

ANGELO ABIGNENTE

Verità e responsabilità nell'argomentazione giuridica dei valori

ABSTRACT

Dworkin's last work, *Justice for Hedgehogs*, and his dyad responsibility/truth allow to reflect on the relationship between values and legal argumentation. This dyad also points out the relationship between law and morality. Nevertheless the author does not want to discuss about the opposite jus-philosophical thesis concerning this relationship. This paper aims to understand how the argumentative process achieves to put the legal dimension and the ethical one together. Arguing and deciding about values mean to justify the legal decision. Values do not exist as objective facts that can be described. Values have to be argued; they impose a responsible argumentation that cannot be reduced to an exercise of mere interpretation but translates the judge's effort to pursue the truth.

KEYWORDS

Responsibility – Truth – Values – Legal Argumentation – Interpretative Concepts.

1. IL RICCIO E L'“UNITÀ DEL VALORE”

Nella sua ultima opera che è giunta al lettore italiano quasi come un lascito testamentario, Ronald Dworkin, ricorrendo alla metafora del riccio che, a differenza della volpe, non sa molte cose ma ne sa una importantissima, *difende il credo* della “unità del valore” discutendone la significanza in una teoria feconda nel nostro tempo nel dare risposte ma soprattutto nell'orientare la riflessione etica, morale, giuridica, politica. L'analisi è complessa nelle sue poliedriche sfaccettature e ha già suscitato e certo susciterà in futuro un ricco dibattito critico, impegnato anche nella valutazione della continuità o discontinuità con le opere precedenti. Non è mio intento discuterla nel suo complesso ma ripercorrere alcuni passaggi che possono offrire spunti per una riflessione sulla relazione tra argomentazione giuridica e valori.

Mi sembra opportuno a questo fine tracciare una mappa minima di alcuni nodi significativi, fissare delle pietre miliari di una strada o, se si vuole, delle

tracce di un sentiero, partendo dalla distinzione definitoria che Dworkin pone tra *etica* e *morale*: «un giudizio etico afferma che cosa le persone dovrebbero fare per vivere bene: che cosa dovrebbero cercare di essere e di realizzare nelle loro vite. Un giudizio morale avanza una tesi riguardo a come le persone devono trattare le altre persone»¹. Si tratta di una chiarificazione concettuale di non poco conto in quanto, pur nella analoga etimologia dei termini, convenzionalmente l'etica viene correlata ad una dimensione pubblica in cui prende forma una riflessione critica sui giudizi morali soggettivi e la morale designa piuttosto quella sfera in cui si sperimenta il senso intimo e profondo dell'agire, nell'esercizio della coscienza individuale che si determina e matura nell'incontro con l'*altro*. La distinzione terminologica e concettuale adottata da Dworkin è già il frutto di una scelta significativamente incisiva nello sviluppo del suo pensiero che prende forma intorno a due nuclei fondativi, la responsabilità personale, la "responsabilità del sé" sul piano etico, e la responsabilità degli altri che ne è il riflesso sul piano morale. È la scelta di leggere la dimensione etica sul piano soggettivo, nella centralità e per alcuni versi autoreferenzialità del soggetto agente, segnando una distanza da quelle concezioni che nel definire la morale prendono le mosse dall'esperienza che segna il soggetto nella sua identità, quando si riconosce ovvero conosce se stesso proprio nell'incontro con l'altro poiché, per dirla in modo paradigmatico con le parole di Habermas, «Negli sguardi del Tu, di una seconda persona che parla con me in veste di prima persona, io divengo cosciente di me stesso non solo come soggetto che esperisce in genere, bensì contemporaneamente come io individuale. Gli sguardi soggettivanti dell'Altro hanno una virtù individuante»².

Si tratta di due prospettive che non si pongono in rapporto antinomico ma che certo segnano implicazioni diverse: se l'alterità che segna la morale, come peraltro riconosce lo stesso Dworkin, scaturisce dall'esperienza dell'incontro con l'altro, la componente deontologica è segnata da questo incontro e non può ridursi ad un carattere soltanto normativo o meramente precettivo; sicché le dimensioni di una eticità vissuta non possono essere lette in una chiave astratta o meramente formalistica ma si colorano dei contenuti esperiti nell'incontro.

In quest'ottica può essere letta la diade *responsabilità/verità* che potrebbe essere individuata come una delle linee portanti della riflessione di Dworkin ma che certamente ha un significato per il tema che intendo affrontare.

Innanzitutto la *responsabilità*, un "concetto problematico" che Dworkin prende in considerazione nella accezione di responsabilità come *virtù*, distinguendola dalla responsabilità *relazionale*, la responsabilità dell'evento che, nel vincolo causale con una condotta, determina l'insorgere di obblighi, spesso di

1. R. Dworkin (2011), trad. it. 2013, 39.

2. J. Habermas (2005), trad. it. 2007, 8.

natura risarcitoria. La responsabilità come virtù può presentarsi in varie forme, *intellettuale, pratica, etica e morale*, sempre però con il carattere della *giudicabilità*, non quindi della causalità³. Sarebbe interessante soffermarsi sulle forme di sviamento di questa responsabilità che Dworkin prende in considerazione ma ciò che rileva particolarmente nella mia riflessione è che nella responsabilità come virtù convergono le varie *influenze* esercitate dalle inclinazioni personali, dalle emozioni, dai gusti, più complessivamente dalla storia personale, setacciate dal *filtro* delle *convinzioni morali effettive* orientative dell'azione, «in modo che esse [le influenze] vengano censurate e plasmate da tali convinzioni, come è censurata e plasmata la luce che passa attraverso un filtro»⁴. In questa dimensione la responsabilità non viene concepita come un dato statico ma come «lavoro costantemente in corso», uno «sforzo individuale» governato dai principi della *integrità ed autenticità morale*⁵ ed in questo procedere, nel suo rilevarsi come «progetto permanente e mai un compito terminato»⁶, incontra e si connette con la verità.

