

AMALIA AMAYA NAVARRO*

Virtù e ragionamento giuridico**

ENGLISH TITLE

Virtue and Legal Reasoning

ABSTRACT

This article aims to develop an application of virtue theory to the domain of legal reasoning. It argues that a virtue-based theory of legal reasoning illuminates some key aspects of legal reasoning that are peripheral in the standard, principle-based, theories of legal reasoning. More specifically, it claims that a virtue-centered theory of legal reasoning emphasizes the importance of fitting one's judgment to the particulars of the case, brings to light the emotional and perceptual dimensions of legal argument, and highlights the relevance of description and specification for sound legal reasoning. The paper concludes by suggesting that a virtue perspective on legal reasoning shows that there are important connections between theories of legal ethics and theories of legal reasoning, thereby leading to a significant expansion of the field.

KEYWORDS

Virtue – Emotion – Practical Wisdom – Particularism – Specificationism.

1. INTRODUZIONE

Gli approcci teorici contemporanei che in via prevalente si occupano del concetto di virtù sono quelli che affrontano lo studio del ragionamento morale ed epistemico. Lo scopo di questo lavoro consiste nell'applicazione della teoria della virtù al ragionamento giuridico. Ciò in quanto si ritiene che attraverso uno studio fondato sulla virtù divenga possibile chiarire alcuni aspetti del ragionamento giuridico che, pur essendo di fondamentale importanza,

* British Academy Global Professor, School of Law, Università di Edimburgo; Research Professor, Institute for Philosophical Research, Universidad Nacional Autónoma de México.

** Questo articolo riprende il lavoro Amaya, A. (2011), *Virtue and Reason in Law*. In Del Mar, M. (ed.), *New Waves in Philosophy of Law*. Palgrave Macmillan. La traduzione in italiano è stata curata dalla dott.ssa Sara Canduzzi, ed è stata rivista dall'autrice.

sono spesso rimasti inesplorati nell'attuale contesto teorico. Ciò che emerge assumendo la prospettiva della virtù è infatti una descrizione del ragionamento giuridico sostanzialmente diversa da quella derivante da un'analisi puramente basata sulle regole.

Nel promuovere una simile teoria del ragionamento giuridico, e seguendo l'orientamento che caratterizza gran parte dello studio contemporaneo delle virtù, nel corso di questo elaborato si utilizzerà un approccio aristotelico. Più precisamente, la ricostruzione si affiderà ad una particolare interpretazione della filosofia di Aristotele, seguendo una corrente della teoria della virtù che si pone come obiettivo quello di accordare alla ragione un ruolo che sia, allo stesso tempo, più centrale rispetto alla concezione tecnica e strumentale promossa dagli approcci utilitaristici nello studio del ragionamento pratico, e più ambizioso del ruolo ad essa riconosciuto nelle visioni kantiane¹.

Questa concezione neo-aristotelica della ragione pratica si contraddistingue in quanto fondata sulle seguenti affermazioni: (a) esiste una pluralità di valori qualitativamente eterogenei; (b) la ragione gioca un ruolo fondamentale non soltanto nella scelta dei mezzi utili al raggiungimento di certi fini prestabiliti, ma anche nella considerazione di scopi plurimi ed incommensurabili; (c) una parte importante del ragionamento pratico consiste nella ricerca di un modo per specificare i fini, nell'ottica di armonizzarli tra loro e perfezionarli; (d) il procedimento che porta ad una scelta razionale non può cristallizzarsi all'interno di un sistema di regole o di principi generali: non esiste alcuna procedura o algoritmo che possa essere predisposto in anticipo per affrontare e decidere un caso concreto; (e) il ragionamento pratico richiede in primo luogo di procedere ad una corretta descrizione delle caratteristiche rilevanti di una certa situazione: la percezione di questi elementi svolge un ruolo cruciale nel processo deliberativo; (f) le emozioni possono essere significativamente plasmate dalla ragione e, a loro volta, sono essenziali per una scelta razionale. Pertanto, riassumendo quanto appena esposto, ciò che la concezione neo-aristotelica del ragionamento giuridico offre è un quadro completo delle esigenze della ragione, attraverso uno studio dettagliato dell'intricato processo di riflessione, sentimento e comprensione che caratterizza una deliberazione ragionata².

Al fine di procedere, nelle sezioni che seguono, ad una descrizione del ragionamento giuridico da una prospettiva neo-aristotelica, sarà necessario identificare e spiegare, seppur in termini generali, alcuni degli elementi fonda-

1. Altri approcci alla teoria della virtù si fondano su un'insofferenza nei confronti dell'etica kantiana ed intendono dunque fornire una descrizione della moralità capace di riconoscere il ruolo che gli elementi non razionali svolgono nel ragionamento pratico. Per questa classificazione delle varie etiche della virtù si veda Nussbaum, 1999.

2. Wiggins, 2001, p. 296.

mentali che compongono una teoria della virtù del ragionamento giuridico. Ciò in quanto ciascuno dei vari aspetti del ragionamento giuridico che emergono da un'analisi fondata sulla virtù necessita di essere ulteriormente contestualizzato. In tal senso, lo scopo di questo lavoro non consiste tanto nello sviluppo di un modello dettagliato di ciò che costituisce un ragionamento giuridico virtuoso, quanto piuttosto nel dimostrare come la teoria della virtù sia in grado di mettere in risalto alcune questioni il cui studio risulta necessario per offrire una ricostruzione completa del concetto di ragionamento giuridico. L'articolo si concluderà poi con un invito a considerare il fatto che questo approccio fondato sulla virtù consenta anche di rivelare l'esistenza di fondamentali connessioni tra il ragionamento giuridico e l'etica giuridica. Così facendo, si tenterà di illustrare che una concezione neo-aristotelica della ragione e della razionalità ha delle implicazioni di non poco rilievo sul modo in cui l'intero campo di indagine relativo al ragionamento giuridico è strutturato.

2. VIRTÙ E PRINCIPI NEL RAGIONAMENTO GIURIDICO

Un primo aspetto che lo studio del ragionamento giuridico fondato sulla virtù consente di sottolineare è la rilevanza assunta, nell'ambito di un corretto processo decisionale, dalla valutazione delle caratteristiche particolari del caso. Infatti, una spiegazione del ragionamento giuridico che si limiti a descriverlo soltanto come il procedimento di applicazione di una regola risulta estremamente semplicistica rispetto a ciò che occorre in realtà per giungere ad una sentenza, e non consente di considerare gli elementi che, a ben vedere, costituiscono la parte più complessa ed affascinante dell'attività giuridica. Non è possibile, in altri termini, ridurre ciò che avviene nella pratica ad un sistema di regole o di principi. Secondo Aristotele:

Ciò che rientra nel campo della prassi e dell'utile non ha nulla di stabile, come non lo ha nemmeno ciò che rientra nel campo della medicina. E se i discorsi in universale hanno queste caratteristiche, il discorso sui casi singoli mancherà anche più di precisione, infatti il discorso sul caso singolo non rientra in nessuna arte né in alcuna serie di precetti, ma è necessario, sempre, che chi agisce prenda in esame ciò che riguarda l'occasione presente, proprio come si dà nel caso della medicina e dell'arte del pilota³.

Come suggerito da questo passaggio dell'*Etica Nicomachea*, il dominio della pratica presenta alcune caratteristiche che rendono intrinsecamente impossibile identificare a priori quali siano le scelte giuste all'interno di un sistema

3. *Etica Nicomachea* 1104a-10.

normativo⁴. Ciò in quanto, in primo luogo, le questioni pratiche sono per loro natura indeterminate o indefinibili. In tal senso, non è possibile stabilire se una scelta sia giusta sulla base del fatto che essa applica una regola, ma occorre piuttosto chiedersi se tale scelta sia appropriata o meno rispetto alle esigenze complesse di una determinata situazione, le quali variano significativamente da un contesto all'altro. In secondo luogo, occorre rilevare come le questioni pratiche siano mutevoli ed imprevedibili. Infatti, nessun sistema normativo è in grado di coprire tutti i nuovi casi che potrebbero eventualmente presentarsi. Infine, può anche accadere che il caso di specie contenga degli elementi peculiari e non ripetibili. Per tutti questi motivi, le formule generali non sono in grado di fornire la concretezza e la flessibilità che risultano invece necessarie per prendere una decisione corretta⁵. In definitiva, sono proprio la costante eventualità che vi siano delle eccezioni e l'impossibilità di ricondurre ciascuna di esse ad una regola o ad un principio giuridico a rendere qualsiasi sistema fondato su formulazioni generali (e, in generale, qualsiasi procedura decisionale) incapace di identificare a priori che cosa significhi fare una scelta corretta⁶.

