

## Robert Alexy e la “svolta argomentativa” nella filosofia del diritto contemporanea\*

1. Ritengo che Robert Alexy sia uno dei grandi teorici del diritto degli ultimi tempi. Ho avuto la fortuna di accostarmi a lui e alla sua opera da oltre vent'anni. Nel 1989 infatti tradussi in spagnolo una delle sue opere più importanti, la *Teoria dell'argomentazione giuridica*<sup>1</sup>, e credo di avere contribuito in una qualche misura (cosa per la quale nutro un certo orgoglio) al grande successo di cui ha goduto la sua opera nel mondo di lingua spagnola. Un successo non confinato al mondo accademico, ma esteso a quello della pratica del diritto, in particolar modo ai magistrati. Ad esempio, la formula della ponderazione di Alexy è oggi di uso comune nella giurisprudenza latinoamericana. Direi addirittura che talora se ne fa un uso perfino eccessivo, immotivato. Questioni giuridiche che potrebbero essere risolte facendo ricorso a strumenti argomentativi per così dire più sobri in questi paesi vengono decise da tribunali sulla base di motivazioni lunghissime, nelle quali non solo si mette in atto una ponderazione secondo lo schema di Alexy, ma si espone anche dettagliatamente la teoria, probabilmente con l'intenzione di far passare l'idea che vi sia un alto livello di preparazione teorica dei giudici (e degli specialisti, consulenti legali dei giudici) autori della sentenza. Ma di questa pratica, come appare ovvio, il responsabile non è Alexy.

2. Credo di poter affermare che il mio approccio alla teoria del diritto è sempre stato argomentativo. Ciò che accese la mia vocazione filosofica (e filosofico-giuridica) fu la lettura, nella mia adolescenza, di alcuni dei dialoghi di Platone. Successivamente (durante i miei studi di diritto) mi interessai alla logica formale e, in effetti, uno dei miei primi lavori fu uno studio sulla logica giuridica del messicano Eduardo García Márquez. Inoltre, nella formazione della mia concezione del diritto giocò un ruolo molto importante, direi determinante, il contatto con l'opera di Carlos Alchourrón ed Eugenio Bulygin, e

\* Traduzione di Pietro Denaro.

1. R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen juristischen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1991<sup>2</sup> (1<sup>a</sup> ed. 1978) (trad. it. *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, a cura di M. La Torre, Giuffrè, Milano 1998).

dunque con la logica deontica. Verso la fine degli anni Settanta studiai a fondo il *Trattato dell'argomentazione* di Olbrechts-Tyteca e Perelman<sup>2</sup>, grazie al quale, in qualche modo, riequilibrarai i miei interessi tra logica formale e logica non formale. Cosicché si potrebbe dire che mi è sempre stato chiaro che lo studio dell'argomentazione giuridica doveva combinare tradizioni differenti: se si vuole, che l'argomentazione giuridica non era soltanto una questione di logica, ma anche di ragione pratica. Negli ultimi trent'anni ho scritto un certo numero di lavori in materia di argomentazione giuridica. Se li si guarda dalla prospettiva di oggi, credo che riproducano un certo ordine. In effetti cominciai con l'interessarmi a uno specifico argomento giuridico, l'analogia, sul quale scrissi un libretto a metà degli anni Ottanta<sup>3</sup>. Successivamente, nel 1991, pubblicai un libro dal titolo *Las razones del derecho*<sup>4</sup>, nel quale tentavo di dare conto delle teorie dell'argomentazione giuridica più significative del xx secolo e tracciavo anche le linee di un progetto futuro, ossia definire gli elementi per costruire una teoria pienamente compiuta dell'argomentazione giuridica. A partire da allora, il mio lavoro ha tentato di conciliare la teoria e la pratica e di vincolarle entrambe all'insegnamento dell'argomentazione giuridica. In questo modo ho via via costruito questa teoria e nel 2006 ho pubblicato quella che considero la sua parte generale: *El derecho como argumentación*<sup>5</sup>. Ho condotto moltissimo "lavoro sul campo", dedicato allo studio di specifici argomenti (nell'ambito del diritto, ma anche in quello della morale e della politica). In particolare mi sono interessato allo studio delle fallacie argomentative, ossia i cattivi argomenti che sembrano buoni, sulle quali ho pubblicato un libro che contiene l'analisi di quasi un centinaio di fallacie tratte dal dibattito dei media spagnoli su svariati temi di attualità, molti connessi alla bioetica<sup>6</sup>. La mia preoccupazione per l'insegnamento dell'argomentazione giuridica si è tradotta non soltanto nell'impartire corsi universitari, bensì anche nel prendere parte a moltissimi corsi per la formazione dei giudici, tanto in Spagna come in America Latina. A mio giudizio, uno dei dati più rassicuranti per il teorico del diritto al principio del xxI secolo è l'enorme interesse che i pratici del diritto avvertono per la teoria, quando questa fa lo sforzo di accostarsi alla pratica; sulla base della mia esperienza, la visione argomentativa del diritto è quella che consente in maggiore misura (e con migliori frutti) questo accostamento.

