

## Teoria dell'argomentazione giuridica\*

### 1. FILOSOFIA DEL DIRITTO E TEORIA DELL'ARGOMENTAZIONE GIURIDICA

L'attività argomentativa del giurista avviene necessariamente sullo sfondo di un determinato concetto di diritto, dunque sulla base di una determinata posizione giusfilosofica. Tuttavia, questo nesso tra argomentazione giuridica pratica e concetto di diritto resta tipicamente latente. Infatti, le argomentazioni giuridiche si riferiscono prevalentemente a ordinamenti concreti e alle regole di essi, dunque alla questione *quid sit iuris*, e non (o comunque non immediatamente) alla questione *quid sit ius*. Ma la questione relativa al concetto di diritto (*quid sit ius*) precede logicamente quella relativa al contenuto di un ordinamento giuridico<sup>1</sup>. Infatti, il contenuto normativo di un ordinamento *giuridico* non può essere identificato prima che siano stati fissati i confini tra le norme del diritto, da un lato, e le regole di altri ordinamenti normativi come la morale, il costume e la religione, dall'altro lato. Ciò vale anche per gli ordinamenti giuridici codificati, nei quali il diritto pretende (attraverso l'atto giuridico della legislazione) di stabilire il suo stesso ambito normativo. Infatti, la questione del se questa pretesa possa essere avanzata illimitatamente, o solo entro certi limiti, o addirittura non possa essere riconosciuta, non è risolubile dal diritto stesso. La soluzione non può essere fornita sul piano della statuizione giuridica, bensì su quello della riflessione sul diritto, dunque nell'ambito di competenza della filosofia del diritto.

Questo nesso tra argomentazione giuridica e concetto di diritto risulta evidente là dove si discute della validità di norme che andrebbero, sì, riconosciute come regole giuridiche vincolanti secondo i criteri istituzionali dell'or-

\* Traduzione dal tedesco di Gaetano Carlizzi. Il testo oggetto della presente traduzione, *Theorie der juristischen Argumentation*, è stato pubblicato in W. Bruggen, U. Neumann, S. Kirste (hrsg.), *Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 2008, pp. 233-60. Si ringrazia sentitamente il prof. Dr. Dr. h.c. Ulfrid Neumann per averla autorizzata e per aver fornito alcuni utili chiarimenti al traduttore.

1. G. Radbruch, *Grundzüge der Rechtsphilosophie* (1914), in Id., *Gesamtausgabe*, hrsg. von A. Kaufmann, 2, Müller, Heidelberg 1993, p. 46.

dinamento, ma il cui contenuto regolativo sembra contrastare con fondamentali principi giuridici sostanziali. In tal caso, basandosi su una concezione positivistica del diritto, il giurista è costretto ad argomentare che anche la legge gravemente ingiusta sarebbe diritto vincolante, e dovrebbe perciò valere come fondamento delle decisioni giudiziali. Per contro, sulla base di una posizione giuridico-morale, la norma gravemente ingiusta potrebbe essere espunta dall'ordinamento. Com'è noto, nella giurisprudenza della Repubblica Federale Tedesca, la questione ha assunto un ruolo importante in due occasioni: innanzitutto, nella revisione degli illeciti dell'epoca nazista nei primi anni della Repubblica federale, in secondo luogo, circa quarant'anni dopo, a seguito dell'annessione della DDR alla BRD, nei processi per gli spari letali avvenuti al confine tra i due paesi, nonché per le decisioni dei giudici della DDR, processi considerati una distorsione del diritto. In entrambi i contesti, è risultato chiaramente che tra le possibilità di argomentazione e decisione giuridica, da un lato, e il concetto di diritto posto alla base dell'applicazione giuridica, dall'altro lato, sussiste uno stretto collegamento.

Ma ciò che è emerso in queste situazioni eccezionali per l'epoca contemporanea è poco più che la punta di un iceberg. La dipendenza dell'argomentazione giuridica dal concetto di diritto sottostante è ben più risalente. La questione relativa a ciò che costituisce la specifica "giuridicità" di una decisione determina numerosi aspetti dell'argomentazione giuridica. Così, è quanto mai rilevante per la motivazione di una decisione – e in molti casi anche per il risultato – il fatto che la considerazione delle conseguenze di quest'ultima venga assunta come parte costitutiva del programma decisionale e motivativo, piuttosto che essere ricondotta a un'argomentazione "giuridico-politica" da tenere distinta dall'argomentazione "giuridica" del giudice<sup>2</sup>. Inoltre, le possibilità di argomentazione e decisione risultano strutturate dalla concezione del vincolo del giudice alla legge. Chi intende questo vincolo in maniera soggettivamente orientata, cioè come vincolo a ciò che il legislatore ha voluto o detto, è costretto a privilegiare argomenti/criteri che si riferiscono a questi parametri, dunque la "volontà del legislatore" o il "tenore letterale della legge"<sup>3</sup>. Infine, in sede di controllo delle decisioni giudiziali da parte di tribunali sovraordinati o di un Tribunale costituzionale, emergono margini argomentativi e decisionali diversi, a secon-

2. Nella letteratura teorico-giuridica tedesca, un esempio ancora attuale del rifiuto della considerazione delle conseguenze è quello di N. Luhmann, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Kohlhammer, Stuttgart 1974, spec. pp. 31 ss. (trad. it. di A. Febbrajo, *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, il Mulino, Bologna 1978). Nell'attuale letteratura, la posizione opposta si ritrova, ad esempio, in M. Auer, *Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit*, Mohr Siebeck, Tübingen 2005 (in confronto con la tesi dworkiniana della separazione di *principles* e *policies*, pp. 82 ss.).

3. Così, ad es., M. Klatt, *Theorie der Wortlautgrenze. Semantische Normativität in der juristischen Argumentation*, Nomos, Baden-Baden 2004, p. 283. In termini diversi, ad es., Auer, *Materialisierung*, cit., pp. 83 s.

da che si muova dall'idea che esista una sola decisione giusta oppure una pluralità di decisioni sostenibili<sup>4</sup>. Sarebbe possibile addurre ulteriori esempi del notevole influsso che le tesi di filosofia e teoria del diritto esercitano sull'argomentazione giuridica. In breve, le argomentazioni giuridiche implicano determinate concezioni delle strutture dell'ordinamento e dunque del diritto, *et vice versa*. Al riguardo, ogni teoria normativa dell'argomentazione giuridica contiene, al tempo stesso, gli elementi essenziali di una teoria generale del diritto. D'altro canto, il suo orientamento alle motivazioni giuridiche fornisce un accesso specifico ai problemi tradizionali della filosofia e della teoria del diritto.

## 2. IL CONCETTO DI ARGOMENTO

Il concetto centrale della teoria dell'argomentazione giuridica è quello di argomento, che indica l'unità minima dell'argomentazione. In altre parole: le argomentazioni consistono in generale in una pluralità di argomenti collegati l'uno all'altro; l'argomento è l'atomo che si lega ad altri atomi in molecole complesse (argomentazioni). Sennonché, in tal modo, il concetto è caratterizzato solo sotto il profilo strutturale. La sua connotazione contenutistica è oggetto di discussione.

### 2.1. *Argomento e movente* (Motiv)

In termini almeno negativi, si può rilevare che il concetto di argomento non coincide con quello di movente. Occorre operare una netta distinzione tra i moventi dell'azione, da un lato, e le motivazioni addotte per queste ultime, dall'altro lato. Con riguardo alla motivazione della decisione giudiziale, la quale si trova al centro della teoria dell'argomentazione giuridica, ciò significa: gli argomenti che sostengono la sentenza non possono essere (fra)intesi come formulazioni dei moventi giudiziali della decisione. "Movenente" è una categoria psicologica, "argomento" una categoria epistemologica.

Questa distinzione tra argomento e movente si può collegare a quella tra *produzione* (*Herstellung*) ed *esposizione* (*Darstellung*)<sup>5</sup>, la quale, nell'ambito delle scienze della natura, corrisponde alla differenziazione tra *contest of disco-*

4. Più in dettaglio sul punto, U. Neumann, *Wahrheit im Recht. Zu Problematik und Legitimität einer fragwürdigen Denkform*, Nomos, Baden-Baden 2004, pp. 37 ss. Nella letteratura tedesca, sulla *one right answer thesis* (Dworkin), cfr., ad es., R. Alexy, *Probleme der Diskurstheorie* (1989), in Id., *Recht, Vernunft, Diskurs*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1995, p. 109 (121 s.); P. Koller, *Theorie des Rechts*, Böhlau, Wien 1997<sup>2</sup>, pp. 180 ss.

