



# ARS INTERPRETANDI

ANNUARIO DI ERMENEUTICA GIURIDICA

XV • 2010

*Diritto, ragion pratica e argomentazione*



Carocci editore



ARS INTERPRETANDI  
ANNUARIO DI ERMENEUTICA GIURIDICA



XV • 2010

## Sommario

### *Diritto, ragion pratica e argomentazione*

- 7 THOMAS CASADEI, GIANFRANCESCO ZANETTI  
Introduzione
- 17 ROBERT ALEXY  
Elementi fondamentali di una teoria della duplice natura del diritto
- 37 MANUEL ATIENZA  
Robert Alexy e la "svolta argomentativa" nella filosofia del diritto contemporanea
- 49 ULRICH NEUMANN  
Teoria dell'argomentazione giuridica
- 71 ITALO TESTA  
Pluralismo discorsivo e ragionamento giuridico: forme dell'argomentazione
- 85 ENRICO ZOFFOLI  
Due tipi di argomentazione morale: giustificazione e applicazione in Klaus Günther
- 99 MARINA LALATTA COSTERBOSA  
Il Pubblico, la democrazia e l'argomentazione: un percorso storico-dottorinale (da Kant a Habermas)

1ª edizione, marzo 2011  
© copyright 2011 by  
Carocci editore S.p.A., Roma

Progetto grafico: Rinaldo Zanone

Realizzazione editoriale: Fregi e Majuscole, Torino

ISBN 978-88-430-5939-3

Riproduzione vietata ai sensi di legge  
(art. 171 della legge 22 aprile 1941, n. 633)

Senza regolare autorizzazione,  
è vietato riprodurre questo volume  
anche parzialmente e con qualsiasi mezzo,  
compresa la fotocopia, anche per uso interno  
o didattico.

115 BARBARA BARTOCCI

Argomentazione e politica: democrazia e nuova retorica in Chaim Perelman

131 CLAUDIO LUZZATI

Maimonidei o spinoziani? L'argomentazione tra diritto e filosofia morale

137 ADELINO CATTANI

Sul diritto di argomentare e di discutere polemicamente

149 CINZIA GAMBÀ

Emergenza del conflitto e criterio di rilevanza nel ragionamento giuridico. Processo e mediazione a confronto

167 FABRIZIO MACAGNO, DOUGLAS WALTON

Ragionare per dicotomie. Struttura argomentativa e usi nel *common law*

189 DAMIANO CANALE, GIOVANNI TUZER

Struttura inferenziale e assunzioni ontologiche dell'argomento a contrario

207 ANDREA ALTORBRANDO

Recensione  
Joachim Hruschka, *La costituzione del caso giuridico*, il Mulino, Bologna 2009

209 ISABEL TRUJILLO

Recensione  
Manuel Ateiza, *El derecho como argumentación*, Ariel Derecho, Barcelona 2006

## Introduzione

Nel 1958 escono due volumi, il *Traité de l'argumentation*. La *nouvelle rhétorique* di Chaim Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca e *The Uses of Argument* di Stephen Toulmin<sup>1</sup>: si tratta di opere destinate a segnare la ripresa, in epoca contemporanea, di una specifica attenzione per la teoria e la pratica del ragionamento argomentativo.

A poco più di cinquant'anni di distanza, i contributi raccolti in questo volume mirano, nel complesso, a fornire – sia mediante indagini di taglio prettamente storico-ricostruttivo (e questo anche con riferimento al dibattito più recente), sia mediante analisi di carattere più strettamente teorico-normativo – uno spaccato dei molteplici percorsi della teoria dell'argomentazione, originatisi a partire da quell'anno "topico"<sup>2</sup>.

Il campo di studio sull'argomentazione è venuto via via ampliandosi ponendosi al confine tra logica, filosofia, teoria della comunicazione, linguistica, psicologia, scienze cognitive, informatica e sociologia<sup>3</sup>. Pur mutando diversi elementi da questi vari ambiti disciplinari, specifica attenzione è qui

1. C. Perelman, L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, 2 voll., PUR, Paris 1958 (trad. it. di C. Schick, M. Mayer, E. Barassi, *Traité dell'argomentazione. La nuova retorica*, prefazione di N. Bobbio, Einaudi, Torino 1966); S. Toulmin, *The Uses of Argument*, CUP, London 1958 (trad. it. *Gli usi dell'argomentazione*, Rosenberg & Sellier, Torino 1975).