La *verità*, sottratta alla categoria della causalità, condivide con i giudizi morali e di valore l'impossibilità di essere *meramente vera*, al pari dei fatti fisici, in quanto non si tratta di misurarsi con *moroni*, «non esistono particelle morali o una qualunque altra cosa la cui semplice esistenza possa rendere vero un giudizio di valore. I valori non sono come le pietre, nelle quali possiamo inciampare al buio. Non sono semplicemente lì in modo inerte»⁷. La verità

3. R. Dworkin (2011), trad. it. 2013, 122 ss.

4. Ivi, 129.

5. Ivi, 130.

6. Ivi, 223.

7. Ivi, 136. Aderisco, sul punto, alla tesi che Dworkin elabora nel confronto con lo *scetticismo esterno* pur consapevole che la questione dell'impossibilità della verità di atteggiarsi a dato reale, oggettivamente e fisicamente vero, è controversa nel più recente dibattito e richiederebbe autonomo approfondimento. In una prospettiva critica, senza alcuna pretesa di esaustività, mi limito a rinviare alla nuova visione realista che, a partire dai contributi di Maurizio Ferraris, Mario De Caro, Umberto Eco, John Searle e Hilary Putnam, 2012, ha inteso riflettere sui concetti di 'realtà' e 'verità'. Per questo *New Realism* il *reale è nudo*: occorre cioè distinguere tra una verità *ontologica* (inemendabile perché reale e dunque oggettiva come un dato fisico) ed una verità *epistemologica* (come conosciamo). Tale distinzione ripropone la netta separazione tra una realtà esterna *inemendabile* e le pretese cognitive degli agenti che aspirano a conoscerla, sul presupposto che ci sono fatti che «posso sapere (o ignorare)» tanto «il mondo resta quello che è» (Ferraris, 2012, 46). Questa distinzione viene utilizzata dal nuovo realismo per decostruire i due principali dogmi del postmodernismo: 1. la realtà è socialmente costruita e infinitamente manipolabile; 2. la verità è una nozione inutile (ivi, 11). Si tratta di posizioni che si sono confrontate anche con la visione ermeneutica, colpevole, secondo il nuovo realismo, di aver ridotto la realtà dei fatti a pura interpretazione. Senza addentrarmi nella polemica a me sembra che il nuovo realismo identifichi ingenuamente la posizione ermeneutica con quella postmodernista omettendo, ad esempio, di riconoscere il significato della *fusione di orizzonti* che unisce soggetto e oggetto dell'interpretazione.

pertanto non è misurabile nella sua conformità ad una gerarchia di valori i quali peraltro, nell'*olismo* del *riccio*, non si rivelano in conflitto ma sempre in unità costruibile attraverso ragioni giustificabili. Essa è piuttosto *concetto interpretativo* che, «alla portata della comprensione umana», «viene dimostrato dalla giustificazione migliore»⁸; è concetto *indeterminato* che sollecita vaglio critico e scelta di plausibilità, non *incerto*, come vorrebbero le concezioni dello *scetticismo esterno*, adottate anche da alcune teorie del diritto, che legittima la tesi di *default* «non esiste la risposta giusta»⁹.

2. IL VALORE COME “CONCETTO INTERPRETATIVO”

La diade responsabilità/verità, nei termini in cui è letta da Dworkin, può generare delle risonanze nella relazione tra argomentazione giuridica e valori. Certo essa, come ho accennato in precedenza, è elaborata in un quadro segnato dal collegamento tra etica e morale che pone al centro l'individuo il quale riscopre la responsabilità nel pensare la sua esistenza come risposta adeguata e giustificata alla «sfida di dover vivere una vita». Il *valore* che così esperisce nella sua integrazione ed unità, è *valore avverbiale*, «il valore di una buona prestazione di fronte a una sfida importante»¹⁰, che risponde alla necessità di far corrispondere l'azione all'imperativo individuale di una vita buona; è valore «avverbiale, non aggettivale. È il valore della prestazione, non di quel che resta una volta che si sottragga la prestazione. È il valore di una danza o di un tuffo splendidi una volta che i ricordi si sono affievoliti e le increspature nell'acqua si sono dileguate»¹¹. Un valore, quindi, segnato dall'individualità del suo manifestarsi e del suo esperirsi nella vita del soggetto indipendentemente dal suo essere agito nel tempo e nel contesto.

8. R. Dworkin (2011), trad. it. 2013, 145.

9. Ivi, 110 ss. e, più avanti, ivi, 116, significativamente: «Le persone cocciute amano ridicolizzare – come incivili o dogmatiche – le affermazioni di altre persone che credono che la posizione presa in qualche controversia profonda e apparentemente intrattabile abbia realmente a proprio favore le migliori argomentazioni. I critici dicono che queste persone faziose non considerano l'ovvia verità che non c'è un 'dato di fatto', né 'una sola risposta giusta' alla questione in ballo. Questi critici non si soffermano a chiedersi se essi stessi abbiano una qualche argomentazione sostanziale a favore della propria posizione altrettanto sostanziale e, se lo fanno, se anche questa non potrebbe essere ridicolizzata alla stessa maniera in quanto vaga, non convincente o fondata sugli istinti o su asserzioni vuote. La convinzione o certezza assoluta è il privilegio dei pazzi e dei fanatici. Tutti gli altri devono fare del loro meglio: dobbiamo scegliere, dopo averci pensato e riflettuto debitamente, tra tutte le possibili opinioni sostanziali disponibili, chiedendoci quale ci colpisca come la più plausibile delle altre. E se nessuna lo fa, allora dobbiamo accontentarci della autentica visione di default, che non è l'indeterminatezza ma l'incertezza».