Ebbene, i limiti appena evidenziati, che caratterizzano regole e procedure, non costituiscono certo una novità. Ad ogni modo, vale la pena di tenere a mente il passaggio aristotelico prima richiamato, soprattutto alla luce del tentativo di sviluppare una teoria del ragionamento giuridico capace di fornire delle indicazioni più precise rispetto a quelle ricavabili dalla "natura della cosa" e dalla "materia trattata"⁷. È dunque largamente condivisa, salvo alcune tendenze nell'ambito del formalismo, l'idea che il ragionamento giuridico non possa esaurirsi nell'applicazione di una regola. Tuttavia, rimane il problema, innanzitutto, di determinare in quali casi un approccio "formale" al ragionamento giuridico, alla luce del quale quest'ultimo è considerato primariamente in termini di regole applicabili, debba essere integrato o sostituito da un approccio "sostanziale", e, successivamente, di stabilire che cosa vi sia all'interno del ragionamento giuridico di ulteriore rispetto alle regole⁸. È proprio su questo punto che una prospettiva neo-aristotelica è in grado di fornire un contributo fondamentale.

Nella visione neo-aristotelica, infatti, a costituire il punto di riferimento di una teoria del ragionamento pratico non sono i principi o le regole, ma sono le virtù. Tra queste virtù, una spicca su tutte ed è quella della saggezza pratica, o

4. Nussbaum, 1990, pp. 71-72.

5. Ivi, p. 69.

6. Wiggins, 2001, p. 290.

7. *Etica Nicomachea* 1094b11-22.

8. Per la distinzione tra approcci formalistici e non formalistici al ragionamento giuridico si veda Schauer, 2009, pp. 29-35.

eccellenza nel deliberare, che Aristotele definisce “uno stato abituale veritiero, unito a ragionamento, pratico, che riguarda ciò che è bene e male per l’uomo”⁹. La saggezza pratica, nella visione di Aristotele, non è assimilabile alla comprensione scientifica (ossia ad un insieme sistematico di conoscenze relative a principi generali ed universali) ma piuttosto essa ha per oggetto i particolari¹⁰. Una persona dotata di saggezza pratica ha infatti l’abilità di articolare una risposta che si adatta su misura alle caratteristiche specifiche della situazione concreta. Come sottolineato da Wiggins:

La persona dotata di vera saggezza pratica è quella che fa valere all’interno di una situazione il maggior numero di questioni genuinamente pertinenti e di considerazioni effettivamente rilevanti commisuratamente all’importanza del contesto deliberativo¹¹.

Pertanto, è precisamente la capacità di rilevare le caratteristiche rilevanti di una particolare situazione a determinare la saggezza pratica. Più in generale, la virtù può essere definita, nelle parole di McDowell, come l’“abilità di riconoscere le condizioni che le situazioni impongono al comportamento di un soggetto”¹². Così facendo, il soggetto virtuoso sarà in grado di individuare le varie ragioni per l’azione che si possono ricavare dal caso di specie. Peraltro, nella visione Aristotelica, tutte queste considerazioni non rimangono isolate tra loro, ma anzi si sommano fino a realizzare una concezione unitaria degli elementi che vanno a comporre la “felicità” (*eudaimonia*). Pertanto, è alla luce di una simile ricostruzione che il soggetto dotato di saggezza pratica riesce a riconoscere le ragioni che emergono dal caso e ad agire secondo virtù nelle circostanze concrete in cui si trova¹³.

Ebbene, se la virtù consiste nella capacità di individuare le questioni o esigenze che forniscono delle ragioni per agire in una determinata situazione, ciò significa che un soggetto virtuoso sarà in grado di riconoscere i casi in cui, sulla base di una concezione generale di correttezza, appare giustificabile il fatto di allontanarsi da quanto espressamente stabilito in una regola. In altri termini, il soggetto dotato di saggezza pratica saprà quando applicare una regola o un principio ad un caso particolare o quando, al contrario, sussistono delle circostanze che ne sconsigliano l’applicazione. Di conseguenza, un giudice saggio ha, in un certo senso, l’abilità di individuare le “eccezioni”, o, in un

9. *Etica Nicomachea* 1140b6.

10. *Etica Nicomachea* 1142a24.

11. Wiggins, 2001, p. 293 (trad. traduttore).

12. McDowell, 1998, p. 53 (trad. traduttore).

13. Per una teoria a sostegno della tesi secondo la quale la saggezza pratica implica la percezione di cosa fare in un caso specifico alla luce di una concezione generale della “felicità” (*eudaimonia*), si veda Sorabji, 1980, pp. 205-214.

linguaggio più tecnico, la capacità di riconoscere quando si trovi in presenza di un condizionale defettibile¹⁴. Il giudice aristotelico sarà dunque in grado di analizzare la situazione nel dettaglio, rimanendo allo stesso tempo consapevole del fatto che potrebbe emergere un fattore estraneo ed inaspettato capace di rendere problematica l'applicabilità di una regola¹⁵.

In questo senso, la consapevolezza delle eccezioni – che, come si è visto, consente di distinguere un soggetto dotato di saggezza pratica – resiste alla codificazione¹⁶. In altri termini, non vi è alcuna procedura in grado di determinare *ex ante* in quali casi la mera applicazione della regola o del principio rilevante non sarà sufficiente per risolvere la situazione. Il soggetto dotato di saggezza pratica è dunque pronto ad “improvvisare” sulla base di quanto richiesto dalla situazione¹⁷, rimanendo aperto alla circostanza che, in alcuni casi, egli non possa sapere in anticipo come dovrà deliberare. Fondamentale in questo contesto è l'idea che non vi sia alcun procedimento in grado di liberare un soggetto da quelle difficoltà che, a ben vedere, sono intrinseche ad un corretto ragionamento pratico. È infatti significativo della saggezza pratica di un giudice il fatto che egli sia attento alle complessità del caso e che sia pronto ad “inventare” una risposta al problema¹⁸, la quale potrebbe richiedere un sostanziale perfezionamento ed una rielaborazione dei valori in gioco o, addirittura, potrebbe condurre ad un'innovazione ed ulteriore specificazione della concezione stessa di diritto¹⁹. In situazioni estreme, un caso concreto può persino trasformarsi in un'occasione per la formulazione di nuove teorie sugli elementi che compongono il processo deliberativo. Tutto ciò grazie al fatto che, se dotato di saggezza pratica, il giudice a cui è affidato un caso concreto sarà in grado di rapportarsi allo sforzo immaginativo che una corretta deliberazione talvolta necessita.

Occorre poi rilevare come questa impossibilità di racchiudere le esigenze della virtù in un insieme di principi o regole formulate *ex ante* rispetto alle circostanze concrete dell'azione abbia delle implicazioni significative per il modo in cui il criterio della ragione pratica è solitamente concepito. Anche in questo caso, l'analogia aristotelica tra il campo delle azioni e l'arte della navigazione risulta illuminante. Come affermato da Nussbaum: “[i]l navigatore

14. Hursthouse si è espresso a sostegno della rilevanza dell'esperienza delle eccezioni per arrivare al tipo di perspicacia che il “*phronimos*” possiede. Si veda, a tal proposito, Hursthouse, 2006, p. 290. Per una tesi a difesa della visione secondo la quale la virtù è una questione di familiarità con la defettibilità del sillogismo pratico, si veda Millgram, 2005, pp. 134-138.

15. Michelon, 2012.

16. Per una difesa della tesi dell'incodificabilità, si veda McDowell, 1998, soprattutto il terzo saggio.

17. Sulla nozione di “improvvisazione” si rimanda a Nussbaum, 1990, pp. 71, 94-97, 141.

18. Wiggins, 2001, p. 296.

19. Su questi specifici aspetti del ragionamento giuridico si veda *infra* 7.

esperto sarà in grado di sentire quando seguire il manuale con le regole di navigazione e quando invece sia il caso di metterlo da parte. La “regola corretta” in questi casi è semplice: fai ciò che farebbe il navigatore”²⁰. Nell’ambito del ragionamento pratico, così come nell’arte della navigazione, le decisioni corrette non sono altro che quelle decisioni che una persona saggia prenderebbe. In tal senso, Aristotele non fornisce alcun criterio di correttezza esterno rispetto all’attività del soggetto virtuoso²¹: una decisione giuridica corretta è tale in quanto determinata da un giudice virtuoso. Pertanto, in una visione neo-aristotelica del ragionamento giuridico, la virtù gioca un ruolo “costitutivo”, nel senso che la correttezza di una decisione dipende dalla conformità della stessa alla virtù; in altri termini, essa è corretta se è la decisione che un giudice virtuoso avrebbe preso²². È dunque il criterio della ragione pratica, per come esso si presenta all’interno del soggetto dotato di saggezza pratica, che ci permette di determinare quando il caso segue la regola²³ o quando, al contrario, l’applicabilità della regola al caso di specie deve essere messa in dubbio. In questo senso, in una teoria del ragionamento giuridico, le virtù precedono le regole.