2. C. Perelman, L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, 2 voll., PUF, Paris 1958 (trad. it. di C. Schick, M. Mayer, E. Barassi, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, prefazione di N. Bobbio, Einaudi, Torino 1966).

3. M. Atienza, *Sobre la analogía en el derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*, Civitas, Madrid 1986.

4. Id., *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1991.

5. Id., *El derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona 2006.

6. Id., *La guerra de las falacias*, Librería Compass, Alicante 2010.

3. Nel libro *Las razones del derecho*, al quale prima facevo riferimento, e che era volto a esporre in maniera critica le diverse concezioni dell’argomentazione giuridica del xx secolo, tracciavo una distinzione, che credo abbia riscosso una certa fortuna, tra quelli che definivo “i precursori dell’argomentazione giuridica” degli anni Cinquanta – cioè Viehweg con la sua topica, Perelman con la nuova retorica, Toulmin con la *working logic* – e quella che denominavo la teoria standard, che si sviluppa a partire dagli anni Settanta e che ha come principali rappresentanti MacCormick, Alexy, Aarnio, Peczenik e Wróblewski.

Nel mio libro l’analisi della teoria standard si incentra sulle opere di MacCormick (l’autore di *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*<sup>7</sup>) e di Alexy, che venivano considerate sostanzialmente coincidenti. I due autori, scrivevo allora, hanno percorso il medesimo cammino, ma in due direzioni opposte: MacCormick prende le mosse dalle argomentazioni o giustificazioni delle decisioni così come di fatto presentate nelle decisioni dei giudici e, a partire da queste, elabora una teoria dell’argomentazione giuridica che finisce per considerare come parte di una teoria generale dell’argomentazione pratica. Alexy, al contrario, prende le mosse da una teoria dell’argomentazione pratica generale applicata al campo del diritto. Il risultato cui giunge la tesi centrale della sua teoria consiste nel considerare il discorso giuridico come un caso speciale del discorso pratico generale. Entrambi gli autori, d’altro canto, si propongono di elaborare non semplicemente una teoria normativa dell’argomentazione giuridica, bensì anche una teoria con propositi analitici e descrittivi. I punti di convergenza, tanto sotto il profilo normativo quanto sotto quello analitico e descrittivo, sono manifesti e direi finanche che si sono accentuati nell’ultimo MacCormick che, come è risaputo, si è spostato da una posizione prossima a quella di Hart a un punto di vista post-positivistico, più vicino a quello di Dworkin (e di Alexy).

Mi sembrò allora, come oggi, che la teoria di Alexy (il quale ha continuato a svilupparla in relazione a diversi aspetti, in particolare la ponderazione, il più importante di tutti) fosse e sia fondamentalmente riuscita, e che si trattò di un punto di partenza solido per chi voglia lavorare in questo campo. Tuttavia vi erano anche alcune critiche (si parla degli inizi degli anni Novanta) che le potevano essere rivolte (e che di fatto le furono rivolte) e delle quali, seppur brevemente, voglio occuparmi in questa sede.

Seguendo lo schema utilizzato dallo stesso Alexy<sup>8</sup>, queste critiche possono essere indirizzate vuoi alla teoria del discorso in quanto tale vuoi alla tesi che la teoria dell’argomentazione sia un caso speciale del discorso pratico generale. Riguardo al primo tipo di critiche, oltre a quelle che si propongono di mettere in discussione l’applicabilità o l’utilità della teoria, se ne identificano altre quattro

7. N. MacCormick, *Legal Theory and Legal Reasoning*, Clarendon Press, Oxford 1978 (trad. it. *Teoria del ragionamento giuridico e teoria del diritto*, a cura di V. Villa, Giappichelli, Torino 2000).

8. Alexy, *Teoria dell’argomentazione giuridica*, cit., pp. 245 ss.

che puntano, rispettivamente: 1. all'idea che la verità o correttezza degli enunciati sia qualcosa da determinare nell'ambito di un procedimento (quello del discorso razionale); 2. all'idea che a fondamento degli enunciati teorici e soprattutto pratici vi sia essenzialmente un procedimento comunicativo o dialogico; 3. all'enfasi che la concezione discorsiva pone sulla nozione di consenso; 4. al fondamento delle regole del discorso razionale. In relazione al secondo tipo di critiche, cioè quelle rivolte alla tesi del caso speciale, si individuano una critica concettuale, una critica che si incentra sulla portata pratica della teoria e una critica ideologica. Qui, brevemente, mi soffermerò soltanto su queste ultime tre critiche.

