolezza" (in questo senso, A.CELOTTO, Art. 3, 1° co., Cost., in R.BIFULCO, A.CELOTTO, M.OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, p. 80).

⁵¹⁰ M.Fierro, *La ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale italiana*, cit., 10. La stessa Corte costituzionale ha recentemente ribadito (sent. n. 113 del 2015) che «il giudizio di ragionevolezza lungi dal comportare il ricorso a criteri di valutazione assoluti e astrattamente prefissati, si svolge attraverso ponderazioni relative alla proporzionalità dei mezzi prescelti dal legislatore nella sua insindacabile discrezionalità rispetto alle esigenze obiettive da soddisfare o alle finalità che intende perseguire, tenuto conto delle circostanze e delle limitazioni concretamente sussistenti».

⁵¹¹ G. Scaccia, *Controllo di ragionevolezza delle leggi e applicazione della Costituzione*, in *Nova juris interpretatio*, Roma 2007, pp. 286-302.

⁵¹² In altri termini, il sindacato di ragionevolezza, oltrepassando i confini del principio di eguaglianza, si sgancia dal riferimento all'articolo 3 Cost. e dallo schema ternario.

⁵¹³ In tali casi, il giudizio di costituzionalità «consiste in un apprezzamento di conformità tra la regola introdotta e la "causa" normativa che la deve assistere» (Corte costituzionale n. 245 del 2007).

⁵¹⁴ A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., p. 134. Per la distinzione tra contraddittorietà intrinseca ed estrinseca, cfr. A.MORRONE, *Il Custode della ragionevolezza*, cit.

⁵¹⁵ Parte della dottrina, G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, pp. 148 ss., propone una distinzione tra i concetti di razionalità e ragionevolezza, attribuendo al primo il valore di "interna coerenza logica delle classificazioni legislative", e al secondo quello di "adeguatezza ad un valore di giustizia".

⁵¹⁶ Così M. Fierro, *La ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale italiana*, cit., p. 9. E su questo aspetto: «il controllo della Corte costituzionale verte non sulle scelte operate dal legislatore, quanto sulla ragionevolezza delle medesime, con la conseguente possibilità di verificare che la decisione assunta dal legislatore di differenziare o parificare determinate fattispecie astrattamente configurate non sia espressione di mero arbitrio ma abbia dietro di sé una ragione giustificatrice coerente con l'intrinseca *causa legis*» Vedi Onida, *la giustizia costituzionale nel 2004*, in www.cortecostituzionale.it.

natura del canone di ragionevolezza non appare unanime, è considerata una categoria sfuggente e multiforme e risulta quantomeno arduo trovarne un significato comune⁵¹⁷. L'effervescente dibattito teorico vede contrapposto da un lato il ruolo della ragionevolezza come clausola generale integrativa dei principi costituzionali⁵¹⁸, e dall'altro quello di "tecnica generale" di ordinamento e sistematizzazione dei valori⁵¹⁹. Per quanto concerne invece la nozione di proporzionalità⁵²⁰, di origine tedesca ed in larga parte tributaria del pensiero di Robert Alexy, come evidenziato da autori come Aaron Barak e Alec Stone Sweet⁵²¹, è più agevolmente fruibile nella sua declinazione di giudizio. Prima di analizzarne le fasi, preliminarmente è necessario ricordare che per Alexy esiste una stretta relazione tra teoria dei principi e principio di proporzionalità: *"il carattere dei principi implica il principio di proporzionalità e questo implica quello; che il carattere dei principi implichi il principio di proporzionalità significa che il principio di proporzionalità con i suoi sottoprincipi di idoneità, di necessità (prescrizione del mezzo meno invasive) e del rapporto di proporzionalità in senso stretto (prescrizione del bilanciamento propriamente detto), segue logicamente dal carattere di principio, cioè è da esso deducibile"*⁵²². In relazione al giudizio di proporzionalità, questo consiste in una verifica in quattro fasi delle scelte operate dal legislatore: -la prima fase, detta di "legittimità", consiste nella verifica che il legislatore abbia agito per uno scopo legittimo, non in contrasto con i principi costituzionali; -la seconda, consiste in un giudizio valutativo sul rapporto mezzi-fini, in modo da assicurare una "connessione razionale" tra i mezzi predisposti dal legislatore e i fini che si intendono perseguire; -la terza fase consiste nella verifica della "necessità", ed è volta a sincerarsi che il legislatore abbia fatto ricorso al *least-restrictive means*, allo strumento che consenta di conseguire l'obiettivo prefissato con il minor sacrificio possibile di altri diritti o interessi costituzionalmente meritevoli di tutela; - infine, la

⁵¹⁷ Non tutti concordano con la tripartizione elaborata da Gustavo Zagrebelsky e riproposta in Giustizia Costituzionale, Bologna, Il Mulino, 2012, p. 195 e ss, che suddivide il giudizio di ragionevolezza in irrazionalità, irragionevolezza e ingiustizia. Altri propongono una distinzione tra razionalità sistemica o coerenza, ragionevolezza strumentale e giustizia-equità: ad es. G. Scaccia, Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale, Giuffrè, Milano 2000.

⁵¹⁸ L. Mengoni, Spunti per una teoria delle clausole generali, in Riv. crit. dir., 1986, pp. 5 ss.

⁵¹⁹ A. Ruggeri, Fatti e norme nei giudizi sulle leggi e le "metamorfosi" dei criteri ordinatori delle fonti, Torino, 1994, pp. 153 ss.

⁵²⁰ La nozione di proporzionalità rappresenta senza dubbio un tratto fondamentale del neo-costituzionalismo contemporaneo,

⁵²¹ Un'ampia disamina dell'esperienze costituzionali nazionali e internazionali in ordine al principio di proporzionalità può essere letta in A. Barak, Proportionality, cit.; A. Stone Sweet and J. Mathews, Proportionality Balancing and Global Constitutionalism, (2008).

⁵²² R. Alexy, Teoria dei diritti fondamentali (1994), Il Mulino, Bologna 2012, p. 133.

quarta fase riguarda la “proporzionalità in senso stretto” ed esamina gli effetti dell’atto legislativo, confrontando e soppesando i benefici che derivano dal perseguimento dell’obiettivo cui mira il legislatore e i costi, cioè i sacrifici imposti ad altri diritti ed interessi in gioco. È quest’ultima la fase più delicata in quanto esige che il giudice, focalizzandosi sulle sue valutazioni, si proietti sull’impatto effettivo della legislazione oggetto del suo esame: ciò richiede una conoscenza del dato di esperienza reale che la legge disciplina, che supera di gran lunga il dato giuridico positivo, *strictu sensu*. È in questa dimensione che il giudice ha la possibilità di bilanciare i diritti e gli interessi in gioco, alla ricerca della soluzione che più di ogni altra persegue in modo equilibrato la massima espansione di tutti i diritti e i valori. A ben vedere, il principio di proporzionalità è sovente richiamato nella giurisprudenza costituzionale unitamente al principio di ragionevolezza o, talvolta, addirittura come sinonimo; anzi, è stato anche affermato dalla Corte che il principio di proporzionalità «rappresenta una diretta espressione del generale canone di ragionevolezza»⁵²³. Si può inoltre sostenere che i principi di ragionevolezza e proporzionalità non si risolvono nella razionalità astratta del sistema giuridico; essi introducono un *quid pluris* nei criteri valutativi e argomentativi della Corte. Ragionevolezza e proporzionalità sono paradigmi di giudizio che superano – senza rinnegarlo – il ragionamento giuridico logico-formale, tipico di una concezione sillogistica. Dunque, ragionevolezza e proporzionalità non sono riducibili alla razionalità logico-deduttiva di tipo matematico, alla quale per lungo si è tentato di ricondurre la funzione giurisdizionale nella tradizione di civil law. Da questo punto di vista, occorre evidenziare il *discrimen* qualitativo tra i giudizi di ragionevolezza/proporzionalità e i giudizi di razionalità intesa come coerenza e non contraddizione dell’ordinamento costituzionale⁵²⁴. Concordo con chi ritiene che questo tipo di valutazioni, riferite ad una razionalità astratta, non sono che uno sviluppo dei più tradizionali metodi dell’interpretazione giuridica, basati sul criterio sistematico e sull’analogia⁵²⁵, che a loro volta si fondano sul presupposto della coerenza intrinseca del sistema⁵²⁶. Nonostante i concetti di “razionale” e “ragionevole” esprimano entrambi una “conformità a ragione”, sicuramente non sono termini equivalenti e

⁵²³ Sent. n. 220 del 1995.