Tuttavia, ciò non significa negare che le regole svolgano un ruolo di primaria importanza nel ragionamento giuridico, come riconosciuto anche da Aristotele²⁴. Difatti, se uno studio del ragionamento giuridico fondato sulla virtù implicasse la superfluità delle regole, esso non potrebbe neppure considerarsi una teoria del ragionamento giuridico, in quanto il suo oggetto di indagine cambierebbe radicalmente. Da un lato, è senz’altro vero che il ruolo che una teoria della virtù del ragionamento giuridico riconosce alle regole è più marginale rispetto a quello che esse ricoprono nella concezione dominante del ragionamento giuridico, in quanto, in una teoria della virtù, la possibilità di risolvere un caso attraverso l’applicazione di una regola dipende, in ultima istanza, dalle particolarità del caso concreto. Ciononostante, occorre sottolineare come molte delle virtù che caratterizzano le regole possano essere ritrovate all’interno di una teoria della virtù del ragionamento giuridico. Inol-

20. Nussbaum, 1990, p. 97 (trad. traduttore).

21. McDowell, 1998, p. 35.

22. Per una tesi a sostegno dell’idea secondo la quale la virtù svolge un ruolo costitutivo nelle decisioni giuridiche, si veda Amaya, 2012.

23. Il termine originario, “rule-case”, è stato coniato da Detmold. Si veda Detmold, 1984, per come richiamato in McCormick, 2005, p. 81.

24. Occorre notare che, sebbene vi siano delle importanti affinità tra il particolarismo e la teoria della virtù, esse costituiscono posizioni teoriche differenti, in quanto la teoria della virtù assegna alle regole ed ai principi un ruolo che è incompatibile con le posizioni particolaristiche. Sul contrasto tra queste teorie si vedano Millgram, 2005, pp. 172-174; Sherman, 1997, pp. 262-276; e Stangl, 2008. Per un argomento a favore del fatto che un soggetto decidente virtuoso non debba necessariamente adottare la visione del particolarismo, si rimanda a Schauer, 2012.

tre, è soltanto analizzando il ragionamento giuridico da una prospettiva incentrata sulla virtù che emerge un ruolo fondamentale svolto dalle regole all'interno di un sistema normativo: esse sono infatti di estrema utilità per la percezione. In tal senso, poiché il riconoscimento delle caratteristiche rilevanti di una situazione è un fattore cruciale per un corretto ragionamento giuridico, l'importanza delle regole in questo contesto emerge dal fatto che esse caratterizzano la descrizione di un caso e consentono di porre l'attenzione su quegli aspetti rilevanti di una situazione che altrimenti potrebbero passare inosservati²⁵. Nelle parole di Nussbaum, "le regole ci aiutano a vedere correttamente"²⁶. Pertanto, le regole consentono di facilitare quel compito percettivo che occorre per una corretta deliberazione. Ed è proprio l'analisi della percezione a costituire l'oggetto della prossima sezione.

3. PERCEZIONE E DECISIONI GIURIDICHE

Come si è già evidenziato, uno studio del ragionamento giuridico fondato sulla virtù pone una particolare attenzione sulla ponderazione dei singoli elementi di un caso concreto. In questa visione, un processo decisionale in ambito giuridico è corretto se la decisione si adatta alle esigenze del caso. Si è anche sottolineato come questo particolarismo nell'ambito del ragionamento giuridico non sia volto a sminuire la rilevanza delle regole, ma esso costituisce piuttosto una delle caratteristiche del ragionamento giuridico che la teoria della virtù è capace di far emergere. Si è infine accennato al ruolo della percezione nel raggiungimento di un giudizio corretto sul caso, in quanto, secondo la visione di Aristotele, è attraverso la percezione che è possibile prendere consapevolezza dei particolari del caso²⁷. Pertanto, la seconda caratteristica del ragionamento giuridico che risulta da una teoria della virtù è la sua dimensione percettiva²⁸.

Difatti, una ben sviluppata capacità percettiva costituisce il segno distintivo di un soggetto dotato di saggezza pratica. Ciò in quanto la virtù stessa, intesa come sensibilità alle esigenze del caso, rappresenta in effetti un tipo di capa-

25. Su questo ruolo delle regole all'interno di una teoria delle decisioni giuridiche che attribuisce un ruolo fondamentale alla saggezza pratica si veda Michelin, 2012.

26. Si vedano Nussbaum, 2000, p. 64 e Nussbaum, 1990, p. 73 (trad. traduttore).

27. *Etica Nicomachea* 1109b18-23 e 1142a7-23.

28. Ciò non significa che la rilevanza della percezione nel ragionamento giuridico non sia presa in considerazione nella letteratura, ma sta ad evidenziare il fatto che il ruolo che ad essa è accordato è spesso meramente accessorio rispetto all'applicazione delle regole. Si veda MacCormick, 2005, capitolo 5. Contrariamente a questo approccio deontologico alla percezione, un approccio fondato sulla virtù non riduce la percezione all'applicazione di una regola, ma le riconosce un ruolo più fondamentale nel processo decisionale in ambito giuridico. Per una tesi a sostegno di questa idea della percezione fondata sulla virtù si veda Michelin, 2012.

cità percettiva. Nella visione aristotelica, la capacità di apprezzamento del caso concreto²⁹ che caratterizza una persona saggia non è altro che l'abilità di percepire le caratteristiche rilevanti di una situazione, ossia di ciò che realmente conta nel caso di specie. In tal senso, il giudizio del soggetto virtuoso deriva dal modo peculiare in cui egli vede la situazione. McDowell descrive così la percezione virtuosa di una situazione:

Con riferimento ad una situazione, la prospettiva sviluppata dal soggetto virtuoso attraverso l'esercizio della propria sensibilità è tale da individuare in un aspetto della situazione stessa una ragione per agire in un certo modo; tale ragione viene colta non come in grado di prevalere o sostituire qualsiasi altra ragione per agire diversamente derivante da altri aspetti di quella stessa situazione... ma bensì essa è considerata capace di silenziare queste ultime³⁰.

Pertanto, non solo il soggetto virtuoso sarà in grado di apprezzare tutte le caratteristiche di una situazione, ma egli avrà anche l'abilità di percepire quali, nel caso concreto, sono effettivamente rilevanti e potrebbero costituire una ragione per la decisione. Quest'ultima non viene peraltro intesa dal soggetto virtuoso come sostitutiva o capace di rendere defettibili le ragioni ulteriori che potrebbero derivare da altri aspetti della situazione concreta, bensì questa ragione si contraddistingue per la sua capacità di "silenziare", secondo la fortunata espressione di McDowell, tali considerazioni. In questa visione, la decisione del giudice virtuoso non deriva da un'attività di ponderazione e bilanciamento delle considerazioni in gioco, ma anzi tale decisione risulta dal fatto di guardare alla situazione senza escludere alcun elemento rilevante della stessa e percependo, quantomeno in relazione a certi aspetti, la necessità di agire in un determinato modo.

È essenziale notare, arrivati a questo punto, che il fatto che un giudice virtuoso possieda una capacità percettiva non significa necessariamente che quest'ultima sia in grado di assicurare al soggetto un'abilità infallibile di identificare ciò che è giusto nel caso di specie. Una simile lettura, di stampo intuizionista, delle capacità percettive di un soggetto virtuoso rappresenterebbe infatti un vicolo cieco per una teoria del ragionamento giuridico. Ciò in quanto, qualsiasi sia il ruolo che una ricostruzione intende accordare alla percezione all'interno del ragionamento giuridico, esso deve comunque garantire che le ragioni utilizzate per la decisione siano pubbliche e condivisibili, poiché le ragioni per agire in ambito giuridico non possono in alcun modo qualificarsi come private o idiosincratiche. Di conseguenza, qualificare la liberazione della sensibilità percettiva che costituisce la virtù come una questione immediatamente comprensibile, e

29. Si veda Wiggins, 2001, p. 91.

30. Trad. traduttore.

che non ammette alcuna giustificazione discorsiva, significherebbe accogliere l'idea secondo cui la nozione di virtù non può giocare alcun ruolo sostanziale nel contesto giuridico. Per evitare una simile conclusione, occorre fornire un'interpretazione alternativa, e maggiormente in linea con la natura pubblica nel ragionamento giuridico, della sensibilità percettiva che caratterizza il soggetto virtuoso. A tal fine, la capacità percettiva può essere definita come quella sensibilità che consente al giudice virtuoso di apprezzare le ragioni ricavate da un caso specifico e di fornire le corrispondenti giustificazioni per la propria decisione. Come suggerito da Wallace, la virtù può essere compresa come una forma di "*connoisseurship*", nel senso che sono gli intenditori o gli esperti ad avere l'abilità di distinguere le ragioni specifiche per la decisione del caso attraverso la percezione, e a poter dunque fornire, in qualsiasi situazione, una giustificazione per la propria scelta³¹. In quest'ottica, una concezione della virtù che veda quest'ultima come una sorta di competenza pratica consente di mettere a tacere qualsiasi preoccupazione riguardo all'incapacità della teoria della virtù di rendere conto della dimensione pubblica del ragionamento giuridico³².