Quella di carattere concettuale si riferisce tanto a una certa ambiguità della tesi centrale di Alexy (a seconda che si ponga l'accento o sulla nozione di caso o sulla sua qualificazione di caso speciale o che si parli di argomentazione giuridica o discorso giuridico in un senso più o meno ampio) quanto, soprattutto, alla portata della nozione di "pretesa di correttezza". In relazione a quest'ultima, sono stati sollevati dubbi: 1. circa la possibilità che questa pretesa possa essere attribuita alle argomentazioni avanzate dalle parti in un processo<sup>9</sup>; 2. circa la possibilità che tanto l'argomentazione dogmatica quanto quella giudiziale soddisfino la tesi del caso speciale, considerato che le stesse sono limitate dal diritto positivo (che può contenere norme ingiuste); 3. circa la possibilità di inferire dall'esistenza di una pretesa di correttezza nelle decisioni giuridiche – ad esempio, nelle decisioni giudiziali – che le regole del discorso siano state rispettate anche nel processo che le ha prodotte, come invece vorrebbe Alexy<sup>10</sup>; 4. circa il fatto che Alexy non avrebbe distinto con sufficiente chiarezza tra il discorso volto a giustificare una norma e il discorso volto ad applicarla; quest'ultimo (il discorso giuridico) non si caratterizzerebbe per l'esistenza di una pretesa di correttezza (che semplicemente si presuppone), bensì per la pretesa del carattere appropriato dell'applicazione<sup>11</sup>; 5. circa il fatto che il modello della razionalità discorsiva spiegherebbe soltanto quello che Habermas ha chiamato diritto come *istituzione*, vale a dire quello che regola le sfere di attività del mondo della vita, ma non il diritto come *mezzo*, cioè le regolamentazioni giuridiche che organizzano i sottosistemi dell'economia, dello Stato o dell'amministrazione pubblica<sup>12</sup>.

Quanto alla portata della teoria (ovviamente in stretta connessione con le

9. Cfr. U. Neumann, *Juristische Argumentationslehre*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt 1986.

10. K. Tuori, *Discourse Ethic and the Legitimacy of Law*, in "Ratio Juris", 2, 2, 1989, pp. 125-43.

11. K. Günther, *Normative Conception of Coherence for a Discursive Theory of Legal Justification*, in "Ratio Juris", 2, 2, 1989, pp. 155-66.

12. J. Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Bd. 1, *Handlungsrationale und gesellschaftliche Rationalisierung*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1981 (trad. it. *Teoria dell'agire comunicativo*, il Mulino, Bologna 1986).

precedenti critiche) si possono segnalare quattro obiezioni: 1. non è chiaro se il modello di Alexy consenta di integrare adeguatamente la razionalità discorsiva con criteri di razionalità strategica; 2. il progresso verso una razionalità più diaologica che, in linea di principio, sembrerebbe presupporre una teoria come quella di Alexy (rispetto a quella di MacCormick e al suo – monologico – requisito dello “spettatore imparziale”) potrebbe essere più apparente che reale, dal momento che Alexy riconosce che il procedimento discorsivo non può normalmente realizzarsi nella pratica, bensì si realizza, in via ipotetica, nella mente di una persona (e in questo caso il vantaggio legato all’idea di spettatore imparziale può svanire); 3. il criterio per misurare la razionalità o la giustificabilità delle decisioni giuridiche potrebbe risultare allo stesso tempo troppo ampio o troppo stretto: troppo ampio, poiché i criteri sono più che altro di carattere formale e flessibili, di modo che ciò che normalmente accadrà innanzi a un caso difficile sarà che le diverse soluzioni proposte superino questi criteri; troppo stretto, poiché si può dubitare che in molti casi siano rispettate regole quali quella della considerazione reciproca degli interessi di tutti i soggetti coinvolti, l’esigenza di sincerità o l’obbligo di citare i precedenti o di utilizzare gli argomenti dogmatici; 4. quanto precedentemente osservato solleva dubbi riguardo ai contributi di questa teoria sul piano analitico e descrittivo e porta a interpretarla piuttosto come una teoria prescrittiva: il discorso giuridico non sarebbe un caso speciale del discorso pratico generale, bensì quest’ultimo diventerebbe semplicemente il punto di riferimento in base al quale si può, e si deve, valutare il primo.

