

*Equilibrio riflessivo e discorso razionale nell'argomentazione giudiziale**

di Giorgio Maniaci

SOMMARIO: 1 – *Introduzione*. 2 – *Perché (e in che senso) le asserzioni¹ (o le preferenze) di carattere normativo devono essere 'oggettivamente fondate'*. 3 – *Breve excursus sulla nozione di discorso razionale*. 4 – *Discorso razionale e argomentazione giudiziale*. 5 – *Quale equilibrio riflessivo*.

1. *Introduzione*

Scopo di questo saggio è quello di presentare, approfondire e sviluppare, alcune delle tesi, le più importanti, che ho sostenuto nella mia dissertazione di dottorato². Quest'ultima rappresenta il tentativo, certamente ancora imperfetto e incompleto, di realizzare (almeno) due finalità. La *prima* è quella di offrire una (ri)definizione di un concetto piuttosto sfuggente e difficile, quello di 'equilibrio riflessivo', inteso come criterio di giustificazione di asserzioni di carattere normativo ovvero di preferenze di carattere valutativo. La *seconda* finalità è stata quella di rispondere ad una domanda: se, e in presenza di quali condizioni, il modello di giustificazione normativa denominato 'equilibrio riflessivo' possa svolgere un ruolo nell'ambito del ragionamento giudiziale e che tipo di ruolo sia chiamato a svolgere. In altri termini, mi sono chiesto se l'equilibrio riflessivo possa rappresentare un modello adeguato, sia descrittivo che prescrittivo, del ragionamento giudiziale, in particolare della giustificazione esterna della premessa maggiore del sillogismo giudiziale.

Queste le finalità principali della dissertazione di dottorato. E tuttavia, definire (e argomentare in merito a) quale sia o debba essere il ruolo dell'equilibrio riflessivo nel ragionamento giudiziale mi ha portato, inevitabilmente, ad occuparmi di

* Il saggio riproduce, con alcune modifiche, la relazione tenuta in occasione del I Seminario dei giovani ricercatori di Filosofia del diritto, dal titolo "Teoria del diritto e del ragionamento giuridico", svoltosi a Palermo il 12/4/2002. Ringrazio Bruno Celano, Aldo Schiavello e Vittorio Villa per aver letto una precedente versione di questo saggio. Ringrazio tutti i partecipanti al seminario per i loro commenti e suggerimenti senza i quali quest'articolo sarebbe senza dubbio peggiore.

¹ In questo saggio utilizzerò come sinonimi i termini 'asserzione' o 'tesi' normativa. A sua volta per 'asserzione normativa' intendo ciò che Bulygin chiama 'norma' in contrapposizione a 'proposizione normativa' e ad 'enunciato normativo'. Vedi E. Bulygin, *Normas, proposiciones normativas y enunciados jurídicos*, in C. E. Alchourrón e E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, Cap. VIII.

² *Il ruolo dell'equilibrio riflessivo nel ragionamento giudiziale*, (parzialmente) pubblicata in questo fascicolo. La dissertazione di dottorato che si pubblica in questo numero è la medesima da me presentata a conclusione del corso di dottorato in "Filosofia analitica e teoria generale del diritto", Università Statale di Milano, XIV ciclo, salvo alcune modifiche, poche delle quali rilevanti. La modifica più importante riguarda il titolo originario che era "Il ruolo dell'equilibrio riflessivo nel ragionamento giuridico".

una *terza* questione, pregiudiziale alla precedente: cioè comprendere quale sia o debba essere il ruolo della razionalità nell'argomentazione giudiziale. Questione il cui approfondimento, nonostante non facesse parte delle finalità iniziali o principali della mia tesi, è divenuto parte integrante della medesima dissertazione. E la conclusione cui sono giunto è che l'argomentazione giudiziale, in particolare la giustificazione (c.d. esterna) della norma che rappresenta la premessa maggiore del sillogismo giudiziale, deve essere, in un senso da precisare, 'razionalmente giustificata' ovvero, il che è lo stesso, 'oggettivamente' fondata.

Poiché le prime due questioni - la (ri)definizione della nozione di equilibrio riflessivo e l'individuazione del ruolo che esso può o deve svolgere nel ragionamento giudiziale - non possono essere adeguatamente risolte senza affrontare e approfondire la terza questione - cioè se la giustificazione della premessa maggiore del sillogismo giudiziale debba essere 'razionalmente giustificata' - affronterò, dapprima, quest'ultima. Per stabilire se la giustificazione della premessa maggiore del sillogismo giudiziale debba essere 'razionalmente giustificata' è necessario sciogliere, preliminarmente, tre interrogativi. Cosa debba intendersi (a) per giustificazione esterna della premessa maggiore del sillogismo giudiziale, (b) perché tale giustificazione ha tutti i caratteri di un ragionamento pratico e non teorico, (c) e per quali ragioni le asserzioni (o le preferenze) di carattere normativo devono essere razionalmente giustificate. Nel secondo e terzo paragrafo risponderò al terzo interrogativo (c), mentre nel quarto e quinto paragrafo risponderò agli altri interrogativi (a e b) e alle prime due questioni oggetto della mia dissertazione.

2. *Perché (e in che senso) le asserzioni (o le preferenze) di carattere normativo devono essere 'oggettivamente fondate'*

La concezione metaetica che cerco di difendere nel mio lavoro è una concezione che definisco 'relativista moderata'. Secondo questa concezione una tesi normativa è 'oggettivamente fondata' se e solo se un membro competente³ di una comunità la ritiene giusta o convincente nelle condizioni ipotetiche stabilite da una procedura argomentativa razionale, cioè se l'argomentazione addotta in favore di quella tesi è parte di un discorso intersoggettivo razionale. Tale concezione rappresenta una forma di relativismo o 'projectivism' in quanto si contrappone ad una teoria metaetica realista, secondo la quale esistono fatti (almeno parzialmente) indipendenti dalle nostre credenze e dai nostri atteggiamenti, fatti che possono determinare ciò che è moralmente giusto e ciò che è sbagliato. In altri termini, secondo una concezione relativista i giudizi di valore sono espressione degli atteggiamenti e delle scelte degli individui. Si tratta di una concezione *moderata* di relativismo perché non è il consenso fattuale, qui e ora, di un individuo a determinare se i giudizi di valore sono 'oggettivamente fondati', quanto piuttosto il verificarsi di un consenso razionalmente acquisito⁴.

³ Per 'membro competente' intendo una persona adulta che abbia una competenza linguistica standard e che non abbia qualche patologia di natura psichiatrica.

⁴ Sono molti gli autori, sia pure con accenti e sfumature differenti, che condividono la necessità di trovare una via di mezzo tra un'insostenibile oggettività forte, o realismo morale, ed un insoddi-

L'aspetto più importante e difficile di tale concezione è la definizione di 'discorso razionale'. Potremmo dire che un discorso razionale è un discorso dove due o più parlanti avanzano tesi teoriche o normative, richieste di giustificazioni, critiche e obiezioni allo scopo di stabilire, valutando *esclusivamente la forza delle ragioni* addotte, quale tesi teorica o normativa sia corretta⁵.

Ma cosa vuol dire che una tesi viene giudicata corretta esclusivamente sulla base della 'forza delle ragioni' addotte? Sulla base di una definizione più precisa, sebbene ancora non definitiva, possiamo dire che un discorso intersoggettivo è razionale quando la tesi avanzata è supportata da ragioni prive di contraddizioni logiche, fondate su premesse teoriche ed empiriche considerate vere, o 'sufficientemente garantite', all'interno del gruppo o della comunità scientifica di riferimento, e quando le ragioni avanzate in favore di quella tesi offrono una *risposta soddisfacente* alle critiche e alle obiezioni sollevate, o che potrebbero essere sollevate, dai partecipanti al discorso medesimo⁶.

sfacente relativismo radicale. Cfr. J. C. Bayon, *La normatividad del derecho. Deber jurídico y razones para l'acción*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1991; J. C. Bayon, *Derecho, convencionalismo y controversia* in P.E. Navarro e C. Redondo, *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica moral y política*, Gedisa, Barcelona, 2002; P. Comanducci, *Assaggi di metaetica*, Giappichelli, Torino, 1992, Cap. I - che preferisce parlare di 'emotivismo moderato'; N.D. McCormick, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, Giappichelli, Torino, 2001, trad. it. e introduzione di A. Schiavello, a cura di V. Villa (*Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 1978), soprattutto Cap X.; A. Schiavello, 'Modest Objectivity' ed interpretazione del diritto, in "Diritto e Questioni Pubbliche", n° 1, 2001 (URL: <http://www.dirittoquestionipubbliche.org>); V. Villa, *Alcune chiarificazioni concettuali sulla nozione di 'Inclusive Positivism'*, in P. Comanducci e R. Guastini (a cura di), "Analisi e diritto 2000. Ricerche di giurisprudenza analitica", Giappichelli, Torino, 2001; F. Viola, *Oggettività e verità dei valori morali*, "Diritto e Questioni Pubbliche", n° 1, 2001 (URL: <http://www.dirittoquestionipubbliche.org>).

Di grande rilievo, in particolare, è il fatto che Villa sposi una concezione dell'oggettività di carattere *procedurale*, secondo la quale, cioè, un insieme di discorsi giuridici o morali può dirsi 'oggettivamente fondato' se, e solo se, sia il risultato di una procedura corretta o appropriata, concezione dell'oggettività che ritengo di gran lunga la più feconda. Vedi V. Villa, *Alcune chiarificazioni concettuali sulla nozione di 'Inclusive Positivism'*, cit., pag. 283-284.

⁵ Tale definizione è mutuata da E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Giappichelli, Torino, 1999, pag. 74.

⁶ Cfr. di nuovo E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, op. cit., p. 98. Questa definizione di discorso razionale è il risultato di una razionalizzazione e di una sintesi parziale delle regole procedurali elaborate da Robert Alexy. Si tratta di una sintesi parziale perché tiene conto soltanto delle regole che possono considerarsi realmente 'formali', come, per esempio, il principio di non contraddizione, e non di quelle regole che dissimulano principi normativi sostanziali come, per esempio, il principio di universalizzabilità *à la* Hare. Si tratta di una razionalizzazione in quanto alcune regole elaborate da Alexy sono ridondanti e si sovrappongono tra loro. Cfr. R. Alexy, *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, Giuffrè, Milano, 1998, trad. it. di M. La Torre (*Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1978), pag. 149 e ssgg. In merito a versioni (o stadi) differenti del principio di universalizzabilità, in particolare una formale ed una sostanziale, vedi J. L. Mackie, *Ethics. Inventing Right and Wrong*, Penguin Books, 1981 (1 ed. 1977), Cap. IV e B. Celano, *Dialettica della giustificazione pratica*, Giappichelli, Torino, 1994, p. 544-545. In merito al principio di universalizzabilità vedi, tra i tanti, tre classici del ventesimo secolo: R. M. Hare, *The Language of Morals*, Oxford University Press, Oxford, 1952; R. M. Hare, *Freedom and Reason*,

L'aspetto più complesso e spinoso della definizione è, a sua volta, determinare quando una risposta possa dirsi soddisfacente. Possiamo dire che una risposta può considerarsi soddisfacente (o accettabile) in presenza di due requisiti: che sia corretta dal punto di vista della logica (le premesse dell'argomento devono implicare la conclusione) e che sia sufficiente (le premesse dell'argomento devono supportare in modo sufficiente la conclusione)⁷.

La nozione di argomento (o risposta) logicamente corretto è molto nota. È tale un argomento in cui la conclusione segue logicamente dalle premesse. Una fallacia logica può dipendere, ad esempio, dall'irrelevanza delle premesse. Una premessa *q* ('I feti sono persone') è rilevante al fine di fondare la conclusione *p*, secondo cui 'L'aborto è un omicidio', quando *q* costituisce parte di un insieme di premesse *S* ('Nessun uomo deve essere ucciso', 'Abortire vuol dire interrompere una gravidanza', ecc...) da cui *p* ('L'aborto è un omicidio') segue logicamente. La premessa secondo cui 'I bambini sono esseri meravigliosi' può essere condivisibile, ma non è rilevante, almeno non direttamente, per fondare la conclusione secondo cui l'aborto è un omicidio sulla base della premessa 'Nessun uomo deve essere ucciso'⁸.

La nozione di risposta *insufficiente* è più complessa. Non è possibile, infatti, determinare a priori, cioè indipendentemente dall'individuazione di determinati tipi di discorsi o situazioni comunicative, quando una risposta può dirsi sufficiente. Il concetto di 'discorso intersoggettivo razionale' presuppone, necessariamente, una comunità del discorso, perché qualunque richiesta di giustificazione e qualunque risposta deve far riferimento ad un uditorio. Distinguiamo, dunque, *due tipologie* di discorso razionale, un discorso intersoggettivo razionale che si svolge in condizioni *ideali* ed un discorso razionale che si svolge in condizioni economicamente e temporalmente *limitate*. Le condizioni ideali sono condizioni che nessun essere umano può raggiungere nel corso della sua vita, come un'intelligenza o una memoria illimitate, oppure risorse economiche infinite. Le seconde sono le condizioni abituali in cui gli essere umani si trovano a risolvere problemi pratici.