⁵²⁴ Ex plurimis, n. 120 del 2013.

⁵²⁵ R. Bin, Ragionevolezza e divisione dei poteri, cit., p. 59 ss

⁵²⁶ E. Betti, Interpretazione della legge e sua efficacia evolutiva, in Jus, 1959, pp. 197 e ss.

interscambiabili; infatti, come sostenuto da Perelman⁵²⁷ – essi presuppongono un’ idea di ragione differente: «*the rational corresponds to mathematical reason [...that] owes nothing to experience or to dialogue and depends neither on education nor on the culture of a milieu or an epoch*»⁵²⁸. Tuttavia, affermare che il principio di ragionevolezza non appartenga alla razionalità logico-formale di tipo deduttivo non significa declinarlo ad una sorta di “pensiero debole”⁵²⁹. Al contrario, il ragionevole esprime una ragione potenziata tanto che, per Scaccia- ne risulta potenziata anche la “normatività costituzionale”⁵³⁰, e anche più adeguata alla comprensione giuridica del reale. Invero, l’universo giuridico necessita di entrambe le espressioni della ragione: sia di coerenza interna che di apertura sulle vicende umane e sociali che deve regolare. Per Perelman: «*The rational corresponds to adherence to the spirit of the system, to logic and coherence, to conformity with precedents, to purposefulness; whereas the reasonable, on the other hand, characterizes the decision itself, the fact that it is acceptable or not to public opinion, that its consequences are socially useful or harmful, that it is felt to be equitable or biased*»⁵³¹. Alla luce di queste considerazioni non si può non aderire all’ approccio della Corte Costituzionale che distingue la razionalità formale, quale principio di non contraddizione, dalla ragionevolezza, intesa quale razionalità pratica, mettendone in luce l’ evidente *discrimen*⁵³². Quali prospettive allora per la categoria della ragionevolezza nell’ argomentazione giuridico-costituzionale? Può funzionare un modello di razionalità astratta, e quindi inevitabilmente logico-deduttivo, nei giudizi sui principi costituzionali?⁵³³. A ben vedere il giudizio sulle leggi, lungi da un confronto meramente meccanicistico tra due norme, richiede di valutare la congruità e la coerenza di una legge rispetto ad un principio o ad un valore. Ecco perchè nei giudizi di costituzionalità la pura razionalità astratta spesso si rivela insufficiente e improduttiva. A questo punto la ragione del

⁵²⁷ Ch. Perelman, *The New Rethoric and the Humanities*, Notre Dame University Press, 1969, ch. 11, *The rational and the reasonable*, pp. 117-123

⁵²⁸ Ch. Perelman, *ibidem* pp. 117-118: « *The concept of rational, which is associated with self evident truths and compelling reasoning is valid only in a theoretical domain. [...] What is unreasonable is always unacceptable in law: the existence of this framework makes it impossible to reduce the legal system to a formal positivistic concept*»

⁵²⁹ G. Scaccia parla della «debolezza dello statuto logico della ragionevolezza» in *Controllo di ragionevolezza delle leggi e applicazione della Costituzione*, cit., p. 292;

⁵³⁰ *Ivi*.

⁵³¹ Ch. Perelman, cit., p. 121.

⁵³² Sent. n. 172 del 1996

⁵³³ Per un approfondimento G. Pino, *Diritto e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2010, p. 51 ss. e p. 201 ss.; L. Mengoni, *Il diritto costituzionale come diritto per principi*, in *Ars interpretandi*, 1996, I, p.95 ss.;

giudizio sposta il suo raggio d'azione dal giuridico al reale, infatti i diritti ricevono una pregnanza di significato in connessione ai concreti ambiti esistenziali ed i problemi specifici che essi pongono, facendo così scaturire il nucleo della decisione dall'endemica interrelazione tra l'universale e il particolare⁵³⁴. Basti pensare che per la Corte costituzionale: «il giudizio di ragionevolezza, lungi dal comportare il ricorso a criteri di valutazione assoluti e astrattamente prefissati, si svolge attraverso ponderazioni relative alla proporzionalità dei mezzi prescelti dal legislatore nella sua insindacabile discrezionalità rispetto alle esigenze obiettive da soddisfare o alle finalità che intende perseguire, tenuto conto delle circostanze e delle limitazioni concretamente sussistenti»⁵³⁵ Il giudizio di ragionevolezza, in cui la ragione si impregna di fattualità concrete del reale⁵³⁶, induce il giudice, calato nell'esperienza⁵³⁷, ad una prudentiale valutazione che tenga conto delle conseguenze⁵³⁸ delle leggi. In questo modo infatti sarà possibile valutare il rapporto mezzo/fine e dichiarare ex post l'irragionevolezza di una regola apparentemente logica ex ante, se messa in correlazione alle continue metamorfosi delle fattualità e delle contestualità della realtà giuridica. In questo modo anche principi e diritti in astratto confliggenti o escludentisi, possono ambire ad un'armonica concordanza in sede pratico-applicativa. Nel giudizio di ragionevolezza la realtà effettuale sviluppa una "potenzialità normativizzante", tanto da conferire reali valenze semantiche alle regole astratte consentendo alla Corte di valutarne la conformità ai principi costituzionali e immaginando così concrete possibilità di neutralizzazioni di conflitti ermeneutico-pratici. Per questi motivi la Corte costituzionale, dubita delle previsioni legislative non sufficientemente elastiche in quanto difficilmente applicabili alle multiformi contingenze dei casi concreti e, come si è visto, nei giudizi di bilanciamento dei diritti insiste sull'impossibilità di fissarne una volta per tutte un rapporto gerarchicamente predeterminato *ex ante*, esigendo un bilanciamento non astrattamente pre-stabilito, ma dinamico ed *ex post*⁵³⁹.

⁵³⁴ Pastore B., Decisioni e controlli tra potere e ragioni. Materiali per un corso di filosofia del diritto, Giappichelli, Torino 2013, p. 123.

⁵³⁵ Sent. 1130 del 1988.

⁵³⁶ Sul punto si veda L. Mengoni, Il diritto costituzionale come diritto per principi, cit., p. 98 in cui si afferma che l'esperienza rappresenta la base del ragionamento giuridico.

⁵³⁷ J. Guitton, Arte nuova di pensare, Paoline, Cinisello Balsamo, Milano 1986. Per l'autore "è ragionevole colui che sottomette la propria ragione all'esperienza", p. 71.

⁵³⁸ L. Mengoni, Il diritto costituzionale come diritto per principi, cit., p.109.

⁵³⁹ La Corte afferma che: "Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri" Sent. Corte Cost. n. 264/2012.

5) CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Con la crisi delle concezioni formalistiche del diritto negli ultimi decenni del Novecento, si assiste ad un ripensamento di tutte le questioni legate al rapporto diritto/morale/politica a partire dalla rivalutazione in chiave pratico-argomentativa della razionalità implicita nella Costituzione⁵⁴⁰. Quale ruolo riveste allora il ragionamento, nelle varie declinazioni già esposte nei capitoli precedenti, “*con*” e “*sui*” principi? Prima ancora dei processi di positivizzazione dei principi morali nelle nostre Costituzioni, Benjamin Cardozo sottolineava come ogni principio giuridico tendesse ad invadere oltre i propri limiti logici, spazi per i quali non era stato ideato, mettendo così in guardia sulla natura espansiva del ragionamento morale⁵⁴¹. Da ciò ne consegue la difficoltà di contenere entro confini astrattamente predeterminati il ricorso a valutazioni morali, con tutta evidenza dell’essenza fortemente inclusiva dei principi derivante dalla loro portata tendenzialmente universale, ma soprattutto dell’uso frequentemente pervasivo fatto nella loro applicazione ai casi concreti⁵⁴². 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 giudiziaria⁵⁴³.