2. Lo spunto è stato offerto da un ciclo di incontri seminariali promossi presso l'Università di Modena e Reggio Emilia, in occasione del cinquantesimo anniversario della pubblicazione degli studi pionieristici di Chaim Perelman e Stephen Toulmin. Gli incontri – organizzati nell'ambito del corso di Teoria dell'argomentazione normativa – si sono svolti, rispettivamente, il 22, 23 e 29 settembre 2008. Da tale contesto di discussione, sviluppatasi anche nei mesi successivi in varie forme, sono scaturiti i saggi di Barbara Bartocci, Marina Lalata Costebosa, Italo Testa ed Enrico Zoffoli. Per un quadro della persistenza dei modelli dei due artefici della rinascita del pensiero argomentativo nel Novecento cfr. A. Cattani, P. Cantù, I. Testa, P. Vidali (a cura di), *La svolta argomentativa. 50 anni dopo Perelman e Toulmin: 1958-2008*, Loffredo, Napoli 2009 (il volume raccoglie le relazioni presentate al 1° Workshop di Pratica e teoria dell'argomentazione, svoltosi a Padova, il 31 ottobre 2008, e offre un'ampia ricognizione dei contributi alla teoria e alla pratica dell'argomentazione, con riferimento soprattutto all'Italia).

3. Cfr. I. Testa, P. Cantù, *Teorie dell'argomentazione. Un'introduzione alle logiche del dialogo*, Bruno Mondadori, Milano 2006, p. ix.

rivolta all'argomentazione pratica ed, entro tale orizzonte, all'argomentazione giuridica e ai suoi effetti istituzionali.

L'ordine di presentazione dei contributi, in questa nota introduttiva, non è casuale ma conseguente a precise scelte: da quelle che potremmo considerare «corrici teoriche» si passa attraverso alcuni momenti salienti che mettono a fuoco le implicazioni dell'argomentazione nelle diverse sfere della filosofia pratica, ad alcuni «nodi» che ne fanno risaltare i possibili risvolti, per così dire, «contestualisti».

È prassi ormai consolidata registrare una *svolta argomentativa* nella filosofia del diritto contemporanea. Essa è generalmente associata – come osserva nel suo saggio Manuel Atienza – alle opere di Robert Alexy, Neil MacCormick, Aulis Aarnio, Aleksander Peczenik e Jerzy Wróblewski, figure chiave di quella che può essere definita la «teoria standard», sviluppata a partire dagli anni Settanta del Novecento, in seguito alla decisiva influenza esercitata in ambito giuridico da parte dei «precursori dell'argomentazione giuridica» degli anni Cinquanta, ovvero Theodor Viehweg, Chaim Perelman e Stephen Toulmin (autori, rispettivamente, della topica giuridica, della neoretorica e della logica informale)<sup>4</sup>.

Proprio da Alexy prende le mosse la riflessione sul tema dell'argomentazione condotta nel fascicolo. La sua *Theorie der juristischen Argumentation* del 1978 – tradotta in inglese da Neil MacCormick insieme a Ruth Adler (Clarendon, Oxford 1989), in castigliano dallo stesso Atienza insieme a Isabel Espejo (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1989) e in italiano da Massimo La Torre (Giuffrè, Milano 1998)<sup>5</sup> – ha segnato uno snodo decisivo, gettando le basi anche per affrontare in modo originale il più ampio problema del rapporto tra diritto e morale e prendere posizione, in maniera netta, contro la giustificativa *Trennungsthese*. È attraverso la sua specifica concezione dell'argomentazione che Alexy afferma l'«unità sostanziale della ragion pratica», e che tramite la «tesi del caso particolare» [*Sonderfallthese*] individua ed esprime la connessione tra diritto e morale: «Il discorso giuridico racchiude necessariamente il discorso generale, e quest'ultimo il discorso morale» (*infra*, p. 33).