Ora un'argomentazione in favore di una tesi pratica, che sia parte di un discorso intersoggettivo razionale condotto in *condizioni ideali*, potrebbe dirsi sufficiente quando sia costruita come una conclusione inferibile da un insieme di premesse, in qualche senso, *ultime*, premesse, cioè, che non possono essere giustificate sulla base di *ulteriori* ragioni, senza cadere in un ragionamento circolare. Tali premesse rappresentano lo 'strato di roccia' di quelle preferenze che orientano il nostro ragionamento, ma che non sono dimostrabili per il suo tramite, preferenze che rappresentano l'unico limite alla possibilità di offrire (ulteriori) giustificazio-

Oxford University Press, Oxford, 1963 e J. Habermas, *Etica del discorso*, Laterza, Bari, 1985, trad. it., e a cura, di E. Agazzi (*Moralbewußtsein und Kommunikatives Handeln*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1983).

⁷ J. A. Blair e R. Johnson, *Argumentation as Dialectical*, "Argumentation", Vol. I, n° 1, 1987, pag. 53-54.

⁸ Una distinzione interessante tra fallacie formali (che dipendono da una stretta violazione delle regole del sillogismo) e fallacie informali (fallacie di rilevanza e fallacie di ambiguità) è delineata da J. Mackie, "Fallacies", citato da E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit., pag. 104, nt. 138.

ni⁹. Nel caso di un discorso razionale condotto in condizioni ideali, non avendosi limitazioni economiche, temporali o d'altro genere, non abbiamo bisogno di altri elementi per comporre una definizione di 'risposta sufficiente'.

In un discorso intersoggettivo razionale che si svolge in *condizioni limitate*, al contrario, un'argomentazione (in favore di una tesi pratica) è sufficiente quando costituisce una risposta al *maggior numero possibile* di obiezioni addotte o adducibili dalla comunità del discorso. Perché il maggior numero possibile? Perché in condizioni temporali limitate è necessario individuare delle strategie per restringere il campo delle critiche e delle obiezioni alle quali un partecipante deve offrire una risposta. Scopo di tali strategie è realizzare un principio che possiamo chiamare *dell'efficienza dell'argomentazione*.

Al fine di spiegare *la ratio* del principio dell'efficienza dell'argomentazione devo dire qualcos'altro a proposito della nozione di razionalità. È evidente che la nozione di razionalità è tra le più interessanti e difficili da definire, e che non posso, in questo breve saggio, approfondire tutte le problematiche inerenti una sua definizione. Quanto posso dire in questa sede è che accolgo una concezione della razionalità *realistica* (in quanto contestuale) e formale. In breve secondo una concezione formale (o *humeana*) della razionalità (pratica), anche se moderata, una persona agisce razionalmente quando 'sceglie il giusto mezzo per realizzare uno scopo che la medesima persona *vuole realmente* perseguire'¹⁰.

In secondo luogo, voglio difendere una concezione della razionalità 'realistica', o contestuale (nel senso di relativa a, o dipendente da, un contesto), poiché "la

⁹ "If I have exhausted the justifications I have reached bedrock, and my spade is turned. Then I am inclined to say: «This is simply what I do»", L. Wittgenstein, *Philosophical Investigations*, a cura di G. E. M. Anscombe e R. Rhees, Basil Blackwell, Oxford, 1958 (II ed.), § 217. Vedi anche Neil D. MacCormick, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, cit., pag. 127.

¹⁰ Gli scopi che una persona vuole *realmente* perseguire sono quelli che dipendono da preferenze formatesi in assenza di distorsioni irrazionali. Secondo Elster, condizione necessaria della razionalità di una preferenza è la sua autonomia, cioè il fatto che questa non si sia formata in presenza di fattori causali ciechi e irrilevanti ("*blind and irrelevant causal factors*"), quali, ad esempio, il fenomeno dell'uva acerba' o delle preferenze adattative ("*adaptive preference formation*" o "*sour grapes*"), oppure l'ipotesi di credenze determinate dal desiderio ("*wishful thinking*") o di errore inferenziale, dipendente dall'ignoranza delle leggi di carattere probabilistico. Vedi J. Elster, *Sour Grapes. Studies in the Subversion of Rationality*, Maison des Sciences de l'Homme e Cambridge University Press, 1983, pag. 15 e ssgg. Difendere una concezione *formale* o *humeana*, per quanto sofisticata, della razionalità vuol dire rigettare una concezione *sostanziale* della razionalità, a volte denominata *razionalità dei fini*, secondo la quale una persona agisce e delibera in modo razionale non soltanto quando individua il giusto mezzo per perseguire i propri interessi o scopi, qualunque essi siano, ma anche quando persegue scopi o valori *corretti*, cioè quei valori o scopi che tutti gli uomini perseguono, fin dalla notte dei tempi - come la salute, il funzionamento normale del proprio corpo, l'amicizia o l'affetto verso altri uomini. Tale teoria sostanziale della razionalità è qualche volta giustificata attraverso un'*etica teleologica*, e la soggiacente teoria funzionalista dell'essere umano, secondo la quale gli uomini posseggono desideri, bisogni e volizioni in virtù della loro natura. E un essere vivente può considerarsi *umano* solo quando abbia certe disposizioni, certi bisogni. Su tali problematiche vedi B. Celano, *Dialettica della giustificazione pratica*, cit., pag. 577. Rescher, per esempio, difende una concezione anti-humeana e sostanziale della razionalità. Vedi N. Rescher, *Rationality. A Philosophical Inquiry into His Nature and the Rationale of Reason*, Oxford University Press, Oxford, 1988, Cap. 6. Riguardo ai desideri irrazionali vedi anche S. Nathanson, *The Ideal of Rationality*, Humanities Press International, 1985, Cap. 7-8-9.

procedura razionalmente appropriata per la risoluzione di problemi è sforzarsi di ottenere la migliore soluzione alla luce delle informazioni disponibili”. In altri termini, il nocciolo della questione è che la razionalità - come spiega Rescher - “non è una questione di ottimizzazione assoluta, ma di ottimizzazione contestuale”. Ottimizzazione contestuale significa “ottimizzazione relativa ad un insieme di vincoli”, cioè fare il meglio che possiamo in relazione alle circostanze. “Il *point* è che dipende dalla natura delle cose il fatto che dobbiamo esercitare la nostra razionalità in presenza di condizioni di informazione imperfetta”¹¹. Ecco perché nel mondo reale, dove non vi sono condizioni ideali, siamo costretti ad elaborare una nozione di razionalità ‘realistica’. In tal senso possiamo contrapporre una concezione realistica della razionalità ad una concezione ideale, e, dunque, disumanizzante, della razionalità, secondo la quale un agente agisce e delibera razionalmente quando risolve un problema pratico tenendo conto di *tutti i fattori e gli argomenti rilevanti*, cosa possibile soltanto in presenza di condizioni temporali, intellettuali ed economiche illimitate.

Secondo una concezione ‘realistica’¹², la razionalità di un’argomentazione dipende dal bilanciamento fra due principi, entrambi fondamentali ma, confliggenti l’uno con l’altro. “Una spiegazione della razionalità deve focalizzarsi non soltanto sul metodo tramite il quale le decisioni e i giudizi sono prodotti, ma anche sui probabili risultati dell’azione considerata”¹³. Il ‘criterio del risultato’ è tenuto in considerazione dal principio denominato dell’*efficienza dell’argomentazione*. Secondo tale principio, una giustificazione normativa sfocia, il più delle volte, in una deliberazione, una decisione che avviene in presenza di risorse temporali ed economiche scarse, a volte drammaticamente scarse. La finalità di una deliberazione pratica non è la giustificazione, ma la decisione. In tal senso una deliberazione è razionale se realizza il risultato voluto. Ciò in quanto, nella maggior parte delle situazioni, più informazione cerchiamo di ottenere, più argomenti consideriamo, più elevato è il rischio di non raggiungere gli scopi voluti.

Dall’altro lato, secondo un principio che possiamo denominare della ‘giustificazione ottimale o perfetta’, maggiore è il numero delle ragioni avanzate a sostegno di una tesi normativa x, maggiore è il numero delle obiezioni e critiche prese in considerazione contro la medesima tesi normativa, ecc... più la tesi x è razionalmente giustificata. Convergono alla realizzazione di tale principio (costituendone una specificazione) alcune regole tipiche di una procedura argomentativa ra-

¹¹ N. Rescher, *Rationality. A Philosophical Inquiry into His Nature and the Rationale of Reason*, op. cit., pagg. 22, 29, 24. “Questo è l’argomento generale del livello soddisfacente. Si applica...a tutte le...questioni pratiche dove c’è un conflitto tra la necessità di investire tempo o denaro per ottenere informazioni e la necessità di spendere tempo o denaro per usare le informazioni ottenute”. Vedi J. Elster, *Sour Grapes. Studies in the Subversion of Rationality*, cit., pag. 18.

¹² Va detto che sulla base di tale concezione ‘realistica’ la razionalità di una giustificazione ha anche un’altra caratteristica, cioè non è una proprietà tutto o niente, come per una figura geometrica avere tre o quattro lati. Piuttosto è una questione di grado, in quanto ha senso distinguere giustificazioni che siano *più o meno* razionali.

¹³ S. Nathanson, *The Ideal of Rationality*, op. cit., pag. 38.

zionale, come il principio di non-contraddizione, o il principio di giustizia formale (tratta i casi uguali in modo uguale).¹⁴

Come ho già detto la razionalità di un'argomentazione dipende, parzialmente, dal bilanciamento tra questi due principi confliggenti, cioè il principio della giustificazione ottimale e quello dell'efficienza. Facciamo un esempio. Immaginiamo che Humbert e Lolita si trovino intrappolati al quarantesimo piano di un palazzo in fiamme. Ora, in questi frangenti, è chiaro che è *perfettamente razionale* che Humbert e Lolita non spendano troppo tempo pensando alla migliore via di scampo. Se entrambi si impegnassero in una discussione troppo lunga, ciò diminuirebbe in modo rilevante le loro chances di uscire vivi¹⁵. È evidente, infatti, che in situazioni urgenti non c'è tempo per effettuare un'analisi razionale degli argomenti pro e contro della durata di tre giorni per decidere cosa fare. E tuttavia, la soddisfazione del requisito dell'efficienza produce, necessariamente, una argomentazione che ha un livello di giustificazione piuttosto basso¹⁶. Humbert e Lolita, infatti, non soltanto non hanno tutte le informazioni rilevanti per sapere qual è il modo migliore per sfuggire al fuoco, ma non sanno neppure quanto tempo sarebbe necessario per ottenerle.

Una prima conclusione di tale ragionamento è la seguente: se non è *razionale* elaborare una nozione ideale o ottimale di 'razionalità', non è razionale adottare una nozione ideale di 'discorso razionale', poiché non ha senso obbligare qualcuno a seguire alcune regole procedurali o argomentative (per esempio l'essere onnisciente) che questi non può mai soddisfare. Sarebbe un disastro. La stessa conclusione vale per tutte le teorie procedurali della giustificazione pratica che elaborano una concezione dell'oggettività (e/o della correttezza morale) perfettamente simmetrica ad una nozione *ideale* di razionalità. Mi riferisco alle c.d. 'teorie della procedura ideale', secondo le quali una preferenza è corretta se, e solo se, è espressa da una persona che si trova nelle condizioni ideali stabilite dalla teoria medesima¹⁷, il cui caso paradigmatico è quello delle 'teorie dell'osservatore idea-

¹⁴ È evidente che entrambe le nozioni di argomento 'logicamente corretto' e 'sufficiente' trovano fondamento nel (e costituiscono realizzazione del) principio di giustizia formale, secondo il quale 'Ogni partecipante alla discussione che applica il predicato F ad un oggetto (azione) **a** deve applicare il medesimo predicato ad ogni altro oggetto che sia uguale ad **a** sotto ogni profilo rilevante'.

¹⁵ S. Nathanson, *The Ideal of Rationality*, op. cit., pag. 40.

¹⁶ Riguardo ad altre situazioni in cui non vale la pena spendere parecchio tempo nell'offrire ragioni, ad esempio relativamente a questioni poco importanti, vedi S. Nathanson, *The Ideal of Rationality*, cit., pag. 40 e ssgg.