Allo stesso modo, la capacità percettiva che contraddistingue il soggetto virtuoso non può essere concepita in modo tale da rendere superflua o inutile la deliberazione sul caso. Infatti, se è vero che il giudice virtuoso sarà in grado, in molti casi, di identificare immediatamente le ragioni o le giustificazioni ricavabili da una determinata situazione, non vi è alcun elemento del modello percettivo della virtù che implichi che non vi siano dei casi capaci di mettere in crisi anche un soggetto dotato di saggezza pratica. Il fatto che il soggetto virtuoso, così come l'esperto in un'abilità pratica, abbia sviluppato le capacità per rispondere a dei problemi difficili, non esclude che tale soggetto possa essere chiamato a compiere un'ulteriore riflessione e ad impegnarsi attivamente nella decisione³³. In alcuni casi, infatti, la deliberazione risulterà difficile, ed al giudice virtuoso potrebbe essere richiesto uno sforzo considerevole dal punto di vista della percezione, dovendo egli procedere ad una descrizione e ridescrizione del caso sempre in maggior dettaglio e ad un perfezionamento e specificazione delle questioni che incidono sulla situazione concreta³⁴.

Infine, occorre anche rilevare come il tipo di percezione che vale a distinguere l'agente virtuoso non sia soltanto una capacità di tipo cognitivo, ma

31. Si veda Wallace, 2006, pp. 253-258. Per una tesi a sostegno dell'idea secondo la quale la virtù possiede la struttura di un'abilità o di una competenza pratica, si veda Jacobson, 2005.

32. Per una considerazione dell'obiezione secondo la quale la teoria della virtù sarebbe incompatibile con la natura pubblica del ragionamento giuridico, si veda Amaya, 2012.

33. Per una difesa dell'idea secondo la quale un'attività virtuosa – come quella degli esperti – non è automatica o passiva ma richiede piuttosto uno sforzo da parte dell'agente virtuoso, si rimanda ad Annas, 2011. Cfr. Rietveld, 2010, nel punto in cui discute le visioni di McDowell e Dreyfus sulla *phronesis* come attività che coinvolge un'azione non riflessiva.

34. Sulla forma di tale deliberazione si vedano *infra* 4 e 5.

rappresenti piuttosto una definizione “inclusiva” di percezione, che affianca alle componenti intellettuali anche degli aspetti emozionali ed immaginativi. Tale interpretazione è infatti più congeniale alla visione aristotelica, secondo la quale la virtù risulta strettamente connessa sia con l’azione sia con i sentimenti³⁵. La percezione dei particolari del caso da parte del giudice virtuoso non costituisce dunque una visione distaccata ed imparziale, ma piuttosto è il risultato di un processo cognitivo “caldo”. Sull’onda di tali considerazioni, nella prossima sezione si esaminerà l’aspetto emozionale del ragionamento giuridico e, più precisamente, il ruolo che esso svolge nella percezione del caso.

4. LA VIRTÙ E LE EMOZIONI

Il ruolo delle emozioni nelle decisioni giuridiche rappresenta un terzo aspetto che la prospettiva della virtù consente di evidenziare. Come si è già accennato, le virtù, secondo Aristotele, costituiscono sia dei modi di agire sia dei modi di sentire. La virtù richiede infatti al soggetto non soltanto di agire in modo appropriato rispetto agli elementi particolari del caso, ma anche di avere la giusta risposta emotiva³⁶. Le emozioni, pertanto, risultano cruciali per una deliberazione virtuosa. In tal senso, vi sono diversi ruoli che le emozioni svolgono nel ragionamento morale e che sono fondamentali anche nell’ambito giuridico³⁷. In primo luogo, le emozioni hanno una funzione “epistemica”, nel senso che esse sono estremamente utili per l’identificazione delle ragioni per agire ricavabili dal caso concreto. In altri termini, le emozioni aiutano a identificare le caratteristiche giuridiche del caso di specie. A tal proposito, Sherman afferma:

Molto spesso non vediamo le cose spassionatamente, bensì per mezzo ed a causa delle emozioni. Per esempio, è un senso di indignazione a renderci sensibili nei confronti di coloro che subiscono un insulto o un pregiudizio ingiustificato, così come un senso di pietà e compassione ci consente di vedere la sofferenza che si cela dietro ad una disgrazia crudele ed improvvisa. Pertanto, lo sviluppo di punti di vista capaci di operare delle distinzioni deriva dal fatto di possedere certe predisposizioni emotive. È attraverso i sentimenti che notiamo ciò che altrimenti potrebbe passare inosservato agli occhi di un intelletto freddo e distaccato. Vedere le cose in modo spassionato e senza entrare in contatto con le emozioni espone spesso al pericolo di perdersi ciò che è davvero rilevante³⁸.

35. Si veda Nussbaum, 1990, p. 80.

36. Su virtù ed emozione in Aristotele si rimanda a Hursthouse, 1999, capitolo 5; Sherman, 1989, capitolo 2; e Stark, 2001. Si vedano, anche, Huppes-Cluysenaer, Coelho, 2018, e Amaya, Del Mar, 2020.

37. Si veda Sherman, 1997, pp. 39-52.

38. Sherman, 1989, p. 45 (trad. traduttore).

Pertanto, il confronto con le emozioni consente di tenere traccia delle caratteristiche moralmente rilevanti di una situazione. Ciò significa che il tipo di percezione che occorre per una corretta decisione giuridica non viene in alcun modo ostacolato, ed è anzi reso possibile, dalle emozioni.

In secondo luogo, le emozioni svolgono un importante ruolo “espressivo”, in quanto esse consentono di trasmettere valori a noi stessi e agli altri. Gli atteggiamenti emotivi ci concedono infatti di esprimere le informazioni moralmente rilevanti, ad esempio permettendoci di esternare il fatto che, a nostro avviso, una decisione risulta particolarmente oltraggiosa, o che proviamo del rammarico per le azioni che ci siamo trovati a dover compiere. Si tratta di una funzione estremamente utile nel contesto giuridico, poiché nel diritto le decisioni sono spesso il risultato di una deliberazione collettiva, all’interno della quale l’espressione delle emozioni può rivelarsi efficace nel trasmettere la particolare prospettiva di un soggetto sul caso di specie. Inoltre, manifestare le proprie emozioni potrebbe risultare utile, e significativo dal punto di vista morale, al momento della comunicazione del verdetto alle parti del caso che è oggetto di decisione. Così come è importante il modo in cui, per esempio, offriamo aiuto a qualcuno che si trova in difficoltà finanziaria, o con cui rifiutiamo un invito a partecipare ad una festa o ad un progetto, è importante anche il tono e l’atteggiamento emotivo che il giudice trasmette alle parti³⁹. Inoltre, questa funzione espressiva è particolarmente rilevante nei casi in cui si pone un dilemma morale. In simili occasioni, il giudice virtuoso è ben consapevole del peso morale di un’azione che deriva dal sacrificio di uno dei valori in gioco, e rimpiange di dover prendere una decisione in una circostanza in cui i valori si trovano a confliggere⁴⁰. Esprimere tale rammarico a sé stesso ed agli altri, così come rafforzare la consapevolezza della complessità della decisione, può risultare essenziale per raffigurare l’importanza del valore che è stato sacrificato, e potrebbe rendere meno probabile che lo stesso venga nuovamente messo da parte in futuro.

In terzo luogo, le emozioni svolgono una funzione “rivelatoria” nel senso che esse rivelano delle informazioni di cui altrimenti, in assenza di quelle emozioni, potremmo non essere consapevoli. In tal senso, le emozioni sono spesso in grado di indicarci che cosa conta davvero in una situazione. Ad esempio, un giudice potrebbe non realizzare l’importanza dell’eguaglianza di genere fino a che non si ritrovi del tutto sopraffatto da un sentimento di disagio e di angoscia alla prospettiva di applicare una legge sul lavoro che, in tutta evidenza, non protegge i diritti delle donne in gravidanza. In simili casi, le

39. Sulla rilevanza morale del fatto di giudicare un caso dimostrando una predisposizione emotiva adeguata nel contesto della ricerca dei fatti giuridici, si veda Ho, 2008, pp. 78-84.

40. Sulla risposta emotiva di un agente virtuoso ai dilemmi morali, si vedano Hursthouse, 2008, pp. 243-247 e Hursthouse, 1999, pp. 75-77.

emozioni rivelano dei valori antecedenti, la cui importanza fino a quel momento non è stata riconosciuta.