10. Ivi, 108.

11. Ivi, 227-8.

Questo modo di intendere il valore è coerente con la valutazione di Dworkin della responsabilità come «rispetto verso noi stessi», riflesso della necessità di «trattare con coerenza le nostre vite personali come oggettivamente importanti»¹² e, al tempo stesso, della verità, connessa a questa responsabilità, raggiunta nella giustificazione soggettiva che, pur non scevra da condizionamenti esterni che incidono secondo il principio di causalità, li rielabora nel processo interpretativo svolto, nell'esercizio del libero arbitrio, «da un punto di vista in prima persona»¹³. Anche quando in questo procedere l'individuo incontra la responsabilità morale, è la dimensione etica individuale che si propaga nella dimensione morale alla considerazione dell'altro, perché l'accettazione della «importanza oggettiva» della sua vita è condizione per «trattare con coerenza le nostre vite personali come oggettivamente importanti» ma ciò soltanto per una ragione di «civiltà» che richiede «tolleranza»¹⁴ non già come esigenza che nasce dall'incontro con l'altro che ci interpella nella esperienza morale. La responsabilità, in altri termini, non è sollecitata da quell'incontro ma è retroflessa sulle «nostre idee del vivere bene», sul «rispetto di sé», il *primo principio* della dignità che, secondo il «principio di Kant» «implica un rispetto analogo per le vite di tutti gli esseri umani», premessa ineludibile per giustificare la cura della propria vita che non può essere elusa dalla considerazione solipsistica della sua *specialità*¹⁵.

Ho già espresso delle possibili critiche a questa lettura del rapporto tra etica e morale che si riverbera nella valutazione della diade responsabilità-verità ma che incide pure in questa configurazione del valore e nella sua soggettivizzazione esperienziale. Una apertura della dimensione morale all'incontro costitutivo con il *tu* è certo destinata a proporre in termini diversi il valore che nel suo porsi non può non essere espressione di quella intersoggettività che ne rivela il senso.

Ma pur con queste considerazioni, mi sembra che la diade responsabilità/verità, con la dematerializzazione del valore da cui origina, possa offrire uno spunto di riflessione per l'argomentazione giuridica che certamente potrà trarre alimento dalle conclusioni a cui Dworkin perviene rileggendo la questione «con la quale i giuristi per secoli si sono scottati di più»¹⁶, il rapporto tra diritto e morale che, nei suoi studi precedenti lo aveva portato ad assumere, in opposizione alla tesi separatista del positivismo giuridico, la ben nota posizione *interpretativista*, fondata sulla coesistenza di regole e principi che segnano la non completa indipendenza del diritto dalla morale. Oggi quella tesi viene

12. Ivi, 134.

13. Ivi, 263.

14. Ivi, 134.

15. Ivi, 293 ss.

16. Ivi, 454.

riletta abbandonando consapevolmente il circolo vizioso, le «argomentazioni circolari» in cui cadevano entrambe le concezioni del giuspositivismo e dell'interpretativismo che, muovendosi entrambe nel «quadro a due sistemi» e concependo quindi il diritto e la morale come sistemi normativi indipendenti e separati, erano impegnate entrambe nella elaborazione di una teoria della loro connessione o separazione che però implicava l'aver già dato una risposta previa sulla loro relazione¹⁷. Nella concezione *olistica* del riccio, il diritto è collocato all'interno della morale politica, quella «sfera particolare del valore» in cui la dimensione morale individuale, «cosa ciascun individuo debba agli altri», si allarga nel considerare la comunità dove, nella differenza di ruoli e poteri, sorge l'interrogativo su «che cosa noi tutti insieme dobbiamo agli altri in quanto individui»¹⁸. Si configura una «struttura ad albero» in cui il diritto è *parte*, «ramo», «branca» della morale politica¹⁹. La sua distinzione specifica è nella presenza di quelle *regole secondarie*, nella definizione hartiana che Dworkin richiama, che non soltanto, nella tipologia dei *diritti legislativi*, disciplina un corretto esercizio del potere ma soprattutto, nei *diritti giuridici* consente ai singoli una immediata tutelabilità e, quindi, sanzionabilità «attraverso istituzioni giudiziali che dirigono il potere esecutivo di un magistrato o della polizia»²⁰.

Vorrei soffermarmi ad indagare questa configurazione, rilevando ad esempio che soprattutto nel riferimento ai cd. *diritti giuridici* si avverte il collegamento con la dimensione morale, con quella «morale dinamica» che genera «principi strutturanti» che aprono a questioni di giustizia e pertanto vanno giustificati nella loro interpretazione, nella costruzione di una storia che può leggersi certamente nella prospettiva narrativa cara allo stesso Dworkin, ma che per alcuni versi potrebbe costituire un punto di convergenza con asseriti della teoria ermeneutica, quand'anche non esplicitamente richiamata. E si potrebbe anche apprezzare la considerazione che, nella problematicità dei sistemi contemporanei, è insufficiente ribadire acriticamente la centralità del parlamento nel sistema democratico, considerato che «lo status del parlamento come legislatore, che è fra le questioni giuridiche più fondamentali, è ritornato a essere una questione profonda della morale politica». È dunque necessario verificare l'integrazione tra diritto e morale, nel superamento della distinzione tra *sostanza* e *procedure*, spostando l'attenzione sul ruolo dei giuristi e dei giudici, «filosofi politici all'opera in uno stato democratico», nella concretizzazione dei principi incorporati nella carta fondamentale: «dobbiamo fare del nostro meglio – sono le parole conclusive della riflessione intorno al diritto –

17. Ivi, 457.

18. Ivi, 373.

19. Ivi, 459 ss.

20. Ivi, 460.

all'interno dei vincoli dell'interpretazione, per fare della legge fondamentale del nostro paese qualcosa che il nostro senso di giustizia approverebbe, non perché talvolta bisogna sacrificare il diritto alla morale, ma perché questo è esattamente ciò che il diritto, se correttamente inteso, richiede»²¹.

Ma mi limito ad osservare che queste conclusioni possono offrire una luce più intensa se lette in relazione alla diade su cui mi sono in precedenza soffermato. È in particolare nel procedere giustificativo che viene esperito l'incontro tra la dimensione giuridica e quella etica, intesa in senso ampio, nell'esercizio di una capacità decidente intorno a valori che non si impongono per la loro obiettiva consistenza ma solo in quanto giustificati; sicché il momento argomentativo non è più il luogo della tecnica interpretativa che si rapporta a valori plurimi pesandone la consistenza nella necessaria ponderazione della loro coerenza ma che ricerca piuttosto la loro verità nel procedere costante della responsabilità che trova il suo *fulcro* nella interpretazione e nei suoi caratteri costitutivi, l'*integrità* e l'*autenticità*. Se la prima richiede all'interprete un costante lavoro di integrazione delle varie interpretazioni dei concetti morali di cui, a volte in modo irriflesso, è portatore in una "rete di valori" che possa costituire il *filtro* del giudizio di prevalenza e di verità, è solo con l'accettazione, con la conformazione del comportamento all'interpretazione integrata raggiunta che essa viene accolta in maniera *autentica*: la responsabilità, in connessione con l'autenticità, rivela l'unità della verità morale²².