Infine, le critiche di carattere ideologico si riferiscono al rischio che la teoria possa contribuire a giustificare, in maniera acritica, un determinato modello di diritto: quello dello stato democratico e costituzionale. Questi rischi ideologici derivano: 1. dal fatto che, sebbene l’individuazione delle regole del discorso pratico generale sia compiuta inequivocabilmente da una prospettiva prescrittiva, quando si passa al discorso giuridico la prospettiva diviene essenzialmente descrittiva: le regole della ragione giuridica sarebbero quelle tradizionali del metodo giuridico<sup>13</sup>; 2. dall’idealizzazione di alcune delle istituzioni centrali del diritto moderno, quali la dogmatica o il processo<sup>14</sup>; 3. dal fatto che Alexy non sembra prendere in considerazione la possibile esistenza di casi tragici nel diritto, cioè casi per i quali non vi è alcuna risposta corretta e 4. dal fatto che difendendo una connessione necessaria tra diritto e morale si rischia di attribuire al giuridico un significato encomiastico in modo arbitrario.

4. Considerando le precedenti critiche dalla prospettiva odierna (cioè un paio di decenni dopo), la mia opinione è che Alexy può farvi fronte con un conside-

13. L. Gianformaggio, *Il gioco della giustificazione. Osservazioni in margine ad una teoria procedurale dell’argomentazione giuridica*, in “Materiali per una Storia della cultura giuridica”, 14, 2, 1984, pp. 475-504.

14. *Ibid.*

revole successo. E ciò poiché, in gran misura, quelle critiche hanno il senso di rendere manifesta l'esistenza di carenze dovute al mancato sviluppo della teoria, piuttosto che a inadeguatezze di carattere oggettivo, intrinseco. Infatti il lavoro che egli presentava nel 1978 (anno della prima edizione della sua *Teoria dell'argomentazione giuridica*) non poteva essere una teoria completa dell'argomentazione giuridica, poiché Alexy non disponeva ancora di tutti gli ingredienti necessari per questo risultato. Infatti, non avevano ancora visto la luce (o esistevano soltanto a livello embrionale): una teoria dei principi (come tipo di norma contrapposta alle regole) come mandati di ottimizzazione; una teoria dei diritti fondamentali e della ponderazione che, per l'appunto, presuppongono la nozione di principio giuridico; una concezione non positivistica del diritto, fondata sull'idea che il concetto di diritto contiene, oltre a una dimensione autoritativa, anche un elemento ideale, una "pretesa di correttezza" che in ultima analisi è ciò che porta l'autore a sostenere che esiste una connessione di tipo concettuale tra diritto e morale.

Per il resto, si deve sottolineare che il lavoro teorico condotto da Alexy in questi ultimi anni in realtà è un approfondimento delle idee che già si trovavano nella sua feconda opera del 1978. Si può affermare che Alexy non appartenga alla stirpe degli autori che, a un certo momento dello sviluppo del proprio pensiero, hanno cambiato rotta in modo radicale. Wittgenstein tra i filosofi e Jhering tra i giuristi sono casi esemplari. L'insieme degli scritti di Alexy possiede un notevole grado di coerenza interna (quella di "coerenza", com'è noto, è una nozione importante nella sua teoria) e, nonostante si tratti di un autore nel pieno della sua produzione, nulla fa pensare che le cose cambino nel futuro. Potrebbe affermarsi che il *Leitmotiv* dell'opera di Alexy è sempre stato l'idea che il diritto debba essere compreso nella cornice più ampia della ragione pratica.

Tuttavia, il fatto che fondamentalmente io condivida le posizioni di Alexy, e di conseguenza mi sembrino essenzialmente accettabili le sue risposte alle precedenti critiche, non mi impedisce di trovare in queste ultime un grano di verità. In estrema sintesi, ritengo che la tesi del caso speciale abbia l'inconveniente fondamentale di uniformare eccessivamente l'argomentazione giuridica, comportando con ciò, a sua volta, il pericolo di una teoria non sufficientemente articolata (sul piano concettuale o analitico), nella pratica meno utile di quanto dovrebbe esserlo (per la sua carenza di realismo, di forza descrittiva) e incline a presentare la pratica giuridica, o alcuni dei suoi aspetti, sotto una forma in qualche modo ideologizzata (data la sua tendenza all'idealizzazione). Io non credo che, a rigore, l'argomentazione giuridica (se sotto questo concetto includiamo non soltanto l'argomentazione dei giudici e della dogmatica, bensì anche, ad esempio, quella dei legislatori o degli avvocati) sia un *caso speciale* dell'argomentazione pratica generale. L'argomentazione giuridica (intesa in senso ampio) è una pratica complessa nella quale concorrono differenti tipi di argomentazione, di dialogo, e nella quale, a seconda del contesto,