In quarto luogo, le emozioni giocano un fondamentale ruolo “motivazionale”. Infatti, esse ci spingono all’azione. Per continuare con l’esempio precedente, un giudice che abbia già sperimentato frustrazione e preoccupazione nel deliberare in un caso di discriminazione contro le donne in gravidanza, in quanto non adeguatamente tutelate dalla legge applicabile, sarà più propenso a cercare una soluzione alternativa per accogliere la domanda giudiziale, pur rimanendo nel perimetro della legge. È in questo senso che il coinvolgimento emotivo può costituire una fonte motivazionale importante, soprattutto nel ragionamento sui casi difficili che richiedono un notevole sforzo intellettuale e una buona dose di immaginazione.

Infine, le emozioni giocano anche un ruolo “costitutivo”, nel senso che una risposta emotiva appropriata è ciò che costituisce, almeno in parte, una decisione virtuosa. Come sottolineato da Aristotele, infatti, una scelta virtuosa è una questione che non coinvolge soltanto il contenuto dell’azione, ma anche il suo sentimento. In tal senso, una decisione che dal punto di vista del contenuto corrisponde a quella che prenderebbe un giudice virtuoso sarà comunque carente dal punto di vista morale se essa non può essere presa con la giusta disposizione emotiva. In altri termini, un giudice che si rallegri del proprio operato e che si senta pienamente appagato e soddisfatto dalla decisione presa all’interno di un caso difficile o in presenza di un dilemma morale, sarà molto probabilmente un soggetto privo di virtù, a prescindere dal fatto che la sua stessa decisione sarebbe stata presa, nelle medesime circostanze, anche da un giudice virtuoso. Ad ogni modo, la conclusione principale che il ruolo costitutivo delle emozioni consente di raggiungere è, se vogliamo, ancora più radicale: l’assenza di coinvolgimento emotivo rende la percezione lacunosa. Pertanto, non solo le emozioni aiutano la percezione, ma quest’ultima è essa stessa costituita da un’appropriata risposta emotiva. Nelle parole di Sherman:

Anche qualora in assenza di emozione riuscissimo in qualche modo a vedere una rilevanza etica, questo modo di vedere sarebbe comunque lacunoso ed imperfetto. In tal caso, potremmo anche possedere delle prospettive etiche corrette, ma non avremmo modo di vederle ed apprezzarle nel modo giusto. Vedremmo le cose con un livello inferiore di consapevolezza. Il punto è che, senza le emozioni, i fatti che registriamo sono parziali e privi di quella risonanza ed importanza che soltanto il coinvolgimento emotivo può fornire⁴¹.

In quest’ottica, il giudice che si confronta con un caso rimanendone distaccato non soltanto non si comporta in modo virtuoso (in quanto non riesce ad

41. Sherman, 1989, p. 47 (trad. traduttore).

esprimere un'appropriata risposta emotiva), ma finisce col rendere difettosa anche la propria percezione del caso, in quanto è proprio quella risposta emotiva a costituire una componente essenziale del riconoscimento e del corretto apprezzamento delle particolarità della situazione concreta. Le emozioni sono di per sé dei "modi di vedere": un soggetto non vedrebbe le cose in un certo modo in assenza di determinate emozioni⁴². Le capacità emotive e cognitive, dunque, sono entrambe necessarie per svolgere con successo il compito percettivo che, a sua volta, risulta centrale per la decisione giuridica.

Arrivati a questo punto, appare evidente come la spiegazione del modo in cui le emozioni si presentano nel ragionamento giuridico richieda una solida concezione delle emozioni stesse. Anche in questo caso, la teoria di Aristotele risulta illuminante: infatti, nella sua visione, le emozioni costituiscono degli stati intenzionali, ed in quanto tali hanno un contenuto cognitivo. Da questa prospettiva, è possibile osservare come le emozioni siano costituite, tra le altre cose, anche da valutazioni, le quali risultano centrali per l'identità delle emozioni. Ad esempio, un sentimento di rabbia può essere considerato tale soltanto qualora un soggetto creda di essere stato trattato ingiustamente. In questo senso, le emozioni richiedono una sorta di giudizio, che può consistere, ad esempio, nel ritenere di essere stati immeritatamente danneggiati. Le emozioni presenti nel diritto e nella moralità non sono dunque impulsi incontrollabili o reazioni istintive, ma stati cognitivi. Inoltre, sono soltanto le emozioni "coltivate" a contribuire ad un giudizio pratico che si possa considerare valido. Infatti, contrariamente ad una concezione passiva delle emozioni, secondo la quale esse sarebbero al di là del nostro controllo, nella visione aristotelica le capacità emozionali possono essere educate come parte del processo di formazione di un buon carattere. Pertanto, le emozioni che si ritiene svolgano un ruolo significativo nel diritto e nella moralità non sono delle capacità senza regole o delle passioni incontrollabili, bensì esse si presentano come emozioni ben formate e adeguatamente fondate sulla base delle valutazioni svolte dal soggetto. Ad ogni modo, rivendicare un ruolo per le emozioni così concepite all'interno di una teoria del ragionamento giuridico non significa invocare una visione meno razionale del processo decisionale giuridico. Al contrario, nella misura in cui, secondo questa ricostruzione, le emozioni possono essere modellate dalla ragione, il riconoscimento della componente emotiva del ragionamento giuridico offre alla ragione un ruolo ancora più ampio nel dirigere il processo di decisione in ambito giuridico⁴³.

42. Ivi, p. 171. Si veda anche Nussbaum, 1990, p. 79.

43. Ciò non significa negare che le emozioni possano talvolta rivelarsi fuorvianti. Così come le esperienze percettive, le esperienze emotive ci forniscono un accesso epistemico al loro oggetto: tuttavia, ciò non avviene in tutti i casi. Soltanto in assenza di condizioni impeditive la perce-

5. IL RAGIONAMENTO GIURIDICO COME RIDEDESCRIZIONE

Si è già visto come uno studio del ragionamento giuridico fondato sulla virtù consenta di chiarire la centralità rivestita dalla descrizione del caso all'interno dei processi decisionali. Infatti, giungere ad una buona descrizione della situazione è una delle parti più complesse ed importanti del ragionamento giuridico. Al contrario, analizzare quest'ultimo a partire dal momento della scelta significherebbe, in buona sostanza, iniziare lo studio di un fenomeno dalla sua fine. Ciò in quanto, prima che venga presa qualsiasi decisione relativa a quale regola debba essere applicata e come un caso debba essere risolto, vi sarà necessariamente un difficile e fondamentale processo di descrizione. I casi non si presentano al giudice con una lista delle caratteristiche che necessitano di un intervento da parte del diritto, così come essi non arrivano dotati di etichette che indicano i diversi valori coinvolti. Pertanto, una descrizione lucida del problema fornisce la base per l'azione e costituisce una parte essenziale di una deliberazione razionale⁴⁴. Un buon processo di decisione in ambito giuridico è, in un certo senso, una questione che richiede di vedere correttamente.

Ciò detto, è ben noto il fatto che in alcuni casi la descrizione del compito decisionale risulti maggiormente problematica. I casi che pongono tali "problemi di classificazione" rientrano, secondo la teoria generale del ragionamento giuridico, nella categoria dei casi "difficili". Tuttavia, nella maggior parte dei casi, si ritiene che tali questioni siano riducibili a dei problemi di interpretazione, i quali vengono solitamente considerati il tipo di problema più importante nell'ambito del ragionamento giuridico. Tale ricostruzione cambia notevolmente qualora si decida di partire da un approccio fondato sulla virtù: in questo caso, infatti, sono proprio i problemi di classificazione a spiccare tra gli elementi cruciali per un corretto processo decisionale. Al

zione e l'emozione costituiscono, rispettivamente, degli elementi a supporto delle convinzioni empiriche e valutative. Infatti, la virtù si caratterizza per il fatto di dotare il soggetto delle giuste abitudini e predisposizioni al fine di controllare, se e soltanto se la situazione lo richiede, quando le emozioni siano tali da distorcere la percezione e la ragione. Tuttavia, in assenza di tali condizioni di defettibilità, la liberazione emotiva di un soggetto virtuoso avrà un valore epistemico e contribuirà positivamente ad arrivare ad un giudizio fondato. Per una difesa dell'idea secondo la quale le emozioni adeguatamente regolate, così come le percezioni, forniscono delle buone, ancorché non esaustive, ragioni per credere, si vedano Elgin, 2008 e Goldie, 2004. Contro questa visione, Brady, 2010, sostiene che le esperienze emotive di un soggetto virtuoso non diano di per sé delle informazioni di tipo valutativo, ma ciò che esse promuovono è la ricerca di ragioni che hanno a che fare con il problema di comprendere se tale esperienza risulti giustificabile. In ogni caso, comunque, le emozioni giocano un ruolo vitale nel consentire al soggetto di raggiungere una conoscenza valutativa.