5. Sul punto cfr., ad es., U. Schroth, *Hermeneutik, Norminterpretation und richterliche Normanwendung*, in A. Kaufmann, W. Hassemer, U. Neumann (hrsg.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, Müller, Heidelberg 2004<sup>7</sup>, p. 270 (296).

*very* e *contest of justification*<sup>6</sup>. Tuttavia, nella prospettiva di una teoria normativa dell'attività giudiziale, questa contrapposizione non può essere assolutizzata. Infatti, a differenza di quanto vale per le scoperte scientifico-naturali, nel caso dell'individuazione giudiziale della decisione, i moventi che conducono alla sentenza non sono indifferenti. Il giudice, già al momento dell'individuazione, ha il dovere istituzionale di orientarsi a quei criteri che sono rilevanti per la decisione (e dunque "suscettibili di argomentazione") secondo le regole ufficiali dell'ordinamento giuridico. Ciò non toglie che, da un punto di vista categoriale, anche nell'ambito dell'attività giudiziale si debba distinguere tra produzione ed esposizione della sentenza, tra "individuazione del diritto" e "giustificazione", tra movente e argomento.

## 2.2. Concetto soggettivo e concetto oggettivo di argomento

Nell'accezione comune, gli argomenti servono a motivare. Chi argomenta vuole convincere attraverso una motivazione. Suscettibili e, a seconda del contesto, eventualmente bisognose di motivazione sono, in particolare, le asserzioni, le valutazioni e le azioni. Che un punto di vista, addotto da chi argomenta, sia effettivamente in grado di contribuire a questa motivazione può esser controverso. Un'osservazione soggettivamente finalizzata a motivare può provocare in altri la reazione: "ma questo non è un argomento!". Proprio per ciò bisogna chiarire se la capacità di un'affermazione di costituire un argomento per ciò che si tratta di motivare dipende dalla prospettiva di chi argomenta oppure dalla visione "oggettiva" del terzo.

Per quanto riguarda l'ambito di ricerca della teoria dell'argomentazione giuridica, la questione va risolta in maniera differenziata. Se viene intesa in senso analitico-descrittivo, tale teoria non può che fondarsi su un concetto soggettivo di argomento. Nell'analisi delle motivazioni delle decisioni, si tratta infatti di ricostruire l'argomentazione. Qui è decisivo stabilire che tipo di funzione motivativa spetta a una determinata asserzione proprio nella prospettiva di chi argomenta<sup>7</sup>. Conformemente a ciò, argomento è ogni asserzione addotta come tale da chi argomenta<sup>8</sup>. Per contro, una teoria normativa dell'argomentazione giuridica deve muovere da un concetto oggettivo di argomento. Per essa, infatti, è decisivo stabilire quali punti di vista sono rilevanti per la motivazione della decisione, e quali non lo sono.

6. Più in dettaglio sul punto, U. Neumann, *Juristische Argumentationslehre*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt 1986, pp. 4 s.

7. Cfr. E. von Savigny, *Argumentation in der Literaturwissenschaft*, Beck, München 1976, pp. 30 s.

8. Questa è una definizione (non circolare) ricorsiva (sull'irrinunciabilità di tali definizioni nella scienza giuridica, cfr. U. Neumann, *Rechtsontologie und juristische Argumentation*, Decker, Heidelberg 1979, p. 59).

Quando si tratta di vagliare motivazioni concrete, il momento dell'analisi si basa su un concetto soggettivo di argomento, quello della valutazione su un concetto oggettivo.

### 2.3. *L'identificazione degli argomenti nelle motivazioni giuridiche*

Dalla questione del concetto di argomento va distinto il problema dell'identificazione degli argomenti nelle motivazioni concrete. Tuttavia, con riguardo al concetto oggettivo di argomento, i due aspetti sono interrelati: qui argomento è ogni osservazione idonea a dare una motivazione effettiva a ciò che ne è bisogno. In quest'ultimo caso, tale idoneità può essere discussa: ma il compito di identificare come argomento un'asserzione viene adempiuto affermando che essa rappresenta oggettivamente un argomento per ciò che bisogna motivare, ossia attraverso una decisione normativo-valutativa.

Per contro, l'identificazione di argomenti fondata su un concetto soggettivo è un compito ermeneutico che comporta la difficoltà di immedesimarsi nei modi di vedere dell'autore dell'argomentazione, al fine di distinguere i passaggi testuali argomentativamente rilevanti da quelli meramente informativi. Ricollegandoci, ad esempio, al vaglio di costituzionalità del reato di incesto tra fratelli (§ 173 Abs. 2 Satz 2 StGB), se si osserva che le radici del divieto di incesto risalgono all'antichità e si rintracciano espressioni di questo divieto, tra l'altro, nel Codice di Hammurabi<sup>9</sup>, può trattarsi tanto di un argomento a favore di un'universale esigenza di punizione del comportamento in questione, quanto di una chiarificatoria inclusione del problema in un contesto globale. Decidere se si tratta di un argomento, o semplicemente di un'informazione orientativa, è spesso possibile solo in considerazione del contesto puntuale<sup>10</sup>, e in molti casi non senza momenti decisionistici.

## 3. MOTIVAZIONE (*BEGRÜNDUNG*), PERSUASIONE (*ÜBERREDUNG*), DIMOSTRAZIONE (*BEWEIS*)

### 3.1. *La funzione di motivazione delle argomentazioni*

Poco sopra all'argomentazione giuridica (come alle argomentazioni in generale) è stata attribuita una funzione di motivazione. Nell'ambito giuridico, centrale è la funzione di motivazione delle decisioni giudiziali di casi singoli in riferimento a regole generali. Il concetto di motivazione sta a significare che si

9. BVerfG 2 BvR 392/07 del 26 febbraio 2008, UA p. 2.

10. In questo senso, nella sentenza del BVerfG relativa al § 173 II Satz 2 (cfr. nota 9), la funzione semplicemente orientativa è indiziata dal fatto che il riferimento di storia del diritto si trova all'inizio del testo della decisione, dunque non in connessione con le sue ragioni portanti.

tratta di convincere altri attraverso punti di vista razionali. L'argomentazione mira alla convinzione razionale, non a effetti emozionali. È solo perciò che si può attribuire alla motivazione delle decisioni giuridiche anche una funzione di *giustificazione* (*Rechtfertigung*) di queste stesse decisioni<sup>11</sup>. Di conseguenza, dagli argomenti ci si attende che siano "riflessivamente stabili" nella loro efficacia verso i propri destinatari, dunque che non puntino a effetti retorici a breve termine. In breve: nell'argomentazione giuridica è in gioco il convincimento (*Überzeugung*), non la persuasione.

### 3.2. Convincimento e persuasione (retorica giuridica)

Sennonché, non tutti gli studiosi dell'argomentazione giuridica condividono questo modo di vedere. Le motivazioni dei giudizi vengono considerate in parte come testi retorici, che in ogni caso non puntano in primo luogo a effetti di convincimento razionale, bensì – appunto – a effetti persuasivi<sup>12</sup>. Al riguardo, è vero che anche nei testi giuridici sono presenti elementi retorici, intesi come figure del discorso rivolte, non già – come nel caso dell'argomento – alla testa dell'uditore, bensì al suo cuore<sup>13</sup>. La corrente di ricerca della "retorica giuridica" merita adesione anche perché si oppone all'idea che la sentenza del giudice si basi sulla mera conoscenza di una situazione giuridica pre-data, e consista in una deduzione logica dalla legge.

Tuttavia, essa getta via l'acqua sporca con il bambino, in quanto è fissata sull'idea che le motivazioni giuridiche vadano intese come testi *essenzialmente* retorici (nel senso indicato). La possibilità di distinguere tra attività di convincimento e meri tentativi di persuasione non costituisce soltanto una condizione di possibilità di ogni attività scientifico-giuridica (svolta al di fuori dei tribunali) e dunque condizione "trascendental-pragmatica" di un sistema giuridico razionale. Essa può essere anche confermata empiricamente dal fatto

11. Più in dettaglio su questo punto di vista, U. Neumann, *Wahrheit statt Autorität. Möglichkeit und Grenzen einer Legitimation durch Begründung im Recht*, in K. D. Lerch (hrsg.), *Die Sprache des Rechts*, de Gruyter, Berlin-New York 2005, Bd. 2, pp. 369 ss.

