

## Pluralismo discorsivo e ragionamento giuridico: forme dell'argomentazione\*

### 1. MULTIDIMENSIONALITÀ DELL'ARGOMENTAZIONE

Una delle sfide più importanti che oggi la teoria dell'argomentazione è chiamata ad affrontare è a nostro avviso quella di mettere a punto una prospettiva multidimensionale sul dialogo. Tale esigenza nasce dal bisogno di correggere l'unilateralità dell'approccio all'argomentazione prevalente nella teoria dell'agire comunicativo, nel razionalismo critico e nella tradizione ermeneutica. Una tendenza tipica di tali modelli filosofici del dialogo consiste nel focalizzare esclusivamente l'attenzione su un determinato contesto dialogico, vale a dire il contesto dell'argomentazione razionale di tipo critico: il dialogo persuasivo di Perelman e Olbrechts-Tyteca, la razionalità critica di Popper e di van Eemeren e Grootendorst, il *Diskurs* di Habermas, il gioco del dare e chiedere ragioni in Gadamer e in Brandom, il ragionamento pratico di Hare e MacCormick<sup>1</sup>. In secondo luogo tali approcci sembrano concentrarsi prevalentemente, se non esclusivamente, sul problema della fondazione del dialogo critico, vale a dire sulla questione se sia possibile – e come – giustificare le regole generali che presiedono agli scambi dialogici di tipo razionale. A tale proposito si devono fare alcune osservazioni generali.

*Pluralità dei contesti dialogici* In primo luogo è osservabile empiricamente che esiste una pluralità di contesti dialogici di argomentazione non riducibili al modello della discussione critico-razionale. In tal senso un utile contributo può venire dalle teorie dell'argomentazione che applicano il modello della dialettica formale di Barth e Krabbe e i giochi dialogici di Lorenzen e Schwem-

\* Il *pluralis maiestatis* di questo testo non è retorico, ma fa riferimento alla prospettiva elaborata in P. Cantù, I. Testa, *Teorie dell'argomentazione. Un'introduzione alle logiche del dialogo*, Bruno Mondadori, Milano 2006, di cui questo scritto rappresenta un'evoluzione e un'applicazione. In particolare i PARR. 1 e 2, sebbene stesi materialmente da chi scrive, espongono idee condivise con Paola Cantù e rappresentano il nostro punto di vista sul tema.

1. Su ciò cfr. Cantù, Testa, *Teorie dell'argomentazione*, cit., cap. 6.

mer all’analisi degli scambi dialogici concreti<sup>2</sup>: tali impostazioni contribuiscono a estendere la nostra comprensione della pluralità delle pratiche argomentative, identificando contesti di dialogo distinti rispetto alla discussione critica – come la negoziazione, l’indagine, la ricerca di informazioni, la deliberazione, il dialogo eristico. Un interessante modello in tal senso è costituito dalla *New Dialectic* di Walton<sup>3</sup>, che consente di enucleare la struttura specifica di tali contesti – intesa come il *set* di regole locutive, strutturali, d’impegno, di vittoria e perdita che ne definiscono la razionalità e che permettono di distinguere tra mosse valide e mosse non valide al loro interno. Un approccio siffatto consente di definire in termini dialogici anche quelle forme di agire strumentale e strategico – per dirla con Habermas<sup>4</sup> – la cui struttura rischia di essere negata o di rimanere sottodeterminata all’interno degli approcci che modellano la razionalità unicamente sulla base del dialogo critico.

*Tre livelli della teoria dell’argomentazione* In secondo luogo sarebbe a nostro avviso opportuno riconoscere la multidimensionalità non solo della pratica ma anche della teoria dell’argomentazione<sup>5</sup>, distinguendo almeno tre livelli all’interno di quest’ultima.

1. Il *livello descrittivo*, che si occupa della raccolta e dell’analisi degli scambi conversazionali concreti e degli argomenti che vengono accettati come validi in qualche contesto fattuale.

2. Il *livello normativo*, che consiste nella definizione di regole generali, relative a un campo del sapere o a un contesto dialogico, e che costituiscono la struttura normativa di tali scambi conversazionali. Tali regole pertanto consentono *a*) di ricostruire gli argomenti e di definire le tipologie di dialogo in base alla loro struttura normativa; *b*) di valutare l’adeguatezza degli argomenti; *c*) di definire euristicamente buone strategie di ragionamento.

3. Il *livello giustificativo* (o normativo 2), che si occupa della giustificazione metateorica di tali regole generali e che può assumere una connotazione fondativa nella misura in cui si ritenga di poter individuare un metacontesto – un contesto dei contesti – i cui vincoli normativi, come nel caso della situazione dialogica ideale di Habermas, risultano preordinati rispetto agli impegni normativi assunti dai parlanti nei singoli contesti dialogici.