44. Sulla rilevanza della descrizione per la deliberazione pratica, si veda Murdoch, 2001, soprattutto il primo saggio.

contrario, nella teoria generale del ragionamento giuridico, ciò che ha portato a porre l'interpretazione al centro dell'analisi, a discapito dei problemi di classificazione, è un'enfasi sulle regole anziché sui fatti, sull'applicazione piuttosto che sulla descrizione, sull'azione in luogo della visione⁴⁵. In aggiunta, il modo in cui tale concezione tende a vedere i problemi classificatori è eccessivamente restrittivo. Infatti, all'interno di tale teoria, i problemi classificatori sono tradizionalmente ricondotti a problemi di interpretazione attraverso una descrizione degli stessi come possibilità o meno di sussumere i fatti di causa nella fattispecie giuridica rilevante. Tuttavia, questo modo di concepire i problemi di classificazione riesce a catturare soltanto alcune delle difficoltà intrinseche al tentativo di qualificare giuridicamente i fatti nell'ambito del ragionamento giuridico. Vi è infatti molto lavoro da fare prima che un soggetto si trovi nella posizione di riuscire a far combaciare i fatti del caso con una norma applicabile. Se è vero che le norme svolgono un ruolo fondamentale nel dirigere l'attenzione verso le caratteristiche rilevanti di una situazione che potrebbero altrimenti passare inosservate, e pertanto guidano la percezione, è anche vero che l'applicazione di una regola costituisce soltanto una parte di ciò che è ricompreso nel processo che consente di arrivare ad un corretto apprezzamento della situazione. Infatti, gran parte dell'attività della virtù consiste piuttosto nel sapere come fare a ricostruire il caso che si presenta al giudice⁴⁶. Per queste ragioni, ciò che un approccio fondato sulla virtù fa è rivendicare la rilevanza dei problemi classificatori nell'ambito di una teoria del ragionamento giuridico.

Ciò che occorre sottolineare è dunque il fatto che un processo di descrizione capace di risultare decisivo per giungere ad una decisione giuridica virtuosa richiede uno sforzo considerevole da parte di colui che deve prendere la decisione. Più precisamente, la corretta rappresentazione di una situazione non è altro che il risultato di uno sforzo continuo di descrizione e ridefinizione del caso. Infatti, al fine di interpretare il caso nel modo giusto, i giudici devono prestare molta attenzione ai singoli fatti che lo compongono, cercando di analizzare adeguatamente e senza preconcetti la situazione che si presenta loro, ed interagendo in maniera attiva con l'attività di dettagliata descrizione di ciò che si trovano davanti. Anche per una corretta descrizione dei fatti che compongono il caso concreto, occorrerà un certo coinvolgimento emotivo, poiché, come si è visto, le emozioni giocano un ruolo fondamentale nel percepire gli elementi rilevanti. In altri termini, occorre uno sguardo attento al fine di descrivere il caso correttamente: riflettere sui fatti con la giusta attitudine, ed interpretare la descrizione del caso in modo da ottenere una rappresentazione capace di esprimere tutte le specificità dello stesso, richiede infatti uno

45. Samuel, 2003.

46. Sherman, 1989, p. 29.

sforzo morale e un duro lavoro da parte del giudice. Inoltre, all'interno dei cosiddetti casi difficili, una buona descrizione richiederà anche lo svolgimento di un complicato esercizio immaginativo, necessario per arrivare ad una serie di letture inedite e più precise della situazione ed elaborare uno schema concettuale o una prospettiva capaci di individuare i fatti rilevanti.

È poi importante notare che la descrizione del caso costituisce una combinazione di fatti e di valori. Infatti, il processo che consente di arrivare ad un'accurata descrizione richiede una riflessione relativa ai valori che incidono su una situazione. Ciò in quanto la descrizione di una situazione, soprattutto nei casi difficili, è un processo attraverso il quale un soggetto approfondisce la propria concezione dei valori coinvolti e del modo in cui essi si rapportano l'un l'altro. Per questo motivo, una "specificazione", di cui si dirà meglio in seguito, delle ragioni identificate come rilevanti in una certa situazione rappresenta una parte importante di ciò che costituisce l'attività di descrizione della situazione stessa. Talvolta, una buona descrizione dipende dall'abilità di leggere un caso sotto una luce diversa, perfezionando e rivedendo le concezioni consolidate dei valori in gioco. Ad esempio, per procedere alla descrizione di un caso relativo al finanziamento di una campagna elettorale, occorrerà un approfondimento da parte del soggetto chiamato a decidere della propria comprensione del valore della libertà di espressione, in quanto si tratta di un caso che ha a che fare con la libertà di parola⁴⁷. Occasionalmente, una corretta descrizione dei fatti dipenderà anche dalla circostanza che chi si avvicina al caso abbia una concezione chiara e articolata dei valori rilevanti. Per esempio, al giorno d'oggi l'asimmetria di potere sul posto di lavoro è considerata parte essenziale di una corretta descrizione dei casi di molestie sessuali⁴⁸. Tuttavia, ciò si è reso possibile soltanto grazie all'elaborazione nel tempo di una teoria sull'eguaglianza di genere. Ciò in quanto, come si è accennato, la descrizione di un caso è strettamente legata ad una riflessione sui valori in esso coinvolti. Da un lato, la descrizione del caso si basa su una concezione che il soggetto già ha di tali valori e, dall'altro lato, sul perfezionamento di tale concezione qualora ciò si renda necessario al fine di descrivere correttamente un caso particolare.

Riassumendo, una parte importante del processo di deliberazione in ambito giuridico consiste nel rifinire e mettere a punto la descrizione delle situazioni concrete. Da questa prospettiva, il momento della decisione diviene, in un certo senso, meno importante, in quanto essa deriva idealmente da una corretta descrizione dei fatti del caso. Nelle parole di Murdoch, "[s]e assisto adegua-

47. Si veda Breyer, 2005, pp. 39-56.

48. Nussbaum, 2000, p. 78, richiamando *Carr v. Allison Gas Turbine Division, General Motors Corp.*, decisione che annullava il giudizio di una corte di grado inferiore in quanto l'"asimmetria di posizione" tra Carr ed il suo collega di sesso maschile non era stata considerata.

tamente, non avrò alternative tra cui scegliere e questa costituisce la miglior condizione che si possa raggiungere⁴⁹. Dunque, lo scopo di questo costante tentativo di vedere il caso con chiarezza è quello di avvicinarsi il più possibile alla situazione ideale in cui la decisione è semplicemente determinata dai fatti. Gettare uno sguardo virtuoso sui singoli fatti del caso permette infatti di produrre una rappresentazione accurata della situazione, la quale a sua volta consente al soggetto di agire, senza alcuna ambiguità, esattamente nel modo richiesto dal caso di specie⁵⁰. In tal senso, la decisione giuridica, nella sua miglior forma possibile, risulta vincolata dai fatti. Ciò non significa tuttavia ridurre il ragionamento giuridico ad una sorta di indagine empirica, in quanto, come già sottolineato, la descrizione del caso coinvolge in gran parte una deliberazione sui valori. Nella prossima sezione si procederà all'analisi della forma che questo processo di deliberazione assume all'interno di una teoria della virtù del ragionamento giuridico.

6. RAGIONAMENTO GIURIDICO, SPECIFICAZIONE E CONFLITTI NORMATIVI

Una caratteristica centrale dell'approccio neo-aristotelico alla ragione pratica è l'idea che il ragionamento pratico abbia a che fare anche con i fini. In questa visione, infatti, la deliberazione non è soltanto necessaria al fine di selezionare il mezzo migliore per la realizzazione di uno scopo previamente fissato, ma il ragionamento relativo a ciò che occorre fare nel caso di specie coinvolge anche una riflessione sui valori e sugli impegni pratici del soggetto che si trova a deliberare. Di conseguenza, la correttezza di una scelta non può essere spiegata in termini di "efficacia"; essa non è infatti una questione di massimizzazione di un valore o di un sistema di valori, ma anzi, in molti casi, ciò su cui occorre deliberare in realtà sono i fini che devono essere raggiunti nel particolare contesto in cui la scelta si realizza. L'indagine aristotelica sulle componenti principali della felicità (*eudaimonia*) fornisce un'illustrazione esemplare del tipo di ragionamento non strumentale necessario per deliberare su questioni pratiche.