12. Oggigiorno, nell'area tedesca, esemplari sono i lavori di Katharina Gräfin von Schlieffen (Katharina Sobota). Cfr., ad esempio, K. Sobota, *Sachlichkeit. Rethorische Kunst der Juristen*, Lang, Frankfurt am Main 1990; Id., *Rhetorisches Seismogramm – eine neue Methode der Rechtswissenschaft*, in "Juristenzeitung", 1992, pp. 231 ss.; K. Gräfin von Schlieffen, *Zur topisch-patetischen Ordnung juristischen Denkens. Resultate empirischer Rhetorikforschung*, in Lerch (hrsg.), *Die Sprache*, cit., pp. 405 ss. (per un'esposizione critica, cfr. H. Wohlrapp, *Argumente stehen in einem Text nicht wie Gänseblumen in der Weise herum. Eine Kritik von Katharina Sobotas empirischer Rechtsanalyse*, ivi, pp. 549 ss.). Per una panoramica delle diverse correnti della retorica giuridica, cfr. Neumann, *Juristische Argumentationslehre*, cit., pp. 54 ss.

13. Questa caratterizzazione si trova in Sobota, *Rhetorisches Seismogramm*, cit., p. 232. Sugli eterogenei concetti di "retorica" impiegati in questo contesto, cfr. Neumann, *Juristische Argumentationslehre*, cit., pp. 65 ss.

che almeno *determinate* ragioni addotte nei testi giuridici sono concordemente identificate come figure razionali, mentre altre come figure retoriche. Ci si potrebbe persino chiedere se la possibilità di identificare le figure retoriche come tali nelle motivazioni giuridiche non presupponga la possibilità non-retorica (razionale) dell'argomentazione giuridica. La tesi secondo cui ogni elemento delle motivazioni giuridiche avrebbe carattere retorico (nel senso indicato) sarebbe quanto meno dotata di una minore plausibilità. Al riguardo, è istruttivo il fatto che gli stessi autorevoli sostenitori della "retorica giuridica" hanno sviluppato criteri volti a distinguere il discorso che mira a convincere da quello che intende soltanto persuadere<sup>14</sup>.

### 3.3. Motivazione e dimostrazione

Un fraintendimento speculare si avrebbe interpretando l'individuazione giudiziale della decisione nel senso di deduzione logica dalla legge, così come essa si presenta nella concezione dell'attività decisionale del giudice quale "sillogismo giuridico", la cui premessa maggiore sarebbe costituita dalla norma pertinente. Almeno in riferimento all'attuale dibattito della teoria del diritto tedesca, tale rilievo deve esser formulato in termini potenziali; infatti il modello del "sillogismo giuridico" non viene più sostenuto nel senso ora illustrato. Il modello logico-deduttivo della *motivazione* della decisione giuridica propugnato da numerosi autori<sup>15</sup> non pretende di rispecchiare il processo di *individuazione* della decisione. Al riguardo, l'obiezione diffusa secondo cui l'individuazione della sentenza giudiziale non si risolverebbe in una conclusione logica non tocca affatto il modello appena indicato. Nondimeno, resta da chiedersi se sia adeguata la ricostruzione della struttura dell'argomentazione giuridica come inferenza logico-deduttiva, e dunque come forma ammodernata di sillogismo giuridico. Infatti, le deduzioni logiche hanno la struttura di una *dimostrazione*: esse contengono solo trasformazioni delle premesse, dunque non consentono passaggi sostanziali, e così non portano a conclusioni che non siano già implicate nelle premesse. La questione conduce al più ampio problema se e in che misura la struttura delle argomentazioni giuridiche possa essere adeguatamente raffigurata nel quadro di modelli generali.

14. C. Perelman, *Das Reich der Rethorik. Rethorik und Argumentation*, Beck, München 1980, p. 142 (trad. it. di M. Botto, D. Gibelli, *Il dominio retorico. Retorica e argomentazione*, Einaudi, Torino 1981); C. Perelman, L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, Éditions de l'Université de Bruxelles, Brüssel 1976<sup>3</sup> (trad. it. di C. Schick, M. Mayer, E. Barassi, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, prefazione di N. Bobbio, Einaudi, Torino 1966).

15. Esempiare l'opera di H. J. Koch, H. Rüßmann, *Juristische Begründungslehre*, Beck, München 1982. In termini adesivi nella letteratura recente, ad esempio, J. Bung, *Subsumtion und Interpretation*, Nomos, Baden-Baden 2004, pp. 37 ss.

## 4. STRUTTURE

4.1. *Relatività dei modelli strutturali*

In sede di discussione dei diversi modelli strutturali dell'argomentazione giuridica, occorre rilevare innanzitutto che non esiste *il* vero modello. Ciò non dipende solo dal fatto che le argomentazioni giuridiche possono essere inserite in contesti assai differenti. Anche quando ci si limiti alla motivazione della sentenza giudiziale quale caso paradigmatico, è possibile operare una ricostruzione secondo diversi modelli. Ancora una volta, ciò non dipende dalle differenze di fatto esistenti tra le sentenze dei giudici per ragioni istituzionali (giudizio merito o di revisione, giustizia ordinaria o costituzionale), oppure dall'atteggiamento argomentativo individuale. Ciò dipende, piuttosto, dal fatto che l'argomentazione giuridica, in quanto oggetto complesso di analisi, può essere ricostruita sulla base di diversi modelli. I modelli strutturali della relativa attività argomentativa non forniscono certo delle radiografie nelle quali l'ossatura dell'argomentazione giuridica diverrebbe riconoscibile, bensì costituiscono tentativi di ricostruzione che, nel migliore dei casi, colgono determinate strutture, mentre ne trascurano necessariamente altre. Al riguardo, non si tratta di decidere tra modelli "veri" e modelli "falsi", bensì di chiedersi quali momenti strutturali vanno messi in evidenza quali momenti "essenziali" dell'argomentazione giuridica.

4.2. *Il modello logico-deduttivo*

Da questo punto di vista, bisogna riconoscere che il suddetto modello logico-deduttivo pone in primo piano un aspetto centrale dell'attività argomentativa del giurista. Ricostruendo l'argomentazione giuridica come deduzione di una decisione concreta da una premessa generale (nonché dall'accertamento fattuale), viene messo in evidenza il punto di vista del *vincolo alla regola* gravante sulle decisioni dei casi singoli – punto di vista costitutivo dell'attività decisionale giuridica. Il giudice deve motivare la propria decisione sulla base di una regola generale che, negli ordinamenti codificati, viene fornita tipicamente da una norma legale oppure prodotta a partire da norme legali. Il modello logico-deduttivo, nella sua usuale raffigurazione in termini di logica dei predicati<sup>16</sup>, fa luce anche sui passi intermedi necessari per motivare la decisione

16. Cfr., ad esempio, R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen juristischen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1996<sup>3</sup> (1ª ed. 1978), pp. 273 ss. (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); Koch, Rüßmann, *Juristische Begründungslehre*, cit., pp. 48 ss.



concreta mediante la norma generale. Con un semplice esempio<sup>17</sup>: posta la motivazione della sentenza secondo cui l'imputato Anton (a) deve essere punito con l'ergastolo in qualità di assassino (*Mörder*), secondo il modello logico-deduttivo emerge la seguente struttura:

$$(x) (Mx \rightarrow Fx)$$

Ma

Fa

Da leggere così:

per ogni x vale: se x è un assassino, allora x deve essere punito con l'ergastolo;  
a è un assassino;  
a deve essere punito con l'ergastolo.

Ora, dato che occorre motivare altresì che la condotta letale di a va qualificata come assassinio (§ 211 StgB), l'argomentazione necessita di un'integrazione. Se la condanna per assassinio deve essere fondata sul fatto che l'imputato ha ucciso la vittima nel sonno, le integrazioni necessarie si possono schematicamente ricostruire come segue:

$$(x) (Mx \rightarrow Fx) (1)$$

$$(x) (Hx \rightarrow Mx) (2)$$

$$(x) (Ax \rightarrow Hx) (3)$$

$$(x) (Sx \rightarrow Ax) (4)$$

Sa

Fa

Da leggere così:

- (2) chi uccide un essere umano in modo insidioso è un assassino;
  - (3) chi uccide la vittima approfittando della sua condizione ingenua o inerme agisce in modo insidioso;
  - (4) chi uccide la propria vittima nel sonno agisce approfittando della sua condizione ingenua o inerme.
- In questo modello, le regole di concretizzazione dei concetti legali – come le regole da (2) a (4) – vengono denominate “regole semantiche”<sup>18</sup>.