¹⁷ Vi sono molti autori che utilizzano una qualche versione della 'teoria della procedura ideale' al fine di elaborare una teoria della giustificazione giuridica e/o pratica (e, a fortiori, morale). Tutti, nessuno escluso, riconoscono che le condizioni ideali previste da tale procedura non sono realizzabili nelle discussioni reali. E tuttavia, la soluzione da loro offerta a tale problema non è soddisfacente. Alcuni, una volta ammesso che tali regole procedurali possono essere soddisfatte solo parzialmente o in modo imperfetto, affermano che tali requisiti procedurali devono essere adempiuti quanto più possibile o *till the end of the day*. Tale risposta, senza spiegazioni ulteriori, è insoddisfacente, poiché non ci dice quando e per quale ragione è possibile limitare il numero delle obiezioni cui un partecipante deve rispondere. Dall'altro lato, altri autori, tra cui Habermas, sono perfettamente consapevoli che un discorso razionale condotto in condizioni economiche e temporali limitate necessita di alcune "disposizioni istituzionali" al fine di regolare l'inizio e la fine della discussione, al fine di garantire la rilevanza degli argomenti addotti, ecc...Habermas, inoltre, è anche

le', secondo le quali un'azione X è sbagliata se e solo se è disapprovata da qualcuno che sia onnisciente, onnipercipiente, disinteressato o imparziale, ecc....¹⁸.

L'accettazione di una teoria *realistica* della razionalità spiega perché non è possibile offrire una definizione di argomentazione razionale, condotta in condizioni limitate, che sia valida *in generale*, o una volta per tutte, cioè una definizione che determini con esattezza quando una risposta alle obiezioni e alle critiche addotte o adducibili può dirsi *sufficiente*. La definizione di 'risposta sufficiente', e a fortiori di 'discorso razionale condotto in condizioni limitate', è necessariamente contestuale, cioè relativa a (o dipendente da) un contesto. A quale contesto faccio riferimento?

Determinare quando un'argomentazione che sia condotta in condizioni non ideali ha un grado di razionalità *sufficiente*, cioè quando tale argomentazione offre una risposta ad un numero sufficiente di critiche e obiezioni, dipende da alcune variabili, di carattere contingente, relative al contesto in cui si svolge l'argomentazione. Mi riferisco, ad esempio, (a) al set di assunzioni teoriche, empiriche e normative condivise dalla comunità in cui l'argomentazione concretamente ha luogo, (b) all'ammontare di risorse economiche disponibili, in totale, all'interno della comunità, (c) all'ammontare di risorse che i partecipanti alla discussione ritengono sia opportuno destinare all'argomentazione, ammontare quest'ultimo che dipende direttamente dalle assunzioni teoriche, empiriche e normative condivise dalla comunità, (d) al grado di accettabilità della tesi avanzata e oggetto di critiche e obiezioni, (e) al grado di *importanza* della decisione da prendere (decidere, per Tizio, se sia il caso di lasciare il proprio partner può essere una decisione molto difficile, ma non è altrettanto importante che decidere, per un Capo di Stato, se dichiarare guerra ad un paese confinante, ecc...).

consapevole che tali disposizioni istituzionali realizzano alcuni scopi che sono presupposti in ogni situazione discorsiva (raggiungere un risultato concreto). E tuttavia, Habermas ritiene che tali "convenzioni che servono a istituzionalizzare i discorsi" non sono parte (e non devono essere confuse) con le regole del *discorso razionale*. Per il primo gruppo di autori vedi J. L. Coleman e B. Leiter, "Determinacy, Objectivity and Authority", in Andrei Marmor (a cura di), *Law and Interpretation. Essays in Legal Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1995; R. M. Dworkin, *I diritti presi sul serio*, Il Mulino, Bologna, 1982, trad. it. di F. Oriana (*Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, 1978, II ed. [I ed. 1977]), Cap. IV e X; N. D. MacCormick, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, op. cit., Cap. X; J. J. Moreso, *El reino de los derechos y la objetividad de la moral*, mp, pag. 18-19. Per il secondo gruppo vedi J. Habermas, *Etica del discorso*, op. cit., pagg. 102-103; E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, op. cit., Cap. I.

¹⁸ L'espressione 'teorie della procedura ideale' è mutuata da Bruno Celano, anche se l'autore intende il termine 'ideale' in un significato parzialmente differente dal mio. Per 'condizioni ideali' Celano - e suppongo anche i filosofi morali analitici - intende condizioni o requisiti che hanno una qualche connotazione positiva, che sono moralmente rilevanti. Al contrario, uno degli aspetti centrali di questo saggio è la distinzione tra 'condizioni ideali', ad esempio una memoria infinita, che gli esseri umani non possono mai raggiungere e 'condizioni ipotetiche'. In merito alle 'teorie della procedura ideale' ed alle 'teorie dell'osservatore ideale' vedi B. Celano, *Giustificazione di norme e procedure ideali*, in P. Comanducci e R. Guastini (a cura di), "Analisi e diritto 1992. Ricerche di giurisprudenza analitica", Giappichelli, Torino, 1992; G. Harman, *The Nature of Morality*, Oxford University Press, Oxford, Cap. III; R. Brandt, *A Theory of the Good and the Right*, Clarendon Press, Oxford, 1979, Cap. 12. Riguardo ai rischi e ai danni potenziali derivanti dal considerare un modello ideale come un modello normativo di discorsi reali vedi A. Pintore, *Il diritto senza verità*, Giappichelli, Torino, 1996, pagg. 216-218.

In tal senso, se non possiamo elaborare una definizione di ‘discorso razionale condotto in condizioni (economicamente e temporalmente) limitate’ che sia valida in ogni contesto discorsivo reale, avremo tante definizioni di ‘discorso razionale condotto in condizioni limitate’, e, a fortiori, di ‘argomentazione (o di risposta) sufficiente’, a seconda di quante situazioni discorsive possiamo individuare.

Per intenderci, nel caso di *situazioni di grave emergenza*, come nell’esempio considerato di Humbert e Lolita rimasti intrappolati in un palazzo in fiamme, è probabile che Humbert e Lolita discuteranno il da farsi, esaminando le ragioni in favore di una soluzione piuttosto che di un’altra, e tuttavia è chiaro che alla fine, se entrambi tengono alla loro vita, il principio di efficienza dell’argomentazione prevarrà necessariamente sul principio della giustificazione ottimale o perfetta. Al contrario, vi sono altre situazioni discorsive in cui, sebbene alla fine i partecipanti non possano discutere all’infinito, cioè siano costretti a prendere una decisione entro un tempo comunque limitato, vi sono limitazioni economiche e temporali minori e dove, dunque, il principio di efficienza dell’argomentazione dovrebbe assumere un minor peso rispetto al principio della giustificazione ottimale. Pensiamo ad un’Assemblea Costituente che discuta l’approvazione della nuova Costituzione di uno Stato, o ad un Parlamento che discuta un’importante riforma costituzionale, oppure, infine, ad una Corte Costituzionale che debba decidere in merito all’annullamento di una legge appena entrata in vigore.

3. Breve excursus sulla nozione di ‘discorso razionale’

Come ho sostenuto sopra, secondo una concezione metaetica relativista *moderata*, un’asserzione, una tesi (o preferenza) di carattere normativo può dirsi ‘oggettivamente’ fondata, in un senso debole, se, e solo se, sia ‘razionalmente giustificata’. Ho anche aggiunto che una tesi normativa è razionalmente giustificata, in presenza di condizioni economiche e temporali limitate, se, e solo se, è supportata da ragioni prive di contraddizioni logiche, fondate su premesse teoriche ed empiriche considerate vere all’interno del gruppo o della comunità scientifica di riferimento, e quando le ragioni avanzate in favore di quella tesi offrono una risposta logicamente corretta *al maggior numero possibile* di critiche e obiezioni sollevate, o che potrebbero essere sollevate, dai partecipanti al discorso medesimo. Tale definizione di discorso razionale presuppone due assunzioni. La prima secondo la quale è molto importante distinguere una ‘giustificazione persuasiva’ da una ‘giustificazione razionale’. In secondo luogo, tale nozione di giustificazione razionale non può essere descrittiva, ma è una nozione normativa, sebbene in un senso debole. Mi spiego meglio.

Alcuni autori, di orientamento analitico¹⁹, distinguono due sensi di giustificazione. In un primo senso, forte e descrittivo, ‘giustificare’ significa addurre ragio-

¹⁹ Vedi, ad esempio, P. Comanducci, *Assaggi di metaetica*, cit., pag. 56-58; R. Guastini, *Produzione di norme a mezzo di norme. Un contributo all’analisi del ragionamento giuridico*, in L. Gianformaggio ed E. Lecaldano, *Etica e diritto*, Bari, Laterza, 1986, pagg. 173-174 e R. Guastini, “Osservazioni in margine” ad A. Aarnio, R. Alexy e A. Peczenik, “I fondamenti del ragionamento giuridico”, trad. it. (parziale) di R. Guastini, (*The Foundation of Legal Reasoning I-II-III. The Ju-*

ni e argomenti persuasivi all'interno di un certo uditorio. In un secondo senso, forte e valutativo, 'giustificare' vuol dire addurre 'buone ragioni' in favore di una tesi normativa.

Nel primo senso, 'giustificare' vuol dire addurre ragioni che siano persuasive o convincenti presso un certo uditorio. Una giustificazione è persuasiva quando coloro cui è indirizzata ritengono che le assunzioni teoriche o normative poste come premesse siano vere o giuste e che da tali premesse discenda effettivamente la conclusione che costituisce il contenuto della tesi avanzata, conclusione da loro ugualmente giudicata vera o giusta. In questo caso il giudizio in base al quale un soggetto giudica persuasiva una certa tesi presso un certo uditorio è un giudizio di carattere teorico, cioè è diretto a stabilire la verità di un insieme di fatti, trattandosi di stati intenzionali, credenze e atteggiamenti valutativi di terzi. Tale giudizio può avere carattere *ex post*, quando il soggetto rileva che un determinato uditorio è stato effettivamente persuaso ad accettare una certa tesi, ovvero avere carattere *ex ante*, nel senso di un giudizio diretto a prevedere che quella tesi, con un grado maggiore o minore di probabilità, sarà accettata presso un certo uditorio²⁰.

In un secondo senso giustificare vuol dire addurre 'buone ragioni', nel senso di ragioni che chi parla reputa convincenti, sulla base di un giudizio di valore. Se Tizio sostiene che una determinata tesi è 'giustificata', nella seconda accezione di giustificazione, ciò vuol dire che egli ritiene, in prima persona, che gli argomenti addotti in suo favore siano convincenti. Si tratta di giudizio pratico, dunque, e non teorico.

La prima assunzione che sta alla base della definizione, da me elaborata, di 'discorso razionale condotto in condizioni limitate' sostiene, dunque, che è molto importante distinguere le nozioni di 'giustificazione persuasiva' e di 'giustificazione razionale' - dove il termine 'giustificazione' può essere inteso sia nel primo che nel secondo senso di 'giustificazione' considerato. Perché tale distinzione è così importante? Una giustificazione razionale è un discorso nel quale un soggetto avanza delle ragioni valide in favore di una tesi normativa, cioè ragioni la cui validità (o razionalità) è *per lo più* (ma non completamente) indipendente dal fatto che la tesi sia considerata giusta o sbagliata, sulla base di un giudizio di valore, da lui stesso o dalla comunità cui appartiene. Ho detto 'per lo più' in quanto ci sono limiti oltre i quali non possiamo più separare una giustificazione razionale da una giustificazione persuasiva. Il 'point' è che possiamo elaborare una concezione *moderata* di relativismo se e solo se possiamo distinguere (entro certi limiti) un

stification of Legal Transformations by Rational Legal Discourse, "Rechtstheorie" 12 (1981), I pag. 133-158; II 257-279; III 423-448) in P. Comanducci e R. Guastini (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico*, Vol. II, Giappichelli, Torino, 1989, pagg. 205-206.

²⁰ Non entrerò nel merito della controversia diretta a stabilire se un giudizio di carattere teorico o descrittivo avente ad oggetto credenze o atteggiamenti umani sia (o debba essere) necessariamente avalutativo. Per una discussione approfondita di tali problematiche vedi B. Celano, *Dialettica della giustificazione pratica*, cit., pag. 294 e ssgg.; D. Davidson, *On Actions and Events*, Oxford University Press, Oxford, 1980; B. T. Ramberg, *Donald Davidson's Philosophy of Language. An Introduction*, Basil Blackwell, Oxford, 1989, pagg. 93-94; V. Villa, *Conoscenza giuridica e concetto di diritto positivo. Lezioni di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 1993, in particolare pagg. 237-238; V. Villa, *Teorie giuridiche e giudizi di valore*, in P. Comanducci e R. Guastini (a cura di), "Analisi e diritto 1997. Ricerche di giurisprudenza analitica", Giappichelli, Torino, 1998, pagg. 260-261 e V. Villa, *Costruttivismo e teorie del diritto*, Giappichelli, Torino, 1999.

discorso persuasivo da un discorso razionale. Perché vi sia relativismo *moderato*, in altri termini, è necessario che ciascun partecipante ad un discorso possa, almeno entro certi limiti, verificare se gli altri partecipanti sono razionalmente giustificati nell'affermare che l'aborto è giusto (in gran parte) indipendentemente da ciò che lui, partecipante al discorso, pensa o crede sull'aborto. In tal senso è perfettamente possibile che Tizio ritenga che l'aborto sia ingiusto, anche se egli ritiene che le ragioni e le repliche avanzate dagli altri partecipanti al discorso in favore di tale tesi non siano perfettamente 'razionali'.