Quindi non si tratta di un procedere meramente cognitivo ma di un impegno da assumere al fine della giustificazione della valenza del valore. E senza voler entrare nella annosa e dibattuta questione del rapporto tra diritto e morale, mi sembra di poter affermare che la dimensione etica appartiene al codice genetico dell'argomentazione in generale ma anche dell'argomentazione giuridica. Il valore che essa incarna è il compito e l'impegno della giustificazione, quel processo continuo capace di esser messo costantemente in discussione nei suoi traguardi provvisori, la sua proiezione ad un risultato *certo* o, per avvicinarmi alla terminologia di Dworkin, *vero* come un fine tendenziale mai compiutamente raggiunto.

21. Ivi, 471.

22. «La nostra responsabilità ci obbliga a cercare di trasformare le nostre convinzioni riflessive nel filtro più fitto ed efficace che possiamo, rivendicando così la massima forza possibile per le convinzioni all'interno della matrice causale più generale della nostra storia personale nel suo complesso. Questo ci obbliga a cercare una scrupolosa coerenza di valore tra le nostre convinzioni. Ci obbliga anche a cercare l'autenticità nelle convinzioni che sono coerenti: dobbiamo trovare le convinzioni che hanno su di noi una presa abbastanza forte da giocare il ruolo di filtri quando subiamo la pressione di motivazioni rivali che provengono anch'esse dalle nostre storie personali. [...] La responsabilità ci obbliga a interpretare criticamente le convinzioni che sembrano inizialmente più attraenti o naturali – a cercare le interpretazioni e specificazioni di queste convinzioni inizialmente attraenti avendo in mente questi due obiettivi di integrità e autenticità». Ivi, 129 ss.

Del resto, la giustizia che viene richiesta come fine del diritto, la sua realizzazione nel concreto dell'esperienza di vita che viene affidata a chi argomenta intorno al diritto ed in particolare al giudice, è immagine dell'istanza di giustizia che l'individuo, attraverso il diritto, sperimenta nel suo relazionarsi con l'altro; una giustizia mai definitivamente realizzata e raggiunta ma eccedente l'esperienza concreta e la prassi giudiziaria che pure alimenta e promuove: in questo senso l'argomentazione, come giustificazione della pratica di giustizia, incarna e manifesta una dimensione etica.

3. L'ULTERIORITÀ DEL VALORE

Le riflessioni che ho sinora svolto, a partire dalla diade di Dworkin, pur nella rilettura critica che propongo, possono, a mio avviso, rappresentare un utile paradigma per misurare il relazionarsi dell'argomentazione giuridica con i valori che, al pari della verità, non sono particelle esistenti in natura e conoscibili, in termini di immutabilità e finitezza, secondo le categorie falsità/verità. Essi si pongono piuttosto come concetti interpretativi che richiedono condivisione ed accordo; sicché nel valore è presente una ulteriorità mai definitivamente concretizzabile nella prassi. Con lo sguardo rivolto al diritto, può dirsi che un valore giuridico non si può mai definitivamente rinchiudere in un principio espresso, quand'anche esso assume il livello e l'autorevolezza di un principio costituzionale, come avviene nelle costituzioni moderne, in quanto quel principio, nella sua formulazione e *posizione* normativa non ne è che la determinazione, concretizzazione storica, frutto di un accordo contingente ma che si apre ad una ulteriorità non solo in vista di una nuova determinazione ma anche nella sua interpretazione ed applicazione.

Lo esprime bene Alexy quando, adottando la ripartizione dei *concetti pratici* di von Wright, scandisce la distinzione tra i principi, «precetti di ottimizzazione» che appartengono al genere dei «concetti deontici» e quindi possono essere ricondotti ad «un concetto deontico di base, quello di obbligo o dover essere», dai valori che hanno natura di «concetti assiologici» per i quali «il concetto di base non è quello di obbligo o di dover essere, ma quello di bene», con la conseguenza che «La molteplicità dei concetti assiologici deriva dalla molteplicità dei criteri secondo i quali qualcosa può essere qualificato come buono»²³. Per questa sua natura il valore non può essere inteso come un oggetto, un «essere indipendente» o un «fatto morale», secondo la definizione di Scheler, portatore in sé di un significato concludente e la sua cognizione implica una valutazione, un giudizio attributivo di senso che consente di affermare che «Non gli oggetti ma i *criteri di valutazione* sono ciò che è da designare come 'valore'»²⁴.

23. R. Alexy (1994), trad. it. 2012, 162 ss.

24. Ivi, 167.

Ma questa distinzione attributiva di uno *status* precipuo al valore viene poi sfumandosi fino a scomparire quando Alexy, impegnato nella lettura della giurisprudenza costituzionale, giunge ad identificare i principi con i valori, riducendo la loro differenza «a un unico punto. Ciò che nel modello dei valori è ottimo *prima facie* è nel modello dei principi *prima facie* prescritto e ciò che nel modello dei valori è ottimo in senso definitivo, è nel modello dei principi definitivamente prescritto»²⁵. La identificazione dei valori con i principi avviene sul presupposto della loro capacità di presentarsi collidenti, sì da richiedere, al pari dei principi, pur nel diverso statuto normativo, un bilanciamento che non può giovare di una definizione preventiva della prevalenza di un valore nella forma gerarchica di un «ordine rigido» ma perviene ad un «ordine elastico» che prende forma non soltanto con la attribuzione di «preferenze *prima facie*» ma anche con il consolidarsi di una «rete di decisioni concrete»²⁶. Questa operazione non può non contemplare la dimensione soggettiva del decidere e, quindi, con la consapevolezza che «il bilanciamento non è una procedura che conduca, in ogni caso, necessariamente ad un unico risultato giusto», postula che la razionalità della decisione raggiunta è accettabile in quanto giustificata e solo come tale intersoggettivamente riconosciuta. Ma questo controllo di ragionevolezza che, come dirò in seguito, instaura la relazione del valore con l'argomentazione in generale ed in particolare con l'argomentazione giuridica, non è tale da risolvere il dubbio sulla praticabilità della piena sovrapposizione e della identificazione dei valori con i principi.