Ebbene, la deliberazione sui fini si fonda prevalentemente su una ricerca della miglior "specificazione" possibile dei valori in gioco. Infatti, nel deliberare sui fini, un soggetto non cercherà di selezionare il modo più efficace dal punto di vista causale per realizzare un determinato valore, ma piuttosto lo

49. Murdoch, 2001, p. 38 (trad. traduttore).

50. Ciò non significa che una teoria della virtù del ragionamento giuridico sia sempre in grado di fornire una risposta corretta. Infatti, non vi è nulla all'interno della nozione di virtù capace di escludere la possibilità di un disaccordo tra soggetti virtuosi nei casi difficili.

scopo sarà quello di capire come specificare correttamente il valore stesso⁵¹. Un soggetto può dunque scegliere se procedere alla deliberazione con l'idea di determinare quali valori valga la pena di perseguire ed il loro contenuto, oppure con l'intenzione di individuare i valori derivanti dalla particolare situazione che non siano stati ancora del tutto specificati. In altri termini, nella deliberazione, un soggetto può decidere se aspirare alla "formazione" di una concezione di quel valore oppure alla "messa in pratica" di un'idea dello stesso che egli già ha⁵². Ad ogni modo, in ciascuno di questi casi, non è tramite l'effettuazione di una serie di inferenze relative ai mezzi ed ai fini che è possibile ragionare sul caso, bensì attraverso un continuo perfezionamento ed una revisione dei valori in gioco. La struttura di un simile ragionamento non è infatti strumentale, ma "specificatoria"⁵³. Vi sono peraltro due ragioni principali che rendono il ragionamento specificatorio indispensabile nel deliberare su una questione pratica. In primo luogo, esso è necessario in quanto i valori sono spesso troppo vaghi per poter essere utilizzati come punti di partenza in un ragionamento sui mezzi e sui fini. In secondo luogo, i valori possono entrare in conflitto tra loro e, talvolta, è proprio attraverso una specificazione ulteriore dei valori che tale conflitto può essere superato⁵⁴. In tal senso, occorre rilevare come non esista un unico parametro capace di risolvere in modo soddisfacente il problema che emerge da un conflitto di valori, in quanto i valori stessi sono plurali ed incommensurabili. Quando si ha a che fare con un conflitto profondo, dunque, la decisione non potrà che derivare da una riflessione sul diverso contributo apportato da ciascun valore e sul modo in cui i valori si rapportano tra di loro alla luce di una concezione generale del bene.

Peraltro, per affrontare il problema dell'eventuale conflitto di valori che permea tutta l'attività decisionale in ambito giuridico, e che emerge nel corso del ragionamento sui casi giuridici proprio attraverso la specificazione dei valori in gioco, la concezione del processo di deliberazione appena delineata risulta estremamente utile. Si pensi, ad esempio, al caso in cui la libertà di espressione e i diritti della personalità entrino in conflitto: un soggetto chiamato a decidere in una simile situazione procederà, in prima battuta, ad un'ulteriore specificazione di tali valori. Per fare ciò, occorrerà determinare che cosa significherebbe realizzare ciascuno di quei valori nel caso di specie e costruire una teoria del modo in cui quei valori, per come sino a quel momento specificati, si rapportano tra loro e con la concezione generale dei fini del

51. Si veda Wiggins, 2001, p. 287. L'approccio fondato sulla specificazione di Wiggins è stato poi sviluppato da Richardson, 1994. Si veda anche McDowell, 1998, soprattutto il secondo saggio.

52. McDowell, 1998, p. 32.

53. Ivi, p. 26.

54. Sull'utilizzo della specificazione per affrontare i problemi di conflitto normativo, si rimanda a Richardson, 1994.

diritto. Alla luce di quest'ultima, la specificazione dei valori confliggenti potrà richiedere spesso la loro riorganizzazione e, nei casi più difficili, persino una revisione del concetto stesso di diritto.

Questo approccio fondato sulla specificazione è sostanzialmente diverso dai modelli che si sviluppano sul "bilanciamento" e che dominano l'attuale dibattito sulla risoluzione dei problemi giuridici che coinvolgano un conflitto di valori. Il modello fondato sulla ponderazione elaborato da Alexy è probabilmente una delle versioni più popolari di questa seconda corrente⁵⁵. È infatti risaputo che, secondo Alexy, ogni volta che ci si trovi di fronte ad un conflitto tra due principi giuridici, esso potrà essere risolto per mezzo di una formula che consente di comparare il peso relativo di ciascuno dei principi in gioco alla luce delle circostanze del caso concreto. Così come le regole della logica vengono utilizzate per rappresentare la struttura formale di sussunzione all'interno di uno schema deduttivo, la formula di Alexy consente di cristallizzare una struttura formale sulla quale operare il bilanciamento attraverso le regole dell'aritmetica. Tuttavia, mentre la razionalità del processo di sussunzione è fuori discussione, non è del tutto pacifico che anche l'attività di bilanciamento possa considerarsi razionale. A difesa della propria teoria, Alexy sostiene che anche il bilanciamento costituisce una procedura razionale. Infatti, nella sua visione, una scelta può essere considerata razionale se è commensurabile, e tale caratteristica è presente nell'opera di bilanciamento in quanto quest'ultima si fonda su una scala di valutazione dei costi e dei benefici derivanti dalla protezione dei valori in gioco che utilizza il punto di vista oggettivo fornito dalla Costituzione. A questa scala può poi essere assegnata un'interpretazione numerica, la quale a sua volta può essere collegata alla formula usata per la ponderazione, in modo tale da calcolare il peso concreto dei principi coinvolti e, sulla base di tale risultato, decidere il caso.

Tornando invece all'approccio fondato sulla specificazione, si ritiene che anche in questo caso, così come nel modello di bilanciamento per come descritto da Alexy, il ragionamento giuridico impiegato in caso di conflitti di valori rappresenti un processo razionale. Tuttavia, la concezione di razionalità che sottostà alla prospettiva basata sulla specificazione è piuttosto diversa dalla visione scientifica della razionalità proposta dalla ricostruzione di Alexy. Difatti, innanzitutto la visione aristotelica rifiuta l'idea che la commensurabilità costituisca un prerequisito per una scelta razionale. Al contrario, ciò che rende razionale una decisione giuridica è la riflessione sulla natura di ciascuno dei valori coinvolti e sul diverso contributo che essi apportano ad una concezione generale del diritto. In quest'ottica, il fatto che il processo decisionale giuridico non possa consistere in una "scienza della misurazione"⁵⁶ non signi-

55. Si veda Alexy, 2003.

56. Protagora, Platone, 365 per come citato in Nussbaum, 1990, p. 56 (trad. traduttore).

fica tuttavia che esso non sia razionale. Il ragionamento giuridico è infatti di tipo qualitativo: una sua quantificazione non è né possibile né desiderabile, in quanto non esiste un singolo parametro che possa essere utilizzato per misurare le varie alternative. Inoltre, la correttezza di una scelta deliberativa non dipende dal fatto che essa sia in grado di massimizzare la quantità di valore comune; la sua razionalità è piuttosto una questione relativa al fatto che essa risulti da una specificazione dei valori coinvolti e dalla loro adattabilità ad un sistema. In altre parole, sono le considerazioni svolte in termini di coerenza, anziché di efficacia, che dovrebbero guidare la decisione in caso di un conflitto di valori. In definitiva, risolvere un caso difficile significa soprattutto formulare delle argomentazioni sostanziali relative ad aspetti quali il modo in cui il caso dovrebbe essere letto, quali caratteristiche dello stesso sono coinvolte nella questione, come i valori rilevanti debbano essere specificati, e che cosa occorrerebbe per realizzare tali valori in quel particolare contesto. Non esiste alcuna procedura formale in grado di semplificare il difficile compito di deliberare in caso di conflitto di valori. In altri termini, non vi è una scorciatoia già pronta per arrivare ad una decisione, ma al centro di una deliberazione virtuosa rimangono un'attenta descrizione della situazione ed un'elaborata specificazione dei valori coinvolti.

7. CONCLUSIONI

Nel corso delle sezioni precedenti sono state tratteggiate le linee principali che costituiscono una teoria della virtù del ragionamento giuridico. Questa teoria si fonda su cinque idee fondamentali: (a) un corretto ragionamento giuridico richiede di adattare il giudizio del soggetto alle particolarità del caso concreto; (b) la percezione è centrale nel ragionamento giuridico; (c) le emozioni svolgono un ruolo cruciale nel processo di deliberazione in ambito giuridico; (d) la descrizione (e ridefinizione) di un caso è una parte estremamente fondamentale, e complessa, del ragionamento giuridico; (e) il ragionamento giuridico implica una riflessione sui fini e, più precisamente, richiede la specificazione dei diversi valori indeterminati e confliggenti rilevanti per il caso. In una teoria del ragionamento giuridico così concepita, la virtù, intesa come la capacità percettiva che si occupa dei particolari, svolge un ruolo centrale. Il giudice virtuoso è infatti colui che esaminerà il caso che ha di fronte in modo attento e con un certo coinvolgimento emotivo, in quanto dotato delle capacità necessarie per integrare la percezione dei dettagli all'interno di una concezione generale di correttezza.

