

GIOVANNI SARTOR

*Sillogismo e defeasibility. Un commento su Rhetoric and the Rule of Law di Neil MacCormick**

1. Introduzione – 2. Sillogismo e retorica – 3. Le critiche di Perelman al sillogismo giuridico – 4. Logica come strumento strutturante – 5. Logica e particolarismo – 6. Costruzione di teorie – 7. Logica e defettibilità – 8. Defettibilità ontica – 9. Defettibilità cognitiva – 10. Defettibilità procedurale – 11. Conclusioni

1. Introduzione

Nel libro *Rhetoric and the Rule of Law*^{**}, Neil MacCormick offre una ricostruzione del ragionamento giuridico che concilia in modo ammirevole aspetti differenti del ragionamento giuridico, aspetti spesso presentati come espressione di approcci ideologici o teorici incompatibili. Questo è vero per la principale opposizione discussa nel libro, quella tra lo stato di diritto (*rule of law*) e il carattere argomentativo del diritto, e anche per una seconda opposizione, che integra e spiega la prima, quella tra logica e retorica.

Il libro affronta molte questioni importanti di teoria e dottrina giuridica (dai valori giuridici all'idea di ragionevolezza, alla nozione di *ratio decidendi*), combinando la discussione di temi filosofico-giuridici con analisi precise di casi giudiziari. Mi occuperò di una sola di tali questioni: il ruolo della logica nel ragionamento giuridico, e in particolare la connessione tra logica e defettibilità.

2. Sillogismo e retorica

La tesi principale del libro è che è possibile rendere compatibile il

* *Syllogism and Defeasibility: A Comment on Neil MacCormick's Rhetoric and the Rule of Law* [con il sostegno dei progetti europei ONE-LEX (Marie Curie Chair) e ESTRELLA (IST-2004-027665)]. Traduzione di Giorgio Pino.

** N. MACCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*, Oxford University Press, Oxford, 2005 (dove non diversamente indicato, i riferimenti nel testo saranno a questo libro).

carattere argomentativo delle decisioni giuridiche con i valori dello stato di diritto. Realizzare tale compatibilità è compito della retorica, considerata come teoria dell'argomentazione razionale non-deduttiva – una teoria su come derivare conclusioni non-deduttive ma tuttavia razionalmente garantite (la retorica riguarda la persuasione razionale, più che la persuasione effettiva). Dopo aver esposto questa idea della retorica nel primo capitolo del libro (con riferimenti a vari approcci, come la topica di Viehweg, la nuova retorica di Perelman, l'idea di argomento in Toulmin, la teoria procedurale dell'argomentazione giuridica di Alexy, e il modello della giustificazione morale di Scanlon), MacCormick elabora una ricostruzione del ruolo della deduzione (sillogismo) nel ragionamento giuridico che sviluppa e amplia le tesi espresse circa 30 anni fa in *Legal Reasoning and Legal Theory* (MacCormick 1978), un libro che ha rappresentato uno dei principali punti di riferimento nel dibattito teorico-giuridico.

Secondo MacCormick il ruolo della deduzione nel ragionamento giuridico è legato all'idea di regola. Una regola giuridica è descritta come un condizionale che collega una conseguenza normativa ad un insieme di fatti operativi: qualunque occorrenza dei fatti operativi previsti dalla regola determina un'occorrenza corrispondente della conseguenza normativa della regola (pp. 42-43), vale a dire, ogniqualevolta si verificano i fatti operativi, si produce l'effetto conseguente. Questa concezione delle regole giuridiche ci porta all'idea del sillogismo normativo: data una regola, e data un'occorrenza dei suoi fatti operativi (la credenza o l'affermazione che tale occorrenza ha avuto luogo), si può derivare la conseguenza normativa della regola. L'idea del sillogismo è collegata al valore dello stato di diritto: lo stato di diritto è garantito solo se possiamo configurare il ragionamento giuridico nella forma di una combinazione di sillogismi basati su regole: «al cuore dell'idea liberale di un governo libero e al cuore della distinzione tra governo libero e dispotico c'è l'idea che tutto ciò che i governi fanno nei confronti dei cittadini deve essere giustificabile in base ad una regola».

3. *Le critiche di Perelman al sillogismo giuridico*

Dopo aver caratterizzato in questi termini l'importanza del ragionamento basato su regole nel diritto, MacCormick deve affrontare la solita critica agli approcci sillogistici al diritto: l'idea che l'inferenza sillogistica, pur possibile, e anzi incontrovertibile, ha scarsa importanza per il ragionamento giuridico. Questa era la tesi fondamentale di Chaïm Perelman, il quale non metteva in dubbio la possibilità di applicare la logica a norme giuridiche, ma piuttosto metteva in dubbio l'importanza delle inferenze così derivate:

«niente si oppone a che il ragionamento giudiziario venga presentato, in definitiva, sotto forma di sillogismo, ma tale forma non garantisce affatto il valore della conclusione. Se questa è socialmente inaccettabile, ciò significa che le premesse sono state accolte con troppa leggerezza: ora, non va dimenticato che l'intero dibattito giudiziario e l'intera logica giuridica riguardano solo la scelta delle premesse che dovranno essere quelle meglio motivate e tali da sollevare il minimo di obiezioni.

Spetta alla logica formale rendere la conclusione solidale con le premesse, ma spetta alla logica giuridica mostrare l'accettabilità delle premesse. Essa risulta dal confronto dei mezzi di prova, degli argomenti e dei valori che si contrappongono nella lite; il giudice deve arbitrare tra essi per prendere la propria decisione e motivare il giudizio». (PERELMAN 1979, p. 263)

MacCormick in realtà riconosce che il sillogismo giudiziario non risolve i problemi relativi all'applicazione del diritto: è la retorica, sostiene, anziché la logica ad offrire i dati su cui applicare il sillogismo – ossia, ad indicare e giustificare i fatti e le regole a cui il sillogismo deve essere applicato.