Nel saggio qui ospitato appaiono assai chiare le implicazioni di questo sistema anche in termini filosofico-istituzionali: la forma politica della teoria argomentativa di Alexy è il «costituzionalismo democratico» o «discorsivo». Anzi, partendo dall'assunto della giustizia costituzionale come «rappresentan-

za argomentativa dei cittadini», «il costituzionalismo democratico è in realtà possibile solo come costituzionalismo discorsivo» (*infra*, p. 31)<sup>6</sup>.

Proprio su quest'esito si sofferma la lettura interpretativa della teorizzazione di Alexy contenuta nel saggio di Manuel Atienza<sup>7</sup>, che ha il merito di mettere a fuoco in maniera sistematica, oltre alle straordinarie potenzialità della teoria elaborata dal filosofo del diritto tedesco, anche le critiche che ad essa sono state rivolte, nonché di precisare analiticamente un aspetto controverso su cui le concezioni dei due autori divergono.

Il punto di divergenza riguarda la tesi del caso speciale. Secondo Atienza, che ha di recente sviluppato la sua elaborazione in *El derecho como argumentación* (Ariel, Barcelona 2006)<sup>8</sup>, essa ha «il fondamentale inconveniente di unificare eccessivamente l'argomentazione giuridica» (*infra*, p. 42). L'argomentazione giuridica (intesa non soltanto come l'argomentazione dei giudici e della dogmatica, bensì anche, ad esempio, come quella dei legislatori o degli avvocati) non è ritenuta un caso speciale dell'argomentazione pratica generale. L'argomentazione giuridica (intesa in senso ampio) è una pratica complessa nella quale concorrono differenti tipi di argomentazione e di dialogo, e nella quale, a seconda del contesto, può prevalere l'uno o l'altro di questi tipi di argomentazione. Ad avviso di Atienza, quando si tratta di costruire una teoria generale dell'argomentazione giuridica, si deve attribuire indubbiamente una certa priorità al «discorso pratico razionale (al discorso critico)» (*infra*, p. 43), ma occorre fare posto anche alle «forme strategiche di argomentazione» (*infra*, p. 43). Il dialogo razionale deve pertanto giustificare l'esistenza di queste altre

6. In una prospettiva analoga, di interconnessione tra teoria della democrazia e teoria costituzionale tramite un'"etica del discorso", si muovono certamente la *nuova retorica* di Perelman e pure, in epoca coeva, la *filosofia del dialogo* di Guido Calogero. Di quest'ultimo cfr., in particolare, *L'éthique du dialogue et les fondements de la démocratie*, in Id., *Filosofia del dialogo*, Edizioni di Comunità, Milano 1962, pp. 319-56. Cfr. anche, dello stesso Calogero, *Logica e morale, giustificazione e dialogo. Commento ai cinque scritti che precedono*, in "La Cultura", 1, 1968, pp. 99-136 (uno degli scritti a cui il filosofo si riferisce e quello di Perelman, pubblicato nelle pagine precedenti).

7. Così Atienza (*infra*, p. 48): «Alexy, insieme a Dworkin e Nino, è probabilmente uno dei tre principali rappresentanti di quella che è stata chiamata teoria costituzionalista del diritto. Vi sono tra loro certe differenze nei toni e nella presentazione, ma a mio giudizio l'idea di fondo è la medesima per tutti e tre: la necessità di costruire una teoria del diritto che dia conto tanto dell'elemento autoritativo come dell'elemento valorativo del diritto, collocandosi in questo modo oltre il positivismo giuridico. È questa una posizione con la quale io sono in pieno accordo. Delle tre, quella di Alexy è quella che ha in maggiore misura posto l'accento sull'argomentazione e, per questa ragione, è quella che meglio riflette la "svolta argomentativa" che ha caratterizzato la filosofia del diritto degli ultimi tre decenni». Sul pensiero di Alexy, nel contesto di una più ampia indagine sulla teoria dell'argomentazione giuridica, è assai utile S. Berta, *Certezza del diritto e argomentazione giuridica*, Rubbettino, Soveria Mannelli (Cz) 2003, spec. pp. 189-255.

8. Per una puntuale disamina del testo cfr. la recensione di Isabel Trujillo posta a conclusione di questo stesso fascicolo.

4. La distinzione, originariamente elaborata da Manuel Atienza in *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica* (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1991), viene qui ripresa nel saggio del filosofo del diritto argentino: *infra*, p. 39.