Inoltre, occorre sottolineare che le varie idee proposte in questo lavoro non sono indipendenti l'una dall'altra, ma esse costituiscono elementi compositi di una rappresentazione unitaria. Infatti, dalla prospettiva della teoria della virtù, il ragionamento giuridico si occupa prima di tutto dei particolari, che vengono

appresi attraverso la percezione. Quest'ultima non rimane indifferente di fronte alle emozioni, le quali rappresentano piuttosto una parte costitutiva della risposta percettiva. La deliberazione sui particolari viene poi svolta alla luce di una concezione generale dei fini perseguiti dal diritto che, allo stesso tempo, influenza ed è influenzata dalla percezione. Pertanto, la descrizione dei fatti di una situazione e la specificazione dei valori che incidono sulla stessa non sono altro che aspetti diversi dello stesso procedimento. Peraltro, in questo procedimento, la conoscenza delle eccezioni, in cui consiste la virtù, è centrale, in quanto il riconoscimento da parte di un soggetto del fatto di aver a che fare con un caso eccezionale va di pari passo con la specificazione ed il perfezionamento dei valori coinvolti. Tale riconoscimento non avviene tramite un'intuizione immediata di ciò che la virtù esige dal soggetto, bensì esso è il risultato di un arduo processo di deliberazione da parte del giudice virtuoso. La virtù, lontana dall'essere uno strumento di semplificazione che dispensa coloro che la possiedono dal confrontarsi con un ragionamento difficile, dota il soggetto virtuoso della capacità e della motivazione necessarie per portare avanti con successo i difficili compiti che possono essere richiesti nell'ambito della deliberazione.

Questa visione della deliberazione non implica necessariamente una rottura con la concezione dominante del ragionamento giuridico. Vi è infatti spazio all'interno della teoria tradizionale del ragionamento giuridico per accogliere – almeno in parte – le considerazioni precedentemente svolte.

Ciononostante, sebbene la concezione dominante del ragionamento giuridico possa ritenersi, almeno in principio, compatibile con il riconoscimento della centralità della percezione, con l'idea che i particolari ricoprano un'importanza fondamentale, che il giudizio legale abbia una dimensione emotiva, e che sia la descrizione che la specificazione svolgano un ruolo centrale, non si può fare a meno di notare come tali conclusioni vengano ancora largamente ignorate nel contesto dell'attuale dibattito. In tal senso, ciò che una teoria della virtù è in grado di apportare è proprio un'enfasi su questi aspetti del ragionamento giuridico, i quali sono rimasti marginali negli approcci contemporanei alla materia.

Questa circostanza ha anche delle importanti ripercussioni sul modo in cui la stessa teoria del ragionamento giuridico è concepita. Difatti, la decisione di concentrare sulle regole gran parte dell'indagine relativa al ragionamento giuridico ha determinato una sostanziale marginalizzazione dell'etica giuridica. Le questioni di etica giuridica non vengono infatti incluse nell'oggetto di una teoria del ragionamento giuridico, ed anzi esse sono solitamente affrontate in un diverso settore della letteratura, peraltro privo di connessioni con la teoria del ragionamento giuridico. Tuttavia, se la virtù, come si è sostenuto in questo lavoro, è necessaria per un ragionamento giuridico corretto, allora la questione di ciò che rende una decisione valida dal punto di vista giuridico

non può essere separata dalla domanda relativa a ciò che rende un giudice un buon giudice. In altri termini, lo studio del ragionamento giuridico non può essere distinto dallo studio dei tratti caratteriali e delle abilità che sono richieste per un corretto processo decisionale in campo giuridico. Pertanto, da una prospettiva incentrata sulla virtù, la teoria dell'etica giuridica non costituisce soltanto un elemento accessorio, ma piuttosto una parte sostanziale della teoria del ragionamento giuridico.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- Alexy, A. (2003). On Balancing and Subsumption: A Structural Comparison. *Ratio Juris*, 16(4), 433-449.
- Amaya, A. (2012). The Role of Virtue in Legal Justification. In *Law, Virtue, and Justice* (pp. 51-66). Hart Publishing.
- Amaya, A., Del Mar, M. (eds.) (2020). *Virtue, Emotion and Imagination in Law and Legal Reasoning*. Hart Publishing.
- Amaya, A., Ho, H.L. (eds.) (2012). *Law, Virtue, and Justice*. Hart Publishing.
- Annas, J. (2011). The Phenomenology of Virtue. *Phenomenology and the Cognitive Sciences*, 7(1), 21-34.
- Aristotele (2019). *Etica Nicomachea*. Laterza.
- Bankowski, Z. (2001). *Living Lawfully*. Kluwer.
- Brady, M.S. (2010). Virtue, Emotion, and Attention. *Metaphilosophy*, 41(1-2), 115-131.
- Breyer, S. (2005). *Active Liberty: Interpreting our Democratic Constitution*. Vintage.
- Brun, G., Doguoglu, U., Kuenzle, D. (eds.) (2008). *Epistemology and Emotions*. Ashgate.
- Burton, S. (ed.) (2000). *The Path of Law and its Influence: The Legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr.* Cambridge University Press.
- Detmold, M.J. (1984). *The Unity of Law and Morality*. Routledge and Kegan Paul.
- Elgin, C. (2008). Emotion and Understanding. In *Epistemology and Emotions* (pp. 33-49). Ashgate.
- Evans, D., Cruse P. (eds.) (2004). *Emotion, Evolution, and Rationality*. Oxford University Press.
- Goldie, P. (2004). Emotion, Reason, and Virtue. In *Emotion, Evolution, and Rationality* (pp. 249-268). Oxford University Press.
- Ho, H.L. (2008). *A Philosophy of Evidence Law: Justice in the Search for Truth*. Oxford University Press.
- Huppes-Cluysenaer, L., Coelho, N. (eds) (2018). *Aristotle on Emotions in Law and Politics*. Springer.
- Hursthouse, R. (1999). *On Virtue Ethics*. Oxford University Press.
- Ead. (2006). Practical Wisdom: A Mundane Account. *Proceedings of the Aristotelian Society*, 106(3), 283-307.
- Ead. (2008). Two Ways of Doing the Right Thing. In *Virtue Jurisprudence* (pp. 236-256). Palgrave Macmillan.
- Jacobson, D. (2005). Seeing by Feeling: Virtues, Skills, and Moral Perception. *Ethical Theory and Moral Practice*, 8(4), 387-409.

- MacCormick, N. (2005). *Rhetoric and the Rule of Law*. Oxford University Press.
- McDowell, J. (1998). *Mind, Value, and Reality*. Harvard University Press.
- Michelon, C. (2012). Practical Wisdom in Legal Decision-Making. In *Law, Virtue, and Justice* (pp. 29-50). Hart Publishing.
- Millgram, E. (ed.) (2001). *Varieties of Practical Reasoning*. Mit Press.
- Id. (2005). *Ethics Done Right: Practical Reasoning as a Foundation of Legal Theory*. Cambridge University Press.
- Murdoch, I. (2001). *The Sovereignty of Good*. Routledge.
- Nussbaum, M. (1990). *Love's Knowledge. Essays on Philosophy and Literature*. Oxford University Press.
- Ead. (1999). Virtue Ethics: A Misleading Category? *The Journal of Ethics*, 3(3), 163-201.
- Ead. (2000). Why Practice Needs Ethical Theory: Particularism, Principle, and Bad Behavior. In *The Path of Law and its Influence: The Legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr.* (pp. 50-86). Cambridge University Press.
- Richardson, H. (1994). *Practical Reasoning about Final Ends*. Cambridge University Press.
- Rietveld, E. (2010). McDowell and Dreyfus on Unreflective Action. *Inquiry*, 53(2), 183-207.
- Rorty, A. (ed.) (1980). *Aristotle's Ethics*. University of California Press.
- Samuel, G. (2003). *Epistemology and Method in Law*. Ashgate.
- Schauer, F. (2009). *Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning*. Harvard University Press.
- Id. (2012). Must Virtue be Particular? In *Law, Virtue, and Justice* (pp. 265-276). Hart Publishing.
- Sherman, N. (1989). *The Fabric of Character: Aristotle's Theory of Virtue*. Clarendon Press.
- Ead. (1997). *Making a Necessity of Virtue: Aristotle and Kant on Virtue*. Cambridge University Press.
- Solum, L., Farrelly, C. (eds.) (2008). In *Virtue Jurisprudence* (pp. 236-256). Palgrave Macmillan.
- Sorabji, R. (1980). Aristotle on the Role of Intellect in Virtue. In *Aristotle's Ethics*. University of California Press.
- Stangl, R. (2008). A Dilemma for Particularist Virtue Ethics. *Philosophical Quarterly*, 58(233), 32-52.
- Stark, S. (2001). Virtue and Emotion. *Noûs*, 35(3), 440-455.
- Wallace, R.J. (2006). *Normativity and the Will: Selected Essays in Moral Psychology and Practical Reason*. Oxford University Press.
- Wiggins, D. (2001). Deliberation and Practical Reason. In *Varieties of Practical Reasoning*. Mit Press.