La seconda assunzione che sta a fondamento della definizione, da me elaborata, di 'discorso razionale condotto in condizioni limitate' vuole che tale nozione di giustificazione razionale non possa essere descrittiva, ma sia una nozione normativa, sebbene in un senso debole. Perché la nozione di discorso razionale ha carattere normativo? Perché è normativa in senso debole? Ci sono due ragioni in virtù delle quali la nozione di 'giustificazione razionale' è prescrittiva, sebbene in un senso debole. La prima ragione è che non è possibile elaborare una nozione di razionalità la cui giustificazione sia del tutto indipendente da giudizi di valore e assunzioni normative. E ciò vale anche se prendiamo in considerazione una nozione *formale e ideale* di 'discorso intersoggettivo razionale', dove, essendo il discorso condotto in condizioni ideali, non sono necessari compromessi con il principio di efficienza dell'argomentazione.

Gli autori che utilizzano la nozione di 'procedura argomentativa razionale' non si limitano a *descrivere* quando la giustificazione di una determinata tesi normativa è *razionale*, come se la proprietà di essere razionale sia una caratteristica qualsiasi che alcune argomentazioni hanno in misura maggiore di altre. Il fatto che un'argomentazione sia razionale non è la medesima cosa che possedere, per un discorso, un determinato numero di allitterazioni o di anafore. Si presuppone, infatti, che vi sia qualcosa di positivo, di pregevole, nel fatto che un'argomentazione sia razionale, che la rende meritevole di essere accettata, e ciò sembra dipendere dall'esistenza di una *norma* secondo la quale se un'argomentazione w è più razionale di un'altra argomentazione v , la prima (w) deve essere accettata o è meritevole di essere accettata a preferenza della seconda (v).

Se, tuttavia, si condivide una norma del genere, allora si pone il problema della fondazione o della giustificazione di questa norma, e a fortiori della procedura argomentativa razionale. Perché una persona *deve* essere razionale o *deve* adottare un'argomentazione razionale? Perché una persona deve essere informata sui fatti empirici rilevanti, perché non deve contraddirsi e deve rispondere al maggior numero di obiezioni e critiche a lei rivolte? Da relativista metaetico, seppure moderato, ritengo che la giustificazione o la fondazione delle regole che compongono una procedura argomentativa razionale non può essere totalmente indipendente da assunzioni normative di fondo, cioè, in ultima analisi, da atteggiamenti, preferenze o scelte di un soggetto o di una comunità.

Sebbene non possa neppure accennare, in questa sede, al problema della fondazione delle regole procedurali²¹, posso dire che condivido l'idea (parzialmente

²¹ La mia tesi, dunque, è una via di mezzo tra la tesi di Habermas, secondo la quale ciascun partecipante attribuisce ai propri discorsi una pretesa implicita di intelligibilità, veridicità, correttezza o verità e la tesi (che Alexy attribuisce a Hare) secondo la quale anche le norme fondamentali del

suggerita da Alexy) secondo la quale la giustificazione ultima di tali regole o ha un carattere trascendentale²² - come accade per il principio di non-contraddizione - oppure si fonda, com'è ragionevole ritenere che si fondi la regola che richiede ad un individuo 'la giustificazione ottimale' dei principi e dei modelli morali in cui crede, su determinati giudizi di valore²³.

Fin qui ho sostenuto che vi sono due ragioni in virtù delle quali la nozione di 'giustificazione razionale' è normativa, sebbene in un senso debole. La prima è che non è possibile rispondere alla domanda 'Perché una persona *deve* essere razionale' in modo neutrale, indipendentemente dal ricorso a giudizi di valore. Quest'ultima questione è denominata della *neutralità* della procedura razionale. La seconda ragione riguarda il fatto che nel caso di un discorso razionale condotto in condizioni economiche e temporali limitate i confini tra una 'giustificazione persuasiva' e una 'giustificazione razionale' diventano più sottili, meno netti, sebbene non siano per questo inesistenti. Abbiamo visto per quali ragioni è importante rigettare un modello *ideale* od ottimale di discorso razionale. Ora, se accettiamo un modello *realistico* di discorso razionale, dobbiamo venire a compromessi con il principio di efficienza dell'argomentazione e accettare l'idea che la nozione di

discorso razionale acquistano un senso *solo* per coloro che hanno deciso di parteciparvi. Cf. R. Alexy, *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, op. cit., pp. 101 e 142-148. Quest'ultima tesi è, ad esempio, condivisa da MacCormick quando dice che "La coerenza e la congruenza...rappresentano 'possibilità' per noi quando nella nostra vita pratica agiamo, ragioniamo, decidiamo...noi possiamo operare una scelta, quella di essere o meno razionali...". Vedi N. D. MacCormick, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, cit., pag. 301. In altri termini né l'argomento di carattere trascendentale né l'argomento pragmatico-universale à la Habermas possono giustificare *tutte* le regole di un discorso razionale, ma solo le regole di base. Ciò in quanto è vero che la maggior parte delle (ma non tutte le) regole di un discorso razionale hanno un significato solo per coloro che hanno deciso di partecipare al gioco linguistico del discorso (pratico) razionale.

²² Un'assunzione ha carattere trascendentale quando è necessariamente presupposta in un ragionamento orientato a risolvere un problema teorico o pratico. In altre parole ogni ragionamento che tenta di mostrare la falsità o l'invalidità di un'assunzione di questo tipo necessariamente la presuppone. Vedi Aristotele, *Metafisica*, Bompiani Editore, Sonzogno, 2000, Libro IV, Cap. 3-4, 1005a18-1009a5; S. Lukes, *Some Problems about Rationality*, in B. Wilson (a cura di), *Rationality*, Basil Blackwell, Oxford, 1977 (I ed. 1970), pagg. 207-213; N. Rescher, *Rationality. A Philosophical Inquiry into His Nature and the Rationale of Reason*, op. cit., Cap. V.

²³ Tale problema è connesso con una ben nota obiezione che possiamo chiamare, mutuando il termine da Celano, obiezione di *ipoteticità*, e che viene avanzata nei confronti delle teorie dette della 'procedura ipotetica o ideale'. Per 'teorie della procedura ideale o ipotetica' intendo teorie secondo le quali, come abbiamo già visto, una preferenza è corretta se e solo se è espressa da qualcuno che si trovi in presenza di quelle condizioni ideali o ipotetiche imposte dalla teoria medesima. È chiaro che possiamo interpretare le condizioni ipotetiche o ideali sia come regole di carattere procedurale che devono essere seguite all'interno di un'argomentazione - per esempio, tenere conto di tutti i fatti rilevanti - oppure come requisiti che un osservatore ideale o ipotetico deve possedere, per esempio essere onnisciente. L'obiezione di ipoteticità ci chiede perché qualcuno dovrebbe tenere conto di ciò che sarebbe approvato o disapprovato da tale osservatore ipotetico o ideale, cioè perché mai qualcuno dovrebbe essere differente da come normalmente è, uniformandosi a quanto espresso da tale osservatore ideale, o dovrebbe elaborare argomentazioni differenti da quelle di solito avanzate. Vedi B. Celano, *Dialettica della giustificazione pratica*, cit., pag. 538 e ssgg.

‘discorso razionale condotto in condizioni limitate’ sia *contestuale*, cioè dipendente dal contesto in cui il discorso viene effettuato.

Ciò in quanto determinare se un’argomentazione è parte di un discorso razionale condotto in condizioni limitate vuol dire determinare, tra le altre cose, se una determinata argomentazione offre una risposta ad un numero *sufficiente* di critiche e obiezioni, e determinare a quante e a quali obiezioni in una certa situazione discorsiva un individuo *deve* rispondere dipende da un bilanciamento tra due differenti valori procedurali in gioco. Come abbiamo già visto, da un lato, seguendo il principio della ‘giustificazione ottimale’, una deliberazione normativa è tanto più razionale quanto migliore (in termini di qualità, estensione, genesi) è la sua giustificazione. Dall’altro lato, seguendo il principio di efficienza, essa è tanto più razionale quanto più vengono raggiunti gli scopi voluti, soggiacenti alla deliberazione. E tale bilanciamento dipende necessariamente da una serie di variabili relative al contesto in cui il discorso viene effettuato o la deliberazione presa.

Alcune di queste variabili le abbiamo viste nel paragrafo precedente. Pensiamo, ad esempio, (a) al set di assunzioni teoriche, empiriche e normative condivise dalla comunità storica in cui l’argomentazione concretamente ha luogo, (b) all’ammontare di risorse economiche disponibili, in totale, all’interno della medesima comunità, (c) all’ammontare di risorse economiche e temporali disponibili per i partecipanti ad una determinata situazione discorsiva, d) al set di valori condivisi dai partecipanti al discorso, ecc...

Torniamo, per un momento, all’esempio considerato di Humbert e Lolita rimasti intrappolati in un palazzo in fiamme. È probabile che Humbert e Lolita discutano il da farsi, esaminando le ragioni in favore di una soluzione piuttosto che di un’altra, e tuttavia è chiaro che alla fine, se entrambi tengono alla loro vita, il principio di efficienza dell’argomentazione prevarrà necessariamente sul principio della giustificazione ottimale o perfetta. E tuttavia, il determinare quando l’analisi delle ragioni (e delle obiezioni) pro e contro una certa via di uscita possa considerarsi *sufficiente* dipenderà necessariamente da alcune variabili sopra considerate. Dipende dalle assunzioni teoriche ed empiriche condivise dalla comunità cui Humbert e Lolita appartengono perché la possibilità di avere più tempo a disposizione per individuare la migliore via di scampo dal fuoco dipende dallo sviluppo scientifico e tecnologico della comunità cui appartengono (ad esempio, un particolare sistema di costruzione dell’edificio, scoperto nel 2024, che costringa il fuoco a propagarsi più lentamente, aumenterebbe, rebus sic stantibus, il tempo a loro disposizione). E d’altro canto, è ovvio che l’analisi delle ragioni pro e contro avrà una *durata* differente a seconda delle risorse temporali ed economiche dei deliberanti, Humbert e Lolita. Più vicino sarà il fuoco, maggiore il pericolo di vita, minore sarà la durata dell’argomentazione. Infine la durata dell’argomentazione dipende necessariamente da un set di valori condivisi da Humbert e Lolita. Se Lolita fosse, inconsciamente, un aspirante suicida, l’individuazione della migliore via di scampo sarebbe per lei equivalente alla soluzione di un problema logico o di un indovinello complesso. Qualcosa cui è possibile dedicare tutto il tempo che si vuole. In tal senso, se Humbert avesse sufficiente considerazione del valore della sua vita, non concorderebbe con Lolita in merito alla quantità di obiezioni di cui è opportuno tenere conto.

Da quanto detto possiamo concludere che la distinzione tra una 'giustificazione persuasiva' ed una 'giustificazione razionale' resta valida, ma rimane graduale ed è *possibile* soltanto sullo sfondo di un insieme di valori condivisi. La distinzione è graduale perché maggiori sono le risorse economiche e temporali a disposizione, più razionale sarà un discorso condotto in condizioni limitate - cioè da persone che *non* hanno un'intelligenza ed una memoria soprannaturali. La separazione tra una giustificazione razionale ed una giustificazione persuasiva è tanto più possibile quante più risorse economiche e temporali sono disponibili. In tal senso è più agevole articolare una distinzione tra discorsi razionali e discorsi persuasivi nel caso di un'argomentazione avanzata in seno ad un'assemblea costituente in uno Stato costituzionale occidentale rispetto, per esempio, alla giustificazione avanzata da un giudice di primo grado di un sistema giuridico del medesimo Stato.

In secondo luogo, la nozione di 'discorso razionale condotto in condizioni limitate' presuppone, come abbiamo visto, la condivisione di alcuni valori di fondo. Applicando quanto detto al mondo del diritto, possiamo dire che una determinata comunità giuridica potrà concordare sul fatto che un'argomentazione elaborata da un supremo organo giurisdizionale di uno Stato (ad esempio una Corte Costituzionale) abbia un grado *sufficiente* di razionalità, cioè offre una replica ad un numero sufficiente di obiezioni e critiche, se, e solo se, (la maggior parte dei giudici, avvocati e giuristi di) tale comunità condivide alcuni valori di fondo, anche sostanziali.