17. Più in dettaglio sul punto, U. Neumann, *Juristische Logik*, in Kaufmann, Hassemer, Neumann (hrsg.), *Einführung*, cit., pp. 303 ss.

18. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, cit., pp. 278 s.; Koch, Rüßmann, *Juristische Begründungslehre*, cit., pp. 57 ecc.

Con lo schema illustrato, i sostenitori di questo modello non pretendono di rispecchiare l'intera complessità dell'argomentazione giuridica. Essi ritengono che l'argomentazione non venga afferrata nella parte in cui serve a motivare le singole premesse. Dal punto di vista terminologico, questa limitazione viene espressa attraverso la distinzione tra motivazione "interna" ed "esterna"<sup>19</sup>, oppure tra "schema principale" e "schema secondario"<sup>20</sup>.

Come detto, si rileva giustamente il necessario orientamento delle decisioni giuridiche alla regola. Allo stesso modo, in questo schema, si evidenzia bene che il vincolo della decisione alla regola deve avvenire in genere attraverso passi intermedi, nei quali la regola stessa viene concretizzata. D'altro canto, lo schema logico-deduttivo ingenera il rischio di fraintendimenti, nonché di una visione unilaterale dell'argomentazione giuridica. Qui rilevano soprattutto i seguenti punti:

a) la raffigurazione della regola giuridica come proposizione universale – ad esempio:  $(x) (Mx \rightarrow Fx)$  – è ambigua/fuorviante. Infatti, così intesa, la regola del § 211 StGb potrebbe essere falsificata accertando che l'assassino a *non* deve essere punito con l'ergastolo. Dal punto di vista logico, la deduzione della punibilità dell'assassino a dalla proposizione universale, da un lato, e la falsificazione della proposizione universale fondata sull'accertamento che un determinato assassino non deve essere condannato all'ergastolo, dall'altro lato, sono equivalenti. Questo significa: la specifica funzione di motivazione della regola giuridica non viene espressa nello schema deduttivo dell'argomentazione giuridica<sup>21</sup>;

b) l'attenzione esclusiva del suddetto schema ai contesti logico-deduttivi comporta che esso può cogliere solo argomenti che sono parti costitutive di motivazioni logicamente cogenti. Altri argomenti fuoriescono dalla trama. Questo significa: la funzione, centrale per una teoria dell'argomentazione, "a è argomento di b" non può essere raffigurata in questo modello;

c) quanto meno ambigua è la caratterizzazione come regole semantiche delle premesse nelle quali vengono concretizzati i concetti legali<sup>22</sup>. Essa, infatti, suggerisce l'idea che qui si tratti di regole dell'uso linguistico comune, cui si farebbe ricorso nella concretizzazione dei concetti legali. Tuttavia, queste "regole" possono anche essere di fatto costituite dall'interprete della legge, attraverso la "definizione del significato"<sup>23</sup>. Ciò lascia aperta la possibilità che tali regole "semantiche" vengano prodotte sulla base di considerazioni sostan-

19. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, cit., p. 273.

20. Koch, Rüßmann, *Juristische Begründungslehre*, cit., pp. 56 ss.

21. Più in dettaglio sul punto, U. Neumann, *Rechtstheorie und Wissenschaftstheorie*, in *Vestigia iuris. Festschrift für Günther Jahr zum siebzigsten Geburtstag*, Mohr, Tübingen 1993, pp. 157 ss. (158 ss.).

22. Cfr. *supra* nota 18.

23. Koch, Rüßmann, *Juristische Begründungslehre*, cit., pp. 15 ss.

ziali, le quali non hanno a che fare con l'uso linguistico registrabile. Il momento logico tende qui a una sopravvalutazione della semantica e a una pretermisione della dimensione pragmatica<sup>24</sup>.

#### 4.3. *Il modello di argomentazione di Toulmin*

La critica all'interpretazione (scorretta) del sillogismo come schema di argomentazione costituisce il punto di partenza del modello di argomentazione sviluppato da Toulmin<sup>25</sup>. Al riguardo, non viene contestata la correttezza logica del sillogismo, bensì la sua capacità di riflettere la struttura delle argomentazioni. In altra sede ho illustrato dettagliatamente il modello di Toulmin e ho cercato di mostrare la sua esemplarità per la struttura fondamentale dell'attività argomentativa giuridica<sup>26</sup>. Le prese di posizione, sia adesive<sup>27</sup> sia critiche<sup>28</sup>, apparse da allora su Toulmin e sulla sua recezione nella teoria dell'argomentazione giuridica possono giustificare, tra l'altro, distinzioni di apprezzamento, ma, a mio avviso, non una rivalutazione sostanziale. Peraltro, lo schema sviluppato da Toulmin permette solo di rappresentare la struttura fondamentale dell'argomentazione giuridica, ossia la decisione del caso singolo orientata alla regola (e al contempo attenta alle situazioni di eccezione). Una teoria della struttura profonda dell'argomentazione giuridica non esiste ancora. Essa neppure emerge negli approcci, teoricamente interessanti, ai modelli di una

24. Ma in termini differenziati, cfr. *ivi*, p. 157. Non convince la critica di Bung (*Subsumtion und Interpretation*, cit.) alle concessioni che Koch e Rüßmann fanno alla pragmatica. Posto che Bung, nel presente contesto, insiste sul fatto che, nelle controverse valutazioni della questione dell'immoralità del testamento dell'amante, non si tratterebbe soltanto di valutazioni etico-sociali diverse, bensì di differenze nell'uso linguistico del termine "immoralità", ne dovrebbe derivare l'impossibilità di discutere sensatamente di tale questione; infatti, mancherebbe un presupposto elementare di una discussione sensata, ossia un uso linguistico concorde. Ragionando così sul piano analogo del problema dell'incostituzionalità di una norma giuridica, ne deriverebbe che i giudici del Tribunale costituzionale che affermano l'incostituzionalità di una legge usano il termine "incostituzionalità" in un senso diverso dai loro colleghi che la negano. Ma allora non ci sarebbe più alcun criterio comune di orientamento per la discussione sull'incostituzionalità della concreta norma di legge. Lo stesso vale per la discussione sull'immoralità del testamento dell'amante.

25. S. Toulmin, *The Uses of Argument*, cur, Cambridge 1958 (trad. it. di G. Bertoldi, *Gli usi dell'argomentazione*, Rosenberg & Sellier, Torino 1975).

26. Neumann, *Juristische Argumentationslehre*, cit., pp. 21 ss.

27. Ad esempio, M. Atienza, *For a Theory of Legal Argumentation*, in "Rechtstheorie", 21, 1990, pp. 393 ss.; C. M. Stamatis, *Argumentes en droit. Une théorie critique de l'argumentation juridique*, Publisud, Paris 1995, pp. 165 ss.

28. Ad es. H. J. Koch, *Deduktive Entscheidungsbegründung*, in O. Behrens, M. Diesselhorst, R. Dreier (hrsg.), *Rechtsdogmatik und praktische Vernunft*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 1990, pp. 69 ss.; E. Hilgendorf, *Argumentation in der Jurisprudenz*, Duncker & Humblot, Berlin 1991, pp. 74 ss., 217.

logica non-monotona<sup>29</sup>, che in parte pretendono di fare a meno di una teoria informale dell'argomentazione<sup>30</sup>.

#### 4.4. *Parallelogramma degli argomenti, diagramma sagittale*

Per la ricostruzione razionale delle argomentazioni giuridiche, può ricorrersi al procedimento di analisi sotto forma di diagramma sagittale, sviluppato nell'ambito di un progetto di ricerca monachese; grazie ad esso è possibile riflettere la struttura formale di un'argomentazione giuridica, tenendo conto dell'interazione e dell'opposizione di argomenti di diverso genere. Dal punto di vista teorico-giuridico, questo diagramma, il quale offre risultanze differenti a seconda del peso relativo di certi tipi di argomenti, nonché della frequenza specifica della loro combinazione, presuppone soltanto che le decisioni giuridiche vengano tipicamente motivate attraverso la ponderazione di argomenti (modello del "parallelogramma degli argomenti").