2. Cfr. E. Barth, E. Krabbe, *From Axiom to Dialogue. A Philosophical Study of Logics and Argumentation*, de Gruyter, Berlin-New York 1982; P. Lorenzen, O. Schwemmer, *Konstruktive Logik, Ethik und Wissenschaftstheorie*, Bibliographisches Institut, Mannheim 1973.

3. Cfr. D. Walton, *The New Dialectic: Conversational Contexts of Argument*, University of Toronto Press, Toronto 1998.

4. Cfr. 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).

5. Cfr. Cantù, Testa, *Teorie dell’argomentazione*, cit., cap. 6, par. 5.

*Giustificazione o fondazione* Questi tre livelli sono connessi tra di loro: infatti, non sembra possibile operare una descrizione degli scambi dialogici senza nel contempo ricostruirne la struttura normativa, né d'altra parte si può comprendere il senso della correttezza del ragionamento se non si è in grado di ancorarla alla descrizione di scambi conversazionali empirici. Inoltre, trascurare la distinzione fra i tre livelli, è un tipico errore di prospettiva di alcuni approcci filosofici monodimensionali che finiscono per ridurre il compito della teoria dell'argomentazione al solo terzo livello, quello propriamente giustificativo, agendo come se quest'ultimo potesse essere sensatamente eseguito a prescindere dai due precedenti livelli. È questa una distorsione tipica degli approcci che finiscono per intendere la giustificazione come una sorta di fondazione o fondazione ultima – come nel caso di Apel e per certi versi dell'Habermas della *Teoria dell'agire comunicativo* e dell'*Etica del discorso*<sup>6</sup>. Per converso l'interconnessione non prescindibile fra i tre livelli permette anche di criticare motivatamente quegli approcci non filosofici strettamente empirici oppure quegli approcci filosofici relativistici – come certe versioni dell'*informal logic*<sup>7</sup> – che ritengono di poter mettere completamente da parte il problema della giustificazione.

*Strategie di giustificazione* Lo studio delle diverse teorie dell'argomentazione ci permette di apprezzare il fatto che il compito della giustificazione è multidimensionale. Esso può essere svolto in vari modi e la strategia della fondazione o fondazione ultima è solo una delle alternative in campo: un'alternativa che pur presentando alcuni vantaggi, e ponendo con forza alcuni importanti problemi teorici, dimostra tuttavia diverse debolezze. In tal senso possiamo distinguere cinque diverse strategie di giustificazione, che possono occorrere separatamente o essere combinate tra loro. *Giustificazione empirica* (appello all'esperienza e al modo in cui funzionano effettivamente le pratiche argomentative); *giustificazione pragmatica* (analisi costi-benefici; adeguatezza ed efficacia dei mezzi impiegati rispetto agli scopi assunti); *giustificazione teleologica* (giustificazione delle regole in base allo scopo interno del contesto dialogico-comunicativo); *giustificazione coerentistica* (le regole sono giustificate in quanto ci permettono di ricostruire un quadro coerente delle nostre pratiche discorsive e di raggiungere un equilibrio riflessivo tra tali regole e le intuizioni dei parlanti); *fondazione ultima* (deduttiva o riflessivo-trascendentale, consistente

6. Cfr. K. O. Apel, *Discorso, verità, responsabilità*, a cura di V. Marzocchi, Guerini e Associati, Milano 1987; Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*, cit.; Id., *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1983 (trad. it. *Etica del discorso*, Laterza, Roma-Bari 1989).

7. Cfr. J. A. Blair, R. H. Johnson (eds.), *Informal Logic: The First International Symposium*, Edge Press, Inverness 1980.

nella riconduzione della molteplice struttura degli impegni dialogici a un principio primo, o a un set di principi).

*Giustificazione euristica* La grammatica della giustificazione è plurale: alla luce di tale pluralità, non ci sembra vi siano motivi sufficienti per pagare pugno alla metafora fondazionalista del terreno solido su cui gettare le fondamenta e di privilegiare le strategie volte all'indietro – cioè ad assicurare le regole della normatività dialogica a un fondamento di validità, a un impegno normativo necessario, già da sempre dato od originario, che finisce per fungere da discolpa rispetto alle nostre responsabilità discorsive fallibili<sup>8</sup>. Piuttosto ci sembra invece più adeguato un modello che potremmo chiamare di *giustificazione euristica* (volta al futuro, che giustifica una teoria in base alla sua capacità di risolvere problemi, di integrare altri punti di vista, di essere suscettibile di sviluppi, di modificarsi riflessivamente tenendo conto del potenziale di situazione).