Ad esempio, una determinata comunità giuridica potrebbe essere d'accordo sul fatto che l'argomentazione avanzata da un supremo organo giurisdizionale non debba contenere contraddizioni logiche, ambiguità, né debba fondarsi su premesse teoriche ed empiriche ritenute false dalla comunità scientifica di riferimento. E tuttavia, molti converranno che una Corte Costituzionale non può impiegare dieci anni nel prendere una determinata decisione e/o redigere la motivazione relativa. Sebbene costoro riconoscano che in dieci anni la Corte Costituzionale potrebbe elaborare un'argomentazione di una coerenza e completezza mai viste, ciò nonostante vi sono altri valori che devono essere tutelati, ad esempio il buon funzionamento delle istituzioni giuridiche oppure la certezza del diritto, che impongono di porre fine, in un tempo molto più breve, a tale processo argomentativo e deliberativo. Se, tuttavia, alcuni giuristi ritenessero i valori relativi all'efficienza della macchina giudiziaria meno importanti di quelli relativi al grado di perfezione della motivazione, allora costoro avrebbero una diversa concezione in merito alla *quantità* di obiezioni cui è *sufficiente*, razionalmente accettabile, che la Corte risponda o abbia l'obbligo di rispondere.²⁴

²⁴ Non posso qui discutere, neppure per sommi capi, un'obiezione piuttosto importante, differente rispetto a quella che abbiamo chiamato di ipoteticità, che può essere mossa contro una teoria moderatamente relativista, secondo la quale una determinata tesi normativa è 'oggettivamente' fondata se e solo se è parte di un discorso intersoggettivo razionale. Tale obiezione, che possiamo chiamare, mutuando anche questa volta il termine da Celano, di *indeterminatezza*, ci dice che un discorso razionale, nella sua versione pura, ove cioè non contenga assunzioni normative sostanziali camuffate da procedurali, non è idoneo a determinare alcun risultato sostanziale. Dunque obbligare le persone a partecipare ad una procedura argomentativa razionale è completamente inutile, se non controproducente, visto i costi in termini di tempo e risorse che partecipare ad una procedura argomentativa razionale comporta. Vedi B. Celano, *Dialettica della giustificazione pratica*, cit., pag.

5. Discorso razionale e argomentazione giudiziale

Ho sostenuto nell'introduzione che per comprendere quale (ri)definizione della nozione di 'equilibrio riflessivo' ho adottato, nonché per capire il ruolo svolto dall'equilibrio riflessivo nel ragionamento giudiziale, è opportuno, dapprima, rispondere alla domanda se la giustificazione della premessa maggiore del sillogismo giudiziale debba essere 'razionalmente giustificata'. La tesi secondo cui la giustificazione della premessa maggiore del sillogismo giudiziale deve essere razionalmente giustificata segue, a sua volta, logicamente, da due premesse.

Secondo la prima, le asserzioni (o le preferenze) di carattere normativo devono essere 'oggettivamente fondate'. La seconda premessa afferma che il ragionamento giudiziale, e in particolare la giustificazione esterna della premessa maggiore del sillogismo giudiziale, costituisce un caso particolare di ragionamento pratico, cioè esso contiene almeno una premessa normativa.

Abbiamo visto in presenza di quali condizioni una tesi normativa è 'oggettivamente fondata', cioè se, e solo se, un membro competente della comunità la giudica convincente se posto nelle condizioni ipotetiche stabilite dal discorso intersoggettivo razionale. Per rispondere alla seconda questione, perché il ragionamento giudiziale è una forma di ragionamento pratico e non teorico, non credo sia necessario (né d'altro canto potrei, in questa sede) approfondire la controversia se il ragionamento giudiziale sia un caso particolare, più istituzionalizzato e formalizzato, di ragionamento *morale*. Per la semplice ragione che il significato di questa affermazione non è chiaro ed è suscettibile di differenti interpretazioni²⁵. Per quanto concerne questo lavoro mi limiterò a far propria un'interpretazione piuttosto debole della tesi secondo cui il ragionamento giudiziale è un caso particolare di ragionamento pratico, interpretazione che può considerarsi, credo, assolutamente pacifica e non problematica.

Innanzitutto è bene precisare che uso l'espressione 'ragionamento giudiziale' in un senso piuttosto ristretto. Con essa non mi riferisco né alle argomentazioni effettivamente avanzate dai giudici né al processo psicologico che ha condotto i giudici alla decisione. Con l'espressione 'ragionamento giudiziale' voglio semplicemente far riferimento ad una ricostruzione (idealizzazione) delle argomentazioni avanzate dai giudici, cioè l'iter argomentativo e giustificativo che un giudice 'sincero e scrupoloso' addurrebbe qualora gli fosse chiesto quali ragioni stanno alla base delle (o possono giustificare le) sue decisioni giudiziali, ragioni, tuttavia, che non è necessario siano coerenti o (sufficientemente) razionali. In secondo luogo

537 e A. Pintore, *Il diritto senza verità*, cit., pag. 235. Per un approfondimento di tale questione ed una replica all'obiezione di indeterminatezza vedi G. Maniaci, *The Role of Rationality in Judicial Argumentation*, di prossima pubblicazione in J. Ferrer e M. Narváez (a cura di), "On Knowledge and Adjudication of National and European Law", Duncker & Humblot, Berlin (paper presentato al Convegno "The Judiciary and the European Construction Process", tenuto a Girona dal 14/11 al 16/11/2002).

²⁵ La letteratura sull'argomento è molto vasta. Vedi, tra gli altri, J. C. Bayon, *La normatividad del derecho. Deber jurídico y razones para l'acción*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1991, Cap. IX e C. Redondo, *La noción de razón para l'acción en l'análisis jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1996, Cap. V-VI.

go uso l'espressione 'ragionamento pratico' per intendere un ragionamento che offre una risposta ad una questione pratica, del tipo 'cosa devo fare?', ragionamento che dobbiamo distinguere da quello teorico, il cui scopo è rispondere ad una questione teorica, del tipo, 'come stanno le cose?'.

In tal senso se si accetta l'idea che la conclusione del ragionamento giudiziale ha carattere normativo, e se non vi è nessuna premessa normativa che supporti o possa supportare tale conclusione, allora il ragionamento è fallace, per violazione della legge di Hume, che vieta di dedurre conclusioni normative da premesse assertive. In altri termini, il giudice non può dedurre la conclusione normativa secondo cui 'W deve essere assoggettato alla sanzione z'²⁶ da tre premesse descrittive secondo cui:

- 'La regola X (secondo cui, per esempio, 'Se vi è la prova legale che un *a* ha compiuto *b* nelle circostanze *c*, allora *a* deve essere assoggettato alla sanzione *z*) appartiene ad un sistema giuridico Y nel complesso efficace'
- 'Vi è, secondo le norme valide del sistema Y, la prova legale che W è un *a* ed ha compiuto *b* nelle circostanze *c*'
- 'Secondo il sistema giuridico Y, W deve assoggettato alla sanzione *z*'

Il *fatto* che un sistema giuridico sia efficace in un determinato territorio e momento storico non può offrire al giudice alcuna ragione per l'azione. La deliberazione del giudice, qualunque essa sia, non può che fondarsi su un'assunzione (o premessa) normativa, secondo la quale, per esempio, 'È giusto seguire/applicare la norma di riconoscimento del sistema giuridico Y'. Per comprendere più attentamente la questione è opportuno offrire una possibile ricostruzione del ragionamento giudiziale. Sulla base di un modello esplicativo largamente accettato in teoria del diritto una giustificazione normativa giudiziale ha una struttura complessa, all'interno della quale possiamo distinguere due parti. La prima è la c.d. 'giustificazione interna', la cui struttura è quella di un sillogismo deduttivo, costituito da due premesse e da una conclusione, che segue logicamente una volta si siano accettate le premesse. La premessa maggiore potrebbe essere una norma del tipo 'Se vi è la prova legale che un *a* ha compiuto *b* nelle circostanze *c*, *a* deve essere punito con la sanzione *z*', mentre la premessa minore potrebbe affermare che 'Vi è la prova legale che W è un *a* ed ha compiuto *b* nelle circostanze *c*'.

La giustificazione interna ha carattere deduttivo, perché chi accetta entrambe le premesse non può non accettare anche la conclusione, secondo la quale 'W deve essere punito con la sanzione *z*'. La seconda parte è la c.d. 'giustificazione esterna'²⁷. Per 'giustificazione esterna' s'intende, invece, sia la giustificazione della premessa minore, o fattuale, del sillogismo giudiziale sia la giustificazione della norma che costituisce la premessa maggiore del sillogismo giudiziale. Ora in questo saggio mi occuperò soltanto della giustificazione esterna della premessa mag-

²⁶ C. Nino, *Breve nota sulla struttura del ragionamento giuridico*, "Ragion Pratica", 1/1993, pag. 32 e ssgg.

²⁷ Vedi, fra i tanti, R. Alexy, *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, op. cit. pag. 176 e ssgg. e N. D. McCormick, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, cit., soprattutto Cap. II, III, V.

giore del sillogismo giudiziale. In tal senso possiamo dire che la norma che costituisce la premessa maggiore del sillogismo giudiziale rappresenta il risultato di un'attività interpretativa delle disposizioni normative.

Possiamo distinguere due sensi del termine 'interpretazione' degli enunciati normativi, uno lato ed uno più ristretto. In senso lato parlerò di 'interpretazione delle disposizioni normative' per far riferimento all'attività o all'argomentazione con la quale un giudice o un altro interprete applica ad un certo caso una norma che costituisce la premessa maggiore del sillogismo giudiziale la cui conclusione è data da una regola particolare, del tipo 'x ha diritto al pagamento di una somma di denaro y', norma che può essere sia il risultato di un'attività interpretativa in senso stretto, sia il risultato di un'attività integrativa, che Diciotti chiama interpretazione-normazione, cioè un'attività diretta a colmare le lacune, introdurre eccezioni, tramite l'argomento dissociativo, e a risolvere antinomie²⁸.

Dunque, l'interpretazione in senso lato può essere suddivisa in attività interpretativa in senso stretto e attività integrativa. 'Interpretazione' in senso stretto, si avrebbe, ad esempio, ogni qual volta l'interprete individua l'insieme dei possibili significati che possono essere attribuiti ad un testo di legge ovvero opera una scelta, sulla base di un ragionamento, tra uno dei significati possibili del testo normativo²⁹. Si avrebbe 'integrazione' delle disposizioni normative quando l'interprete usa un argomento al fine di giustificare una norma, una regola della decisione, che non può essere imputata a nessuna disposizione normativa preesistente, cioè che non costituisce uno dei possibili significati di un enunciato normativo preesistente, trattandosi di una norma che o colma una lacuna, o risolve un'antinomia di secondo grado oppure è il risultato dell'uso dell'argomento dissociativo³⁰.

Ora ciò che rende la giustificazione della norma, che rappresenta il risultato di un'attività interpretativa, lato sensu, di disposizioni normative valide, una giustifi-

²⁸ Una definizione analoga è quella di Diciotti secondo il quale, intesa in senso molto lato, "l'interpretazione giudiziale consiste nell'attività di attribuzione di un significato ad un testo giuridico normativo, principalmente un testo di legge, compiuta per ottenere una regola della decisione per un determinato caso". Vedi E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit., pag. 201. Per la definizione del complesso di attività sussumibili all'interno della nozione di 'interpretazione giudiziale', nonché per l'insieme di attività definibili come 'interpretazione-normazione' vedi E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit., pag. 203 e ssgg.

²⁹ Per una distinzione più rigorosa delle possibili fasi dell'interpretazione in senso stretto vedi E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit., pag. 202-203.

³⁰ Per tale definizione di 'attività integrativa' vedi R. Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1993, pag. 363. In modo parzialmente difforme, Guastini distingue almeno tre accezioni di 'interpretazione giudiziale': "In senso stretto, 'interpretazione' è impiegato per riferirsi all'attribuzione di un significato ad una formulazione normativa in presenza di dubbi o controversie intorno al suo campo di applicazione", mentre "in senso lato 'interpretazione' è impiegato per riferirsi a qualsiasi attività di attribuzione di significato ad una formulazione normativa indipendentemente da dubbi e controversie". Infine in senso molto lato, Guastini parla di 'interpretazione' per riferirsi ad un insieme di attività compiute dai giuristi, tra cui "l'integrazione del diritto (in presenza di lacune), la soluzione di antinomie, e l'esposizione sistematica (cioè ordinata) della disciplina giuridica di una materia". In altri termini, Guastini denomina 'interpretazione in senso lato' ciò che in questo lavoro, per ragioni di semplicità e brevità, denomino 'interpretazione in senso stretto', mentre l'interpretazione in senso molto lato a la Guastini corrisponde (in gran parte) a ciò che denomino 'interpretazione in senso lato'. Vedi R. Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, cit., pagg. 326, 327, 330 e in generale il cap. XXIV.

cazione *pratica* è che l'insieme degli argomenti che compongono la giustificazione esterna della premessa maggiore del sillogismo giudiziale non può non fondarsi, in ultima istanza, su di una premessa, non descrittiva bensì, normativa, premessa che rappresenta l'apice di un'argomentazione (la c.d. giustificazione esterna) di cui la regola generale, la premessa maggiore del sillogismo, è l'anello finale. Vediamo perché.