A questo punto una domanda sorge spontanea: nell’attività di interpretazione/applicazione di diritti fondamentali in relazione ad un caso concreto, che tipo di ragionamento guida l’iter conoscitivo/intellettivo del giurista? Puramente morale o puramente giuridico?

Si tratta di capire in che modo un diritto fondamentale “reagisce” con le variabili del caso concreto, variabili che includono quasi inevitabilmente la concorrenza di altri diritti fondamentali, di altri principi, beni, interessi, ecc. dello stesso rango costituzionale. In questa attività il giurista deve fare uso di argomenti genericamente

⁵⁴⁰ V. Giordano – A.Tucci., *Razionalità del diritto e poteri emergenti*, Giappichelli Editore, Torino 2013.

⁵⁴¹ B. Cardozo, *The Nature of the Judicial Process*, Yale University Press, New Haven 1921, p. 51

⁵⁴² V. Giordano - P. Langford, *Judicial Decision-Making. Artificio-Razionalità-Valori*, Giappichelli Editore, Torino 2017, p. 26.

⁵⁴³ V.Giordano, *Le regole del corpo. Costruzioni teoriche e decisioni giudiziarie*, Giappichelli Editore, Torino 2018, p. 19.

etichettabili come “moralì”: argomenti relativi al significato di termini valutativamente connotati, argomenti legati al “peso” e quindi all’ “importanza” di un diritto rispetto ad altri. In altre parole, nello stato costituzionale, viene a crearsi un’ endiadi tra diritto e morale, una connessione “interpretativa”⁵⁴⁴: non nel senso che l’attività interpretativa include scelte di valore ma piuttosto nel senso che l’argomentazione giuridica, per le ragioni sopra indicate, assume le vesti di un ragionamento morale. Il punto allora è capire se, in questi contesti, il ragionamento giuridico è investito da una radicale metamorfosi: il ragionamento giuridico sui diritti fondamentali è ragionamento pratico senza restrizioni? Nonostante le numerose posizioni favorevoli⁵⁴⁵ in realtà, credo che questa prospettiva non sia del tutto convincente, infatti il ragionamento giuridico sui diritti fondamentali è inevitabilmente influenzato da fattori specificamente giuridici, che sono assenti nel ragionamento morale “senza restrizioni”, o che comunque nel diritto assumono una particolare conformazione “tecnicizzata”. Inoltre, le specificità giuridiche fungono da “stabilizzatori semantici” rendendo il ragionamento giuridico meno particolaristico del ragionamento morale senza restrizioni. Quali possono essere dunque questi fattori tipici del sistema giuridico, che possano assurgere a rango di *discrimen* tra ragionamento giuridico e ragionamento morale? Si possono sicuramente annoverare il rispetto del precedente⁵⁴⁶, le convenzioni interpretative maggiormente diffuse nella cultura giuridica⁵⁴⁷, il ruolo della dottrina e dell’analogia⁵⁴⁸; la tendenza del diritto a proceduralizzare tutte le decisioni e la tendenza alla convergenza nella gestione argomentativa tra regole e altri standard valutativi⁵⁴⁹.

A questo punto si può agevolmente sostenere che le considerazioni morali che coinvolgono il ragionamento giuridico, siano filtrate, mediate, bilanciate con analisi tecnico- giuridiche non solo di diritto positivo, ma anche di cultura giurica di più ampio

⁵⁴⁴ C. Nino, *Diritto come morale applicata*, trad. it. a cura di M. La Torre, Giuffrè, Milano 1998.

⁵⁴⁵ B. Celano, *Principi, regole, autorità*; Id., *Legal Reasoning: Three Key Issues, and What Philosophy Can(not) Do about Them*; G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, pp. 156 ss..

⁵⁴⁶ R. Bin rileva la tendenza della Corte a stabilizzare le proprie tecniche di bilanciamento R. Bin, *Diritti e argomenti*, p. 147: «La Corte tende a stabilizzare le risposte: la costante ripetizione di certe argomentazioni nelle materie più frequentate va quindi vista anzitutto come risposta ad un’esigenza di certezza e stabilità, *rebus sic stantibus*, della ‘regola di prevalenza’ nel bilanciamento degli interessi tipicizzati».

⁵⁴⁷ J. Bell, *The Acceptability of Legal Arguments*; J.C. Bayón, *Why Is Legal Reasoning Defeasible?*, P. Chiassoni, *Tecnica dell’interpretazione giuridica*, p. 227.

⁵⁴⁸ C. Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict*; W. Waluchow, *A Common Law Theory of Judicial Review*.

⁵⁴⁹ Si ricordino ad esempio le regole del bilanciamento, le fasi della proporzionalità, la tecnicizzazione di termini valutativi e indeterminati.

respiro, e ciò rappresenta, ai fini della nostra analisi, un fondamento teorico imprescindibile da tener ben presente.

Dopo tutte le osservazioni di ordine teorico di cui sopra, e lungi dall' offrire una soluzione definitiva e conclusiva all' annoso dibattito filosofico-giuridico sul complesso tema del rapporto tra ragionamento giuridico, pragmatica argomentativa e politicITÀ del diritto, si può sostenere che le teorie argomentative del diritto, pur ispirandosi ad una razionalità immanentizzata degli ordinamenti costituzionali, sembra non riescano ad arginare la pendenza di ragioni soggettive/ "politiche" che sfuggono inesorabilmente a qualsivoglia forma di universalismo e trascendentalismo, non riuscendo ad imbrigliarsi in una composizione del dilemma morale, o in altre parole, in una neutralizzazione del conflitto morale, che si affidi ad una qualche strategia di proceduralismo giuridico.

La "costruzione" dei diritti fondamentali a partire dalla priorità del discorso morale universale, sembra dover fare i conti con la matrice politica del suo linguaggio e dei processi di esplicazione concreta della Costituzione in uno spazio di conflittualità giuridica, di cui vengono ridisegnati caso per caso i contorni. Infine la *reductio ad unum* del diritto ad opera di una ragione interamente proceduralizzata, se da un lato sembra riflettere quell' aspirazione di prevedibilità e certezza del diritto, dall' altro sembra trascurare il carattere *ad escludendum* dei diritti fondamentali, la loro radice pluralista, e dunque inevitabilmente conflittuale, che chiama in gioco la relatività e la parzialità della sintesi giuridica⁵⁵⁰.

A questo punto pare necessario, riportando le parole di Alfonso Catania, ribadire che, *"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 pragmatisticamente che conoscitivamente"*⁵⁵¹. La metamorfosi del mondo interroga il giurista-teorico che, nella complessificazione dell' ordinamento giuridico, registra vecchie e nuove aporie, la duttilità indotta da

⁵⁵⁰ A. Tucci, *Costituzionalismi e globalizzazione. Diritti in trazione* in Giordano V. – Tucci, A., *Razionalità del diritto e poteri emergenti*, Giappichelli Editore, Torino 2013.