### 5. FONDAMENTI

#### 5.1. *La teoria del discorso giuridico fondata sulla teoria del discorso pratico di Habermas (Alexy)*

L'attività argomentativa del giurista mira a mostrare la correttezza di una certa regola o di una certa decisione giuridica. Sotto questo profilo, il concetto di "correttezza" (*Richtigkeit*) può essere determinato da due diversi punti di vista. Da un lato, esso può essere riferito a parametri sostanziali, ad esempio alla concordanza con un ordinamento giuridico concepito come predata oppure con i criteri della giustizia sostanziale. Dall'altro lato, esso può essere inteso come funzione delle condizioni che consentono di adottare una decisione in riferimento a una certa norma. Le teorie che assumono quest'ultima posizione possono essere designate come *teorie procedurali* dell'argomentazione.

Una teoria procedurale dell'argomentazione giuridica è stata progettata da Robert Alexy nella sua opera fondamentale *Theorie der juristischen Argumentation*<sup>31</sup>, la quale è basata sulla grandiosa teoria del discorso pratico di Habermas; in seguito egli ha esposto e precisato la propria teoria in numerosi articoli<sup>32</sup>. Sia il progetto di Alexy sia la teoria del discorso pratico di Habermas sono

29. Cfr., ad esempio, G. Sartor, *Artificial Intelligence and Law: Legal Philosophy and Legal Theory*, ACM, Oslo 1993. Una buona panoramica di questi approcci, per certi versi differenti, in E. Ratschow, *Rechtswissenschaft und Formale Logik*, Nomos, Baden-Baden 1998, pp. 141 ss.

30. Per una critica convincente di questa pretesa, cfr. ivi, pp. 167 ss.

31. *Ibid.*

32. Cfr., in particolare, i contributi raccolti in Alexy, *Recht, Vernunft, Diskurs*, cit.

stati esposti in un mio precedente lavoro, al quale rimando per evitare ripetizioni<sup>33</sup>. Con riguardo ai successivi, ulteriori sviluppi della discussione, mi devo limitare ai seguenti tre punti: l'elaborazione di una propria teoria dell'argomentazione da parte di Habermas, la recente critica della teoria del diritto alla teoria del discorso, nonché la distinzione operata da Klaus Günther tra discorsi di applicazione e discorsi di fondazione.

### 5.2. *La teoria del discorso giuridico (Habermas)*

Habermas ha elaborato una propria teoria dell'attività argomentativa giuridica nel suo *opus magnum* giusfilosofico, *Faktizität und Geltung*, apparso nel 1992<sup>34</sup>. Lo sfondo giusfilosofico di questa teoria è costituito dal riconoscimento del diritto quale complesso normativo istituzionalmente indipendente, nonché largamente autonomo dalla morale, ma al contempo interpretabile dal punto di vista della teoria del discorso. A ciò corrisponde la differenziazione del principio del discorso in un principio di universalizzazione specificamente morale, da un lato, e in un principio di democrazia specificamente giuridico, dovuto «all'intreccio tra principio del discorso e forma giuridica»<sup>35</sup>, dall'altro lato: «Nell'assumere una configurazione giuridica, il principio del discorso si trasforma in un principio di democrazia»<sup>36</sup>. Questo principio afferma che «possono rivendicare una validità legittima solo le leggi giuridiche che sono in grado di riscuotere l'adesione di tutti i consociati in un processo di produzione discorsivo giuridicamente costituito»<sup>37</sup>. In tal modo viene preparato il terreno per una concezione del diritto processualmente orientata, che Habermas commisura o raffronta come paradigma procedurale del diritto al paradigma liberale e a quello sociale. Nella prospettiva della legittimazione del diritto, le condizioni di una società liberale e il congedo dal modello giusnaturalistico dotato di un fondamento religioso-teologico o metafisico non offrono alternative: «L'unica fonte post-metafisica della legittimità è evidentemente offerta dal principio democratico di produzione giuridica»<sup>38</sup>.

In questa sede, sotto il profilo della teoria dell'argomentazione, rileva il tipo di rapporto intercorrente tra gli elementi argomentativi, procedurali, riferiti all'idea della decisione corretta, da un lato, e gli elementi non argomentativi (legittimazione fondata sulla votazione), dall'altro lato. Qui Habermas pone in

33. Neumann, *Juristische Argumentationslehre*, cit., pp. 70 ss. (su Habermas), 78 ss. (su Alexy).

34. J. Habermas, *Faktizität und Geltung*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1994<sup>4</sup> (1<sup>a</sup> ed. 1992) (trad. it. di L. Ceppa, *Fatti e norme*, Guerini e Associati, Milano 1996).

35. Ivi, p. 154.

36. Ivi, p. 670.

37. Ivi, p. 141.

38. Ivi, p. 662.

primo piano l'aspetto sostanziale-argomentativo, dunque interpreta il procedimento giuridicamente istituzionalizzato in termini funzionali, cioè come mezzo per il conseguimento di risultati razionali. La forza legittimante del procedimento si basa sull'attivazione della razionalità comunicativa. Esso «consente il libero fluttuare di temi e contributi, informazioni e ragioni, assicura il carattere discorsivo della formazione della volontà politica, e fonda così l'assunto fallibile che i risultati proceduralmente realizzati siano più o meno razionali»<sup>39</sup>.

Il fatto che le decisioni giuridiche non vengano univocamente determinate dall'insieme degli argomenti per esse rilevanti impedisce, tuttavia, di fondare la loro legittimazione solo sulla qualità di tali argomenti. In relazione all'accettabilità dei giudizi giuridici, ciò significa che tale legittimazione «non dipende dalla qualità degli argomenti, bensì dalla struttura del processo argomentativo»<sup>40</sup>. Una teoria dell'argomentazione giuridica non può pertanto limitarsi alla dimensione logico-semantiche, bensì deve includere la dimensione pragmatica delle condizioni procedurali di commutazione degli argomenti. Secondo Habermas, è solo su questo presupposto che si può tener ferma la tesi non convincente dell'unica decisione corretta, presente nell'approccio monologico di Dworkin: «La lacuna di razionalità tra la forza puramente convincente di una singola ragione sostanziale e delle conseguenze degli argomenti in linea di principio sempre incomplete, da un lato, e l'assolutezza della pretesa dell'«unica» decisione «corretta», dall'altro lato, viene colmata *idealiter* attraverso il *procedimento argomentativo* della ricerca cooperativa della verità»<sup>41</sup>. Il processo giudiziario, allo stesso modo del procedimento democratico della produzione giuridica, è caratterizzato da un intreccio tra procedimento istituzionalizzato e sviluppi argomentativi della comunicazione<sup>42</sup>.

Una volta posta la scissione del principio del discorso in un principio di universalizzazione specificamente morale e in un principio di democrazia specificamente giuridico, risulta che la concezione di Alexy del discorso giuridico come caso speciale del discorso pratico generale (*Sonderfallthese*) non riflette il rapporto tra diritto e morale determinato dalla suddetta scissione. Tale concezione si dissolverebbe, «non appena si prende sul serio quella differenziazione parallela di diritto e morale che avviene al livello di fondazione postconvenzionale»<sup>43</sup>.

39. *Ibid.*

40. *Ivi*, p. 277.

41. *Ivi*, p. 279.

42. Più in dettaglio sul punto, U. Neumann, *Zur Interpretation des forensischen Diskurs in der Rechtsphilosophie von Jürgen Habermas*, in «Rechtstheorie», 28, 1996, pp. 1 ss.