Volendo semplificare lo schema della giustificazione (esterna, s'intende) di una determinata interpretazione di disposizioni giuridiche valide possiamo dire che tale giustificazione presenta (a) un'interpretazione (in senso lato) di disposizioni giuridiche vigenti come conclusione, più le seguenti premesse: (b) uno o più argomenti dell'interpretazione, (c) un principio metodologico, che prescrive una gerarchia tra differenti argomenti dell'interpretazione, (d) una regola tecnica secondo la quale l'uso di quegli argomenti è necessario al fine di realizzare una determinata concezione (della legge e) del diritto e, infine, (e) una concezione (della legge e) del diritto da cui discende quel principio metodologico³¹.

Il secondo anello della catena è costituito dagli argomenti dell'interpretazione. Un tipico argomento dell'interpretazione potrebbe essere *l'argomento psicologico*, secondo il quale si può, o si deve, attribuire ad un enunciato legislativo il significato che esso ha secondo l'intenzione dell'autore, cioè il legislatore storico, intenzione che in genere viene individuata facendo riferimento a diversi documenti, quali i lavori preparatori ovvero altri documenti dai quali è possibile desumere le intenzioni di coloro che la legge hanno approvato³².

In realtà un principio metodologico dovrebbe stabilire un ordine di priorità tra diversi argomenti dell'interpretazione, nel senso di determinare quali argomenti dell'interpretazione debbano essere utilizzati in via prioritaria e quali argomenti debbano essere utilizzati solo dopo che l'uso dei primi sia stato infruttuoso. Ad esempio un principio metodologico potrebbe stabilire che 'ai testi di legge deve essere attribuito il loro significato letterale... e ove questo sia indeterminato ai fini del giudizio il significato che essi avrebbero secondo l'intenzione del legislatore, intenzione desunta dai lavori preparatori o da altri documenti storicamente rilevanti, e ove questo sia indeterminato, allora il significato più coerente con gli scopi delle altre disposizioni appartenenti al medesimo documento normativo o alla medesima branca del diritto...'³³.

In questo caso tale principio metodologico prescrive di utilizzare prima l'argomento del significato letterale, poi l'argomento psicologico e, infine, una versione dell'argomento teleologico-sistematico. Il punto è che la giustificazione di un principio metodologico presuppone, ragionevolmente, una concezione (della legge e) del diritto in generale.

³¹ Riprendo tale schema, sintetizzandolo, da E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit., pag. 521 e ssgg.

³² In merito ai differenti argomenti dell'interpretazione e all'argomento psicologico o genetico vedi E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit., pag. 307 e ssgg. e R. Alexy, *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, op. cit., pag. 186 e ssgg.

³³ Sulla nozione (e i differenti tipi) di principio metodologico vedi, di nuovo, E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit., pag. 494 e ssgg.

Ad esempio possiamo dire che l'argomento psicologico, insieme ad altri argomenti dell'interpretazione, fa parte di un metodo dell'interpretazione che possiamo chiamare 'storico'. Si tratta di un metodo in quanto esso contempla e prescrive un insieme di operazioni interpretative coerentemente ordinate al fine di raggiungere un certo risultato interpretativo. Il metodo storico prevede, in particolare, l'uso di determinati argomenti dell'interpretazione che "richiedono ricerche analoghe relative ad eventi trascorsi e si basano sull'idea che il significato di un testo di legge dipenda dalla volontà dell'autore ovvero di coloro che hanno partecipato alla sua produzione, sia che tale volontà si manifesti con l'intenzione di significare qualcosa tramite certe parole sia che si manifesti con l'intenzione di perseguire certi scopi tramite l'emanazione di certe norme"³⁴.

Tale metodo, rinviando, dunque, ad una concezione della legge come 'opera del legislatore' che l'ha prodotta, può, a sua volta, essere giustificato sulla base di differenti concezioni (in merito alla funzione) del diritto, ad esempio in base alla concezione secondo la quale il legislatore storico è, almeno in una certa misura, un essere razionale e giusto, il quale persegue obiettivi equi attraverso mezzi idonei a realizzarli. Se si considerasse il legislatore storico come l'istituzione che meglio di ogni altra è capace di esprimere norme giuste ed eque, in attesa che il legislatore attuale le modifichi, avrebbe senso affannarsi nella ricerca di atti e documenti che possano illuminare la sua volontà, qualunque cosa si intenda col termine 'volontà del legislatore'³⁵.

Ora, indipendentemente dal fatto che il metodo storico e la concezione della legge come 'opera del legislatore' possano giustificarsi *esclusivamente* in base alla figura del legislatore razionale, quanto è importante sottolineare è che l'adozione di tale metodo non può che fondarsi, in ultima analisi, su di *una concezione* del diritto. Una concezione del diritto incorpora una norma di riconoscimento, cioè una teoria che determina i criteri di validità delle disposizioni normative oggetto di interpretazione, e giustifica l'adozione di un principio metodologico che prescrive all'interprete come interpretare e integrare le disposizioni normative medesime. Su cosa si fonda, invece, una concezione del diritto?

Come sottolinea MacCormick, un giudice può decidere di applicare una determinata norma di riconoscimento sulla base di ragioni differenti. Può trattarsi di una forma di ipocrisia, tipica di chi non condivide i presupposti etico-politici della norma di riconoscimento accettata dagli altri organi dello Stato, ma teme la disapprovazione o il biasimo degli altri membri del gruppo sociale. Possiamo chiamare questo modello del *conformista*. Oppure può trattarsi di una strategia messa in opera da un giudice al fine di rafforzare negli altri giudici e funzionari la fiducia

³⁴ E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit., pag. 335.

³⁵ Oltre alla figura del legislatore giusto ed onnisciente un'altra delle concezioni che possono giustificare l'adozione di un principio metodologico che prescriva di specificare il significato degli enunciati legislativi rinviando all'intenzione o alla volontà del legislatore storico, è una concezione che considera la certezza del diritto, intesa nel senso della prevedibilità *ex ante* delle decisioni giudiziali da parte dei cittadini, il valore supremo da perseguire. Tale concezione presuppone l'idea secondo la quale individuare la 'volontà' del legislatore storico sia un'attività che non incorpora giudizi di valore dell'interprete, essendo i documenti preparatori meno ambigui o vaghi dei testi normativi definitivi. Vedi E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit., pag. 398 e ssgg.

nella sua fedeltà al regime giuridico, fiducia che egli tradirà al momento opportuno. Quest'ultima strategia può essere condivisa sia dal modello del giudice *delinquente*, cioè da chi fa parte della schiera di “tutti coloro che accettano e accordano la loro preferenza ai modelli comuni, tranne che per se stessi, nei limiti in cui riescono a farla franca”³⁶ sia dal modello del giudice *traditore* di un sistema iniquo e dispotico, ad esempio di un regime nazista. Traditore che si differenzia dal ribelle vero e proprio, cioè colui che lotta apertamente contro un determinato sistema giuridico.

Molti, infine, tra giudici e funzionari, sono coloro che adottano un vero e proprio ‘punto di vista morale’, cioè manifestano un atteggiamento di approvazione e condivisione dei valori soggiacenti alla norma di riconoscimento dell'ordinamento. La conclusione di questo ragionamento è che qualunque sia la strategia prescelta dal giudice, se quella del conformista o quella del punto di vista morale, la sua decisione è, o sarebbe, giustificata sulla base di una ragione normativa (o asserzione o preferenza di carattere normativo).

In tal senso, condivido l'idea di MacCormick secondo la quale è ragionevole pensare che la maggioranza dei giudici o dei funzionari appartenenti ad un sistema giuridico approvi o condivida i valori etico-politici soggiacenti alla norma di riconoscimento e che, dunque, è credibile che solo *una minoranza* (anche significativa) di essi faccia parte della schiera dei giudici delinquenti o conformisti³⁷. In secondo luogo, tuttavia, se differenti possono essere le ragioni che motivano i giudici a prendere determinate decisioni giudiziali, non è detto che questi sarebbero disposti ad esplicitarle ove sia loro richiesto di farlo in un discorso razionale. Anzi è estremamente probabile che sia il giudice conformista che il giudice delinquente o traditore sarebbero costretti ad essere insinceri per poter conseguire i propri scopi. Mentre gli altri giudici e funzionari che effettivamente condividono i valori soggiacenti ad una determinata norma di riconoscimento sarebbero senza dubbio sinceri qualora fosse loro richiesto di esplicitare le ragioni della loro adesione al sistema.

Ora se è vero che possono esservi ragioni differenti che verosimilmente motivano giudici e funzionari ad applicare una determinata norma di riconoscimento, ci si potrebbe chiedere se i diversi giudici *insinceri*, cioè ad esempio il conformista o il delinquente, potrebbero partecipare ad un discorso intersoggettivo razionale. Secondo Alexy, e la regola è comprensibile³⁸ coloro che partecipano ad una procedura argomentativa razionale non soltanto devono, ma in una certa misura non possono che, essere veridici, cioè affermare ciò che credono sia giusto o vero.

³⁶ N. D. MacCormick, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, cit., pagg. 321-322.

³⁷ Secondo MacCormick il punto di vista del partecipante ipocrita o conformista è *parassitario* rispetto a quello del partecipante ‘genuino’ che vuole o preferisce un certo modello di condotta. Vedi l'Appendice di N. D. MacCormick, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, cit. Tale idea è condivisibile, solo se intesa nel senso che è probabile, *dal punto di vista empirico*, che non esisterebbero regole sociali o giuridiche senza alcuni membri del gruppo che condividono il ‘punto di vista morale’. Per una discussione approfondita, ed una soluzione, del problema vedi J. C. Bayon, *La normatividad del derecho. Deber jurídico y razones para l'acción*, cit., pag. 735 e ssgg.

³⁸ Vedi R. Alexy, *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, cit., pag. 150.

Sulla base della tesi di Alexy, dunque, i giudici insinceri non potrebbero partecipare ad un discorso razionale. Condivido tale idea solo in parte. La regola che impone la sincerità è importante, ma deve essere correttamente intesa. Diciamo che viola la regola della sincerità il partecipante ad un discorso intersoggettivo razionale che fa un *uso strategico dell'argomentazione*, cioè che giustifica una tesi alla quale non crede, ovvero che giustifica una tesi facendola discendere da premesse che non ritiene valide³⁹. Chi fa un uso strategico dell'argomentazione non agisce in modo *radicalmente* strategico, cioè non cerca di influenzare il comportamento degli altri partecipanti al discorso attraverso la minaccia di un male o la promessa di un bene, piuttosto gioca d'astuzia, tentando di persuadere il suo interlocutore attraverso argomenti che egli ritiene possano indurlo ad accettare una determinata tesi, e, dunque, a compiere una certa azione, ma in cui non crede. L'uso strategico dell'argomentazione è piuttosto frequente, nella vita quotidiana, perché è molto più facile per Caio convincere Tizio della bontà di una tesi normativa sulla base di premesse che Tizio reputa giuste o corrette, anche se Caio le considera assurde o inaccettabili, piuttosto che sulla base di premesse normative differenti in cui Tizio non crede.

Sebbene non possa argomentare dettagliatamente in questa sede ritengo che un uso strategico dell'argomentazione da parte di una minoranza di giudici e funzionari non comporta, nella peggiore delle ipotesi, alcun serio ostacolo alla possibilità di compiere un discorso intersoggettivo razionale all'interno della comunità dei giudici, cioè non tocca il valore della procedura argomentativa razionale, mentre, nella migliore delle ipotesi, è incompatibile con la partecipazione ad un discorso razionale.

È possibile, infatti, che il giudice sia abbastanza abile da costruire una complessa giustificazione giuridica in favore di un singolo provvedimento, senza violare nessuna regola della procedura argomentativa razionale (tranne quella della sincerità s'intende), sebbene la reale motivazione di esso sia tutt'altra. E tuttavia, se tale giustificazione offre una risposta soddisfacente alle obiezioni e critiche addotte o adducibili, critiche volte a far emergere fallacie di ambiguità, trattamenti disuguali ingiustificati, ecc.. allora tutto il *valore* della procedura non viene perduto, perché il giudice avrà effettivamente elaborato un insieme di risposte soddisfacenti alle obiezioni altrui, proprio come avrebbe fatto un giudice sincero e, dunque, avrà dato un importante contributo al discorso intersoggettivo razionale. In tal senso un giudice che fa un uso strategico dell'argomentazione, se rispetta effettivamente (tutte) le (altre) regole della procedura argomentativa razionale, non ha nulla di diverso, dall'unico punto di vista che conta, cioè quello del rispetto delle regole procedurali, dai giudici sinceri.