Avendo ben presente la teoria di Alexy, nella sua critica *metodologica* alla dottrina dell'«ordine dei valori» della Corte costituzionale federale tedesca, Habermas contrappone il «senso deontologico» dei principi al «senso teleologico» dei valori, le «aspettative generalizzate di comportamento» che i primi incarnano con una «pretesa binaria» di validità, alle «relazioni di preferenza» stabilite dai secondi tra beni condivisibili secondo un grado di *attrazione* e da ciò il suo rifiuto dell'«accomodante luogo comune» del bilanciamento dei principi secondo criteri di *ottimizzazione*²⁷. I valori pertanto giocano un ruolo soltanto nei *contesti di fondazione* del diritto che «addomestica per così dire i programmi e gli orientamenti di valore», ne regola la *immigrazione* nel tessuto normativo, non già nei *contesti di applicazione* dove le norme ed i principi assumono rilievo giustificativo proprio in ragione del loro carattere deontologico, in quanto «*universalmente vincolanti* e non soltanto *particolarmente preferibili*», sì da formare una «paratia antincendio» contro il bilanciamento

25. Ivi, 170 ss.

26. Ivi, 181. Per una lettura critica della relazione principi-valori che rifiuta di pervenire ad una *teoria* dei valori intendendoli piuttosto nella loro dimensione giustificativa dell'azione, cfr. M. Atienza, J. Ruiz Manero, 2004, spec. cap. iv.

27. J. Habermas (1992), trad. it. 1996, 302 ss.

arbitrario o *irriflesso* orientato a collocare valori antagonistici in un «ordine transitivo» privo di «criteri razionali»: «Nell'applicare sia i principi sia le norme il problema è quello di evitare i vuoti di razionalità»²⁸.

La tesi di Habermas della non inerenza dei valori ai *contesti di applicazione* potrebbe essere smentita da una lettura della prassi giurisprudenziale ma vale a sottolineare l'impossibilità di procedere ad un bilanciamento tra valori che si presentano nella loro componente teleologica con caratteri di assolutezza non passibili di un'applicazione parziale. Pur non giungendo alla «tirannia dei valori» schmittiana, può dirsi che il riferimento ai valori implica un giudizio sulla loro verità, una opzione che impegna l'interprete, per ritornare alla diade di Dworkin, in un percorso giustificativo, il luogo dell'argomentazione giuridica, in cui l'interprete fa esperienza della contiguità del diritto con la morale. Certo questa contiguità è più immediatamente intellegibile nella *Sonderfallthese* di Alexy ma essa caratterizza ogni prospettiva argomentativa che, pur critica nei confronti di quella tesi, riconosca la non oggettualità del valore ed il suo porsi come *concetto interpretativo*.

Sicché non sorprende ritrovare nel *secondo* MacCormick, più sensibile al carattere *pratico* del ragionamento giuridico e più vicino alle posizioni di Dworkin ed al proceduralismo di Habermas ed Alexy, che il tema problematico rilevante nell'argomentazione giuridica sia la coniugazione tra l'autonomia del ragionamento morale e l'eteronomia del ragionamento giuridico che porta inevitabilmente, come suo presupposto, una pregiudiziale concezione di giustizia di cui si rivendica la realizzazione²⁹. L'argomentare giuridico è chiamato perciò a misurarsi con una pluralità di valori «imperfettamente commensurabili» che sono sottesi al diritto, assumendo un approccio di tipo *persuasivo*, non *dimostrativo* orientato all'universalizzazione che, scevra da ogni carattere quantitativo, si distingue dalla generalizzazione, non è graduabile ed orienta la decisione pratica anche in casi assolutamente unici, come quello paradigmaticamente esaminato da MacCormick in cui i giudici sono stati chiamati a pronunciarsi in merito alla legittimità dell'operazione subita da due gemelline siamesi che avrebbe portato alla morte di una di esse per salvare l'altra³⁰.

4. L'IMPEGNO NELL'ARGOMENTAZIONE GIURIDICA

Ancora più evidente mi sembra questo discorso nella teoria dell'argomentazione di Atienza che, pur prendendo le distanze da Alexy³¹, è consapevole che

28. Ivi, 308 ss.; ivi, 310.

29. N. MacCormick, 2007, 245 ss.

30. N. MacCormick, 2005, 90-5. A partire dallo stesso caso, si vedano anche le riflessioni sui rapporti e le analogie tra ragionamento giuridico e morale sviluppate in N. MacCormick, 2008, cap. 10.

31. Cfr. sul punto A. Abignente, 2012, 6 ss.

«uno degli aspetti – forse il più difficile – dell'approccio del diritto come argomentazione consiste nell'offrire una ricostruzione soddisfacente del ragionamento giuridico che dà conto dei suoi elementi morali e politici; o, detto in altri termini, delle peculiarità del ragionamento giuridico all'interno dell'unità della ragion pratica»³². La contiguità del diritto con una morale di ragione, la *incorporazione* di valori morali, costituisce una vena carsica che attraversa l'intera sua opera, emergendo esplicita in alcuni tratti fino alla formulazione della nota tesi dell'*oggettivismo morale minimo*:

Che la giustificazione giuridica abbia sempre, in ultima analisi, un carattere morale e che, pertanto, le ragioni giuridiche siano subordinate a quelle morali, dipende da un principio fondamentale del ragionamento pratico, vale a dire, che si tratta di un ragionamento unitario il che impedisce la sua disintegrazione e rende possibile lo svolgimento della sua funzione di risoluzione dei conflitti pratici. [...] Detto in altra forma, un oggettivismo morale minimo è una condizione necessaria per dar senso all'argomentazione giudiziale e in generale all'argomentazione giuridica. Ossia se ogni giustificazione giuridica è in ultima istanza (o presuppone) una giustificazione morale, allora se non fosse possibile una giustificazione morale in senso stretto (se i giudizi morali non contenessero una pretesa – obiettiva – di correttezza) non sarebbe possibile neanche una giustificazione giuridica³³.