*Meta-meta-teoria dell'argomentazione* La teoria dell'argomentazione si configura oggi come un campo disciplinare che tende ad autonomizzarsi e a dotarsi di un armamentario teorico specialistico che sviluppa strumenti tecnici presi a prestito ora dalla logica, ora dalla linguistica, ora dall'informatica. Di conseguenza questo campo di studi non sembra poter essere identificato da un'unica metodologia. Tale situazione può determinare una dispersione specialistica dei risultati conseguiti dai vari approcci nella misura in cui mancano strumenti teorici che consentano di comprendere la compatibilità tra di essi. Da questo punto di vista l'unilateralità dei vari approcci deve essere a nostro avviso accompagnata da una impostazione filosofica che sappia identificare i paradigmi concettuali che possono orientare l'indagine sull'argomentazione e che possono accomunare le metodologie adottate dalle diverse scuole. La teoria filosofica dell'argomentazione, intesa come riflessione meta-teorica sui diversi approcci all'argomentazione, dovrebbe partire dal carattere fruttuosamente interdisciplinare della teoria dell'argomentazione, e avere come scopo la costruzione di un *framework* trasversale: un *framework* che a nostro avviso è costituito dall'intersezione tra il *paradigma dialogico*, il *paradigma dialettico*, il *paradigma intersoggettivo* e il *paradigma normativo*<sup>9</sup>. D'altra parte questa meta-meta-teoria dell'argomentazione – come una sorta di teoria che studia le proprietà di classi di teorie dell'argomentazione – non va intesa come una disciplina a priori, di competenza esclusiva di una filosofia avente ruolo fondativo rispetto alle discipline scientifiche. Si tratta piuttosto di un

8. Su ciò cfr. anche C. Luzzati, *La politica della legalità. Il ruolo del giurista nell'età contemporanea*, il Mulino, Bologna 2005, pp. 59 ss.

9. Cfr. Cantù, Testa, *Teorie dell'argomentazione*, cit., pp. vii-xix.

momento della riflessione interna allo stesso sviluppo concreto della teoria dell'argomentazione.

*Approccio bottom-up* L'approccio all'argomentazione richiede così una duplice correzione: da un lato il confronto con le teorie specialistiche dell'argomentazione serve a nostro avviso a modificare la concezione del ruolo che la filosofia può giocare in relazione a esse. Dall'altro la riflessione filosofica – intesa come analisi concettuale di paradigmi e come funzione metateorica interna alle teorie stesse – ha un ruolo integrativo rispetto alle indagini specialistiche sull'argomentazione – tematizzando il problema della congruenza tra i vari approcci metodologici – e insieme ne valorizza il contributo filosofico rispetto al problema della comprensione della razionalità. Per altro verso la riflessione filosofica sulla nozione di razionalità, adottando tale approccio *bottom-up*, guadagna determinatezza, nella misura in cui può giungere così a una comprensione più articolata e concreta della pluralità della struttura normativa della razionalità.

## 2. RAZIONALITÀ APERTA

La storia della teoria dell'argomentazione si lascia a nostro avviso ricostruire come una progressiva messa a tema della struttura intersoggettiva della validità logica. Questo nesso tra validità e intersoggettività – messo a tema in vario modo da Lorenzen, Habermas, Walton e Brandom<sup>10</sup> – è in effetti sempre associato a un concetto di razionalità o di ragionevolezza. L'integrazione tra il livello descrittivo, normativo e giustificativo – l'individuazione, la ricostruzione e la giustificazione delle regole dell'argomentazione e dei criteri di validità a esse inerenti – avviene sempre in relazione a una certa idea di razionalità, che può essere assunta o come presupposto o come risultato del processo argomentativo stesso. Nel primo caso vediamo ad esempio come nella *pragma-dialectics* l'idea di razionalità critica sia assunta quale presupposto in base a una scelta etica<sup>11</sup>; come nella teorie ermeneutiche dell'argomentazione giuridica – in Alexy, Dworkin, e da ultimo anche nei recenti sviluppi di MacCormick<sup>12</sup> – i principi della razionalità pratica costituiscano uno sfondo di precomprensione del ragionamento legale; o come nella teoria habermasiana la razionalità

10. Cfr. R. B. Brandom, *Making It Explicit. Reasoning, Representing and Discursive Commitment*, Harvard University Press, Cambridge (MA) 1994.

11. F. H. van Eemeren, R. Grootendorst, *A Systematic Theory of Argumentation. The Pragma-Dialectical Approach*, CUP, Cambridge 2004 (trad. it. *Una teoria sistematica dell'argomentazione. L'approccio pragma-dialettico*, Mimesis, Milano 2008).