Così, la distinzione tra logica e retorica sembra combaciare, nell'ottica di MacCormick, con la tradizionale distinzione tra giustificazione *interna* ed *esterna* delle conclusioni (decisioni) giudiziarie, dove la giustificazione interna consiste nel derivare una conclusione giuridica da regole giuridiche generali e corrispondenti proposizioni fattuali particolari (in base al modello sillogistico), e la giustificazione esterna consiste nel supportare attraverso argomenti non-logici (retorici) l'individuazione di quelle regole e proposizioni fattuali. Come ho avuto modo di osservare (SARTOR 2005, cap. 14), questa idea tende a ridimensionare il ruolo della logica nel ragionamento giuridico. Non dovremmo sottovalutare le complessità che possono essere insite nel sillogismo giuridico (in certe aree del diritto, come il diritto tributario, potremmo aver bisogno di costruire una catena di molteplici sillogismi per pervenire ad una conclusione specifica), ma indubbiamente tutte le questioni interessanti e controverse sembrano competere alla giustificazione esterna. Pertanto, l'assunto che giustificazione interna ed esterna trovino rispettivamente nella logica e nella retorica i loro esclusivi strumenti intellettuali ci porterebbe a concludere che tutte le questioni interessanti stanno al di fuori del dominio della logica, e appartengono all'impero della retorica (come vorrebbe Perelman).

Contro l'assimilazione della dicotomia tra giustificazione interna ed esterna alla dicotomia tra ragionamento logico e retorico, si deve osservare che la logica ha un campo di applicazione più ampio rispetto alla mera giustificazione interna, e inoltre che logica e retorica non riescono a coprire tutti gli aspetti della giustificazione giuridica se la logica è intesa in senso stretto, vale a dire ad includere il solo ragionamento deduttivo.

In realtà la logica, se ricorrono le condizioni, si applica anche alla giustificazione di proposizioni fattuali concrete, e anche alla giustificazione di norme (ciò, banalmente, accade quando argomentiamo che una certa regola è valida perché emanata in un certo modo da un'autorità che ha il potere di emanare norme in quel modo, o quando argomentiamo che una certa ricostruzione dei fatti di un caso è logicamente coerente). Il ragionamento logico non può sostituire l'intuizione frutto dell'esperienza, né può coprire l'intero campo dell'argomentazione plausibile, ma può effettivamente trovare applicazione sia in argomentazioni relative alla giustificazione di norme sia in argomentazioni sulla prova dei fatti.

Riguardo all'eshaustività della combinazione tra logica e retorica, dobbiamo chiederci come intendiamo la nozione di logica, ossia dove tracciamo i confini di questa disciplina: la logica coincide con il solo ragionamento deduttivo, o include anche modelli formali di altri tipi di ragionamento (ragionamento induttivo, ragionamento *defeasible*, calcolo delle probabilità, teoria della decisione, teoria dei giochi, e così via)? Sembra piuttosto strano situare tutti questi approcci formali al ragionamento e alla soluzione di problemi nel dominio della retorica (a meno di intendere quest'ultima in modo alquanto ampio), e sarebbe arbitrario sostenere che il giurista non dovrebbe fare uso di questi strumenti formali nell'affrontare questioni giuridiche. In molti contesti, tali metodi saranno inutili o irrilevanti (ad esempio quando non disponiamo dei dati necessari per la loro applicazione), ma in altri contesti sono invece sia applicabili che utili. Solo usando la nozione di logica in senso molto ampio (a coprire tutti i metodi formali di giustificazione razionale), possiamo concepirla come inclusiva di tutte le aree del ragionamento giuridico che la retorica non riesce a catturare. Tuttavia, se intendiamo la nozione di logica in senso ampio (in modo da coprire, ad esempio, la logica defettibile usata nelle applicazioni giuridiche dell'intelligenza artificiale, i metodi statistici usati nelle analisi del DNA, o le applicazioni della teoria dei giochi o della teoria della probabilità nell'analisi economica del diritto), dobbiamo riconoscere che la logica ha in ambito giuridico applicazioni molto più ampie rispetto al sillogismo giudiziario.

4. *Logica come strumento strutturante*

Anche se l'attenzione di MacCormick sul sillogismo può rivelare una concezione troppo limitata del ruolo della logica (o di metodi formali) nel ragionamento giuridico, la sua ricostruzione del sillogismo giudiziario ha il merito di enfatizzare un'importante funzione del ruolo della logica nel diritto: il sillogismo dà una struttura al ragionamento giuridico, e in particolare determina l'oggetto del pensiero retorico. Più precisamente:

«se si assume che il sillogismo giudiziario rivela la struttura di qualsiasi ragionamento giuridico che riguarda l'applicazione del diritto, allora ci sarà un ambito limitato di problemi la cui soluzione richiede in linea di principio un ragionamento non-deduttivo, ossia retorico o persuasivo» (p. 43).

MacCormick elenca quattro possibili problemi che richiedono una soluzione retorica: il problema della prova (stabilire se i fatti allegati hanno avuto luogo), il problema della classificazione o qualificazione (stabilire se i fatti allegati sono un'istanza dei fatti operativi presenti in una regola), il problema dell'interpretazione (stabilire la lettura corretta di una regola testuale individuata), il problema della rilevanza (stabilire se c'è una regola che riguarda i fatti allegati).

Dunque la replica di MacCormick all'affermazione di Perelman che la logica, anche se legittima, non è importante sembra essere l'idea che il sillogismo gioca un ruolo importante nel ragionamento giuridico anche se non offre una soluzione a questioni giuridiche controverse: ruolo che consiste nel fornire una struttura al discorso giuridico, e in tal modo nel precisare quali problemi l'indagine giuridica debba affrontare.. L'importante idea che la logica ha la funzione di strutturare il discorso del giurista idea può essere integrata con l'indicazione che la logica, intesa in modo sufficientemente ampio, ha un contenuto e un ambito di applicazione molto più ampi rispetto alla giustificazione interna del sillogismo. Un modo per sviluppare l'analisi di MacCormick, che mi pare consistente con la struttura generale da lui elaborata, consiste nel considerare la retorica non come alternativa alla logica, ma piuttosto come la fonte di una serie di schemi di ragionamento (e di strategie per il loro uso), schemi che possono contenere, tra i loro ingredienti, modelli logici e formali (si veda ad es. WALTON 2005).