43. Habermas, *Faktizität und Geltung*, cit., p. 286.

## 5.3. Critica

Le obiezioni fondamentali mosse all'approccio della teoria del discorso, rivolte in particolare contro l'aspirazione a una conoscenza pratica (problema del cognitivismo), non possono essere discusse in questa sede<sup>44</sup>. Nella parte in cui si rivolgono contro una teoria dell'argomentazione (giuridica) improntata alla teoria del discorso, la loro critica concerne essenzialmente tre punti.

a) Il primo si riferisce al ruolo del consenso (ideale, potenziale) quale criterio di correttezza sostanziale dell'argomento ovvero della decisione. In particolare, Weinberger ha obiettato a Habermas e ai suoi epigoni che si dovrebbe distinguere tra ragioni sostanzialmente buone, da un lato, ed effetti di convincimento degli argomenti, dall'altro lato. Perciò, a dispetto di Habermas, si potrebbe prescindere dal risultato del discorso<sup>45</sup>. Questa critica, che è stata avanzata in forma simile anche da altri autori, non distingue in maniera adeguata la forza di convincimento che un argomento ha effettivamente, situativamente, da quella che esso deve conseguire in condizioni ideali. Nella misura in cui tale critica si rivolge anche contro il criterio di correttezza del consenso potenziale, essa lascia aperta la questione di quale criterio, in alternativa a quest'ultimo, si intende utilizzare per delimitare un buon argomento da uno meno buono.

b) Più importante mi sembra la seconda obiezione: anche se si accetta in generale che la qualità di un "buon" argomento venga resa in termini operativi, attraverso il criterio della capacità di consenso, resta ancora da chiarire il rapporto tra correttezza argomentativa del risultato e correttezza riferita al procedimento istituzionalizzato<sup>46</sup>. In relazione a obiezioni simili, Habermas ha precisato il rapporto tra correttezza procedurale e correttezza argomentativa ricorrendo alla distinzione tra "validità" e "accettabilità razionale" del risultato di una decisione. Anche per le decisioni adottate in conformità al procedimento, che in quanto tali possono avanzare una pretesa di "accettabilità razionale", è possibile, richiamandosi a ragioni sostanziali, far valere la differenza tra un risultato valido e un risultato (soltanto) razionalmente accettabile<sup>47</sup>.

44. Sul punto, ad es., H. Keuth, *Erkenntnis oder Entscheidung. Zur Kritik der kritischen Theorie*, Mohr, Tübingen 1993; A. Engländer, *Diskurs als Rechtsquelle?*, Mohr-Siebeck, Tübingen 2002, pp. 89 ss.

45. O. Weinberger, *Diskursive Demokratie ohne Diskursphilosophie*, in "Rechtstheorie", 27, 1996, pp. 427 ss.

46. Sul punto, ad esempio, A. Kaufmann, *Rechtsphilosophie*, Beck, München 1997<sup>2</sup>, pp. 275 ss.; B. Peters, *Rationalität, Recht und Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1991, pp. 253 ss.; inoltre Neumann, *Zur Interpretation*, cit., pp. 415 ss.

47. J. Habermas, *Die Einbeziehung des Anderen*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1996, pp. 341 ss. (in riferimento alla critica svolta da Bernhard Peters e Michel Rosenfeld) (trad. it. di L. Ceppa, *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica*, Feltrinelli, Milano 2008).

c) Un problema centrale dell'etica del discorso è il tentativo di ricavare regole *normative* dalle condizioni dell'argomentazione razionale. La critica svolta sotto questo profilo è stata sinteticamente esposta e sviluppata da Gril<sup>48</sup>. Da un lato, viene contestata l'esclusività del discorso orientato all'intesa; eguale dignità avrebbe l'attività argomentativa strategica orientata al successo, la quale non implica un riconoscimento delle regole del discorso<sup>49</sup>. D'altro canto, nella formulazione habermasiana del principio di universalizzabilità, il concetto e la funzione dell'"interesse generale" diventano problematici; il singolo, la cui adesione è necessaria per l'individuazione consensuale dell'interesse generale, dovrebbe già orientare la propria decisione a tale interesse<sup>50</sup>. Indipendentemente dal peso di queste obiezioni, resta nondimeno la questione delle possibili fondazioni alternative delle norme morali. Come ha evidenziato ancora una volta Ellscheid nel confronto con Gril, la riconduzione di tali norme a interessi egoistici non funziona, giacché essa è in grado di vincolare soltanto gli egoisti moderati, non quelli radicali<sup>51</sup>. Per stabilire se il collegamento di un approccio pragmatico-trascendentale con un'argomentazione orientata a interessi empirici<sup>52</sup> sia in grado di fornire una fondazione stabile, è necessario discutere ancora<sup>53</sup>.

#### 5.4. *Discorsi di applicazione e discorsi di fondazione (Klaus Günther)*

Secondo il modello del discorso di Habermas, valide sono quelle norme di condotta cui possono aderire tutti i destinatari, tenuto conto delle conseguenze derivanti per i loro interessi dalla generale osservanza della norma di turno<sup>54</sup>. Tuttavia, questo presupposto non garantisce che la norma si riveli adeguata anche in ogni caso singolo per il quale essa vale. Questa è l'idea fondamentale del modello sviluppato da Klaus Günther, secondo il quale i *discorsi di fondazione* (*Begründungsdiskurse*), in cui viene decisa la validità di una norma, devo-

48. P. Gril, *Die Möglichkeit praktischer Erkenntnis aus Sicht der Diskurstheorie. Eine Untersuchung zu Jürgen Habermas und Robert Alexy*, Duncker & Humblot, Berlin 1998; Id., *Alexys Version einer transzendental-pragmatischen Begründung der Diskursregeln im Unterschied zu Habermas*, in "Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie", 83, 1997, pp. 206 ss.

49. Gril, *Die Möglichkeit*, cit., pp. 68 ss. Per una critica di tale equiparazione, cfr. la recensione di G. Ellscheid, in "Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie", 86, 2000, pp. 294-7.

50. Gril, *Die Möglichkeit*, cit., pp. 92 ss.

51. Ellscheid, cit.

52. R. Alexy, *Diskurstheorie und Menschenrechte*, in Id., *Recht, Vernunft, Diskurs*, cit., pp. 165 ss.

53. In termini critici, Gril, *Alexys Version*, cit., *passim*, e Id., *Die Möglichkeit*, cit., pp. 138 ss.

54. J. Habermas, *Diskursethik – Notizen zu einem Begründungsprogramm*, in Id., *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1983, pp. 53 ss., 75 s.



no essere integrati dai *discorsi di applicazione* (*Anwendungsdiskurse*), che si riferiscono alla questione se la norma sia o non applicabile in un singolo caso concreto<sup>55</sup>.

Il problema che la distinzione tra discorsi di applicazione e discorsi di fondazione intende risolvere si pone solo quando la decisione morale o giuridica adeguata in un caso concreto sia – o comunque possa essere – alquanto diversa dalla decisione basata su una norma di condotta valida e pertinente al caso stesso. Sul piano “postconvenzionale” dello sviluppo morale questa possibilità discende dal fatto che qui la valutazione della condotta non dipende soltanto dalla sua conformità a una regola<sup>56</sup>. Günther chiarisce il problema sulla base del noto passo di Kant: “un presunto diritto a mentire per amore degli uomini”. Il divieto generale di mentire può emergere come norma valida. Nondimeno, la conseguenza tratta da Kant, secondo cui non sarebbe permesso mentire per sviare l’assassino dalla sua vittima, non è accettabile. Essa, infatti, trascura le particolarità della situazione concreta, le quali rilevano per stabilire qual è la condotta moralmente corretta in *questa* situazione.

In termini generali: l’adeguatezza di una norma in una situazione concreta può essere decisa solo in considerazione di tutte le caratteristiche rilevanti della situazione stessa. Ciò non può avvenire nel *discorso di fondazione* che decide sulla *validità* della norma, già a causa del fatto che non è possibile prevedere tutte le future situazioni applicative<sup>57</sup>.

Là dove la rilevanza delle caratteristiche della situazione per la decisione morale o giuridica viene determinata sulla base di norme, si pone il problema dell’adeguatezza della norma nella situazione concreta, nel senso che bisogna risolvere una collisione tra norme valide, sussistente rispetto a questo caso. Tale soluzione non può essere ottenuta negando la validità di una delle norme confliggenti: «La collisione normativa non può essere ricostruita come un conflitto tra pretese di validità, giacché le norme collidenti [...] entrano in

55. K. Günther, *Der Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1998. Su questo e sugli aspetti seguenti mi sono già soffermato in U. Neumann, *Die Geltung von Regeln, Prinzipien und Elementen*, in B. Schilcher, P. Koller, B. C. Funk (hrsg.), *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts*, Verlag Österreich, Wien 2000, pp. 115 ss., 123 ss.