12. Cfr. N. MacCormick, *Rhetoric and the Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning*, OUP, Oxford-New York 2005.

discorsiva procedurale sia il presupposto formale e universale di tutti gli scambi dialogici. Tali approcci però ci sembrano, alla fine dei conti, minimizzare il risultato cui la connessione tra validità e intersoggettività conduce. La teoria dell'argomentazione, infatti, non dovrebbe limitarsi a presupporre un qualche modello di razionalità: essa si rivela invece feconda proprio in quanto avvia una riflessione sulle norme della razionalità stessa e ne determina il contenuto specifico in relazione alle diverse forme di interazione intersoggettiva e al loro sviluppo strutturale e storico. In tal senso la riflessione metateorica sulle teorie dell'argomentazione a nostro avviso non ha il compito di fondare tali teorie su di una teoria della razionalità già data e determinata nei suoi contenuti normativi indipendentemente dall'analisi della struttura dei contesti dialogici intersoggettivi. Essa è piuttosto volta a mettere in luce come le teorie dell'argomentazione tematizzino lo sviluppo storico dell'idea di razionalità, cui contribuiscono costruttivamente, nella misura in cui esse esplicitano il modo in cui tale idea si mette in opera e si determina contenutisticamente, anche dal punto di vista normativo, entro i diversi contesti dialogici. La riflessione metateorica sulle teorie dell'argomentazione mostra in tal senso come esse siano comprensibili quali momenti interni al processo di autoriflessione e di autotrasformazione della razionalità stessa. Di qui risulta un'immagine della razionalità come razionalità aperta, i cui contenuti normativi si costituiscono progressivamente nell'interazione trasversale tra le diverse pratiche dialogiche, dialettiche e intersoggettive. Ed è per questo motivo che la strategia di giustificazione dei criteri di validità più consona ci sembra essere quella di tipo euristico, che come tale è volta in avanti, al futuro piuttosto che al passato o al già da sempre stato, e orientata a giustificare una teoria in base alla sua ricchezza di prospettive, interrelazioni e sviluppi.

*Teoria critica dell'argomentazione e razionalità trasversale* D'altra parte la riflessione metateorica sulle teorie dell'argomentazione – che naturalmente deve poter essere esercitata dall'interno delle teorie stesse – non può in tal senso essere identificata con nessuno dei tre livelli della teoria dell'argomentazione (descrittivo, normativo, giustificativo) giacché essa concerne piuttosto la dinamica del movimento da un livello all'altro. Infatti tale riflessione metateorica, nella misura in cui mette a tema la nozione di razionalità, non si occupa di descrivere o ricostruire la struttura normativa che costituisce i diversi contesti dialogici né unicamente di giustificarne la validità. Essa ricopre piuttosto una funzione critica, nella misura in cui si muove sia internamente sia trasversalmente ai diversi contesti di razionalità e ai differenti modelli di ricostruzione normativa e di giustificazione. Da questo punto di vista la meta-meta-teoria dell'argomentazione muove dal fatto della pluralità dei contesti dialogici, delle strutture normative di validità e delle pratiche di giustificazione. Il suo compito non consiste però nel tentativo di riportare tali contesti a un unico modello

di validità già presupposto – e quindi a un meta-contesto di regole costitutive per ogni contesto argomentativo: in fondo questa strategia fondazionale è complementare al mito relativistico della cornice<sup>13</sup>, che presuppone l’isolamento dei diversi contesti normativi. Invece la riflessione della teoria dell’argomentazione svolge la sua funzione critica e trasversale nella misura in cui mostra che tali contesti non sono normativamente isolati, giacché la transizione ragionevole dall’uno all’altro è sempre possibile in base alle loro stesse regole: come avviene ad esempio nella teoria degli *shifts* dialogici di Walton<sup>14</sup>. In questo senso tale riflessione esplicita la struttura aperta della razionalità come potenzialità di reciproca integrazione normativa tra i diversi contesti dialogici. L’apertura della razionalità sta nella relazione tra i diversi contesti di razionalità dialogica e intersoggettiva e a questa relazione è affidata la possibilità di costruire un senso unitario della ragione. E da questo punto di vista l’ideale habermasiano di una situazione dialogica ideale e l’ideale apeliano di una comunità illimitata della comunicazione vanno rivisitati non più come modelli di giustificazione o fondazione universale di presupposti normativi dal contenuto universale, ma piuttosto – e ciò potrebbe valere anche per l’uditore universale di Perelman – quali esplicitazioni filosofiche di una determinata concezione universalistica della razionalità, storicamente determinata, e che tuttavia può essere intesa a sua volta come un modello di razionalità aperta nella misura in cui viene interpretato come una strategia inclusiva, orientata allo sviluppo normativo della ragione.