⁵⁵¹ A. Catania, *Metamorfosi del diritto. Decisione e norma nell' età globale*, Laterza, Roma-Bari, cit. p.26.

concezioni del mondo e traiettorie di poteri configgenti, sino a preconizzare la consumazione del carattere mediativo del diritto ma, al tempo stesso, a valorizzare la effettività delle azioni dei singoli che lo rivendicano come “dispositivo comunicativo agito, esperito, usato dagli uomini per regolare e organizzare aspettative e pretese”⁵⁵². Ma, come sostenuto da Abignente, interroga in particolare il giurista-pratico, il quale nella sua attività di ermeneutica giuridica⁵⁵³ è depositario dell’ arduo compito di mediazione tra la “trascendenza” della fattispecie astratta e l’ “immanenza” della fattispecie concreta. L’ interprete così è indotto a disancorarsi dalle antiche certezze e “*ad inoltrarsi nell’ oceano di incertezze già nel reperimento della regola astratta da assumere come fonte del suo ragionamento*”⁵⁵⁴. L’ ideale di certezza del diritto sembrerebbe essere svanito, infranto da un sistema giuridico etarchico intriso di poteri multidimensionali e multilevel, da un diritto sconfinato⁵⁵⁵ agito da nuovi soggetti politico-sociali, attori indiscussi della governance della globalizzazione. La difficoltà di selezionare in maniera definitiva, attraverso la dicotomia esclusione/inclusione, gli attori della scena globale, in un quadro giuridico frammentato e inevitabilmente precario, la lettura riduzionista del peso egemonico e pervasivo di alcuni Stati⁵⁵⁶, e la problematicità insita in una rappresentazione equilibrata e simmetrica dei rapporti di forza veicolati da dispositivi di poteri plurimi e disomogenei, tendono a confermare l’ impressione dello svuotamento dell’ istanza generalizzante kantiana sulle diverse forme compromissorie della politica, nella realtà ben lontane dall’ immagine, controfattualmente, richiesta dalla procedura di giustificazione discorsiva⁵⁵⁷. La giuridicità presenta degli spazi vuoti; il diritto vero non è più quel diritto a contenuto determinato, garante della certezza, dell’ uguaglianza, della buona fede. In una società giuridicamente pluralistica, sempre aperta a contesti possibili, pur nella loro flessibilità, l’ unico diritto esistente è quello artificiale, privo di fondamenti ultimi⁵⁵⁸.

⁵⁵² Ivi, p. 46 e passim.

⁵⁵³ Sul concetto di ermeneutica giuridica Vedi V. Omaggio, G. Carlizzi, *Ermeneutica e interpretazione giuridica*, Giappichelli Editore, Torino, 2010.

⁵⁵⁴ A. Abignente, *L’ argomentazione giuridica nell’ età dell’ incertezza*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, cit. p. 9.

⁵⁵⁵ Vedi M.R. Ferrarese, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Laterza, Roma-Bari, 2006.

⁵⁵⁶ Aspetti evidenziati da D. Zolo, *I signori della pace. Una critica al globalismo giuridico*, Carrocci, Roma, 1998 pp. 60 ss.

⁵⁵⁷ A. Tucci, *Costituzionalismi e globalizzazione: diritti in trazione*, in V. Giordano-A. Tucci, *Razionalità del diritto e poteri emergenti*, Giappichelli, Torino 2013, pp. 109-110.

⁵⁵⁸ N. Irti, *Diritto senza verità*, Laterza, Roma-Bari, 2011.

Ma l' incertezza può essere intesa anche come un' occasione di possibilità? Di una prospettiva di un nuovo inizio? Oggi una possibilità si rivela particolarmente significativa in riferimento all' attività giurisprudenziale di "immanentizzazione" di principi da parte dei giudici in un sistema normativo sempre più sconfinato e labile, "luogo di riconoscimento di nuovi ed urgenti diritti alla vita, nella sua dimensione genetica e funzionale, al lavoro, alle relazioni intersoggettive e professionali, alla difesa di interessi pubblici e beni comuni, ad una più ampia tutela risarcitoria attraverso una ridefinizione delle anguste categorie civilistiche della responsabilità civile, della colpevolezza e del nesso di causalità, tutte declinazioni contemporanee della persona costituzionalmente protetta"⁵⁵⁹. In questo contesto la crisi rivela 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"⁵⁶⁰. Quali possibilità allora per il giurista interprete/esecutore nella dinamicità della prassi giuridica? L' incertezza diviene luogo del possibile quando questi, immersi nella formazione procedurale del diritto e custodendo quell' istanza etica che, da anelito di certezza, diviene controllo razionale dell' attività giurisprudenziale, pone in essere una verifica di razionalità ermeneutico-pratica sia *ex ante* che *ex post*, sia di previsione che di controllo, in modo da neutralizzare qualsivoglia arbitrio o "decisionismo politico-giudiziario", ed assicurando così all' argomentazione giuridica il ruolo di garante di razionalità e dinamicità nella prassi giuridica.

⁵⁵⁹ A. Abignente, L' argomentazione giuridica nell' età dell' incertezza, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, cit. p. 96.

⁵⁶⁰ P. Grossi, Crisi del diritto oggi?, in Id., Introduzione al Novecento giuridico, Laterza, Roma-Bari, 2012, cit. p. 69.

BIBLIOGRAFIA

Abbagnano N., "Fatto" in Dizionario di filosofia, Utet, Torino 1980.

Abignente A., Argomentazione Giuridica in Atlante di filosofia del diritto, Volume II, a cura di Ulderico Pomarici, Giappichelli, Torino 2012.

Abignente A., Legittimazione, discorso, diritto: il proceduralismo di Jürgen Habermas, Editoriale Scientifica, Napoli 2003.

Abignente A., L' argomentazione giuridica nell' età dell' incertezza, Editoriale Scientifica, Napoli 2017.

Abignente A., Pluralismo giuridico e ruolo dell' interpretazione, in *Ars Interpretandi*, I/2012 n. 1, Ermeneutica e pluralismo, Carocci editore 2012.

Alexy R. *Begriff und Geltung, des Rechts*. Verlag Karl Alber GMBh, Freiburg im Breisgau-Munchen, 1992; trad. ita. di F. Fiore, *Concetto e validità del diritto*, Einaudi, Torino 1997.

Alexy R., Elementi fondamentali di una teoria della duplice natura del diritto, trad. ita. Di Carlizzi, in *Ars Interpretandi*, XV-2010, diritto ragion pratica e argomentazione 2010.

Alexy R., Giustizia come correttezza, in " *Ragion Pratica*", n. 9, 1997.

Alexy R., *My Philosophy of Law: The institutionalisation of Reason*, in *The Law in Philosophical Perspectives*, a cura di L.J. Wintgens, Dordrecht, Kluwer, 1999; Id., *Hauptelemente einer Theorie der Doppelnatur des Rechts*, in *ARSP* 95 (2009).

Alexy R., *On Necessary Relations between Law and Morality*, in " *Ratio Iuris*", 1989.

Alexy R., *Teoria dei diritti fondamentali*, trad. it. a cura di Leonardo di Carlo, Il Mulino, Bologna 2012.

Alexy R., *The Reasonableness of Law*, in G. Bongiovanni, G. Sartor e C. Valentini, *Reasonableness and Law*, Springer, Dordrecht 2009.

Alexy R., *The Special Case Thesis*, in " *Ratio Iuris*", 12, 1999.

Alexy R., *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1978; trad. it. A cura di M. La Torre, *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, Giuffrè, Milano 1998.

Amodio E., Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza, in Riv. It. Dir. Proc. Pen. 1973.

Amodio E., Processo penale, diritto europeo e common law dal rito inquisitorio al giusto processo, Giuffrè, Milano 2003.

Ansuàtegui Roig F. J., Sulla multidimensionalità del costituzionalismo. A proposito di un libro di Vincenzo Omaggio, in Diritto & Questioni Pubbliche, XVII, 2017/ I giugno.

Aristotele, Opere, Metafisica, Laterza, Bari 1973.

Aristotele, Topici, cap 1.

Atienza M., Diritto come argomentazione. Concezioni dell'argomentazione, ed. it. a cura di Abignente A., trad. it. a cura di Izzo V. N., Editoriale Scientifica, Napoli 2012.