5. *Logica e particolarismo*

Dobbiamo esaminare una seconda obiezione di Perelman al sillogismo giudiziario: l'idea che un modello logico di ragionamento giuridico è collegato ad una certa gerarchia di valori, che privilegia la certezza rispetto all'equità, o più generalmente ad una certa preferenza psicologica e metodologica in favore di un approccio alla soluzione dei problemi basato su soluzioni elaborate in anticipo, rispetto ad un approccio che elabora soluzioni in base alle circostanze in cui i problemi si presentano. Questo è il modo in cui Perelman contrappone un approccio logico ad uno pratico alla soluzione di problemi:

«il primo atteggiamento, che si potrebbe chiamare *logico*, è quello per cui ci si preoccupa, prima di tutto, di risolvere tutte le difficoltà e tutti i problemi che possono presentarsi nelle situazioni più diverse che ci si sforza di immaginare,

in seguito all'applicazione di regole, di leggi e di norme alle quali si concede la propria adesione. È questo normalmente l'atteggiamento dello scienziato, che si sforza di formulare le leggi, che secondo lui governano il campo che egli studia, e che egli vorrebbe potessero rendere conto di tutti i fenomeni capaci di prodursi in esso. È pure l'atteggiamento normale di chi elabora una dottrina giuridica o etica e si propone di risolvere, se non tutti i casi di applicazione, per lo meno il maggior numero di quelli dei quali in pratica ci si potrà dover occupare. Chi, nella condotta della sua vita, imiterà i teorici ai quali abbiamo fatto allusione, sarà considerato uomo logico, nel senso nel quale si dice che i Francesi sono logici e gli Inglesi pratici e realisti. L'atteggiamento logico presuppone che si riesca a chiarire sufficientemente le nozioni che si usano, a precisare abbastanza le regole che si ammettono, perché i problemi pratici possano essere risolti senza difficoltà per mezzo di semplici deduzioni. Ciò implica d'altronde che l'imprevisto è stato eliminato, che l'avvenire è stato dominato, che tutti i problemi sono divenuti solubili tecnicamente.

A questo atteggiamento si oppone quello dell'uomo *pratico*, il quale risolve i problemi soltanto di mano in mano che essi si presentano, ripensa le sue nozioni e le sue regole in funzione delle situazioni reali e delle decisioni indispensabili alla sua azione. Sarà questo, contrariamente a quello dei teorici, l'atteggiamento degli uomini della pratica, i quali non desiderano impegnarsi più del necessario, e vogliono lasciarsi il più a lungo possibile tutta la libertà di azione che le circostanze concedono loro, desiderando potersi adattare all'imprevisto e all'esperienza futura. È normalmente l'atteggiamento del giudice il quale, sapendo che ognuna delle sue decisioni costituisce un precedente, cerca di limitarne il più possibile la portata, di enunciarle senza superare nelle sue motivazioni quanto è necessario dire per dare fondamento alla decisione, senza estendere le sue formule interpretative a situazioni la cui complessità potrebbe sfuggirgli» (PERELMAN, OLBRECHTS-TYTECA 1969, pp. 207-208).

Questo argomento è affrontato da MacCormick nel cap. 5, intitolato «Universals and Particulars». Non posso qui riportare i dettagliati e attenti passaggi argomentativi che esemplificano e discutono per un verso l'importanza di un atteggiamento particolarista (la capacità di prendere in considerazione tutte le caratteristiche rilevanti di casi individuali), e per altro verso l'esigenza di una giustificazione universalistica (che si applica a tutti i casi che hanno le stesse caratteristiche rilevanti).

Ci sono, tuttavia, due aspetti del *decision-making* basato su regole su cui dobbiamo soffermarci, per elaborare una risposta completa a Perelman. Il primo aspetto, su cui MacCormick non è, a mio giudizio, sufficientemente dettagliato, riguarda la giustificazione per sviluppare e applicare regole. Il secondo, su cui invece dà una risposta convincente, facendo ricorso all'idea di defettibilità, riguarda l'esigenza di rendere l'accettazione e applicazione di

regole coerente con il fatto che “l’imprevisto” non è “stato eliminato” dal diritto. Affronterò il primo aspetto nel prossimo paragrafo, e il secondo nel successivo.

6. *Costruzione di teorie*

L’uso di regole è certamente collegato alla giustificazione, ma l’esigenza di giustificazione è solo parte della storia: in realtà decisioni giuridiche possono essere giustificate anche senza far ricorso a regole (ad esempio, riferendosi in maniera teleologica ai valori che sarebbero promossi da una certa decisione, o riferendosi in maniera analogica a decisioni precedenti di casi simili), e l’interpretazione-applicazione di regole non ha luogo solo a fini di giustificazione. Pensare in base a regole in ambito giuridico può avvenire anche su basi diverse e ulteriori.

In primo luogo, l’applicazione di regole può contribuire all’efficienza e imparzialità dell’attività decisoria e alla creazione di aspettative congruenti sui loro potenziali destinatari (si veda JORI 1980 e SCHAUER 1991; per una equilibrata discussione dei meriti comparativi di regole e analogie, SUNSTEIN 1996, spec. pp. 244 e ss.).

Inoltre, pensare in base a regole coinvolge anche un aspetto cognitivo: interpretare regole, applicarle in casi concreti, e testarne i risultati può contribuire alla conoscenza pratica, e perfino migliorare la decisione di casi individuali. Con ciò non sto negando l’importanza di valutazioni intuitive e di decisioni caso per caso: piuttosto, intendo evidenziare l’esigenza di realizzare un bilanciamento (un equilibrio riflessivo) tra regole e casi particolari. Questo aspetto del pensiero basato su regole può essere tratteggiato citando Robert Nozick (che usa la parola “principio” in un modo che comprende anche le regole, come sono solitamente intese in teoria del diritto):

«I principi possono guidarci verso decisioni o giudizi corretti in un caso particolare, aiutandoci a mettere alla prova i nostri giudizi e a tenere sotto controllo fattori personali che potrebbero portarci fuori strada. L’errore contro cui i principi ci proteggono, da questo punto di vista, è individuale – il giudizio sbagliato in questo caso – o aggregativo – i giudizi sbagliati in questi casi che sono sbagliati uno alla volta» (NOZICK 1991).