Ma è soprattutto nella riflessione intorno alla dimensione *materiale* dell'argomentazione che prende forma e consistenza quella pretesa *obiettiva* di correttezza incrociando, a mio avviso, la diade responsabilità/verità di Dworkin da cui ho preso le mosse. Lungi dall'assumere una posizione meramente cognitivista, Atienza si sofferma sul «contenuto di verità» delle premesse assunte a base dell'argomentazione, rileggendo i «topici» aristotelici nel loro grado di *generalità variabile*, come «sostegno o come garanzia di un argomento»³⁴, in una prospettiva che supera il mero cognitivismo teorico per aprirsi alla dimensione pratica che reca in sé ineludibile l'*impegno*, l'«attitudine pratica» di chi argomenta nella interazione tra «contesto di scoperta» e «contesto di giustificazione»³⁵ che chiama in causa, in un certo senso, la circolarità delle concezioni ermeneutiche.

La *premessa pratica* dell'argomentazione giuridica che, seguendo Raz, Atienza definisce «ragione operativa» del ragionamento «è una norma o un valore, cioè, entità oggettive nel senso che non possono essere viste come l'espressione di desideri (preferenze o interessi) individuali o collettivi degli

32. M. Atienza (2006), trad. it. 2012, 47 ss.

33. Ivi, 259 ss.

34. Ivi, 190-1, dove Atienza riprende la terminologia di Toulmin.

35. Ivi, 202 ss.

agenti»³⁶ e tale da conseguire validità in conseguenza di una giustificazione che, pur presente nei diversi *giochi argomentativi* del legislatore, della amministrazione o degli avvocati, è *centrale* nell'argomentazione giudiziaria dove il diritto non può assumere carattere strumentale ma, per obblighi istituzionali, si presenta come «un fine in sé»³⁷. Significativamente, nel percorrere questo sentiero della necessaria argomentazione e giustificazione delle premesse-ragioni operative, Atienza sottolinea che le ragioni adducibili non consistono in meri *enunciati* linguistici ma nei loro contenuti proposizionali, in «ciò che gli enunciati significano, ciò che fa sì che essi possano essere considerati come corretti o veri»³⁸: una chiarificazione da tener presente nel riferimento ai valori che spesso, come dirò in seguito, viene operato dalla giurisprudenza in termini prettamente nominalistici e non contenutistici.

Se la *verità* dei valori in cui, rispetto alle norme, prevale l'*elemento giustificativo* rispetto alla *direttiva di condotta*³⁹ è predicabile solo all'esito di un'azione, espressione della «pratica sociale complessa» in cui consiste il diritto⁴⁰, che assume funzione validante, attributiva di significato, di *rilevanza*, *peso* o *forza* dei valori assunti a premessa dell'argomentazione, non può trascurarsi che nell'offrire le ragioni della sua scelta chi argomenta partecipa, è coinvolto in questa giustificazione e nella necessaria graduazione; si *impegna*⁴¹ con quelle ragioni, le *accetta* in prima persona⁴² con ciò rivelando quel carattere di responsabilità da cui ho preso le mosse. Responsabilità coerente e conseguente ad una storia costruita nell'esperienza etica che viene riletta nella contestualità culturale e sociale; reca come ineludibile il confronto con una morale di ragione ancor prima che con una morale positiva o sociale, rivelando sul piano della decisione contingente la unitarietà del ragionamento pratico in cui quello giuridico, pur portatore di autonome istanze istituzionali e sistematiche, si iscrive⁴³.

Questo modo di intendere l'argomentazione giuridica, letto anche nel prisma dell'incontro con i valori, è a mio avviso sintonico con quel concetto di responsabilità come *virtù* che ho esaminato in Dworkin e che consente di

36. Ivi, 208.

37. Ivi, 211.

38. Ivi, 212.

39. Ivi, 227.

40. Ivi, 223.

41. Afferma Atienza: «L'atteggiamento di chi effettua un ragionamento teorico o un ragionamento pratico non ha un carattere ipotetico (non si tratta del *se* le premesse sono vere, etc., *allora* anche la conclusione deve avere questo valore) ma qui ci troviamo di fronte ad un atteggiamento di impegno», a differenza di ciò che avviene nella dimensione *formale* dell'argomentazione. Ivi, 200.

42. Ivi, 207 e 219.

43. Su questo aspetto, nel dialogo con le posizioni di Nino, ivi, 254 ss.

ritrovare quella giustificazione razionale della verità, dinamica e progressiva, coinvolgente la soggettività del proponente filtrata nel setaccio della moralità dell'agire, qui intesa non in un senso prettamente soggettivo o astrattamente normativo ma commisurata ad una morale di ragione esperita, nella contingenza storica, culturale, sociale, nel suo relazionarsi al diritto.

5. LA GIURISPRUDENZA DI FRONTE AL VALORE

La diade responsabilità/verità può valere anche come criterio di lettura della relazione che si instaura tra argomentazione giuridica e valori nella concretizzazione giurisprudenziale. Un primo esame delle sentenze dei giudici di merito e dello stesso giudice di legittimità, a cui in particolare riferirò le mie considerazioni, rivela molto spesso che il ricorso ai valori non è giustificato da un'analisi risolutiva della polisemia ed a volte ambiguità del termine ma si risolve in un richiamo, a mo' di chiave di chiusura del ragionamento, che lascia acriticamente indifferenziati i valori, letti nella loro portata enunciativa più che contenutistica, integrando anche fallacie argomentative di tipo contenutistico, nello sgravio dell'interprete dall'assunzione di un impegno di fronte al valore, e di tipo retorico, nell'astensione dell'interprete da un'argomentazione intorno alla validità ed alla verità del valore preso in considerazione⁴⁴.