56. Sul modello sottostante allo sviluppo dei diversi livelli della coscienza morale, cfr. L. Kohlberg, *Die Psychologie der Moralentwicklung*, hrsg. von W. Althof, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1996; sul punto, tra gli altri, L. Eckensberger, *Anmerkungen zur Beziehung zwischen Recht und Moral aus entwicklungspsychologischer Sicht*, in H. Jung, H. Müller Dietz, U. Neumann, *Rechtsbegründung – Rechtsbegründungen*, Nomos, Baden-Baden 1998, pp. 19 ss.

57. Günther, *Der Sinn für Angemessenheit*, cit., p. 198; Habermas, *Faktizität und Geltung*, cit., p. 266.

relazione solo in una situazione concreta»<sup>58</sup>. Piuttosto, la soluzione relativa al caso concreto emerge solo in un “discorso di applicazione”, nel quale viene deciso, nella prospettiva della congruenza (*Kohärenz*) del sistema normativo<sup>59</sup>, quale norma, “nonostante la sua validità”, deve recedere rispetto a un’altra, ossia a quella “adeguata” *in casu*<sup>60</sup>.

La concezione di Günther, che è stata accolta da Habermas<sup>61</sup>, ha avuto una grande risonanza e ha suscitato un’intensa discussione<sup>62</sup>. Certo, può ammettersi che la distinzione tra la giustificazione di una norma, da un lato, e la giustificazione della sua applicabilità a una situazione concreta, dall’altro lato, è sensata sul presupposto dell’esistenza di norme confliggenti in tale situazione. Tuttavia, è controverso se la distinzione tra discorsi di applicazione e discorsi di fondazione sia giustificata dal punto di vista della teoria del discorso, cioè se sia possibile dimostrare differenze significative nella struttura dell’argomentazione, tali da giustificare l’attribuzione di un’autonoma forma di discorso alle discussioni applicative.

A questo punto, Günther può replicare innanzitutto che, nei discorsi di applicazione, la corretta valutazione di un caso singolo si trova in primo piano, dunque che occorre offrire una fondazione di proposizioni prescrittive singolari<sup>63</sup>, là dove nei discorsi di fondazione viene tematizzata la validità di norme universali. A ciò si può tuttavia controreplicare che, nella misura in cui si tratta della rilevanza normativa delle caratteristiche della situazione concreta, anche il discorso di applicazione non si riferisce a criteri singolari, bensì generalizzabili: nell’esempio di Kant, l’interrogato ha il diritto (morale) di mentire per salvare il perseguitato dal suo potenziale assassino, solo se tale diritto spetta a chiunque in una situazione corrispondente. Le «ragioni adducibili per l’affermazione di rilevanza delle caratteristiche della situazione nei (cosiddetti) “discorsi di applicazione”» rappresentano «sempre, direttamente o indirettamente, generalizzazioni delle esigenze degli interessati»<sup>64</sup>. D’altro canto, nei discorsi di fondazione, è possibile fare riferimento a tutte le situazioni applica-

58. Günther, *Der Sinn für Angemessenheit*, cit., p. 300.

59. Sul punto, ivi, pp. 299 ss.; Id., *Ein normativer Begriff der Kohärenz für eine Theorie der juristischen Argumentation*, in “Rechtstheorie”, 20, 1989, pp. 163 ss.

60. Habermas, *Faktizität und Geltung*, cit., p. 266.

61. Ivi, pp. 265 ss.; Id., *Die Einbeziehung*, cit., pp. 369 s.

62. Cfr., ad esempio, R. Alexy, *Normbegründung und Normanwendung* (1993), in Id., *Recht, Vernunft, Diskurs*, cit., pp. 52 ss.; M. Kettner, *Warum es Anwendungsfragen, aber keine “Anwendungsdiskurse” gibt*, in “Jahrbuch für Recht und Ethik”, 1, 1993, pp. 365 ss.

63. K. Günther, *Warum es Anwendungsdiskurse gibt*, in “Jahrbuch für Recht und Ethik”, 1, 1993, pp. 379 ss.

64. Kettner, *Warum es Anwendungsfragen*, cit., p. 375; sul punto, Günther, *Warum es Anwendungsdiskurse gibt*, cit., p. 386.

tive genuine<sup>65</sup>. Al riguardo, la differenza tra discorsi di applicazione e discorsi di fondazione discende dalla differente situazione informativa in cui si trova chi prende parte all'uno e all'altro discorso. Ma poiché il *deficit* di informazione di chi prende parte al discorso di fondazione non è essenziale a quest'ultimo, bensì ha semplicemente carattere accidentale, la discussione circa la corretta decisione del caso singolo potrebbe essere ricostruita anche in un altro modo: allorché si tratta, non già della struttura effettiva del caso, bensì della rilevanza normativa delle caratteristiche (generalizzabili) della situazione, gli interessati entrano in un discorso di fondazione nel quale occorre chiarire da quale norma dovrebbe dipendere la decisione del caso concreto. Questa ricostruzione avrebbe, in particolare, il seguente vantaggio: la discussione – da condurre nella prospettiva della congruenza e necessariamente riferita a (meta-)norme universali – circa la soluzione “adeguata” di una collisione normativa troverebbe la propria collocazione logico-argomentativa all'interno del discorso di fondazione. Dunque, la norma necessaria per la decisione adeguata del caso concreto potrebbe essere, da un lato, formulata introducendo una clausola di eccezione, dall'altro lato, giustificata in un discorso di fondazione<sup>66</sup>. Una tale ricostruzione delle discussioni applicative, che in effetti risparmierebbe la distinzione tra discorsi di fondazione e discorsi di applicazione, lascerebbe tuttavia insoluto un problema, dal quale si ricava un solido argomento a favore della differenziazione operata da Günther. Infatti, la modificazione della norma attraverso l'inserimento di una clausola di eccezione (“non è permesso mentire, salvo che la menzogna serva a salvare la vita di un uomo”) annulla la validità dell'originaria norma incondizionata – con la conseguenza che, nell'ambito di applicazione della clausola di eccezione, tale norma perde ogni rilevanza morale<sup>67</sup>. Nei termini della teoria dell'argomentazione: l'introduzione della clausola di eccezione comporta che l'essere la dichiarazione salvifica una menzogna non può più considerarsi come un argomento contro la sua ammissibilità morale. La norma “non è permesso mentire, salvo che la menzogna serva a salvare la vita di un uomo” non si distingue strutturalmente, sotto i profili rilevanti in questa sede, dalla norma “gli automobilisti devono fermarsi con il rosso, salvo che il vigile faccia segno di proseguire”. Nondimeno, il significato della clausola di eccezione in questi due casi non è lo stesso, sia sotto il profilo morale sia sotto il profilo della teoria dell'argomentazione. Che il semaforo sia “rosso” è normativamente del tutto irrilevante nella situazione concreta (disciplina del traffico da parte di un vigile); questa circostanza non offre alcun “controargomento” rispetto all'obbligo di

65. Günther, *Der Sinn für Angemessenheit*, cit., p. 51; sul punto, Alexy, *Normbegründung und Normanwendung*, cit., pp. 68 s.

66. Sul punto, più in dettaglio, Alexy, *Normbegründung und Normanwendung*, cit.

67. Sul punto, Günther, *Warum es Anwendungsdiskurse gibt*, cit., p. 386.

osservare in tal caso il segnale del vigile. Per contro, il divieto generale di mentire vale anche nella situazione concreta come argomento contrario alla dichiarazione mendace, sebbene debba recedere rispetto all'obbligo di salvare la vita (oppure al divieto di sopprimerla)<sup>68</sup>. Ciò vale, tuttavia, solo presupponendo che al divieto di mentire sottostia un senso deontologico. Se, invece, lo si intende nel senso dell'utilitarismo pratico, cioè quale mera regola tendenziale, allora, dal punto di vista normativo, non sussiste alcuna differenza rispetto all'esempio del semaforo. In tal caso, il divieto di mentire è *da principio* limitato ai casi in cui la menzogna (per dirla in termini generali) non serve a salvare un interesse importante. Sennonché, mi pare che l'interpretazione deontologica del divieto di mentire non corrisponda soltanto alla comprensione morale quotidiana di tale divieto; un «opportunismo morale dipendente dalla situazione»<sup>69</sup>, qual è espresso nell'interpretazione utilitaristico-pratica del divieto di mentire, è a stento compatibile con il modello della teoria del discorso. Nondimeno, bisognerà esaminare con maggiore precisione se la suddetta comprensione deontologica risulti convincente per *tutte* le norme giuridiche e morali fondabili dal punto di vista della teoria del discorso<sup>70</sup>.