*Critica argomentativa del potere* Infine, la riflessione metateorica della teoria dell’argomentazione ha un carattere critico anche in un senso ulteriore: esprimendo un’idea di razionalità normativamente aperta, essa riconosce infatti di essere condizionata dalle pratiche sociali, il cui sviluppo pone in essere lo stesso contenuto normativo della razionalità. Da questo punto di vista la riflessione sulla connessione tra meccanismi di potere e strutture argomentative non è un compito estraneo alla teoria dell’argomentazione: dopotutto, per poter mostrare che le forme argomentative possono ricoprire una funzione ideologica, o addirittura che tutte le argomentazioni razionali sono di fatto o potrebbero essere derivazioni in senso paretiano, vale a dire giustificazioni apparenti di decisioni prese su altre basi – secondo la critica mossa anche dal *Critical legal studies movement* alle teorie dell’argomentazione giuridica – bisogna poter definire le giustificazioni di cui i meccanismi di potere si servirebbero strumentalmente. Dopotutto certe forme di potere – non escluso il potere

13. Cfr. K. Popper, *The Myth of the Framework: In Defense of Science and Rationality*, Routledge, London 1994 (trad. it. *Il mito della cornice. Difesa della razionalità e della scienza*, il Mulino, Bologna 1995).

14. Cfr. Walton, *The New Dialectic*, cit., pp. 198 ss.

politico democratico – non sarebbero nemmeno identificabili come tali se non fossimo in grado di identificare le forme argomentative di cui esse specificamente si servono per produrre effetti di legittimità.

### 3. RAGIONAMENTO GIURIDICO E UNIDIMENSIONALITÀ ARGOMENTATIVA

L'approccio multidimensionale all'argomentazione e la concezione trasversale della razionalità argomentativa possono condurci infine ad affrontare alcune questioni relative a quella forma speciale di argomentazione che è l'argomentazione giuridica.

La svolta argomentativa si è intrecciata in vari modi con l'interesse, emergente nel discorso filosofico degli anni Cinquanta e Sessanta – dall'ermeneutica di Hans-Georg Gadamer alla metaetica analitica di Richard M. Hare<sup>15</sup> – per la riabilitazione del ragionamento pratico, vale a dire di quel tipo di deliberazione che interessa l'azione e che riguarda il problema di che cosa si debba fare. Sia Perelman e Olbrechts-Tyteca sia Toulmin partivano dall'idea che la razionalità non fosse propria soltanto del ragionamento teoretico-scientifico – modellato sulle scienze naturali – ma che fosse possibile rivendicare alla deliberazione pratica una sua forma specifica di razionalità<sup>16</sup>. In tal senso la teoria dell'argomentazione ha contribuito ad allargare la nostra comprensione della razionalità umana, nella misura in cui ha identificato e studiato le strutture argomentative proprie delle diverse forme del ragionamento pratico che intesono la nostra vita quotidiana e le nostre istituzioni sociali: il ragionamento pragmatico-strumentale, morale, politico, giuridico...

Particolare rilievo, per la genesi stessa della teoria dell'argomentazione contemporanea, ha avuto il confronto con la razionalità pratica di tipo giuridico. In tal senso Toulmin ha assunto la giurisprudenza quale modello della logica dell'argomentazione, giungendo a proporre una rifondazione della logica sulla base del ragionamento pratico, culminante nell'idea della logica come giurisprudenza generalizzata. A sua volta Perelman non solo ha usato la controversia giuridica come fonte di osservazione privilegiata per l'analisi degli argomenti retorici, ma ha anche ricavato e giustificato a partire dalla pratica giuridica quella che sembra essere la regola argomentativa più generale della *Nuova*

15. Cfr. H.-G. Gadamer, *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, Mohr, Tübingen 1960 (trad. it. *Verità e metodo*, Bompiani, Milano 1983); R. M. Hare, *Freedom and Reason*, oop, Oxford 1963 (trad. it. *Libertà e ragione*, il Saggiatore, Milano 1971).

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

*retorica*, vale a dire il principio della giustizia formale (trattare casi uguali in modo uguale e casi differenti in modo differente).

Ora qui è opportuno osservare che la tendenza, affiorante nel primo Toulmin e in Perelman, ad assumere la razionalità giuridica come modello della razionalità argomentativa in generale, sembra presentare le difficoltà proprie di un approccio monistico e unidimensionale all'argomentazione. La stessa storia della teoria dell'argomentazione e della logica informale successiva ha in un certo senso corretto questo rischio nella misura in cui l'argomentazione specificamente giuridica non ha fornito di fatto il *framework* di riferimento di tali ricerche. D'altra parte è emersa in molte correnti, come si è avuto modo di vedere, una tendenza speculare di tipo monistico e unidimensionale a ricondurre la razionalità argomentativa al modello del dialogo critico e quindi a modellare la razionalità pratica su quest'ultimo. A questo punto vorremmo mostrare come la tesi del caso particolare all'interno della teoria dell'argomentazione giuridica sia per certi versi una filiazione di questo atteggiamento.