Se, invece, il giudice non è sufficientemente abile da costruire un castello di giustificazioni, critiche e risposte alle obiezioni altrui, che sia sufficientemente coerente ed ordinato da poter dissimulare le reali motivazioni dei suoi provvedimenti non c'è modo migliore per scoprirlo che una procedura argomentativa razionale. In tal senso una procedura argomentativa razionale rappresenta l'unica possibilità (se ce n'è una) per esplicitare pregiudizi (ad esempio sessuali o razzia-

³⁹ Per tale definizione di 'uso strategico dell'argomentazione' vedi E. Diciotti, *Verità e certezza nell'interpretazione della legge*, Giappichelli, Torino, 1999, pag. 276, il quale ritiene che giudici e giuristi siano, in modo sembra ineluttabile, portati a fare un uso strategico dell'argomentazione.

li), o comunque ragioni, soggiacenti ad una certa decisione giurisdizionale, dissimulate da alcuni giudici perché considerate inaccettabili o insensate dalla maggioranza dei membri della comunità - giuridica e sociale - cui appartengono.

Fin qui ho sostenuto due tesi. La prima è che la violazione della regola della sincerità e un uso strategico dell'argomentazione non toccano, nella peggiore delle ipotesi, il valore di un discorso intersoggettivo razionale, mentre, nella migliore, sono incompatibili con la partecipazione ad un discorso razionale. La seconda è che il ragionamento giudiziale, in particolare la giustificazione esterna della premessa maggiore del sillogismo giudiziale, è un ragionamento pratico, nel senso debole sopra considerato. Vediamo adesso di comprendere quale sia il modello di giustificazione pratica denominato 'equilibrio riflessivo', e se, e per quali ragioni, il metodo dell'equilibrio riflessivo possa costituire un valido modello normativo e/o descrittivo dell'argomentazione giudiziale.

6. *Quale equilibrio riflessivo*

Il pericolo maggiore che corre chi vuole definire la nozione di equilibrio riflessivo è quello di non riuscire più a distinguere il metodo dell'equilibrio riflessivo da una qualunque altra teoria della giustificazione pratica, perfino dallo stesso ragionamento morale tout-court. Prendiamo un ragionamento morale di questo tipo. Tizio ritiene, intuitivamente, ingiusto che Caio abbia ucciso Sempronio per rubargli il portafoglio, mentre ritiene giusto che Caio abbia ucciso Sempronio per legittima difesa. Chiamiamo queste 'intuizioni morali' giudizi ponderati. Lasciate che Tizio ricostruisca il principio soggiacente o i principi soggiacenti a queste intuizioni e che cerchi di concretizzare o di bilanciare tali principi al fine di risolvere un caso per Tizio più complesso, quello di Caio che ha ucciso Sempronio per vendicarsi del fatto che questi lo aveva legato, imbavagliato e aveva ucciso la figlia davanti ai suoi occhi. Lasciamo che Tizio individui un paio di analogie rilevanti, altri casi che sono espressione del medesimo o dei medesimi principi.

Ha senso chiamare questo procedimento, questo mutuo aggiustamento tra intuizioni morali concrete e principi di carattere più generale, 'equilibrio riflessivo'? Secondo me no, perché qualunque ragionamento analogico, che sia minimamente argomentato, potrebbe essere chiamato 'equilibrio riflessivo'. Al contrario una delle idee di fondo che hanno animato il mio lavoro è stata quella di dare al metodo dell'equilibrio riflessivo un'identità forte, che lo caratterizzasse e lo rendesse riconoscibile, mantenendo, tuttavia, piena coerenza con i caratteri fondamentali individuati originariamente da Rawls⁴⁰.

⁴⁰ Rawls intende l'equilibrio riflessivo ampliato come il risultato di un processo globale di reciproco adattamento tra giudizi particolari, principi morali e teorie di sfondo, cioè teorie che delineano una concezione, normativa, della persona, teorie globali della società, teorie epistemologiche, teorie sullo sviluppo morale, ecc... Tali concezioni di sfondo, segnatamente le concezioni relative alla persona e al ruolo della morale, non devono essere una mera riformulazione dei giudizi ponderati, ma devono costituire un insieme di teorie parzialmente alternative che, come un pungolo, spingano il soggetto a rivedere il fondamento dei principi di giustizia inizialmente condivisi. In tal senso il metodo dell'equilibrio ampliato è una procedura che, una volta compiuta, può dar luogo ad una revisione radicale di un ampio numero di giudizi ponderati, o di principi, inizialmente rite-

In tal senso ho ritenuto opportuno, da un lato, ancorare la nozione di equilibrio riflessivo ad una particolare teoria della giustificazione pratica, una teoria moderatamente relativista, secondo la quale le asserzioni normative devono essere ‘razionalmente giustificate’ o ‘oggettivamente fondate’. Dall’altro lato, onde evitare che il metodo dell’equilibrio riflessivo si confondesse con la famiglia delle teorie della giustificazione pratica moderatamente relativiste, ho ritenuto opportuno che questi rappresentasse soltanto *una* di queste concezioni.

Per queste ragioni ho definito l’equilibrio riflessivo ‘wide’ o ampliato come un metodo attraverso il quale un individuo costruisce un sistema di regole, principi e teorie di sfondo mutuamente coerente, completo e giustificato in modo ottimale o perfetto, un sistema, cioè, che costituisce il risultato di una procedura argomentativa razionale che ha luogo in condizioni ottimali o in condizioni ideali. Una versione *incompleta o imperfetta* dell’equilibrio riflessivo ampliato potrebbe essere quella di un metodo attraverso il quale un individuo ricostruisce l’insieme delle regole, dei principi e delle teorie di sfondo rilevanti al fine della risoluzione di una determinata questione pratica - ad esempio se Tizio, gravemente malato, abbia il diritto di suicidarsi - di modo che l’insieme dei principi e delle teorie di sfondo così elaborati siano l’esito di una procedura argomentativa razionale condotta in condizioni ideali od ottimali⁴¹.

Fin qui ho tracciato la definizione da me offerta della nozione di equilibrio riflessivo ampliato, in merito alla quale assumono un’importanza cruciale le nozioni di ‘razionalità ideale’ e di ‘discorso razionale condotto in condizioni ideali o ottimali’, contrapposte a quella di ‘razionalità limitata’ o ‘contestuale’. E tuttavia non ho ancora detto nulla in merito al ruolo che l’equilibrio riflessivo ampliato può svolgere nel ragionamento giudiziale.

Nell’ambito del ragionamento giudiziale, l’uso di un criterio di giustificazione esigente come quello dell’equilibrio riflessivo ampliato, anche nella sua versione imperfetta, imporrebbe, innanzitutto, che la giustificazione esterna della norma che costituisce la premessa maggiore del sillogismo giudiziale si estenda attraverso tutti i livelli di cui è composto lo schema della giustificazione giudiziale da me delineato nel paragrafo precedente. In altri termini, la ‘giustificazione esterna’ dovrebbe comprendere un insieme di ragioni (ultime) che possano giustificare una concezione del diritto (una dottrina, per esempio, che determini quale autorità, e attraverso quale procedura, è competente a emanare norme valide), che, a sua volta, giustifichi l’adozione

nuti giustificati. Vedi i primi cinque capitoli di N. Daniels, *Justice and Justification. Reflective Equilibrium in Theory and Practice*, Cambridge University Press, 1996 e J. Rawls, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, 1971, § 4 e 9.

⁴¹ Nella tesi di dottorato elaboro anche un’altra nozione, quella di ‘equilibrio riflessivo ristretto’, chiedendomi se tale metodo di giustificazione pratica possa rappresentare un modello adeguato, dal punto di vista descrittivo o normativo, della giustificazione giudiziale. Non posso, tuttavia, in questo breve saggio, soffermarmi su tale questione. In merito vedi, soprattutto, il § 4 del Cap. II della Prima Parte, il § 1 del Cap. II della Seconda Parte e le Conclusioni della tesi di dottorato, nonché, in chiave critica, V. Velluzzi, *Quale ruolo per l’equilibrio riflessivo nel ragionamento giudiziale? Commento a Maniaci*, e G. Maniaci, *Alla ricerca dell’equilibrio riflessivo perduto. Paradossi e indeterminatezza di una nozione controversa (e di un’argomentazione velluzziana)*, entrambi pubblicati in questo fascicolo.

di un determinato principio metodologico dell'interpretazione, cioè una norma che prescrive una gerarchia tra i differenti argomenti dell'interpretazione.

Qualora, com'è presumibile, il giudice adottasse un principio metodologico che prescriva l'uso, in via principale o subordinata, (di una versione) del metodo sistematico⁴², l'equilibrio riflessivo ampliato, ad esempio nella sua versione imperfetta, imporrebbe che la giustificazione (esterna) contenga un'interpretazione dei principi (impliciti ed espliciti) del diritto rilevanti al fine di risolvere il caso in oggetto. Last, but not least, il raggiungimento di un equilibrio ampliato (sempre nella versione imperfetta) prescriverebbe, ancora, che l'argomentazione del giudice analizzi gli insiemi di ragioni ultime, le concezioni del diritto, le dottrine dell'interpretazione e le interpretazioni dei (e/o le gerarchie assiologiche tra i) principi appartenenti al sistema giuridico rilevanti al fine di risolvere il caso in oggetto e alternative a quella adottata dal giudice, rispondendo punto per punto ad ogni obiezione e critica addotta o adducibile dai sostenitori delle teorie avverse⁴³.

Possiamo muovere un'obiezione piuttosto persuasiva all'adozione dell'equilibrio riflessivo ampliato, anche nella sua versione imperfetta, come modello normativo e/o descrittivo della giustificazione giudiziale. Nessun (essere umano e a fortiori nessun) giudice avrebbe risorse temporali ed economiche sufficienti per elaborare argomentazioni di tale estensione, ragion per cui tale metodo di giustifica-

⁴² Sulla base della tipologia (o versione) di argomento sistematico qui accolta la norma che costituisce la premessa maggiore del sillogismo giudiziale deve essere coerente con i principi del diritto del sistema giuridico di riferimento. Mi riferisco, ovviamente, all'argomento della conformità ai principi del diritto, uno dei tanti e differenti argomenti dell'interpretazione comunemente ricondotti al metodo sistematico. Vi sono, infatti, differenti argomenti tradizionalmente sussunti all'interno della locuzione 'metodo sistematico' o 'interpretazione sistematica'. Ad esempio l'*argomento della costanza terminologica* (col quale viene attribuito ad un termine contenuto in un enunciato legislativo lo stesso significato che il medesimo termine assume in altri enunciati contenuti in altri documenti legislativi relativi alla stessa branca del diritto o perfino in tutti i documenti di un determinato sistema giuridico) ovvero l'*argomento topografico* o della 'sedes materiae' (con il quale viene attribuito agli enunciati legislativi un significato adeguato alla loro collocazione all'interno dei capi e delle sezioni di un codice o di altro documento legislativo) oppure l'*argomento della coerenza del dettato legislativo* (con il quale ad un certo enunciato *non viene* attribuito un determinato significato in cui esso esprime una norma incompatibile con le altre disposizioni del medesimo documento normativo). Altri due argomenti, infine, tradizionalmente ricondotti all'interno della locuzione 'metodo sistematico' sono l'*argomento sistematico-concettuale* con il quale ad un enunciato legislativo viene attribuito un significato conforme al sistema dei concetti e delle categorie elaborate dalla dogmatica e l'*argomento della conformità ai principi del diritto*. Va da sé che la definizione (versione) qui accolta, che seleziona un determinato uso del sintagma 'metodo sistematico' tra quelli esistenti, è semplicemente funzionale al discorso sviluppato in questo lavoro e non pretende di essere la definizione esplicativa *in assoluto* più feconda. Su tali problematiche vedi E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit., pag. 311; R. Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, cit., pag. 378 e ssgg.; V. Velluzzi, *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, Giappichelli, Torino, 2002 e il § 1 del Cap. II della Seconda Parte della tesi di dottorato, pubblicata in questo fascicolo.

⁴³ Nella versione 'perfetta' dell'equilibrio ampliato tale processo culminerebbe, invece, con la costruzione di un sistema (giuridico) di regole, principi e valori completo e giustificato in modo ottimale o perfetto, sistema, cioè, che costituisce il risultato di una procedura argomentativa razionale che ha luogo in condizioni ottimali o in condizioni ideali e che dà una risposta a tutti i casi che, dato un insieme di assunzioni teoriche ed empiriche condivise dalla comunità scientifica di riferimento, siano conosciuti o ragionevolmente conoscibili.

zione risulta del tutto irragionevole come modello normativo dell'argomentazione giudiziale e inadeguato come modello descrittivo delle pratiche argomentative esistenti presso la giurisprudenza, anche delle Corti Supreme, degli Stati Costituzionali occidentali⁴⁴.