## 6. CRITICA (LUHMANN)

In opposizione agli approcci prescrittivi (teorie normative dell'argomentazione) o analitico-descrittivi ricondotti al concetto di teorie dell'argomentazione, la teoria sistemica non ricerca le regole della corretta attività argomentativa, né le effettive regolarità di quest'ultima, bensì la funzione dell'argomentazione giuridica. In questa prospettiva, i modelli dell'attività argomentativa giuridica finora esaminati appaiono manchevoli. «Una retrospettiva teoricamente improntata di ciò che nei decenni trascorsi è progredito sotto le insegne della “teoria dell'argomentazione” non è di grande ausilio»<sup>71</sup>. La critica di Luhmann si rivolge tanto al ricorso a principi “razionali” da parte dell'argomentazione giuridica e morale (critica “di una fede nei principi”), quanto alla tendenza dell'argomentazione giuridica a una teoria procedurale («impraticabilità di una fuga nelle direttive procedimentali», p. 348). Il ricorso a principi razionali e morali, con l'inclusione di criteri normativi extragiuridici, contraddirebbe la tesi della «chiusura operati-

68. Sul punto, K. Günther, *Universalistische Normbegründung und Normanwendung in Recht und Moral*, in M. Herberger, U. Neumann, H. Rüßmann (hrsg.), *Generalisierung und Individualisierung im Rechtsdenken*, in “ARSP-Beiheft”, 45, 1994, pp. 36 ss., 46 s.

69. Günther, *Warum es Anwendungsdiskurse gibt*, cit., p. 389.

70. Qui i penalisti collegano la discussione sugli “elementi negativi della fattispecie” al problema delle fattispecie “aperte” (sul punto, cfr. C. Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, I, Beck, München 2006<sup>4</sup>, pp. 286 s., 300 s.).

71. N. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1993, p. 348. Le citazioni che seguono nel testo principale si riferiscono a quest'opera.

va del sistema giuridico», dunque l'affermazione: «Solo il diritto stesso può dire cos'è diritto» (p. 50). Il modello del sistema giuridico operativamente chiuso escluderebbe una rilevanza giuridica immediata della morale (p. 78).

Dal punto di vista della teoria sistemica, l'attività argomentativa giuridica va collegata alla necessità di garantire, da un lato, la coerenza (*Konsistenz*, "ridondanza"), dall'altro lato, la flessibilità ("varietà") del sistema giuridico. Semplificando, si tratta della parità o disparità di trattamento in rapporto a precedenti decisioni. Il caso singolo deve esser collocato nel contesto di altre decisioni, «al fine di impedire la disintegrazione del sistema in una congerie di decisioni singole» (p. 356). Se si intende la giustizia come parità di trattamento (giustizia-eguale), si può concludere: «La giustizia è ridondanza» (p. 356). Al riguardo, l'argomentazione che garantisce la ridondanza non va dalla regola al caso, bensì dal caso singolo al caso singolo (p. 349). Da ciò discende il rilievo che l'analogia riveste nell'ambito dell'argomentazione giuridica.

Dall'altro lato, ricorrendo di nuovo a una semplificazione, il sistema giuridico deve garantire la possibilità di trattamento comparativo, di distinzione (normativa) delle costellazioni casistiche. I concetti di ridondanza e varietà formulano opposte richieste all'argomentazione giuridica, ciò che tuttavia, secondo Luhmann, sul piano dell'argomentazione stessa, non appare nella forma di una «contraddizione permanente di motivazioni», bensì viene occultato in una rete di regole e principi (p. 361). Le ragioni creano differenze (p. 368). Limitandosi ad alcune tra le (arbitrariamente?) numerose differenziazioni possibili (così interpreto Luhmann), esse passano sotto silenzio qualcosa, vale a dire la loro ridondanza (p. 370). Ciò conduce alla questione della critica (dell'ideologia), alla «decostruzione» dell'argomentazione giuridica (p. 371).

Le ragioni, dal canto proprio, necessitano di esser motivate. Se il senso letterale univoco del testo non basta (sul significato di interpretazione, cfr. pp. 362 ss.), si pone la questione delle – per dir così – “meta-ragioni” dell'argomentazione giuridica. Qui, secondo Luhmann, la valutazione delle conseguenze della decisione giuridica tende oggi a prevalere sul richiamo storicamente superato a Dio, alla natura dell'uomo o alla ragione (pp. 377 ss.). Al riguardo, bisogna tuttavia distinguere tra conseguenze interne e conseguenze esterne al sistema, tra conseguenze giuridiche e conseguenze reali (p. 380). Se la considerazione delle conseguenze giuridiche interne al sistema, nella quale si tratta soltanto della «usuale attenzione per la coerenza, cioè di garantire la ridondanza sufficiente» (p. 381), non è problematica, la considerazione delle conseguenze reali, data l'incertezza delle prognosi empiriche, va incontro a notevoli dubbi (pp. 381 ss.)<sup>72</sup>. Ciò va inteso non solo nel senso che le prognosi rilevanti per la

72. Sul punto, cfr. N. Luhmann, *Argumentation. Eine Analyse ihrer Form*, in G. Teubner (hrsg.), *Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe*, Nomos, Baden-Baden 1995, pp. 19 ss.; Id., *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, cit.

decisione possono rivelarsi errate. Piuttosto, l'inevitabile indeterminatezza del futuro costringe ad arricchire la concezione a due valori della verità ("vero/falso") di un terzo valore ("indeterminato"), il quale confligge con la codificazione binaria del diritto (pp. 383 s.).

Le regole per la parità di trattamento di certe costellazioni casistiche, e per la disparità di trattamento di altre, vengono accumulate in concetti dogmatici come quelli di atto di amministrazione, delegazione, responsabilità per il trasferimento e così via (pp. 384 ss.). In questo senso, i concetti giuridici sono nient'altro che distinzioni (p. 386). Pertanto, secondo Luhmann, la comune polemica contro la Giurisprudenza dei concetti risulta superata quanto meno allorché si presenta come ribellione contro i concetti giuridici. Al contrario, è piuttosto la centralizzazione del concetto di interesse, favorita dalla Giurisprudenza degli interessi, che rischia di trascurare il valore proprio al diritto, il quale non si risolve in una «realizzazione per quanto è possibile degli interessi» (p. 392).

Secondo la teoria sistemica, il rapporto tra interessi e peso spettante al diritto si può riformulare come rapporto tra etero- e autoreferenza (pp. 393 ss.). Attraverso argomenti formali, che, ad esempio, si richiamano a testi vincolanti, il sistema si riferisce a sé stesso, dunque pratica l'autoreferenza; attraverso argomenti sostanziali, tra i quali rientra il rimando a interessi vincolanti, esso pratica l'eteroreferenza. Secondo questa ricostruzione, la comune formula della ponderazione di interessi quale principio giuridico appartiene esclusivamente all'eteroreferenza, e si rivela pertanto criticabile, poiché essa «non rende ciò che ogni decisione deve pretendere: la mediazione tra etero- e autoreferenza» (p. 398). Dal punto di vista della teoria sistemica, la ponderazione di interessi appare come il "cavallo di Troia" di ogni dogmatica giuridica (p. 268).

L'esito disincantato dell'analisi luhmanniana della teoria dell'argomentazione è che giuristi e (alcuni) filosofi sopravvaluterebbero sensibilmente la funzionalità dell'argomentazione giuridica. Può essere che sia così. Ma l'alternativa all'argomentazione giuridica sarebbe la decisione priva di forza di giustificazione. L'argomentazione giuridica merita l'attenzione che le ha riservato la letteratura giusfilosofica tedesca e internazionale<sup>73</sup>.

73. Oltre ai lavori citati sopra, nonché in Neumann, *Juristische Argumentationslehre*, cit., cfr. ad esempio A. Grabowski, *Judicial Argumentation and Pragmatics*, Księgarnia Akademicka, Krakau 1999; J. Stelmach, B. Brozek, *Methods of Legal Reasoning*, Springer, Dordrecht 2006; J. Raz, *Practical Reason and Norms*, OUP, Oxford 1999; R. Summers, *The Jurisprudence of Law's Form and Substance*, Ashgate, Aldershot 2000.