*La tesi del caso particolare* La tesi del caso particolare, come osserva MacCormick nella voce dedicata al *legal reasoning* della *Routledge Encyclopedia of Philosophy*<sup>17</sup>, accomuna l'impostazione di teorie del ragionamento giuridico che muovono da presupposti e tradizioni differenti quali la teoria procedurale di Alexy, la teoria ermeneutica del diritto come integrità di Dworkin, la teoria istituzionale del diritto dell'ultimo MacCormick. Secondo la formulazione dovuta ad Alexy<sup>18</sup>, la teoria del caso particolare sostiene che il ragionamento giuridico è un caso particolare del ragionamento pratico e che quindi i suoi criteri di correttezza sono commisurabili ai criteri di correttezza di quest'ultimo. Il ragionamento giuridico è quindi inteso come un caso particolare del ragionamento pratico nella misura in cui al suo interno vengono introdotte delle limitazioni procedurali – vincolo della legge, considerazione dei precedenti, dogmatica giuridica, regole dell'ordinamento processuale – che sono a loro volta giustificabili dalla ragion pratica generale in base alla necessità di arrivare comunque su alcune questioni a scegliere tra più alternative possibili e a determinare orientamenti vincolanti sul piano collettivo. Un'impostazione siffatta sembra quindi prendere partito per la tesi dell'unità della ragion pratica; sembra modellare il ragionamento pratico sul ragionamento morale e quindi sembra intendere quest'ultimo sul modello del dialogo critico – come

17. Cfr. N. MacCormick, *Legal Reasoning and Interpretation*, in E. Craig (ed.), *Routledge Encyclopedia of Philosophy*, Routledge, London 1989, pp. 525-31.

18. Cfr. 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, pp. 265 ss.).

libero esame delle ragioni per le azioni, in senso forte nei modelli per cui il punto di vista morale è proprio del ragionamento che deve essere giustificabile universalmente in considerazione di una paritaria considerazione di interessi –; sembra quindi voler ricondurre in qualche modo il diritto alla morale; sembra affermare – come nel caso di Alexy e MacCormick – la tesi della deducibilità razionale della necessità del diritto. A prescindere dal fatto che la razionalità pratico-morale venga concepita in termini ermeneutici (Dworkin, Aarnio)<sup>19</sup> oppure in termini procedurali e kantiani (Alexy) oppure in termini insieme neohumani, procedurali e istituzionali (MacCormick<sup>20</sup>), essa viene comunque ad assumere un ruolo fondativo rispetto al ragionamento giuridico. Ciò non significa che non venga prestata attenzione alla specificità del ragionamento giuridico e delle sue forme argomentative, ma vi è chiaramente una tendenza, ben espressa dalla tesi dell'integrazione di Alexy<sup>21</sup>, a ritenere che le forme specifiche del ragionamento giuridico possano essere fondate venendo ricondotte a tutti i livelli a forme del ragionamento pratico generale – a sua volta modellato sul ragionamento morale. Siamo quindi per certi versi in presenza di una di quelle strategie di giustificazione volte all'indietro – cioè miranti ad assicurare le regole della normatività giuridica a un fondamento di validità, a un impegno normativo necessario già dato. Anche nel caso del ragionamento giuridico invece ci sembrerebbe più fruttuoso un approccio che non si limiti a presupporre un modello di razionalità bensì avvii un processo di riflessione sulle norme stesse della razionalità e sia in grado di caratterizzarne il contenuto in rapporto alla differenti forme di interazione intersoggettiva che intervengono in tale contesto.

*Critica della tesi del caso particolare* È interessante notare come l'approccio adottato invece da Habermas in *Fatti e norme*<sup>22</sup>, a prescindere dall'accettazione della sua *pars construens*, possa essere utile nella sua *pars destruens* per mettere in luce alcuni limiti della tesi del caso particolare. Quest'ultima sembra condurre alla conseguenza per cui la ragionevolezza del discorso giuridico sarebbe commisurabile unicamente in base alla ragionevolezza del discorso pratico-

19. Cfr. A. Aarnio, *The Rational as Reasonable: A Treatise on Legal Justification*, Reidel, Dordrecht 1987; R. Dworkin, *Law's Empire*, The Belknap Press of Harvard University Press, London 1986 (trad. it. *L'impero del diritto*, il Saggiatore, Milano 1989).