Atienza M., Manero R., La dimensión institucional del derecho y la justificación juridical, Doxa 2001.

Atienza M., Robert Alexy e la "svolta argomentativa" nella filosofia del diritto contemporanea, in Ars Interpretandi, XV 2010, Diritto, Ragion pratica e argomentazione 2010.

Atienza M., Tras la Justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico, Editorial Ariel, Barcelona 1993.

Baccelli L., Diritti fondamentali: i rischi dell' universalismo in T. Mazza, Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali, Giappichelli Torino 2002.

Baccelli L., I diritti dei popoli. Universalismo e differenze culturali, Laterza, Roma-Bari 2009.

Baier K., The Moral Point of View: A Rational Basis of Ethics, Cornell University Press, Ithaca (NY) 1958.

Barba G.P., Teoria dei diritti fondamentali, trad. it. a cura di Ferrari V, Mancini L., Giuffrè, Milano 1994.

Barberis M., Filosofia del diritto. Un' introduzione teoretica seconda edizione, Giappichelli editore, Torino 2005.

Barberis M., I conflitti fra diritti tra monismo e pluralismo etico in Analisi e diritto, a cura di Comanducci- Guastini, Giappichelli, Torino 2005.

Barberis M., Introduzione allo studio del diritto, Giappichelli, Torino 2014.

Barberis M., Una filosofia del diritto per lo stato costituzionale, Giappichelli editore, Torino 2017.

- Barcellona P., *Diritto senza società. Dal disincanto all' indifferenza*, Edizioni Dedalo, Bari 2003.
- Bartocci B., *Argomentazione e politica: democrazia e nuova retorica in Chaim Perelman*, in *Ars Interpretandi*, XV-2010, *Diritto ragion pratica e argomentazione* 2010.
- Betti E., *Interpretazione della legge e sua efficacia evolutiva*, in *Jus*, 1959.
- Bin R., *A discrezione del giudice. Ordine e disordine: una prospettiva "quantistica"*, FrancoAngeli, Milano 2013.
- Bin R., *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano 1992.
- Bin R., *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in M. La Torre, A. Spadaro, *La ragionevolezza nel diritto*, Giappichelli, Torino 2002.
- Bobbio N. Prefazione a Ch. Perelman, Lucie Olbrechts- Tyteca, *Traité de l' argumentation. La nouvelle rhétorique*, PUF, Paris, 1958; trad. It. *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, Einaudi, Torino 1966.
- Bobbio N., *Dalla priorità dei doveri alla priorità dei diritti*, Giappichelli, Torino 1988.
- Bobbio N., *Il positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino 1979.
- Bobbio N., *L' età dei diritti*, Einaudi, Torino 1990.
- Bobbio N., *Sul ragionamento dei giuristi*, in "Riv. dir. civ.", 1955 ora in: *Contributi ad un dizionario giuridico, col titolo Ragionamento giuridico*, Torino 1994.
- Bobbio N., *Teoria dell' ordinamento giuridico*, Giappichelli, Torino 1960.
- Bobbio N., *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino 1993.
- Bongiovanni G., *Costituzionalismo e teoria del diritto. Sistemi normativi contemporanei e modelli della razionalità giuridica*, Editori Laterza 2005.
- Borsellino P., Salardi S., Saporiti M., *L' eredità di Uberto Scarpelli*, Giappichelli Editore, Torino 2014.
- Caianiello V., *Riflessioni sull'art. 111 della Costituzione*, in "Rivista di diritto processuale", LVI, 2001.
- Calogero G., *Logo e dialogo. Saggio sullo spirito critico e libertà di coscienza*, Ed. Comunità, Milano 1950.

Canale D., *Il ragionamento giuridico in Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, a cura di Giorgio Pino, Aldo Schiavello, Vittorio Villa, Giappichelli, Torino 2013.

Cardozo B., *The Nature of the Judicial Process*, Yale University Press, New Haven 1921.

Caretti P., *Motivazione (Diritto costituzionale)*, in *Enc. giur. Treccani*, XX, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma 1990.

Carnelutti, *La prova civile*, II ed., Roma 1947.

Cartabia M., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 13-14 ottobre 1992, Milano, Giuffrè 1994.

Cassese S., *Lo spazio giuridico globale*, Laterza, Roma-Bari 2003.

Catania A., *Diritto positivo ed effettività*, ESI, Napoli 2009.

Catania A., *Effettività e modelli normativi. Studi di filosofia del diritto (seconda edizione a cura di V. Giordano)*, Giappichelli, Torino 2018.

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

Catania A., *Teoria e filosofia del diritto. Temi problemi figure*, Giappichelli, Torino 2006.

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

Celano B., *Diritti fondamentali e poteri di determinazione nello stato costituzionale di diritto in Filosofia Politica*, 3 , 2005.

Celano B., *Diritti, principi e valori nello stato costituzionale di diritto: tre ipotesi di ricostruzione* in P. Comanducci-R. Guastini, *Analisi e diritto*, Giappichelli, Torino 2004.

Celano B., *Giustizia procedurale pura e teoria del diritto* in Basciu M. (a cura di), *Giustizia e procedure. Dinamiche di legittimazione tra Stato e società internazionale*, Giuffrè, Milano 2002.

Celano B., *Principi, regole, autorità. Considerazioni su M. Atienza, J. Ruiz. Manero, Illeciti atipici*, in *Europa e dir. priv* 2006.

Chiarloni S., *Il nuovo art. 11 Cost e il processo civile*, in "Rivista di diritto processuale", LV, 2000.

Chiassoni P., *La giurisprudenza civile. Metodi di interpretazione e tecniche argomentative*, Giuffrè, Milano 1999.

- Chiassoni P., *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Il Mulino, Bologna 2007.
- Chiavario M., *Giusto processo: II) Processo penale*, in "Enciclopedia giuridica", XV, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma 2001.
- Cicerone, *Partitiones oratorie*.
- Coleman J., *Second Thoughts and Other First Impressions* in B. Bix, *Analyzing Law. Nex Essays in Legal Theory*, Oxford U.P., Oxford 1998.
- Comanducci P., *Forme di (neo)costituzionalismo: una ricognizione metateorica* in T. Mazzerese, (a cura di), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino 2002.
- Comanducci P., Guastini R., *L'analisi del ragionamento giuridico*, Giappichelli editore, Torino 1987.
- Comanducci P., *Principi giuridici e indeterminazione del diritto*, *Analisi e diritto*, 1997.
- Comoglio L.P., *Etica e tecnica del "giusto processo"*, Giappichelli, Torino 2004.
- Copi Irving M., *Introducción a la Lógica*, Buenos Aires, LIMU-SA, México 1994; *Introduzione alla logica*, a cura di G. Lolli, trad. it a cura di R. Lupacchini, Il Mulino, Bologna 1998.
- Costa P., *Lo Stato di diritto: un'introduzione storica* in P. Costa-D.Zola (a cura di) *Lo stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Milano 2002.
- D'Andrea L., *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, Giuffrè, 2005.
- Diciotti E., *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Giappichelli, Torino 1999.
- Dworkin R., *I diritti presi sul serio (1977)*, Il Mulino, Bologna 1982.
- Dworkin R., *L'impero del diritto (1986)*, Il Saggiatore, Milano 1989.
- Dworkin, *Freedom's Law. The Moral Reading of The American Constitution*, Oxford University Press, Oxford 1996.
- Faralli C., *La filosofia del diritto contemporanea*, Editori Laterza, Roma-Bari 2015.
- Fassò G., *Il giudice e l'adeguamento del diritto alla realtà storico-sociale* in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1971.
- Ferrajoli L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 1989.
- Ferrajoli L., *La democrazia attraverso i diritti*, Laterza, Roma-Bari 2013.
- Ferrajoli L., *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, Laterza Roma-Bari 2007.