può prevalere l'uno o l'altro di questi tipi di argomentazione. Ad esempio, sembra evidente che le componenti retoriche dell'argomentazione possiedono una straordinaria importanza (costituiscono l'elemento predominante) nell'argomentazione degli avvocati (o in alcuni contesti dell'argomentazione forense), mentre lo stesso non accade nel caso dell'argomentazione dei giudici diretti a giustificare una decisione. Mi sembra che quando si tratta di costruire, a partire da tutte queste pratiche, qualcosa come una teoria *generale* dell'argomentazione giuridica, si debba dare una certa priorità al discorso pratico razionale (al discorso critico); cioè, le forme strategiche di argomentazione non si collocano sullo stesso livello dell'argomentazione critica razionale. Ma per ottenere ciò è sufficiente che il dialogo razionale consenta, così come di fatto credo avvenga, di giustificare l'esistenza di queste altre forme di argomentazione: il discorso prettamente strategico degli avvocati, dei legislatori, dei negoziatori ecc. Si tratta, credo, di una tesi differente da quella che Alexy sembra difendere, e che suppone che le regole del discorso pratico razionale definiscano una specie di metagiochi che contiene – in forma molto astratta – tutti gli altri giochi argomentativi. Ma credo che non sia così. Alcune delle regole sulle quali si fondano questi tipi di argomentazione contraddicono quelle del discorso pratico razionale; non sono casi speciali, bensì casi – pratiche – che semplicemente possono trovare una giustificazione nel discorso pratico generale. Per fare un esempio, mi sembra che la tesi dell'unica risposta corretta (così come la intende Alexy) si applichi al caso dell'argomentazione giudiziale, fino a un certo punto al caso dell'argomentazione dogmatica, ma non all'argomentazione legislativa o a quella degli avvocati. Nel caso dell'argomentazione legislativa, poiché non ha senso (o non lo ha quasi mai) pretendere che una determinata legge (il suo testo articolato) sia l'unica risposta corretta per il problema che la legge si prefigge di risolvere; in altri termini, i problemi che fanno sì che sorga la necessità di una argomentazione legislativa sono più aperti (e complessi) di quelli di ordine giudiziale, poiché non hanno la medesima struttura binaria, che è quanto permette di parlare di unica risposta corretta. In relazione all'argomentazione degli avvocati, va osservato che questi (per ovvie ragioni istituzionali) non si occupano di arrivare alla risposta corretta, bensì alla risposta favorevole agli interessi di una parte. A ciò Alexy replica che gli avvocati devono quantomeno agire come se la risposta che essi difendono fosse quella corretta, dal momento che altrimenti non potrebbero persuadere il giudice. Ma questa replica non è soddisfacente, tra l'altro poiché non tutte le argomentazioni degli avvocati hanno come destinatari i giudici (sebbene, come a volte si afferma, tutti i loro argomenti – compresi quelli che hanno come cornice un processo di negoziazione – siano prodotti nell'ambito della giurisdizione).

5. L'idea fondamentale da me difesa in *El derecho como argumentación* è la seguente. La dimensione argomentativa del diritto è una chiave essenziale per

comprendere a fondo molti problemi della teoria del diritto e per agire in modo sensato nel contesto delle differenti pratiche giuridiche degli stati costituzionali. Ma dare conto di questa dimensione richiede una teoria complessa nella quale si integrino le componenti formali, materiali e pragmatiche (retoriche e dialettiche) dell'argomentazione.

Allo scopo di chiarire la nozione di argomentazione, prendo le mosse dalla distinzione, che ha avuto una certa fortuna nella filosofia pratica degli ultimi tempi, tra concetto e concezioni. In altri termini, vi sarebbe un concetto comune (molto astratto) di argomentazione, delineato sulla base di tutti quei caratteri presenti sempre, ognqualvolta abbia senso dire che esiste una argomentazione (che si tratti della nozione maneggiata dai logici, dagli psicologi, dai linguisti, dai giuristi o dalla gente comune). Questo concetto, a sua volta, è riconducibile a diverse concezioni, diverse interpretazioni. Così, i ragionamenti sono sempre relativi a un linguaggio, presuppongono un problema, una questione per la quale il ragionamento funge da risposta, possono essere letti come un'attività (l'attività del ragionare) o come il risultato della stessa, e consentono di essere valutati secondo diversi criteri. Ma questi stessi elementi possono essere interpretati in modi differenti, cosicché si può parlare di diverse concezioni o diverse prospettive del ragionamento: formale, materiale o pragmatica (retorica o dialettica). Ciò che è peculiare del ragionamento giuridico è che in esso (come accade in altre “imprese razionali”, per impiegare l'espressione di Toulmin) vanno tenute in conto tutte e tre le prospettive, nonostante ve ne possa essere una predominante, a seconda dell'ambito del diritto, dell'istituzione giuridica o del tipo di operatore giuridico (giudici, avvocati ecc.) presi in considerazione.