20. Cfr. 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); Id., *Rhetoric and the Rule of Law*, cit.

21. Cfr. Alexy, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, cit., pp. 20-1.

22. Cfr. J. Habermas, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1992 (trad. it. di L. Ceppa, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Guerini e Associati, Milano 1996, pp. 275 ss.).

morale. Invece nel discorso giuridico, come nel discorso politico, è possibile fare ricorso a ragionamenti giustificativi di vario tipo: negoziali, pragmatici, specificamente giuridici, morali (universalistici), etico-politici (particularistici). In tal senso le ragioni morali rappresentano solo un tipo di ragioni che possono intervenire in tale discorso e che possono essere utilizzate per giustificare le norme specifiche che tale ragionamento prende a oggetto – vale a dire le norme aventi valenza giuridica. Se questo è vero, allora potremmo dire dal nostro punto di vista che la logica argomentativa del ragionamento giuridico nasce dall’intersezione di una pluralità di ordini di discorso e non è pertanto semplicemente fondabile normativamente come caso particolare della razionalità pratico-morale in generale; per altro verso, andando oltre Habermas, potremmo dire che la razionalità pratica ha una struttura plurale e trasversale e non si lascia ricondurre unicamente al modello del ragionamento morale.

*Ragionamento giuridico e processo politico* Si deve poi osservare, sempre sulla scorta delle osservazioni di Habermas, che i discorsi specificamente giuridici si inseriscono strutturalmente da un lato nel sistema giuridico positivo e dall’altro nel processo politico di formazione della volontà. Da questo punto di vista il diritto è da un lato un presupposto positivo, un fatto che risulta dal processo sociale e che vale quale presupposto funzionale delle società moderne: il che pone un limite rispetto alla pretesa di fondare l’indispensabilità del diritto e la correttezza del ragionamento giuridico semplicemente sulla base dei principi della ragion pratica morale. Per altro verso la pluralità di discorsi che possono articolare il ragionamento giuridico si inserisce nel processo politico di deliberazione. Una connessione tra ragionamento giuridico e presupposti etico-politici emerge a dire il vero esplicitamente anche nelle diverse concezioni della tesi del caso particolare. Così in Dworkin la concezione del diritto come integrità intende il diritto come una pratica interpretativa orientata normativamente dai presupposti politico-morali sostanziali della comunità<sup>23</sup>. Altrettanto MacCormick, concependo il diritto come una pratica sociale e l’ordine giuridico come ordine normativo istituzionale, è giunto a ritenere che i criteri e le forme del ragionamento giuridico corretto non possano essere esplicitati se non nel contesto dei valori fondamentali di tipo etico-politico che imputiamo all’ordine giuridico<sup>24</sup>. La stessa norma di riconoscimento rinvia per la sua legittimazione alla legittimità normativa – la giustizia – dell’orientamento costituzionale che essa esprime<sup>25</sup>. Con ciò le diverse teorie del caso particolare sembrano tutte rinviare al di là della teoria della morale in senso stretto.

Ma allora, se si intende evitare il relativismo comunitaristico – la tesi per

23. Cfr. Dworkin, *Law’s Empire*, cit., pp. 176 ss.

24. Cfr. MacCormick, *Rhetoric and the Rule of Law*, cit., p. 1.

25. Cfr. Id., *Legal Theory and Legal Reasoning*, cit.

cui le forme e i criteri dei ragionamenti pratici sarebbero unicamente relativi alle comunità storico-istituzionali – diventa necessario connettere la ragionevolezza giuridica alla ragionevolezza del processo politico deliberativo. Anche nel modello di Alexy, in ultima istanza, la razionalità giuridica proceduralmente limitata, se non intende appellarsi relativisticamente al fatto positivo della legislazione, per poter dar conto della pretesa di correttezza della razionalità giuridica non può limitarsi a dedurne la necessità dalla ragion pratico-morale. Essa deve presupporre, come ammette lo stesso Alexy, che la legislazione che limita proceduralmente la ragion pratica sia razionale e quindi deve assumere la razionalità del processo di deliberazione politica che l'ha prodotta, rinvian-  
do così a una qualche teoria normativa della politica.