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

Ferrer Beltrán J., *Prova e verità nel diritto*, Il Mulino, Bologna 2004.

Fierro M., *La ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in AA. VV., *I principi di proporzionalità e ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale, anche in rapporto alla giurisprudenza delle corti europee*, Servizio Studi Corte Costituzionale, Roma 2007.

Frank, *Courts on Trial. Mith and Reality in American Justice*, Princeton 1950.

Fuselli S., *Apparenze. Accertamento giudiziale e prova scientifica*, FrancoAngeli, Milano 2008.

Gambaro A., *Alcuni problemi in tema di diritto e giustizia nella tradizione giuridica occidentale*, in J. Derrida e G. Vattimo, *Diritto, giustizia e interpretazione*, Laterza, Roma-Bari 1998.

Gentili A., *Il diritto come discorso*, Giuffrè Editore, Milano 2013.

Gianformaggio L., *Gli argomenti di Perelman: dalla neutralità dello scienziato all' imparzialità del giudice*, Edizioni di Comunità, Milano 1973.

Gianformaggio L., *In difesa del sillogismo pratico, ovvero alcuni argomenti kelseniani alla prova*, Giuffrè, Milano 1987.

Gianformaggio L., *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole e argomentazione basata su principi*, in "Rivista internazionale di filosofia", 1985.

Gianformaggio L., *La critica morale del diritto: critica esterna o critica interna?* In E. Diciotti-V. Veluzzi (a cura di), *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, Giappichelli Editore, Torino 2018.

Gianformaggio L., *Modelli di ragionamento giuridico, modello deduttivo, modello induttivo, modello retorico*, Edizioni di Comunità, Roma 1983.

Gianformaggio L., *Sul senso della giustificazione morale e giuridica*, in L. Gianformaggio e E. Lecaldano, *Etica e diritto. Le vie della giustificazione razionale*, Laterza, Roma-Bari 1986.

Giolo O., *L' urgenza della tolleranza*, in "Ragion Pratica", 27, 2006.

Giordano V. – Tucci. A., *Razionalità del diritto e poteri emergenti*, Giappichelli Editore, Torino 2013.

Giordano V.- Langford P., *Judicial Decision-Making. Artificio-Razionalità-Valori*, Giappichelli Editore, Torino 2017.

Giordano V., Costituzionalismi e globalizzazione. Diritti in trazione in Giordano V. – Tucci. A, Razionalità del diritto e poteri emergenti, Giappichelli Editore, Torino 2013.

Giordano V., Modelli argomentativi delle teorie giuridiche contemporanee, edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2008.

Giordano V., “Pretesa di correttezza ed effettività nella teoria dell’argomentazione giuridica di Robert Alexy” estratto dal volume : “Dimensioni dell’effettività. Tra teoria generale e politica del diritto”, Giuffrè editore 2005.

Giordano V., Il positivismo e la sfida dei principi, Edizioni Scientifiche Italiane 2004.

Giordano V., La “svolta” argomentativa. Universalismo e certezza del diritto, in Giordano V. – Tucci A., Razionalità del diritto e poteri emergenti, Giappichelli, Torino, 2013.

Giordano V., Le metaetiche di Stephen E. Toulmin, Kurt Baier e Richard M. Hare in G. Bongiovanni, Oggettività e morale, La riflessione etica del novecento, Bruno Mondadori, Milano 2007.

Giordano V., Le regole del corpo. Costruzioni teoriche e decisioni giudiziarie, Giappichelli Editore, Torino 2018.

Giordano V., Modelli argomentativi e conflitti morali. Le metaetiche di Stephen E. Toulmin, Kurt Baier e Richard M. Hare in G. Bongiovanni Oggettività e morale La riflessione etica del novecento, Bruno Mondadori, Milano 2007.

Giordano V., Principi, ragioni, convenzioni sociali. Letture asimmetriche del costituzionalismo contemporaneo, in V. Giordano- A. Tucci, Razionalità del diritto e poteri emergenti, Giappichelli, Torino 2013.

Grevi V., Spunti problematici sul nuovo modello costituzionale di «giusto processo» penale (tra «ragionevole durata» , diritti dell’imputato e garanzia del contraddittorio), in “Politica del diritto”, XXXI, n. 3, 2000.

Grossi P., Crisi del diritto oggi?, in Introduzione al Novecento giuridico, Laterza, Roma-Bari, 2012.

Grossi P., Società, diritto, Stato. Un recupero per il diritto, Giuffrè, Milano 2006.

Guastini R., Esercizi d’interpretazione dell’art. 2 cost., in Ragion Pratica, 29, 2007.

Guastini R., Il diritto come linguaggio Lezioni, Giappichelli Editore, Torino 2001.

Guastini R., Interpretare e argomentare, Giuffrè Editore, Milano 2011.

Guastini R., L’interpretazione dei documenti normativi, Giuffrè Editore, Milano 2004.

Guastini R., La “costituzionalizzazione” dell’ ordinamento giuridico italiano, in *Ragion pratica*, n. 11, 1998, ripubblicato in T. Mazzarese, *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino 2002.

Guastini R., *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milano 1998.

Guastini R., Tre problemi di definizione in L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico* a cura di E. Vitale, Laterza, Roma-Bari 2001.

Habermas J., *Etica del discorso* (1983), Laterza, Roma-Bari 1985.

Habermas J., *Teoria dell’agire comunicativo*(1981) a cura di G.E. Rusconi, Il Mulino, Bologna 1986.

Habermas J., trad. it. a cura di L. Ceppa, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Guerini e Associati, Milano 1996.

Hare R. M., *The language of Morals*, Oxford University Press, London 1952; trad. it. *Il linguaggio della morale*, Ubaldini, Roma 1968.

Hart H.L.A., *Il concetto di diritto*. Nuova edizione con un poscritto dell’ autore, Einaudi, Torino 2002.

Hart H.L.A., *Positivism and the Separation of Law and Morals*, in *Harvard Law Review*, I, 1958; trad. it. a cura di V. Frosini, *Il positivismo e la separazione tra diritto e morale*, in Id., *Contributi all’ analisi del diritto*, Giuffrè, Milano 1964.

Hart H.L.A., *The Concept of Law*, Oxford University Press, London 1961; trad. it. a cura di M. Cattaneo, *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino 1965.

Hassemer W., *Juristische Argumentationstheorie und juristische Didaktik*, in “*Jahrbuch fur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*”, Vol. 2 1972.

Hohfeld W.N., *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, in *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, ed. WW. Cook, Yale University Press, Yale 1964.

Iacona A., *L’ Argomentazione*, Einaudi, Torino 2010.

Irti N., *Diritto senza verità*, Laterza, Roma-Bari 2011.

Kaufmann A., *Dal giusnaturalismo e dal positivismo giuridico all’ ermeneutica* (1975), ora in ID., *Filosofia del diritto ed ermeneutica*, Giuffrè, Milano 2003.

Kelsen H., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi Editore, Torino 1967.

Kelsen H., *Teoria generale del diritto e dello Stato* (1945) trad. it. a cura di S. Cotta, e R. Treves, Etas, Milano 1952.

Kriele M., *L’ universalità dei diritti dell’ uomo*, in “*Rivista internazionale di filosofia del diritto*”, LXIX, 1999.

La Torre M. - Tincani P. (a cura di) - La dimensione ideale del diritto. Discutendo con Robert Alexy, Giappichelli, Torino 2018.

La Torre M., Appendice all'edizione italiana di Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica, Giuffrè, Milano 1998.

La Torre M., Disavventure del diritto soggettivo, Giuffrè, Milano 1996.

Landi A., Petrucci A. (a cura di), Pluralismo delle fonti e metamorfosi del diritto soggettivo nella storia della cultura giuridica-La prospettiva storica, Giappichelli, Torino, 2017.

Lorenzen P., Schwemmer O., Konstruktive Logik, Ethik und Wissenschaftstheorie, Mannheim 1975.