5. Per un'analisi dell'impatto della teorizzazione di Alexy cfr. M. Atienza, *Entrevista a Robert Alexy*, in "Doxa", 24, 2001, pp. 671-87, e M. La Torre, *Teorie dell'argomentazione giuridica e concezioni di diritto. Un'approvazione*, appendice all'edizione italiana di R. Alexy, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Giuffrè, Milano 1998, pp. 357-84.

forme di argomentazione: in concreto, il discorso prettamente strategico degli avvocati, dei legislatori, dei negoziatori ecc. Puntuale è il distinguo del filosofo del diritto argentino (*infra*, p. 43):

La tesi dell'unica risposta corretta (così come la intende Alexy) si applica al caso dell'argomentazione giudiziale, fino a un certo punto al caso dell'argomentazione dogmatica, ma non all'argomentazione legislativa o a quella degli avvocati. Nel caso dell'argomentazione legislativa la tesi non si applicherebbe, poiché non sembra abbia alcun significato (sembrerebbe non averlo quasi mai) pretendere che una determinata legge (il suo testo articolato) sia l'unica risposta corretta per il problema che la legge si prefigge di risolvere; in altri termini, i problemi che fanno sì che sorga la necessità di una argomentazione legislativa sono più aperti (e complessi) di quelli di ordine giudiziale, poiché non hanno la struttura binaria, che naturalmente favorisce che si possa parlare di unica risposta corretta.

L'idea fondamentale di Atienza è che la dimensione argomentativa del diritto costituisca certamente «una chiave essenziale per comprendere a fondo molti problemi della teoria del diritto e per agire in modo sensato nel contesto delle differenti pratiche giuridiche degli Stati costituzionali». Tuttavia dare conto di questa dimensione richiede una teoria complessa nella quale «si integrino le componenti formali, materiali e pragmatiche (retoriche e dialettiche) dell'argomentazione» (*infra*, p. 44).

La pluralità e la (costitutiva) complessità insita nella teoria dell'argomentazione giuridica sono messe molto bene in luce da Ulrich Neumann e da Italo Testa.

Il primo, dopo aver illustrato il nesso tra argomentazione giuridica, diritto e concetti chiave come quelli di *argomento*, *motivazione*, *convincimento*, *persuasione*, *dimostrazione*, passa in rassegna alcuni modelli che hanno cercato di raffigurare la struttura stessa delle argomentazioni giuridiche: dal modello di Toulmin, imperniato sulla critica alla (falsa) interpretazione del sillogismo, ai modelli, strettamente connessi tra loro, di Habermas e di Alexy<sup>9</sup>, fino a quello di Klaus Günther (che, come mostra anche il contributo di Enrico Zoffoli, ha suscitato un'intensa discussione a partire dalla sua distinzione tra i *discorsi di motivazione*, in cui viene decisa la validità di una norma, e i *discorsi di applicazione*, che si riferiscono alla questione se la norma sia o non sia applicabile in un singolo caso concreto). A questi modelli – le teorie normative dell'argomentazione – si oppone l'approccio sistemico messo a punto da Niklas Luhmann, che, anziché ricercare «le regole della corretta attività argomentati-

va» e «le sue effettive regolarità» (*infra*, p. 68), si concentra esclusivamente sulla *funzione* dell'argomentazione giuridica.

Dal canto suo, Testa – cui va il merito di aver dato vita negli ultimi anni a molteplici iniziative atte ad approfondire lo studio dell'argomentazione<sup>10</sup> – segnala come una delle sfide più importanti che oggi la teoria dell'argomentazione è chiamata ad affrontare sia proprio quella di mettere a punto una prospettiva *multidimensionale* sul dialogo. Sulla scorta del progetto teorico della *New Dialectic* di Douglas N. Walton<sup>11</sup>, Testa sostiene che esistono una pluralità di contesti dialogici di argomentazione non riducibili al modello della discussione critico-razionale. Entro questa visione, multidimensionale è la teoria dell'argomentazione stessa, in cui possono essere distinti tre livelli: quello *descrittivo*, quello *normativo* e quello *giustificativo*. L'integrazione tra tali livelli – l'individuazione, la ricostruzione e la giustificazione delle regole dell'argomentazione e dei criteri di validità a esse inerenti – avviene in relazione a una feconda idea di razionalità «normativamente aperta» (*infra*, p. 84).