*Monismo morale vs pluralismo discorsivo della politica* Nelle teorie del caso particolare da un lato la pretesa di correttezza del ragionamento giuridico è dedotta o fondata sulla correttezza del ragionamento morale. Per altro verso non si può dare integralmente conto della ragionevolezza di questa pretesa parziale di correttezza – limitata proceduralmente in base all'esigenza della stessa ragion pratica – se non rinviando alla ragionevolezza del processo politico. Il problema nasce però qui nella misura in cui nelle teorie del caso particolare la ragionevolezza del processo politico deliberativo finisce per essere modellata a sua volta sul ragionamento morale. Infatti questa impostazione non sembra dar ragione della complessità del discorso politico e della pluralità di ragioni – non riducibili alle ragioni morali – che possono essere avanzate al suo interno. È infatti nel contesto politico che si sono differenziati i diversi contesti dialogici e che essi vengono a convergere e a ordinarsi in una molteplicità di rapporti. La razionalità trasversale che risulta dall'intersezione di tali contesti non potrà allora essere ridotta normativamente a un solo ordine del discorso, ma risulterà invece dalla funzione euristica del processo politico deliberativo rispetto all'integrazione dei diversi ordini normativi. Da questo punto di vista le recenti evoluzioni della logica informale e della teoria dell'argomentazione possono a nostro avviso svolgere un ruolo fruttuoso nella misura in cui consentono di differenziare strutturalmente i diversi contesti di dialogo che possono intervenire nel contesto giuridico-politico e quindi permettono di dare una immagine insieme più realistica e più determinata della pluralità discorsiva delle società politiche moderne. Applicando ad esempio il *framework* della *New Dialectic* è possibile identificare contesti dialogici aventi struttura normativa differente – quali la negoziazione, l'indagine, la ricerca di informazioni, la deliberazione, il dialogo eristico – e quindi indagare il modo in cui essi si connettono con i conte-  
sti formalizzati e proceduralizzati del ragionamento giuridico.

*L'apertura del principio D* In conclusione vorremmo mostrare come per certi versi l'impostazione di Habermas in *Fatti e norme*, se sviluppata nel modo che

proponiamo, possa lasciar cadere l'aspetto fondativo e l'approccio unidimensionale che commisurava la razionalità sull'unico metro del *Diskurs*. Si proporrà quindi di sviluppare tale approccio nei termini di un pluralismo discorsivo che possa essere integrato con l'approccio contestualista e multidimensionale.

Habermas introduce in *Fatti e norme* un principio del discorso razionale D di tipo astratto<sup>26</sup>, inteso come un principio procedurale – neutro rispetto alla distinzione tra diritto e morale – per la giustificazione argomentativa di norme che avanza soltanto una pretesa di imparzialità: *sono valide soltanto le norme d'azione che tutti i potenziali interessati potrebbero approvare partecipando ai discorsi razionali*. Rispetto a tale principio astratto il discorso morale e il discorso giuridico-politico sono intesi come due biforcazioni, derivanti dalla specificazione di D in relazione alla logica propria dei discorsi cui si applica. Il principio morale di universalizzazione (U) – *ogni norma valida deve ottemperare alla condizione che le conseguenze e gli effetti secondari prevedibilmente derivanti dalla sua universale osservanza per la soddisfazione degli interessi di ciascun singolo individuo possano venir accettati senza costrizione da tutti i soggetti coinvolti* – è un principio che richiede invece la soddisfazione integrale delle condizioni della situazione dialogica ideale e viene concepito come un principio specifico – risultante dalla specificazione di D in relazione a certi tipi di discorsi, vale a dire quelli morali. Esso al massimo svolge una funzione euristica e pone un'esigenza di compatibilità rispetto al ragionamento giuridico. Il ragionamento giuridico è a sua volta inteso come specificazione di D rispetto a un determinato tipo di norme – quelle aventi valore giuridico – mentre resta indeterminato il tipo di discorsi utilizzati per giustificare tali norme.

Il ragionamento giuridico non può quindi essere fondato, quanto alla sua necessità e quanto alla sua ragionevolezza, sulla base del principio di universalizzazione della morale. Il discorso giuridico non può così più essere considerato come un caso particolare di discorsi morali, ma si lega invece sin dall'inizio al processo politico deliberativo. Se questa interpretazione è corretta, allora non si può affermare che il principio D fondi in qualche modo i discorsi giuridici e il principio U, né che da esso sia deducibile la correttezza dei ragionamenti morali e di quelli giuridico-politici.

Da questo punto di vista proponiamo di interpretare D non come un principio normativo pregresso cui assicurare le regole della normatività dialogica come a un fondamento, bensì come l'esito di una ricostruzione delle interazioni dialogiche concrete all'interno del contesto politico deliberativo: un principio che esprime il nesso generale tra validità e intersoggettività messo in luce dalle teorie dell'argomentazione, ma che è contenutisticamente indeterminato, giacché i contenuti normativi della razionalità si pongono e si specificano

26. Cfr. Habermas, *Fatti e norme*, cit., pp. 128, 541-5.

nell’interazione trasversale fra le diverse pratiche dialogiche che intervengono nel processo di formazione della volontà politica. In questa prospettiva diventa possibile, alla luce di una comprensione della struttura normativamente aperta, plurale e trasversale della razionalità argomentativa, un’integrazione reciproca tra il contestualismo dialogico e il principio D all’interno di una concezione deliberativa della politica.