Se un criterio di giustificazione come quello dell'equilibrio ampliato risulta 'praticabile' solo in condizioni economiche e temporali ideali o ottimali, ciò non vuol dire che esso sia inutile. Tale modello ci mostra ciò che è implicito o presupposto nel ragionamento giudiziale (e giuridico). Il fatto che una persona (e dunque un giudice) possa rendere esplicito, in condizioni temporali ed economiche limitate, solo parte dell'insieme, della totalità, delle ragioni che giustificano, o possono giustificare, le proprie deliberazioni, non vuol dire che ciò che rimane implicito non esista o non sia importante. L'equilibrio riflessivo ampliato (come ogni modello ideale) ci mostra che ogni giustificazione razionale giudiziale è parte di una totalità, di un mosaico. Ed anche se il giudice può vedere e costruire soltanto *un pezzo* del mosaico alla volta, non significa che il mosaico non esista o che ciò che il giudice sta facendo non possa o non debba essere definito parte del mosaico.

Fin adesso ho approfondito (e risposto a) due delle tre questioni fondamentali di cui mi sono occupato nella tesi di dottorato, cioè offrire una (ri)definizione della nozione di equilibrio riflessivo e determinare il ruolo che esso può, o deve, svolgere nel ragionamento giudiziale. Come ho sostenuto nell'introduzione, nella tesi di dottorato ho approfondito anche una terza questione, strettamente connessa alle precedenti, giungendo alla conclusione secondo la quale una giustificazione razionale delle decisioni giudiziali è possibile solo in presenza di determinate condizioni. In presenza di risorse temporali ed economiche limitate, infatti, le attuali comunità di giudici (e giuristi) possono, e devono, elaborare giustificazioni razionali se, e solo se, la maggior parte dei giudici (e giuristi) condividono un insieme di assunzioni teoriche e normative⁴⁵. Ad esempio, *alcune* assunzioni in merito ai criteri, formali e materiali, di validità delle disposizioni giuridiche, nonché

⁴⁴ Attribuisce il medesimo ruolo all'equilibrio riflessivo ampliato nel ragionamento giudiziale C. Sunstein, *Commentary on Analogical Reasoning*, "Harvard Law Review", 1993.

⁴⁵ Tale conclusione è condivisa da molti autori, per esempio, da Aulis Aarnio, Robert Alexy, Aleksander Peczenik, Cass Sunstein, anche se sulla base di ragioni parzialmente differenti. Vedi A. Aarnio, *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Reidel Publishing Company, Dordrecht, 1987, pag. 210 e ssgg.; C. Sunstein, *Commentary on Analogical Reasoning*, cit.; C. Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford University Press, Oxford, 1996, Cap. II e III (che parla di "incompletely theorized judgements"); A. Peczenik, *On Law and Reason*, Kluwer Academic Publishers, 1989. Per esempio Robert Alexy e Aleksander Peczenik elaborano la nozione di 'strong support' a questo scopo. "The conception of strong support thus matches the fact there are statements, as for instance norm-statements in legal reasoning which play a special role in justification in a given context". In altri termini, in ogni teoria o struttura giustificativa (sia di carattere descrittivo che normativo) ci sono assunzioni che sono considerate più importanti o certe di altre: tale fenomeno spiega perché una teoria sia organizzata su livelli differenti. "By the way, this is confirmed by the practice of judicial reasoning. For example, when sentencing Charlie for a petty larceny it would be manifestly absurd for a judge to embark on a philosophical discussion of the validity of the penal provision applied, the problem of legal validity in general, the ultimate justification of practical reasoning and so on". Vedi R. Alexy e A. Peczenik, *The Concept of Coherence and Its Significance for Discursive Rationality*, "Ratio Juris", vol. 3, N° 1 bis March, 1990, pagg. 135-137.

alcune proprietà che un principio metodologico dell'interpretazione dovrebbe avere. Tali assunzioni teoriche e normative sarebbero, nella maggior parte dei casi, assunte come certe, cioè resterebbero implicite nell'argomentazione giudiziale, ovvero, se rese esplicite, non sarebbero ulteriormente giustificate⁴⁶. Un'argomentazione giudiziale razionale non dovrebbe coinvolgere, nella maggior parte dei casi, tutti i livelli giustificativi (concezione del diritto, principio metodologico, ecc...) previsti dall'equilibrio riflessivo ampliato e non dovrebbe tenere conto e rispondere a tutte le obiezioni addotte, o che possono essere addotte, ad ogni livello dell'equilibrio ampliato⁴⁷ (ad esempio contro le dottrine dell'interpretazione scelte e/o giustificate dagli altri giudici).

E tuttavia, sebbene sia convinto che la giustificazione esterna della premessa maggiore del sillogismo giudiziale debba essere 'razionalmente giustificata', la mia definizione di 'discorso razionale condotto in condizioni limitate' è piuttosto vaga. Poiché se non è possibile fornire una definizione di 'discorso intersoggettivo razionale che si svolge in *condizioni limitate*' indipendentemente dal contesto discorsivo in cui esso si svolge, allora non possiamo stabilire quando un'argomentazione giudiziale offre una replica ad un numero *sufficiente* di critiche ed obiezioni senza determinare all'interno di *quale tipo di argomentazione giudiziale* tali obiezioni, cui il giudice deve rispondere, sono, o possono essere, sollevate.

In altri termini perché la nozione di 'discorso intersoggettivo razionale condotto in condizioni limitate' possa funzionare, cioè perché possa tradursi nell'imposizione di obblighi argomentativi sufficientemente determinati, sarebbe necessario elaborare un modello che faccia corrispondere, in modo approssimativo s'intende, ad ogni tipologia argomentativa giudiziale un insieme di obiezioni e critiche cui il giudice deve rispondere.

⁴⁶ Vi è, ovviamente, un'altra ragione che spiega perché i giudici ordinari (ma non sempre le Corti costituzionali), in genere, non discutono razionalmente tutti i livelli di una giustificazione come l'equilibrio ampliato, in particolare i livelli concernenti una teoria del diritto valido e l'insieme delle ragioni (ultime) che possono giustificare quest'ultima. Si tratta di una ragione di carattere ideologico. I giudici hanno l'obbligo di applicare il diritto in quanto membri di un'istituzione giuridica. Se i giudici potessero sempre discutere razionalmente quale teoria etico-politica possa giustificare il loro obbligo di applicare il diritto, ciò significherebbe che essi possono decidere se, e quando, è giusto o sbagliato applicare il diritto medesimo. Vedi E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit., pagg. 532 e ssgg.

⁴⁷ Enrico Diciotti non condivide tale conclusione. L'autore elabora, infatti, una nozione di 'giustificazione giudiziale razionale' troppo forte, secondo la quale una 'giustificazione razionale giudiziale' ha necessariamente un certo grado di estensione. Per esempio una giustificazione giudiziale razionale deve contenere ed espressamente discutere tutte le obiezioni relative all'adozione di un determinato principio metodologico dell'interpretazione. In aggiunta, Diciotti si mostra piuttosto scettico anche in relazione all'esistenza delle condizioni ideologiche ed empiriche che consentano ai giudici di impegnarsi in un discorso intersoggettivo razionale per risolvere questioni giuridiche, nel senso che, secondo Diciotti, negli attuali ordinamenti giuridici occidentali non vi sarebbe un insieme di assunzioni teoriche, empiriche e normative condivise da una larga maggioranza di giudici e giuristi e, dunque, prescrivere ai giudici tale fatica 'improba' sarebbe irragionevole. Vedi E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit., pag. 532 e ssgg. Per un approfondimento di tale questione (ed una critica alle tesi di Diciotti) mi permetto di rinviare a G. Maniaci, *I giudici tra interpretazione della legge e discorso razionale*, "Nuovi Studi Politici", XXXI, n° 2, Aprile-Giugno 2001.

Ora sebbene non possa, in questa sede, neppure abbozzare una teoria generale dell'argomentazione giudiziale razionale che determini, anche in modo approssimativo, quale estensione o complessità ogni tipologia di argomentazione giudiziale debba avere, abbiamo già visto alcuni criteri ragionevoli in base ai quali un tale modello potrebbe essere elaborato. *Cinque* in particolare. Innanzitutto (*a*) è necessario operare un calcolo (approssimativo) del quantum di risorse temporali ed economiche che un giudice, con competenze standard o ordinarie, impiegherebbe al fine di elaborare un'argomentazione di una complessità z ⁴⁸. In secondo luogo (*b*) è importante tenere conto del grado di accettabilità della tesi normativa avanzata dal giudice (cioè quanto questa è considerata convincente all'interno della comunità degli altri giudici e giuristi). Più una tesi è soggetta a critiche e obiezioni, più deve essere giustificata.

Il terzo criterio (implicito nel precedente) vuole (*c*) che i giudici tengano conto, a causa delle limitazioni economiche e temporali, prevalentemente, se non esclusivamente, delle critiche e delle obiezioni considerate ragionevoli o accettabili all'interno della concezione del mondo condivisa dalla propria comunità giuridica⁴⁹. Il quarto criterio (*d*) riguarda il *grado di novità* degli argomenti avanzati. Ogni singola argomentazione, ad esempio di una Corte Suprema, dovrebbe essere considerata parte di un continuum, di una catena di argomentazioni che unifica la maggior parte delle deliberazioni giudiziali precedenti. La motivazione con la quale una Corte Suprema sostiene (e offre ragioni in favore di) un importante *revirement* della propria giurisprudenza deve essere molto più argomentata della motivazione con la quale la medesima Suprema Corte conferma un indirizzo giurisprudenziale consolidato da vent'anni, e già razionalmente giustificato in altre decisioni precedenti, alle cui argomentazioni la Corte rinvia.

Il quinto criterio (*e*) riguarda il *grado di importanza* della deliberazione in oggetto. Ad esempio, mentre potrebbe essere considerata (sufficientemente) raziona-

⁴⁸ Calcolare, in modo approssimativo, l'ammontare di risorse temporali ed economiche necessarie per elaborare un'argomentazione giudiziale che abbia un grado di razionalità sufficiente è molto importante, perché non possiamo obbligare i giudici ad elaborare giustificazioni giudiziali razionali, se non hanno le risorse sufficienti. In altre parole, come dice Taruffo, non possiamo aspettarci che giudici oberati da migliaia di cause e afflitti da centinaia di sentenze da pronunciare elaborino giustificazioni razionali. Non dobbiamo soltanto pretendere che i giudici argomentino razionalmente, ma dobbiamo anche dare loro le risorse economiche e temporali per farlo. Vedi M. Taruffo, *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione Civile*, Il Mulino, Bologna, 1991, p. 100. Parfrasando il titolo di un bel libro americano (S. Holmes e C. Sunstein, *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, Il Mulino, Bologna, 2000, trad. it. di E. Caglieri, a cura di C. Fusaro; *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, W.W. Norton, New York, 1999), la teoria qui accolta spiega perché la razionalità (dell'argomentazione giudiziale) dipende (anche) dalle tasse.

⁴⁹ Una concezione del mondo che si presume la maggior parte di coloro che appartengono al mondo occidentale considera del tutto irragionevole e inaccettabile è quella condivisa da alcune minoranze etniche che (qualche volta) vivono negli Stati occidentali. Pensiamo, ad esempio, alla tribù dei Dogons e ad alcuni rituali praticati da tale minoranza, ad esempio la clitoridectomia. Intorno ai miti elaborati dai Dogons al fine di giustificare tale pratica e in merito alle teorie economiche, psico-sociologiche e psicoanalitiche elaborate dagli interpreti occidentali al fine di spiegare l'origine e lo scopo di tale pratica vedi M. Erlich, *La femme blessé*, L'Harmattan, 1986; N. Rouland, *Aux confins du droit*, Editions Odile Jacob, Paris, 1991 e i bellissimi saggi pubblicati in "Droit et Cultures", 20, 1990.

le l'argomentazione di un tribunale di prima istanza che tenga conto soltanto delle critiche e delle obiezioni avanzate dalle parti o dalla maggioranza degli altri giudici contro una determinata interpretazione dei principi del diritto applicabili al caso concreto. Al contrario, potrebbe essere considerata (razionalmente) *insufficiente* la motivazione della sentenza di una Suprema Corte, o di una Corte Costituzionale, che non offre una risposta soddisfacente alle critiche e alle obiezioni (ragionevoli) avanzate dai giuristi e dai teorici del diritto in merito ad una questione *nuova e altamente controversa*. Ad esempio, l'interpretazione di un diritto fondamentale sancito dalla Costituzione o un revirement della precedente giurisprudenza relativa al principio metodologico dell'interpretazione che i giudici devono o dovrebbero seguire.