È interessante che Nozick (che attribuisce alla pratica dei principi, oltre ad una utilità teleologica, anche una utilità probatoria ed una simbolica) stabilisce una connessione tra l’uso di regole nel diritto e nella morale da una parte, e le leggi scientifiche dall’altra, una connessione che è osservata anche da Alchourrón (1996, 334), che ha enfatizzato il parallelo tra la concezione deduttiva del diritto (secondo cui il contenuto delle decisioni giuridiche deve

essere la conseguenza conclusiva di un insieme di premesse fattuali e normative preesistenti, dove l'insieme delle premesse normative devono essere generali) e il modello nomologico delle scienze naturali (dove, secondo HEMPEL 1966, i fatti da spiegare, l'*explanandum*, dovrebbero essere conseguenze logiche di un insieme di premesse, l'*explanans*, che contiene leggi generali, insieme a specifici fatti precedenti).

Sebbene MacCormick tratti ampiamente dell'importanza della giustificazione in base a regole generali (e dell'esigenza di prevedibilità che è intrinseca all'ideale dello stato di diritto), la sua enfasi sul particolarismo lo porta probabilmente ad ignorare la funzione cognitiva e strutturante delle regole nel ragionamento giuridico, ossia, ciò che si guadagna articolando la conoscenza giuridica in regole generali (anche se ciò può avvenire, come accade di solito, in connessione con la decisione di casi particolari). Prendere in considerazione questo aspetto metterebbe in evidenza una funzione ulteriore del ragionamento basato su regole, ossia il suo contributo alla decisione razionale di un caso particolare individuale, funzione questa che coesiste con le sue altre funzioni – quella di fornire una giustificazione rivolta al passato e quella di contribuire alla coerenza della soluzione di problemi futuri.

Mi prendo la libertà di menzionare brevemente un mio tentativo di elaborare un modello di ragionamento giuridico che include da una parte la costruzione di teorie (di concezioni astratte del diritto, compresi fattori, regole, e valori, e altresì relazioni di dipendenza e di priorità tra loro) a partire da concrete decisioni e dall'altra parte l'applicazione di tali teorie nell'adozione di decisioni BENCH-CAPON e SARTOR 2003, BENCH-CAPON e SARTOR 2000, cap. 29, HAGE e SARTOR 2003). Da questa prospettiva, la costruzione di teorie e l'uso di teorie sono attività connesse all'interno del processo di mutuo aggiustamento e influenza reciproca tra decisioni particolari-concrete e determinazioni astratte.

Il ragionamento giuridico, se visto in questa prospettiva, ha una forma circolare, che include due movimenti principali, uno ascendente, verso l'astrazione, e uno discendente, verso la concretizzazione, come mostra la figura 1.

Il movimento ascendente inizia dai casi concreti, che possono essere reali (così che i fatti del caso sono associati al corrispondente esito giudiziale) o ipotetici (così che i fatti del caso sono associati all'esito suggerito dal nostro "senso del diritto" o dal nostro "senso del giusto", ossia ciò che i tedeschi chiamano *Rechtsgefühl*).

Dato un caso particolare, accompagnato da un risultato corrispondente, possiamo cercare di estrarre (astrarre) gli aspetti rilevanti del caso, che favoriscono che una certa questione, rilevante per il caso, sia decisa in un certo modo oppure in un altro.

Quando un caso contiene fattori che spingono la decisione di una questione in direzioni diverse (ad esempio, nel diritto della proprietà in-

tellettuale l'originalità dell'opera spinge verso la conclusione che l'opera è protetta dal diritto d'autore, mentre l'importanza dell'opera a fini didattici spinge nella direzione di consentirne l'uso libero), l'esito del caso mostra *a*) che i fattori nel caso che favoriscono la sua decisione sono sufficienti a determinare quella decisione, e *b*) che questi fattori prevalgono sui fattori contrari che erano presenti nel caso.

Così possiamo vedere il nostro caso come governato da una regola. La regola del caso include una combinazione di tutti o alcuni dei fattori che supportano il risultato associato al caso, e stabilisce, per ogni istanza di tale combinazione, un'istanza di tale risultato. Inoltre, assumendo che la decisione del caso è spiegata in base a tale regola, stiamo implicando che questa regola ha un peso maggiore della regola opposta che include tutti i fattori che favoriscono una decisione diversa del nostro caso.

Il fatto che un certo fattore conta in favore di un certo risultato può essere spiegato facendo riferimento ai valori che sarebbero promossi riconoscendo quel fattore (ad esempio, riconoscendo che le opere originali devono essere protette, promuoviamo i valori dell'arte e della creatività, mentre riconoscendo che le opere devono essere disponibili a fini didattici contribuiamo all'istruzione e alla cultura), e dunque può essere considerato come una prova che quei valori sono giuridicamente rilevanti.

Il fatto che una regola prevale su un'altra regola mostra che i valori avanzati da quella regola hanno più peso dei valori promossi dalla regola concorrente.

Il processo ascendente è un processo di costruzione, che può essere supportato da ragioni di vario tipo, in relazione a differenti schemi di ragionamento (differenti "costruttori di teorie", come ho avuto modo di chiamarli). Questo processo di costruzione può attraversare tutti i passaggi che abbiamo indicato, ma può anche prendere scorciatoie, in modo da saltare direttamente da una decisione alle regole che presuppone, o ai valori che promuove.

Il risultato di questo processo ascendente non è determinato in maniera univoca: ciascun passaggio può essere effettuato in modi diversi; ad esempio, un precedente può essere spiegato ricorrendo a differenti regole (*rationales*) che possono essere considerate come istanziazioni di valori diversi. Tuttavia, l'esigenza di coerenza permette di identificare certi percorsi di astrazione come migliori di altri, poiché danno luogo a teorie più coerenti (che spiegano un numero maggiore di casi, prendono in considerazione un numero maggiore di fattori rilevanti, offrono spiegazioni più semplici, possiedono un grado più elevato di interrelazioni, ecc.).