Ma andando più a fondo nell'indagine emerge che non sempre il giudice può sottrarsi dal declinare, nella decisione del caso, il connubio tra responsabilità e verità di cui ho detto in precedenza. È il caso paradigmatico della interpretazione – o si potrebbe dire meglio concretizzazione – delle cd. *clausole generali* e delle *norme elastiche* in cui l'enunciato normativo di per sé si rivela incompleto. È una categoria ben nota in dottrina ed anche in giurisprudenza e non è questo certo il luogo per ripercorrere il dibattito che si è sviluppato intorno ad essa. Ma per significare la operatività del binomio responsabilità/verità mi limiterò a riportare un caso giurisprudenziale.

In uno dei ricorrenti casi in cui è stata chiamata a pronunciarsi sulla validità del licenziamento del lavoratore per giusta causa e quindi si è trovata a fare i conti con quelle norme elastiche «di variabile contenuto assiologico, che richiedono all'interprete giudizi di valore su regole o criteri etici o di costume»⁴⁵, la Cassazione ha enunciato un principio significativo e rilevante: l'applicazione di norme elastiche non si riduce in un giudizio di carattere «meramente cognitivo» ma si articola in un procedere bifasico in cui il momento descrittivo dell'enunciato è integrato da un'opzione valutativa che viene ad integrare la norma da applicare. Ed in questa prospettiva la verità del valore al cui accertamento il giudice non può rimanere estraneo si spoglia di

44. Sulle fallacie materiali e pragmatiche, tra queste ultime le fallacie retoriche, ivi, 290 ss.

45. Corte di Cassazione, 14 marzo 2013, n. 6501.

ogni criterio oggettualistico: il valore non è un dato conoscibile in modo definito e definitivo ma la verifica della sua verità passa attraverso l'intervento interpretativo del giudice.

Afferma la Corte che «interpretare un testo normativo non vuol dire descrivere ciò che esso rivela, ma ascrivere ad esso un contenuto semantico, che non si trova già preconfezionato nella norma, ma ha bisogno dell'opera dell'interprete che lo sceglie – appunto – tra i molteplici significati possibili attraverso un procedimento dialettico in cui norma, fattispecie astratta e fatto interagiscono»⁴⁶. In questa prospettiva, la Corte afferma significativamente che l'«operazione valutativa» del giudice di merito non è *questione di fatto*, incensurabile davanti al giudice di legittimità, ma *questione di diritto* che ben può costituire oggetto del giudizio di Cassazione perché «ogni qual volta un giudizio apparentemente di fatto si risolva, in realtà, in un giudizio di valore [...] si è in presenza di una interpretazione di diritto in quanto tale attratta nella sfera d'azione della Corte Suprema»⁴⁷. Ed è ancora da sottolineare che la Corte rilegge su questo presupposto la funzione nomofilattica del giudice di legittimità, «la ricerca di un'armonizzazione tra diversi enunciati affinché nel loro insieme “facciano sistema” ossia stabiliscano condizione di base di una uniforme interpretazione giurisprudenziale, valore servente rispetto a quello, primario, dell'uguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge (o *rectius* di fronte al diritto)».

Si intravede in queste affermazioni l'esercizio di una valutazione critica del valore coinvolgente la personalità dell'interprete e quindi il suo impegno. Un collegamento che diviene ancor più esplicito nei casi in cui la giurisprudenza s'imbatta in temi caldi e problematici, come quando è chiamata a pronunciarsi sui diritti risarcitori rivendicati per lesioni ai beni fondamentali o potremmo dire ai valori primari della persona. In questi casi non viene considerata come oggetto di tutela la materialità di un corpo, quasi si trattasse di una macchina, sia pure biologica, ma il valore che dà significato e sostanza all'essere persona. Esso, nella pluralità delle sue espressioni e dei suoi contenuti, non si presenta come un *dato* definito ed immutabile ma di volta in volta chiede un processo di accertamento, di verifica, di accertamento della sua verità. Il valore si rivela così intimamente connesso alla “fatticità” delle situazioni concrete, può esistere nel caso concreto ma può anche non esistere ed è questo processo di accertamento che assicura il collegamento tra verità ed argomentazione⁴⁸. Fermarsi

46. *Ibid.*

47. *Ibid.*

48. Mi sembra significativa in proposito un'affermazione di Habermas: «Infatti la ferita aperta nella prassi quotidiana da una pretesa di verità divenuta problematica dev'essere sanata in discorsi che non possono venir troncati una volta per tutte da evidenze “schiaccianti” o da argomentazioni “cogenti”. È vero che le pretese di verità non si possono *riscattare* nei discorsi, ma soltanto con le argomentazioni noi possiamo *convincerci* della verità di enunciati problematici.

sulla soglia di questa *fatticità* senza varcarla significa scegliere di non impegnarsi, restare nell'equivocità del valore, invocandone un'universalità che nega una valutazione caso per caso, significa ridurre il valore a mera retorica ed il suo argomentativo a mera persuasione.

Questo processo asseverativo è particolarmente evidente quando i giudici si interrogano sul valore della vita e della morte, chiamati a pronunciarsi, come è avvenuto di recente in modo ricorrente, su questioni di *fine vita* ma anche di *inizio vita*, sulla tutela degli embrioni o di quelle situazioni soggettive che meritano riconoscimento già dal concepimento.