Da una prospettiva formale, il ragionamento: viene visto come un insieme di enunciati senza che si dia una loro interpretazione (nel senso che si astrae dal loro contenuto di verità o di correttezza); dà risposta al problema circa la possibilità che a partire da certi enunciati di una certa forma (premesse) si possa passare a un altro enunciato avente un'altra determinata forma (conclusione); privilegia l'argomentazione vista come risultato; e infine, i criteri di correttezza vengono determinati dalle regole di inferenza. In definitiva, ciò che propone questa prospettiva sono schemi o forme (di carattere deduttivo o meno) degli argomenti. Tre forme caratteristiche del ragionamento giudiziale sono la sussunzione, l'adeguamento e la ponderazione, a seconda che la premessa dalla quale si parte sia, rispettivamente, una regola di azione, una regola di scopo o un principio. Inoltre, all'interno di queste forme generali del ragionamento si utilizzano altri schemi che a volte possiedono una chiara struttura logica (l'argomento *a pari, a contrario, a fortiori, reductio ad absurdum* ecc.) e altre volte no (argomento della coerenza, psicologico, storico, teleologico, economico, d'autorità, sistematico ecc.). Inoltre se, oltre che ad argomenti interpretativi, ci interessassimo a quelli che entrano in gioco quando si

tratta di discutere se un determinato fatto abbia avuto luogo o meno, allora le forme caratteristiche dei ragionamenti giuridici sarebbero quelle basate sulle relazioni di causalità.

Da una prospettiva materiale, l'essenziale del ragionamento non risiede nella forma degli enunciati, bensì in ciò che li rende veri o corretti; un ragionamento risponde al problema su ciò che si deve credere o ciò che si deve fare, ed essenzialmente si risolve, pertanto, in una teoria delle premesse, cioè delle ragioni per credere qualcosa o per realizzare o avere l'intenzione di realizzare una certa azione. I criteri di correttezza non possono, perciò, avere un carattere puramente formale: ciò che è essenziale è determinare, ad esempio, a quali condizioni quel tipo di ragioni prevalga sull'altro. Com'è ovvio, ci sono diversi modi di classificare le ragioni. Chiaramente vi sono ragioni teoriche (per credere in qualcosa) e ragioni pratiche (ragioni per l'azione) che si combinano tra loro in vari modi. Poi si può parlare di ragioni di primo livello, di secondo livello ecc. Dal punto di vista della loro forza, o peso, alcune hanno un carattere perentorio (le regole giuridiche) e altre no (i principi). La forza delle ragioni può essere stabilita in astratto, oppure dopo aver considerate tutte le circostanze. Si può parlare di ragioni definitive o concludenti (che prevalgono sulle altre in date circostanze) o assolute (che prevalgono in tutte le circostanze). E la forza si distingue dalla portata delle ragioni: i principi, ad esempio, hanno minore forza delle regole, ma una maggiore portata. Inoltre vi sono ragioni indipendenti dal contenuto (autoritative o formali) e ragioni dipendenti dal contenuto (materiali o sostanziali), che a loro volta possono ulteriormente distinguersi in ragioni di correttezza e ragioni di scopo. E così via.

Infine la prospettiva pragmatica considera il ragionamento come un tipo di attività (come la realizzazione di una serie di atti del linguaggio) diretta a ottenere la persuasione di un uditorio (retorica) o a interagire con una o più persone per arrivare a un accordo rispetto a un qualche problema teorico o pratico; i criteri di valutazione dei ragionamenti retorici fondamentalmente fanno appello all'efficacia del discorso (alla sua capacità di persuasione), mentre il ragionamento dialettico deve seguire certe regole procedurali, come quelle che disciplinano il giudizio o le regole della discussione razionale. L'importanza delle componenti retoriche e dialettiche nel ragionamento giuridico è indubbia, e in certi casi non è facile separare le une dalle altre. I modelli dialettici sono utili (indispensabili) per costruire sistemi esperti che aiutino a sapere come argomentare a favore di una determinata tesi, a quali obiezioni si debba fare fronte ecc.; ma nelle sentenze dei giudici gli elementi dialettici (la discussione all'interno dei tribunali) sono più o meno irrilevanti. E sebbene l'argomentazione giuridica non abbia come unica finalità quella di persuadere (per un giudice giustificare la decisione deve essere più importante che persuadere), i (classici) schemi retorici (basati sulla distinzione di certe parti del discorso o dell'attività retorica: *inventio, dispositio, elocutio, memoria e actio*) continuano

a essere fondamentali per la costruzione dei differenti discorsi giuridici di carattere argomentativo: istanze, sentenze, ordinanze ecc.