Luzzati C., L'interprete e il legislatore, Giuffrè, Milano 1999.

Luzzati C., La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico, Giuffrè, Milano 1990.

MacCormick N., Coherence in Legal Justification, in Theory of Legal Science, Reidel, Dordrecht 1984.

MacCormick N., Diritto, "Rule of Law" e democrazia, in "Analisi e diritto 1994. Ricerche di giurisprudenza analitica" a cura di P. Comanducci e R. Guastini, Giappichelli, Torino 1994.

MacCormick N., Legal Reasoning and Legal Theory, Oxford University Press, Oxford 1978; trad. it. a cura di V. Villa e A. Schiavello, Ragionamento giuridico e teoria del diritto, Giappichelli, Torino 2001.

MacCormick N., Rhetoric and the Rule of Law, Oxford University Press, Oxford 2005.

Mancuso F., Legitimidad y política. Notas acerca de Ciò che resta della democrazia, in Soft Power 07, Volumen 5, número 1, enero-junio, 2017.

Manero J. R., Rule of Law e bilanciamento. Un limite del bilanciamento e una insufficienza della sua teoria standard in G. Pino, V. Villa (a cura di) Rule of Law. L'ideale della legalità, il Mulino, Bologna 2016

Mangabeira Unger R., Law in Modern Society, Free Press, New York 1976.

Mazzarese T. (a cura di), Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali, Giappichelli, Torino 2002.

Mazzarese T., Forme di razionalità delle decisioni giudiziali, Giappichelli, Torino 1996.

Meyer M., De la problématique: langage, science et philosophie, Mardaga, Bruxelles, 1986; Problematologia. Linguaggio. Scienza. Filosofia, tr. it., Pratiche, Parma 1999.

Modugno F., Fonti del diritto (gerarchia delle), in "Enciclopedia del diritto", Aggiornamento, I, Giuffrè, Milano 1997.

Moreso J.J., Come far combaciare i pezzi del diritto in P. Comanducci-R. Guastini (a cura di), Analisi e diritto (1997), Giappichelli, Torino 1998.

Moreso J.J., La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 1997.

Morrone A., Il Custode della ragionevolezza, Giuffrè, Milano 2001.

Nino C., Diritto come morale applicata, trad. it. a cura di M. La Torre, Giuffrè, Milano 1998.

Omaggio V., Carlizzi G., Ermeneutica e interpretazione giuridica, Giappichelli Editore, Torino, 2010.

Omaggio V., El Estado Constitucional del derecho y su crisis, in Soft Power 10, Volumen 5, número 2, julio-diciembre, 2018.

Omaggio V., Il diritto nello stato costituzionale, Giappichelli, Torino 2011.

Omaggio V., Interpretazione giuridica, in (a cura di U. Pomarici) Atlante di filosofia del diritto, Vol. II, Giappichelli, Torino 2012.

Omaggio V., Notas y discusiones Sobre el libro Geminello Preterossi Ciò che resta della democrazia, Lo que queda de la democracia, in Soft Power 07, Volumen 5, número 1, enero-junio, 2017.

Omaggio V., Saggi sullo stato costituzionale, Giappichelli, Torino 2015.

Ost F.- M. Van De Kerchove, De la pyramide au rosea? Pour une théorie dialectique du droit, (trad. It. Dalla piramide alla rete: un nuovo modello per la scienza giuridica?), Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles 2002.

Pace A., La garanzia dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano: il ruolo del legislatore e dei giudici «comuni» in Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 3, 1989.

Pagliari A., Principi di diritto penale. Parte generale, Giuffrè, Milano 2003.

Palombella G., L'autorità dei diritti, Laterza, Roma-Bari 2002.

Pareto V., Trattato di sociologia generale, G. Barbera, Firenze 1916.

Pariotti E., I diritti umani. Tra giustizia e ordinamenti giuridici, Utet, Torino, 2008.

Pascuzzi G., La creatività del giurista. Tecniche e strategie dell'innovazione giuridica, Zanichelli Editore, Bologna 2018.

- Pastore B. - Viola F. - Zaccaria G., *Le ragioni del diritto*, Il Mulino, Bologna 2017.
- Pastore B. *Costruzioni e ricostruzioni. I fatti nel ragionamento giuridico in Ars Interpretandi II/2013 n. 1 Fatti e interpretazioni*, Carocci Editore, Roma 2013.
- Pastore B., *Decisioni e controlli tra potere e ragioni. Materiali per un corso di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino 2013.
- Pastore B., *Decisioni, argomenti, controlli. Diritto positivo e filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino 2015.
- Pastore B., *Giudizio, prova, ragion pratica*, Giuffrè, Milano 1996.
- Pastore B., *Interpreti e fonti nell' esperienza giuridica contemporanea*, Cedam, Padova 2014.
- Pastore B., *Metagiuridico*, in "Enciclopedia filosofica", Vol. 8, Bompiani, Milano, 2006.
- Pastore B., *Per un' ermeneutica dei diritti umani*, Giappichelli, Torino 2003.
- Pera M., *Retorica e Scienza*, Laterza, Roma-Bari 1991.
- Perelman Ch., *La specificità de la preuve juridique* in "Journal sdes Tribunaux", Bruylant, Bruxelles 1959.
- Perelman Ch., Olbrechts- Tyteca L., *Traité de l' argumentation. La nouvelle rhétorique*, PUF, Paris, 1958; trad. It. *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*. Torino, Einaudi 1966.
- Pino G. , *Diritto e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Il Mulino, Bologna 2010.
- Pino G., *Diritti e interpretazione*, il Mulino, Bologna 2010.
- Pino G., *Diritti fondamentali e ragionamento giuridico*, Giappichelli Editore, Torino 2008.
- Pino G., *Il costituzionalismo dei diritti. Struttura e limiti del costituzionalismo contemporaneo*, Il Mulino, Bologna 2017.
- Poggi F., A. Sardo, *Il paradosso di Alexy. Una critica all' argomento della pretesa di correttezza in Diritto & Questioni pubbliche*, XIX, I (giugno), 2019.
- Popper K., *Congetture e confutazioni*, Il Mulino, Bologna 1972.
- Popper K., *Sulla logica delle scienze sociali*, in AA.VV., *Dialettica e positivismo in sociologia*, Einaudi, Torino 1972.

Postema G., In Defense of 'French Nonsense'. Fundamental Rights in Constitutional Jurisprudence in Enlightenment, Rights and Revolution. Essays in Legal and Social Philosophy, a cura di N. MacCormick, Z. Bankowski, Aberdeen U.P., Aberdeen 1989.

Pozzolo S., Neocostituzionalismo e positivismo giuridico, Giappichelli, Torino 2001.

Preterossi G., Ciò che resta della democrazia, Laterza, Bari 2015.

Preterossi G., Lucha de clase y lucha de pueblo, in *Soft Power* 11, volumen 6, número 1, enero- junio 2019.

Prieto Sanchís L., Costituzionalismo e positivismo, in *Analisi e diritto*, 1996.

Prieto Sanchís L., *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid 1998.

Puffo F., La «nuova prova scientifica» nel processo penale. Alcune riflessioni sul rapporto tra retorica e scienza, in G. Ferrari, M. Manzin (a cura di), *La retorica fra scienza e professione legale. Questioni di metodo*, Giuffrè, Milano 2004.

Rawls J., *Una teoria della giustizia* (1971), Feltrinelli, Milano 1982.

Raz J., *Legal Principles and the Limits of Law* in *Yale Law Journal*, 81, 1972.

Raz J., *On the Autonomy of Legal Reasoning* in J. Raz, *Ethics in the Public Domain*, Clarendon Press, Oxford 1994.

Redendo C., *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1996.

Rodotà S., *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari 2013.

Rodotà S., *Repertorio di fine secolo*, Laterza, Roma 1992.