Prendiamo ora in considerazione il movimento discendente, in cui, dati certi valori, identifichiamo i fattori il cui riconoscimento potrebbe promuovere quei valori, quindi passiamo a combinare quei fattori in regole, e, sulla base dell'ordine di priorità tra i valori corrispondenti, assegniamo priorità alle

regole. Possiamo dunque argomentare a favore di una decisione specifica in modi diversi: tramite una derivazione teleologica (ossia, argomentando che una certa particolare decisione promuoverebbe un certo valore) o facendo riferimento a fattori (ossia, argomentando che il caso in questione presenta un numero sufficiente di fattori che supportano un certo risultato, prevalendo sui fattori che spingono in direzione contraria), e infine con l'applicazione sillogistica di una regola (un'applicazione che, direi, è defettibile piuttosto che deduttiva, come mostrerò nel prossimo paragrafo).

In conclusione, mi sembra che il ragionamento giuridico basato su regole assume il suo pieno significato giuridico solo quando è visto nella sua connessione dialettica con l'apprezzamento particolaristico di casi individuali, piuttosto che come un'alternativa ad esso. Lo stesso vale anche per l'apprezzamento intuitivo di casi individuali, la cui importanza è sottolineata da Philip Heck, un esponente rappresentativo dell'antiformalismo della fine del XIX secolo:

«L'intuizione [the *Rechtsgefühl*] può fornire la decisione stessa del caso, ma anche premesse maggiori e giudizi di valore che possono poi condurre alla decisione del caso per mezzo di riflessione normativa. [...] Questa acquisizione intuitiva di risultati giuridici (*intuitive Rechtsgewinnung*) è basata sulla combinazione non consapevole di tutti i pezzi di conoscenza e di tutte le esperienze, non solo con riferimento ai contenuti delle norme, ma anche con riferimento all'estensione, alla direzione, e al significato degli interessi della vita in questione» (HECK 1968, § 16.9, traduzione redazionale).

Tuttavia, la *Rechtsgefühl* non è infallibile: «anche l'intuizione può fare errori e sotto l'influenza della riflessione può essere riconosciuta come fuorviante, così che scompare completamente» (*ibidem*). Pertanto i suoi risultati devono essere controllati attraverso la riflessione frutto dell'esperienza:

«Quanto risulta dalla *Rechtsgefühl* è in larga misura sottoponibile al controllo della riflessione e necessita di tale controllo. Solo una verifica appropriata protegge dagli sbagli e assicura che il diritto sia rispettato» (*ibidem*).

La stessa fallibilità è presente anche, tuttavia, nei tentativi di offrire una spiegazione-giustificazione di una certa decisione individuale in base a regole generali: lo stesso decisore può non essere in grado di apprezzare le reali basi giuridiche della sua decisione (tutti i fattori giuridicamente rilevanti che hanno spinto verso un certo risultato) e può dunque offrire un resoconto parziale o errato di tali basi quando formula la corrispondente *ratio decidendi*.

In conclusione, mi sembra che sia possibile considerare il pensiero universalistico in base a regole e le valutazioni particolaristiche come componenti complementari di un unico processo cognitivo.

7. Logica e defettibilità

Come ho osservato sopra, Perelman critica l'approccio "logico" alla soluzione di problemi perché basato su una assunzione errata: fare ricorso ad un approccio (anticipatorio) basato su regole richiede di assumere che «l'imprevisto è stato eliminato, che l'avvenire è stato dominato, che tutti i problemi sono divenuti solubili tecnicamente». Come possiamo formulare ed applicare regole giuridiche universali (conformemente al modello sillogistico), se possono sempre presentarsi situazioni eccezionali in cui l'applicazione della regola sembra essere iniqua, inappropriata, ingiusta?

Qui la risposta di MacCormick consiste nell'affermare che le regole giuridiche sono universali ma defettibili: l'universalità delle ragioni che esprimono è compatibile con l'idea che in particolari circostanze queste ragioni possono essere contrastate e possibilmente superate.

Il tema della defettibilità è affrontato nuovamente nel capitolo 12 del libro, intitolato "Arguing Defeasibly".

In primo luogo MacCormick associa la defettibilità a specifici atti giuridici (come un contratto o un testamento). Sostiene che tali atti possono essere soggetti a "eventi invalidanti", che possono determinare il loro venir meno.

Quindi considera varie forme di defettibilità. Prima di tutto c'è la *defettibilità espressa*, che si ha quando una disposizione giuridica rende un certo risultato giuridico dipendente dal verificarsi di «qualche eccezione o condizione» (p. 241). La defettibilità espressa, sostiene, non consiste nell'aggiungere condizioni negative alla regola che stabilisce quel risultato, poiché influisce anche sull'onere della prova.

Tuttavia, afferma MacCormick, è più interessante la defettibilità implicita: vi sono situazioni in cui un risultato, pur stabilito in una disposizione giuridica esplicita, non si verifica perché «è scavalcato dal ricorso a qualche condizione non statuita che è considerata essere implicitamente prevalente, dati i principi e/o valori in gioco» (p. 243). MacCormick considera la defettibilità implicita come connessa al modo in cui il diritto è formulato: la formulazione espressa del diritto non prende esplicitamente in considerazione (né può farlo) tutte le possibili eccezioni. Questo sarebbe non solo un compito impossibile per il legislatore: comprometterebbe altresì la chiarezza e precisione del diritto.

Secondo MacCormick la defettibilità è collegata all'onere della prova, e dunque ha un contenuto pragmatico, riguardando ciò che occorre fare

per argomentare con successo un caso giuridico. Tuttavia critica l'idea che la defettibilità riguardi solo la pragmatica dell'applicazione del diritto, vale a dire l'idea che le conclusioni di diritto sono defettibili perché le corti possono contraddire le nostre aspettative. Secondo MacCormick la defettibilità non consiste nel fatto che le corti possono respingere una pretesa di parte, ma piuttosto nel fatto che ci sono «eccezioni giuridicamente giustificabili a condizioni ordinariamente necessarie e presuntivamente sufficienti, eccezioni che devono essere fatte quando la questione è presentata ad una corte».