6. A mio giudizio, questo modo di intendere l'argomentazione (giuridica) consente di porre con maggiore chiarezza rispetto al solito alcune importanti questioni dell'argomentazione giuridica: ad esempio, la differenza tra il contesto di scoperta e il contesto di giustificazione, che può essere tracciata nitidamente soltanto dalla prospettiva formale (logica), ma non dalla prospettiva materiale né, ancor meno, da quella pragmatica; o anche facilita lo studio delle fallacie giuridiche (o dei buoni argomenti), che esigono una considerazione tanto formale come materiale e pragmatica: ciò che rende un'argomentazione non buona, nonostante sembri esserlo, saranno difetti concernenti la sua validità formale, la sua solidità o il contesto connesso all'attività dell'argomentazione (come la capacità di persuasione o il rispetto delle regole che disciplinano questa attività). Inoltre consente di formulare nel modo più completo la risposta a quelle che sono, a mio modo di vedere, le questioni (pratiche) più importanti per un approccio argomentativo al diritto: come analizzare un'argomentazione, come valutarla, come argomentare. Esporrò adesso qualcosa sul primo di questi punti.

L'analisi di un'argomentazione giuridica esige, tra le altre cose, un metodo per rappresentare adeguatamente gli argomenti. Una possibilità è quella di ricorrere alla logica formale. Tuttavia mi sembra che questa, quantomeno in molti casi (diciamo nei casi giuridici di una certa complessità; non solo in quelli che chiameremmo propriamente difficili), non sia completamente soddisfacente, e ciò per varie ragioni: non dà conto del flusso argomentativo, ovvero non rappresenta il processo, l'attività dell'argomentare, ma esclusivamente il risultato; non dà conto della differente forza che possiede ciascuna ragione, ciascun argomento (nella logica formale standard tutte le premesse – non superflue – hanno lo stesso valore); non dà conto della varietà di atti di linguaggio che danno forma all'argomentazione; infine offre una rappresentazione che si dovrebbe definire lineare, mentre le argomentazioni reali assomigliano più alla trama di un tessuto (prendendo la metafora da Perelman) o alle gambe di una sedia (prendendo spunto da Wisdom).

Per queste ragioni, ritengo preferibile costruire diagrammi a frecce (entro certi limiti, uno sviluppo degli schemi di Toulmin i quali hanno una forte somiglianza con la proposta elaborata da Wigmore nella prima metà del xx secolo in relazione all'argomentazione concernente i fatti e il *chart method*), con i quali, tra le altre cose, si può cogliere la differenza tra un'argomentazione (l'insieme dei passaggi, atti di linguaggio ed enunciati che si trovano tra il porre una domanda iniziale, un problema, e darvi risposta, la soluzione), un argomento, cioè la ragione a favore o contro una determinata tesi (le argomentazioni non sono esclusivamente fatte di argomenti) e una linea argomentativa (un insieme di argomenti orientati in una medesima direzione, voltati a difendere o ad attaccare una tesi).

Il punto di partenza sta nel concepire l'argomentazione come un flusso di informazioni che procede dal momento in cui si pone il problema, dal quale sorge la necessità di argomentare, alla proposta di una soluzione. Questo flusso si può rappresentare mediante linee (i passaggi non argomentativi) o mediante frecce, le quali indicano se si tratta di un argomento a favore o contro una determinata tesi. Oltre a questi argomenti, che vanno etichettati come semplici, si possono rappresentare diversi tipi di argomenti complessi; in altri termini, è possibile che si tratti di varie ragioni tra loro indipendenti, o che siano tra loro connesse in vari modi; è possibile che una ragione attacchi o appoggi direttamente una tesi, o è possibile che ciò avvenga con riferimento all'inferenza, cioè al passaggio da un enunciato all'altro. E a tutti questi tipi di relazioni di inferenza può essere attribuito un peso variabile: si può trattare di una inferenza deduttiva o non deduttiva e in questo ultimo caso il suo peso potrà essere maggiore o minore.

Quanto alla rappresentazione dell'aspetto per così dire materiale, in un'argomentazione giuridica possono concorrere enunciati di tipo molto diverso. Può trattarsi di enunciati appartenenti al sistema giuridico, inteso come sistema prodotto dal legislatore (nell'ambito dei quali si potrà distinguere, a sua volta, tra enunciati di carattere pratico o meno – come le definizioni –, normativi o di valore, che contengono norme regolative o costitutive, regole o principi ecc.), o altrimenti enunciati non appartenenti al sistema, bensì procedenti dalla pratica giuridica (nell'ambito dei quali si potrà distinguere, a sua volta, tra enunciati interpretativi, teorici, giurisprudenziali, empirici e di valore).