Ruggeri A., *Fatti e norme nei giudizi sulle leggi e le "metamorfosi" dei criteri ordinatori delle fonti*, Torino 1994.

Ruggeri A., Spadaro A., *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli Editore, Torino 2014.

Sagnotti S.C., *Retorica e logica*, Giappichelli, Torino 2002.

Saks e Kidd, *Human Information Processing and Adjudication: Trial by Heuristics* in *Law and Society Review*, 1980.

Scaccia G., *Controllo di ragionevolezza delle leggi e applicazione della Costituzione* in A. Cerri (a cura di) *La ragionevolezza nella ricerca scientifica, ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, Aracne, Roma 2007.

Scaccia G., *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano 2000.

- Scarpelli U., *Auctoritas non veritas facit legem*, in AA. VV., *Linguaggio, persuasione, verità*, Cedam, Padova, 1984.
- Scarpelli U., *Gli orizzonti della giustificazione*, in L. Gianformaggio e L. Lecaldano, *Etica e diritto. Le vie della giustificazione razionale*, Laterza, Roma-Bari 1986.
- Schauer F., *An Essay on Constitutional Language* in 29 *UCLA L. Rev.* 797, 1981.
- Schauer F., *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule- Based Decision-Making in Law and in Life*, Oxford University Press, Oxford 1991; trad. it. di C. Rustici, *Le regole del gioco. Un' analisi filosofica delle decisioni prese secondo le regole nel diritto e nella vita quotidiana*, Il Mulino, Bologna 2000.
- Schauer F., *The Convergence of Rules and Standards Regulatory Policy Program*, Working Paper RPP-2001-07, Center for Business and Government John F. School of Government, Harvard University, Cambridge Ma 2001.
- Schmitt C., *La tirannia dei valori* (1960), Morcelliana, Brescia 2008.
- Schmitt C., *Legalità e legittimità* (1932), trad.it. in *Le categorie del "politico"*, Il Mulino, Bologna 1972.
- Schopenhauer A., *Parerga und Paralipomena II*, vol. 6, Brockhaus, Mannheim 1988.
- Schiavello A., *Neocostituzionalismo o Neocostituzionalismi?* In *Diritto e questioni pubbliche* 2003, vol. 3.
- Sunstein C., *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford University Press, Oxford 1996.
- Tallachini M., *Tecnoscienza e razionalità del legislatore nell' Unione europea*, in F. Ferraro-S. Zorzetto (a cura di) *La motivazione delle leggi*, Giappichelli, Torino 2018.
- Tarello G., *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Il Mulino, Bologna 1974.
- Tarello G., *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano 1980.
- Taruffo M., *Il diritto alla prova nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984.
- Taruffo M., *La fisionomia della sentenza in Italia*, in *La sentenza in Europa. Metodo tecnico e stile*, Padova 1988.
- Taruffo M., *La prova dei fatti giuridici*, Giuffrè Editore, Milano 1992.
- Taruffo M., *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Laterza, Roma-Bari 2009.
- Taruffo M., *Modelli di prova e di procedimento probatorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1990.

- Taruffo M., Note per una riforma del diritto delle prove, in Riv. Dir. Proc., 1986.
- Tasso T., Oltre il diritto. Alla ricerca della giuridicità del fatto, Cedam, Padova 2012.
- Testa I., Pluralismo discorsivo e ragionamento giuridico: forme dell' argomentazione, in Ars Interpretandi, XV 2010, Diritto, ragion pratica e argomentazione, 2010.
- Toulmin S., An Examination of The Place of Reason in Ethics, Cambridge University Press, Cambridge (Mass.) 1948; trad. it., Ragione ed Etica. Un esame del posto della ragione nell' etica, Ubaldini, Roma 1970.
- Toulmin S., Knowing and Acting. An Invitation to Philosophy, Macmillan, New York 1976.
- Toulmin S., The Uses of Arguments, Cambridge University Press, Cambridge (Mass)-London 1991; trad. it di G. Bertoldi, Gli usi dell' argomentazione, Rosenberg & Sellier, Torino 1975.
- Tucci A., Globalizzazione giuridica e processi di governance in V. Giordano - A. Tucci, Razionalità del diritto e poteri emergenti, Giappichelli, Torino 2013.
- Tucci A., Immagini del diritto. Tra fattualità istituzionalistica e agency, Giappichelli, Torino 2012.
- Tuzet G. Filosofia della prova giuridica, Giappichelli Torino Editore, Torino 2013.
- Twining W., D. Miers, How to do Things with Rules, Butterworths, London 1976; trad. it. Come far cose con regole: interpretazione e applicazione del diritto, a cura di C. Garbarino, Milano 1990.
- Ubertis G., Fatto e valore nel sistema probatorio penale, Giuffrè, Milano 1979.
- Ubertis G., Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo, Raffaello Cortina, Milano 2000.
- Ubertis G., Sistema di procedura penale. I. Principi generali, Utet,. Torino 2004.
- Veluzzi V. Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale in Analisi e Diritto, Giappichelli Editore, Torino 2002.
- Verde, Prova legale e formalismo, in "Il Foro Italiano", 1990.
- Villa V., Legal Theory and Value Judgments in N. MacCormick, Constructing Legal Systems, Kluwer, Dordrecht 1997.
- Vincenti U., Metodologia Giuridica, Cedam, Padova 2008.
- Viola F. - Zaccaria G., Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto, Laterza, Roma-Bari 1999.

- Viola F.- Zaccaria G., *Le ragioni del diritto*, Il Mulino, Bologna 2003.
- Viola F., *Etica e metaetica dei diritti umani*, Giappichelli, Torino 2000.
- Viola F., *Rule of Law. Il governo della legge ieri ed oggi*, Giappichelli, Torino 2011.
- Waldron J., *Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues*, *Law Review* 82, California 1994.
- Wigmore J.H., *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, vol. V, Little, Brown and Company, Boston 1940.
- Wittgenstein L., *Philosophische Untersuchungen* (1953); trad. it. a cura di R. Piovesan e M. Trincherò, *Ricerche Filosofiche*, Torino 1995 (prima edizione 1967).
- Wroblewski J., *Il sillogismo giuridico e la razionalità della decisione giudiziaria*, tr. It. in P. Comanducci-R. Guastini (a cura di) *L'analisi del ragionamento giuridico*, Giappichelli, Torino 1987.
- Wròblewski J., *Law-making and hierarchies of values*. Duncker & Humblot, Leipzig 1987.
- Wròblewski J., *Legal reasonings in legal interpretation*. Centre National Belge de Recherches de Logique, Louvain-Paris 1969.
- Zaccaria G., *Giurisprudenza*, in “ *Enciclopedia filosofica*”, vol. 5, Bompiani, Milano 2006.
- Zaccaria G., *La comprensione del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2012.
- Zaccaria G., *Per un manifesto di filosofia ermeneutica del diritto*, in “ *Rivista di filosofia del diritto*”, I, n. 1, 2012.
- Zaccaria G., *Questioni di interpretazione*, Cedam, Padova 1996.
- Zagrebelsky G. , *Giustizia Costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2012.
- Zagrebelsky G.- V. Marcenò, *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna 1988.
- Zagrebelsky G., *Diritto allo specchio*, Einaudi, Torino 2018.
- Zagrebelsky G., *Il diritto mite: legge, diritti, giustizia*, Einaudi, Torino 1992.
- Zagrebelsky G., *La magistratura ordinaria dalla Costituzione ad oggi in Storia d' Italia*. Annali 14. *Legge diritto giustizia*, a cura di L. Violante, Einaudi, 1998.
- Zolo D., *I signori della pace. Una critica del globalismo giuridico*, Carocci editore, Roma 1998.

Zorzetto S., Dal “sogno cartesiano” alla “razionalità limitata”: usi e abusi della scienza nella politica legislativa in F. Ferraro-S. Zorzetto (a cura di) La motivazione delle leggi, Giappichelli, Torino 2018.