Non è chiaro tuttavia se MacCormick consideri un risultato normativo esistente o meno, quando quel risultato è soggetto ad una condizione che lo fa venir meno (*defeating condition*) e la condizione si sia verificata, ma un giudice non si è ancora pronunciato in tal senso. Una persona è o no responsabile, quando ha cagionato un danno in uno stato di incapacità, ma un giudice non ha (ancora) stabilito in tal senso? Può o no una persona ricevere per testamento, quando ha ucciso il *de cuius* ma un giudice non si è ancora pronunciato in tal senso? La mia tesi è che una eccezione è effettiva (ha un impatto sulla realtà giuridica, sul diritto come "realtà istituzionale"), anche quando un giudice non la ha ancora stabilita (e anche se la questione dell'esistenza di tale eccezione non sarà mai portata all'attenzione di un giudice). Possono certamente esserci casi in cui ad un giudice è attribuito il potere di cancellare un risultato giuridico (si pensi, ad esempio, ai casi in cui è richiesta una decisione giuridica affinché un contratto sia invalidato, o una decisione amministrativa annullata), ma questo non riguarda le conclusioni giuridiche defettibili in generale. È vero, ad un giudice può essere chiesto di stabilire se si è verificata una circostanza che rende defettibile il risultato giuridico, e solo se la pronuncia del giudice è affermativa egli negherà che il risultato giuridico si possa verificare. Tuttavia questa è una caratteristica generale di ogni fatto giuridicamente rilevante: il giudice considererà un certo fatto come stabilito e deciderà di conseguenza solo se ritiene che il fatto sia stato provato nel procedimento giudiziario, ma questa non è una ragione per concludere che il fatto non esiste e che non ha effetti giuridici a meno che un giudice dichiari che si è verificato.

Come valutazione generale della posizione di MacCormick sulla defettibilità, direi che egli offre in poche pagine una introduzione chiara alle questioni giuridiche più significative che circondano la defettibilità nel diritto, un'introduzione che sarà utile per chiunque intenda affrontare questo tema, e che è specialmente utile per il modo in cui collega le idee generali sul tema alla discussione di casi particolari.

L'aspetto che potrebbe meritare un esame critico è il legame diretto che MacCormick stabilisce tra defettibilità e pragmatica, sia la pragmatica dei testi legislativi (in cui una formulazione defettibile può contribuire alla chiarezza) che la pragmatica della decisione giudiziale (in cui la defettibilità è collegata all'onere della prova).

Credo sia possibile elaborare un resoconto della defettibilità che distingua tre differenti aspetti, che prenderò in considerazione nei prossimi paragrafi: la defettibilità ontica, la defettibilità cognitiva, e la defettibilità procedurale.

8. *Defettibilità ontica*

In primo luogo, la defettibilità ha un aspetto *ontico*, vale a dire un aspetto che è relativo alla natura della morale e del diritto: ci sono fatti (stati di cose o eventi empirici o istituzionali) che sono normalmente sufficienti a determinare certi risultati giuridici o morali, ma che possono essere resi irrilevanti o possono essere superati da altri fatti. Dunque, quando vista dalla prospettiva ontica, la defettibilità non attiene né a conclusioni né a regole, ma piuttosto a fatti, nel senso di aspetti rilevanti della situazione sotto considerazione, e riguarda la loro capacità di costituire qualificazioni ed effetti normativi (giuridici o morali). Ecco si esprime il modo in cui il noto filosofo Ross (1939, 84):

«ogni atto possibile ha molti aspetti che sono rilevanti al fine di giudicarlo giusto o ingiusto; si tratterà del piacere per alcune persone e della sofferenza per altre; si tratterà del mantenere una promessa per qualcuno, al costo di essere una delusione della fiducia per qualcun altro, e così via. Siamo abbastanza incapaci di qualificare nettamente in termini di giusto e ingiusto la totalità di questi aspetti; è solo riconoscendo queste diverse caratteristiche una alla volta che possiamo avvicinarci alla formazione di un giudizio sulla totalità della sua natura».

Dunque ciascuno degli aspetti di un atto, secondo Ross, è solo una *ragione ontica* defettibile (o ragione costitutiva) per la qualificazione morale dell'atto (come giusto o sbagliato). Analogamente, le caratteristiche e circostanze di un atto possono rappresentare ragioni ontiche per la sua qualificazione giuridica (come permesso, obbligatorio, o vietato; come valido o invalido, ecc.) e per i suoi effetti (come produttivo di obblighi, responsabilità, ecc.). Ragioni ontiche (sia morali che giuridiche) possono supportare risultati incompatibili, e possono avere forza diversa tale che le ragioni più deboli possono essere superate da quelle più forti.

9. *Defettibilità cognitiva*

Le ragioni ontiche, quando riconosciute come tali (ossia, come fatti che normalmente determinano qualificazioni morali o giuridiche) diventano ragioni cognitive. Più precisamente, la credenza che una ragione ontica

esista (che sia presente nella situazione di cui ci si occupa) è una ragione cognitiva per inferire la credenza che il conseguente risultato normativo esista: come il fatto che Tizio ha danneggiato intenzionalmente Caio è una ragione costitutiva che determina la responsabilità di Tizio, così la credenza che Tizio ha intenzionalmente causato un danno è una ragione cognitiva per inferire che Tizio è responsabile.

In tal modo, la defettibilità ontica è tradotta in defettibilità *cognitiva*: ogniqualvolta la ragione ontica a favore di un certo risultato è sconfitta da una ragione ontica contraria, allora la ragione cognitiva corrispondente (ossia, la credenza che la ragione ontica esista) per inferire l'esistenza di quel risultato dovrebbe essere sconfitta da una corrispondente ragione cognitiva contraria (ossia, dalla credenza che esista la corrispondente ragione ontica contraria). Dunque, la defettibilità ontica di ragioni ontiche è tradotta nella defettibilità cognitiva delle corrispondenti ragioni cognitive (in quanto idonee a indurre un agente che ragiona in maniera razionale ad accettare la credenza che si dia il risultato sostenuto da tali ragioni).