Recentemente, in una sentenza che è destinata ad aprire un intenso dibattito, la Cassazione, chiamata a risolvere una delicata questione in ordine al *consolidamento* del diritto al risarcimento del danno in prossimità dell'evento morte, si è interrogata sul «valore persona» e sulla sua violazione rifuggendo da approcci meramente nominalistici, chiamando in causa l'importanza del discernimento giudiziale giustificato da una motivazione che lo renda intelligibile nella salvaguardia della «personalizzazione» del danno e del conseguente risarcimento ma, al tempo stesso, della universalizzabilità dei criteri adottati per rispondere a principi di «parità di trattamento» e di «prevedibilità della decisione». Si potrebbero cogliere molti passaggi dell'ampia sentenza in cui è dato leggere lo stretto collegamento del diritto con la dimensione etica e morale, specie nell'ampio *excursus* sulla rilevanza del danno cd. *esistenziale* che «si sostanzia nello sconvolgimento dell'esistenza rivelato da fondamentali e radicali cambiamenti dello stile di vita, in scelte di vita diversa»⁴⁹, con ciò volgendo lo sguardo alla particolarità dell'esperienza di vita individuale nella sua dimensione relazionale e sociale. Ma vi è soprattutto un passaggio significativo della motivazione che rileva nella mia riflessione: la Corte, all'esito di un'analitica ricostruzione degli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali consolidatisi in ordine all'insorgenza ed alla tutela del danno cd. *tanatologico*, nella distinzione tra il riconoscimento del bene o, potrebbe anche dirsi, valore «vita» ed il bene o valore «salute», richiama quell'orientamento inteso a sottolineare che «le categorie giuridiche non costituiscono un dato oggettivo esistente in *rerum natura*» e che «non essendo entità oggettive né costituendo *a priori* concettuali ben possono le categorie essere dall'interprete poste 'in qualunque momento in discussione' e ciò 'al di là della forza attrattiva di sedimentazioni storiche che ci conducono ad utilizzare certi paradigmi'»⁵⁰ e lo fa proprio affermando che «le categorie dogmatiche create e poste dagli interpreti a base dell'argomentare non possono divenire delle 'gabbie argomentative' di cui risulti impossibile

Convincente è ciò che noi possiamo accettare come razionale». J. Habermas (2005), trad. it. 2007, 51.

49. Corte di Cassazione, 23 gennaio 2014, n. 1361, 34.

50. Ivi, 82.

liberarsi anche quando conducano ad un risultato interpretativo non rispondente o addirittura in contrasto con il prevalente sentire sociale, in un determinato momento storico»⁵¹.

L'opzione ermeneutica si traduce nella valutazione assiologica della vita, «bene supremo dell'uomo», e della morte che «ha per conseguenza la perdita non già solo di qualcosa bensì di tutto; non solamente di uno dei molteplici beni, ma del bene supremo della vita; non già di qualche effetto o conseguenza, bensì di tutti gli effetti e conseguenze, di tutto ciò di cui consta(va) la vita della (di quella determinata) vittima e che avrebbe continuato a dispiegarsi in tutti i molteplici effetti suoi propri se l'illecito non ne avesse causato la soppressione»; sicché il danno subito dalla vittima di un fatto illecito merita risarcimento, sul piano civilistico, anche se costituisce un'eccezione alla categoria dogmatica del *danno conseguenza*, atteso che la vittima non è in grado di patire consapevolmente le sofferenze del danno subito⁵².

Questo procedere argomentativo, peraltro consueto nella giurisprudenza della terza sezione civile della Corte di Cassazione, rivela un corretto approccio critico alla verità del valore, emancipatosi dalla ricerca dei *moroni* e, ad un tempo, il coinvolgimento e l'impegno dell'interprete che in questo processo mette in gioco la sua responsabilità non soltanto giuridica ma intrisa di una evidente connotazione etica nell'assicurare l'appropriata ed effettiva tutela di quel valore.

La diade verità/responsabilità si rivela in questo modo nell'argomentazione giuridica intorno ai valori: la *scelta* ineludibile dell'interprete, setacciata dal *filtro* di cui parla Dworkin e razionalmente giustificata, è garanzia della singolarità e particolarità del valore ma, al tempo stesso, ne predica l'universalizzabilità come *telos* necessariamente perseguibile seppur mai definitivamente raggiunto.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

ABIGNENTE Angelo, 2012, «Argomentazione giuridica». In *Atlante di Filosofia del Diritto. II*, a cura di Ulderico Pomarici, 1-36. Giappichelli, Torino.

51. Ivi, 88.

52. Ivi, 98. In apertura del passaggio riportato, nell'enunciare il principio di diritto, viene affermato: «La perdita della vita va ristorata a prescindere dalla consapevolezza che il danneggiato ne abbia, anche in caso di morte c.d. immediata o istantanea, senza che assumano pertanto rilievo né il presupposto della persistenza in vita per un apprezzabile lasso di tempo successivo al danno evento né il criterio dell'intensità della sofferenza subita dalla vittima per la coscienza e lucida percezione dell'ineluttabile sopraggiungere della propria fine. Il diritto al ristoro del danno da perdita della vita si acquisisce dalla vittima istantaneamente al momento della lesione mortale, e quindi anteriormente all'*exitus*, costituendo ontologica, imprescindibile eccezione al principio dell'irrisarcibilità del danno-evento e della risarcibilità dei soli danni-conseguenza».

- ALEXY Robert, 1994, *Theorie der Grundrechte*. Suhrkamp, Frankfurt am Main (trad. it. *Teoria dei diritti fondamentali*, il Mulino, Bologna 2012).
- ATIENZA Manuel, 2006, *El derecho como argumentación*. Ariel, Barcelona (trad. it. *Diritto come argomentazione. Concezioni dell'argomentazione*, Editoriale Scientifica, Napoli 2012).
- ATIENZA Manuel, RUIZ MANERO Juan, 2004, *Las Piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Ariel, Barcellona.
- DWORKIN Ronald, 2011, *Justice for Hedgehogs*. The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge (Mass.)-London (trad. it. *Giustizia per i ricci*. Feltrinelli, Milano 2013).
- FERRARIS Maurizio, 2012, *Manifesto del nuovo realismo*. Laterza, Roma-Bari.
- FERRARIS Maurizio, DE CARO Mario, 2012, *Bentornata realtà. Il nuovo realismo in discussione*. Einaudi, Torino.
- HABERMAS Jürgen, 1992, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Suhrkamp, Frankfurt am Main (trad. it. *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Guerini e Associati, Milano 1996).
- ID., 2005, *Zwischen Naturalismus und Religion. Philosophische Aufsätze*. Suhrkamp, Frankfurt am Main (trad. it. *La condizione intersoggettiva*, Laterza, Roma-Bari 2007).
- MACCORMICK Neil, 2005, *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*. Oxford University Press, Oxford.
- ID., 2007, *Institutions of Law. An Essay in Legal Theory*. Oxford University Press, Oxford.
- ID., 2008, *Practical Reason in Law and Morality*. Oxford University Press, Oxford.