Infine, con riguardo alla dimensione pragmatica, lo schema tenta di cogliere l'aspetto illocutorio, cioè i diversi tipi di atti di linguaggio che si trovano nell'atto di linguaggio complesso in cui consiste l'argomentare. Così, oltre all'atto di porre un problema e prospettare una soluzione, hanno particolare importanza le questioni che chi argomenta si va ponendo durante il processo argomentativo e che possono classificarsi, ad esempio, in chiuse od orientate (possono essere concepite come una disgiunzione tra due o più membri e la cui risposta – che non è la risposta finale – considerà pertanto nell'optare per uno di loro) o aperte (la domanda viene posta in modo tale da non delimitare in anticipo la risposta possibile). Inoltre, un'argomentazione include anche affermazioni, negazioni, supposizioni ecc.

In realtà, lo schema proposto non può cogliere tutti gli aspetti retorici e dialettici di un'argomentazione, ma alcuni di essi sì: ad esempio, l'ordine dell'argomentazione, la concentrazione dello sforzo argomentativo in certi luoghi dell'argomentazione e, in una certa misura, l'interazione dialettica che ha luogo quando su di uno stesso problema siano state prodotte diverse argomentazioni.

7. Circa due anni fa, Robert Alexy ha ricevuto un dottorato *honoris causa* dall'Università di Alicante. Nella *laudatio* osservai che Alexy possiede tutte le proprietà o virtù che si attribuiscono normalmente a un professore tedesco,

ma con due eccezioni. I suoi scritti sono chiari e non possiedono nemmeno un briciole di pedanteria. Inoltre, nonostante a volte abbia dissentito da alcune delle sue posizioni teoriche, ho sempre avuto l'impressione che nella sua opera siano affrontate questioni realmente importanti della filosofia del diritto, e che le soluzioni da lui proposte non solo hanno la pretesa di essere corrette bensì essenzialmente lo sono.

Oggi naturalmente continuo a credere in quanto allora osservavo. Le differenze alle quali allora facevo riferimento si riferivano soprattutto alla diversa maniera di intendere i principi. In vari lavori scritti insieme a Ruiz Manero ho sostenuto che la concezione dei principi di Alexy, intesi come mandati di ottimizzazione, è adeguata in relazione alle direttive<sup>15</sup>, ma non ai principi in senso stretto. Questa posizione comporta alcune conseguenze per la maniera di intendere la ponderazione. La nostra idea era di stabilire una certa priorità delle ragioni di correttezza (incorporate nei principi in senso stretto) innanzi alle ragioni di scopo (incorporate nelle direttive, nelle quali rintracciavamo un profilo di gradualità assente nei principi in senso stretto); questo, a nostro giudizio, consentiva una maggiore articolazione tra la dimensione morale e quella strumentale del ragionamento giuridico. Non mi soffermo nei dettagli della questione, ma voglio semplicemente indicare che le differenze tra le due posizioni sono, direi, non essenziali o finanche, in un certo modo, funzionalmente equivalenti<sup>16</sup>. Noi tentavamo di catturare, con questa distinzione, la nozione di “ordine debole” tra principi. Alexy lo fa, a mio modo di vedere, mediante le nozioni di “peso astratto” e di “onere dell’argomentazione”. E in ogni caso sono pienamente d’accordo con Alexy sull’importanza che egli attribuisce alla ponderazione e sulla sua ferma convinzione che sia un procedimento razionale.

Alexy, insieme a Dworkin e Nino, è probabilmente uno dei tre principali rappresentanti di quella che è stata chiamata teoria costituzionalista del diritto. Vi sono tra loro certe differenze nei toni e nella presentazione, ma a mio giudizio l’idea di fondo è la medesima per tutti e tre: la necessità di costruire una teoria del diritto che dia conto tanto dell’elemento autoritativo come dell’elemento valorativo del diritto, collocandosi in questo modo oltre il positivismo giuridico. È questa una posizione con la quale io sono in pieno accordo. Delle tre, quella di Alexy è quella che ha in maggiore misura posto l’accento sull’argomentazione e, per questa ragione, è quella che meglio riflette la “svolta argomentativa” che ha caratterizzato la filosofia del diritto degli ultimi tre decenni.

15. M. Atienza, J. RuizManero, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona 1996 (2<sup>a</sup> ed. aggiornata 2004).

16. Alexy dedicò ampio spazio alla questione nella sua intervista del 2001 a Doxa. Cfr. M. Atienza, *Entrevista a Robert Alexy*, in “Doxa”, 24, 2001, pp. 671-87.