La defettibilità cognitiva influenza il processo ordinario effettuato quando si applica il diritto a casi concreti. Quando si deve stabilire un certo risultato giuridico in un certo contesto, in primo luogo si deve vedere se, nel contesto rilevante, vi sono basi appropriate che supportano quel risultato (in base ad una regola, un principio, ecc). Sulla base della credenza che tali basi vi siano, si dovrà poi vedere se si danno eccezioni esplicite o implicite, ossia, ragioni per aggirare o rifiutare le basi che supportano quel risultato. Poi si considererà se ci sono eccezioni a quelle eccezioni, e così via. Questo processo cognitivo produrrà solo ragioni *pro tanto*, ossia, risultati che possono essere messi in discussione continuando la riflessione. Ad un certo punto, tuttavia, la riflessione dovrà terminare, e ci si dovrà accontentare dei risultati ottenuti a quel punto.

Il processo intellettuale del ragionamento defettibile sembra essere un processo logico se si considera il modo in cui che effettua tale ragionamento usa la conoscenza che possiede per fare inferenze defettibili e decidere sul loro conflitto (tra le ricostruzioni logiche del ragionamento defettibile, si veda ad esempio PRAKKEN e SARTOR 1996, Hage 1996). Ovviamente, le argomentazioni defettibili vanno oltre la logica quando si considera anche l'esigenza di ottenere nuove informazioni (empiriche o normative) al fine di elaborare nuove inferenze rilevanti.

Si consideri, ad esempio, il caso di una persona che chiede al suo avvocato tributarista se deve pagare le imposte sul reddito prodotto all'estero. Assumiamo che l'avvocato trovi una regola che afferma che anche i redditi prodotti all'estero devono essere tassati. Tuttavia, l'avvocato sa che esiste un certo numero di esenzioni, relativamente a differenti paesi e a differenti tipi di reddito (anche se non conosce il contenuto e le condizioni di applicazione di tali esenzioni), che introducono eccezioni alla tassazione

ordinaria. Dunque, dovrebbe affermare che può sostenere solo *pro tanto* (ossia sulla base dell'informazione che ha fino a quel momento considerato) che il reddito guadagnato all'estero non va tassato. Ha bisogno di un'ulteriore ricerca nel diritto tributario per arrivare ad una risposta sufficientemente affidabile. Tuttavia, ad un certo punto, la ricerca deve terminare, e le conclusioni *pro tanto* dovranno essere accettate (se si ritiene che la ricerca è stata sufficientemente accurata). Dunque, il ragionamento defettibile consiste in un processo di ricerca strutturato, basato sul raggiungere conclusioni *pro tanto*, prendere in considerazione le loro eccezioni implicite, le eccezioni delle eccezioni, e così via, fino a che non possa essere raggiunto un risultato stabile. Questo processo ha due vantaggi principali: *a*) centra la ricerca sulla conoscenza rilevante, e *b*) continua a produrre risultati *pro tanto* mentre la ricerca procede.

10. Defettibilità procedurale

Infine, la defettibilità cognitiva è connessa alla defettibilità *procedurale*, ossia, alla defettibilità dei risultati di un procedimento giuridico, a causa della distribuzione dell'onere della prova tra le parti. Secondo l'idea dell'onere della prova, gli elementi che concorrono a determinare un risultato giuridico sono distinti in due insiemi: *a*) elementi che devono essere provati (nel senso generale che devono essere stabiliti tramite argomenti giustificati) in un procedimento giuridico al fine di permettere al giudice di pervenire a quel risultato, e *b*) elementi che non è necessario provare, ma rispetto ai quali se si prova il fatto complementare (il complementare di un fatto positivo A è la sua negazione $\neg A$, e il complementare del fatto negativo $\neg A$ è A) si impedisce la derivazione giudiziale di quel risultato. Dunque, la parte interessata a stabilire un certo risultato ha l'onere di provare i fatti del primo tipo, mentre la controparte ha l'onere di provare i fatti complementari del secondo tipo (per un modello formale dell'onere della prova si veda, ad esempio, PRAKKEN 1999).

In generale, la defettibilità procedurale segue la defettibilità cognitiva: quando non ci sono specifiche regole o argomenti in direzione contraria (come l'esigenza di proteggere una parte debole, o di aiutare la parte che solitamente non ha l'opportunità di provare i fatti rilevanti) i fatti da provare per stabilire un risultato giuridico sono le ragioni che supportano quel risultato, mentre i fatti la cui prova impedirebbe di derivare quel risultato sono le ragioni che sconfiggono le altre ragioni.

Tuttavia, questo principio generale (defettibile) può essere derogato su varie basi. Ad esempio un legislatore in riferimento alla responsabilità da prodotto può stabilire che una società è responsabile per danni solo se ne sia provata la negligenza, oppure può stabilire che la negligenza non deve

essere provata ma invece la prova dell'assenza della negligenza impedisce l'ascrizione della responsabilità. In questa seconda possibilità (ma non nella prima), la società sarà dichiarata responsabile anche quando non sarà stata provata né la negligenza né la sua assenza.

11. *Conclusioni*

Il libro di MacCormick è un contributo molto importante alla teoria del ragionamento giuridico, un contributo con cui l'autore, con competenza, con uno stile ammirevole e intuizioni profonde, ci conduce attraverso le complessità delle teorie, delle dottrine e dei casi giuridici. È importante non solo per i teorici del diritto, ma anche per i giuristi, e perfino per i cultori di logica giuridica e informatica giuridica. Vorrei comunque concludere la mia discussione indicando alcuni punti in cui mi sembra manchi qualcosa.

Riguardo al ruolo della logica, nel pensiero giuridico, l'analisi di MacCormick potrebbe forse essere integrata per un verso con una concezione più ampia della logica, e per altro verso con maggiore enfasi sul fatto che le astrazioni giuridiche partono da specifiche reazioni intuitive di fronte a casi concreti ma altresì contribuiscono a dare forma e a controllare tali reazioni intuitive/particolaristiche.

Riguardo alla concezione di MacCormick della defettibilità, mi sembra che, pur cogliendo le caratteristiche principali della defettibilità nel diritto, tale concezione tende troppo verso la defettibilità procedurale, mentre ritengo che quest'ultima dovrebbe essere integrata con, e anche vista come indipendente da, ciò che ho chiamato defettibilità ontica e cognitiva.

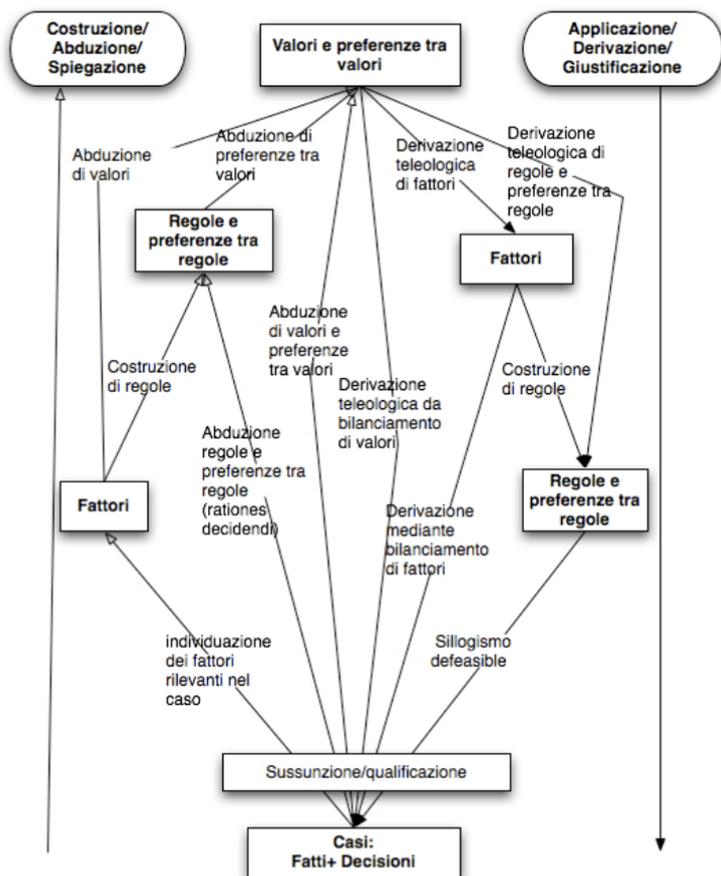


Figura 1.

BIBLIOGRAFIA

- ALCHOURRÓN, C.E. 1996. *On Law and Logic*, in «Ratio Juris» vol. 9, pp. 331-48.
- BENCH-CAPON, T.J.M., SARTOR, G. 2000. *Using Values and Theories To Resolve Disagreement in Law*, in *Proceedings of the Thirteenth Annual Conference on Legal Knowledge and Information Systems (JURIX)*, ed. by J. Breuker, L.R., and R. Winkels, 73-84. Amsterdam, IOS.
- BENCH-CAPON, T.J.M., SARTOR, G. 2003. *A Model of Legal Reasoning with Cases Incorporating Theories and Values*, in «Artificial Intelligence», 150, pp. 97-142.
- HAGE, J.C. 1996. *A Theory of Legal Reasoning and a Logic to Match*, in «Artificial Intelligence and Law», vol. 5, pp. 199-273.
- HAGE, J.C., SARTOR, G. 2003. *Legal Theory Construction*, in «Associations», vol. 7, pp. 171-83.
- HECK, P. 1968. *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*. In *Das Problem des Rechtsgewinnung, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*. Ed. by R. Dubischar. Bad Homburg vor der Höhe, Gehlen (1st ed. 1914.)
- HEMPEL, C.G. 1966. *Philosophy of Natural Sciences*. Englewood Cliffs, N.J., Prentice-Hall.
- JORI, M. 1980. *Il formalismo giuridico*. Milano, Giuffrè.
- MACCORMICK, D.N. 1978. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford, Clarendon.
- NOZICK, R. 1991. *Decisions of Principle, Principles of Decision*. In *Tanner Lecture on Human Values 1991*, ed. by G. B. Peterson, 117-202. Princeton, N. J., University of Utah Press.
- PERELMAN, C. 1979. *Logique juridique: Nouvelle rhétorique*. Paris, Dalloz.
- PERELMAN, C., OLBRECHTS-TYTECA, L. 1969. *The New Rhetoric: A Treaty on Argumentation*. Trans. J. Wilkinson and P. Weaver. Notre Dame, Ind., University of Notre Dame Press (1st ed. in French 1958.)
- PRAKKEN, H. 1999. *On Formalising Burden of Proof in Legal Argument*, in *Proceedings of the Twelveth Annual Conference on Legal Knowledge and Information Systems (JURIX)*, 85-97, Nijmegen, Gerard Noodt Instituut.
- PRAKKEN, H., SARTOR, G. 1996. *Rules about Rules: Assessing Conflicting Arguments in Legal Reasoning*, in «Artificial Intelligence and Law», vol. 4, pp. 331-68.
- ROSS, W.D. 1939. *Foundations of Ethics*. Oxford, Clarendon.

- SARTOR, G. 2005. *Legal Reasoning: A Cognitive Approach to the Law*, Berlin, Springer.
- SCHAUER, F. 1991. *Playing by the Rules*. Oxford, Clarendon.
- SUNSTEIN, C.R. 1996. *Political Conflict and Legal Agreement*, in *The Tanner Lectures on Human Values 1995* (Vol. 17). Ed. G.B. Peterson, 139-249. Salt Lake City, Utah, University of Utah Press.
- WALTON, D.N. 2005. *Argumentation Methods for Artificial Intelligence in Law*, Berlin, Springer.