A partire da questo approccio articolato – che Testa definisce, significativamente, *bottom-up* – si delinea una diversa concezione del discorso e del ragionamento giuridico che trova in *Fatti e norme* di Habermas la sua forma più compiuta. A prescindere dal fatto che la razionalità pratico-morale venga concepita in termini «ermenutici» – come propongono Dworkin e Aarnio<sup>12</sup> – oppure in termini «procedurali e kantiani» – come ritiene Alexy – oppure, ancora, in termini insieme «neo-humanisti, procedurali e istituzionali» – secondo l'impostazione di MacCormick<sup>13</sup> –, in tutte le teorie che riconoscono la tesi del caso speciale, essa ha comunque un ruolo fondativo rispetto al ragionamento giuridico<sup>14</sup>. Le riflessioni di Habermas, nell'interpretazione offerta da Testa, paiono aprire un altro scenario: «la logica argomentativa del ragionamento giuridico nasce dall'intersezione di una pluralità di ordini di discorso e

10. Oltre agli scritti menzionati in precedenza e al convegno padovano, si segnala la costituzione, insieme ad altri studiosi e cultori, di ERGO – Associazione di Pratica e Teoria dell'Argomentazione (<http://www2.unipr.it/~iate68/ARGO.htm>).

11. D. N. Walton, *The New Dialectic: Conversational Contexts of Argument*, University of Toronto Press, Toronto 1998; Id., *Legal Argumentation and Evidence*, Pennsylvania State University Press, University Park 2002; Id., *Fundamentals of Critical Argumentation*, cur. Cambridge 2006. Sull'opera di Walton si vedano gli studi dello stesso Testa e di Paola Cantù: *Dalla "Nuova Retorica" alla "Nuova Dialettica": il "dialogo" tra logica e teoria dell'argomentazione*, in "Problema-Quaderni di filosofia", 1, 2001, pp. 123-73; Id., *Teorie dell'argomentazione*, cit., pp. 97-119.

12. A. Aarnio, *The Rational as Reasonable: A Treatise on Legal Justification*, Reidel, Dordrecht 1987.

13. N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford 1978 (trad. it. di V. Villa, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, Giappichelli, Torino 2001); Id., *Rhetoric and the Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning*, cur. Oxford-New York 2005.

14. Per un'ampia trattazione di questo tema nodale e di obbligo il rinvio a P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico*, 2 voll., Giappichelli, Torino 1987-89.

9. A questo proposito, cfr. G. Gozzi, *Jürgen Habermas e Robert Alexy: morale, diritto e democrazia discorsiva*, in G. Zanetti (a cura di), *Filosofi del diritto contemporanei*, Raffaello Cortina, Milano 1999, pp. 287-314; G. Bongiovanni, *Principi come valori e come norme: interpretazione, bilanciamento e giurisdizione costituzionale in Alexy e Habermas*, in "Ars Interpretandi", 2005, pp. 177-98.

non è pertanto semplicemente fondabile normativamente come caso particolare della razionalità pratico-morale in generale» (*infra*, p. 81). I discorsi specificamente giuridici, così, si inseriscono strutturalmente, da un lato, «nel sistema giuridico positivo», dall'altro, nel «processo politico di formazione della volontà» (*infra*, p. 81). Da questo punto di vista, «il diritto è, per un verso, 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 un altro verso, la pluralità di discorsi che possono articolare il ragionamento giuridico si inserisce nel processo politico di deliberazione» (*infra*, p. 81): «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» (*infra*, p. 83).

Proprio a Habermas – l'autore più ricorrente nei diversi contributi, insieme a Perelman e Alexy – approda la ricostruzione che Marina Lalatta Costerbosa svolge intorno a uno dei caratteri salienti dell'argomentazione, ovvero quello di *pubblicità*. Partendo dall'enuciata kantiana del principio della pubblicità con riferimento alla legittimazione del diritto pubblico, l'autrice ripercorre il ruolo e la funzione assunta dalla «forma della pubblicità» in alcuni classici della filosofia quali John Locke (*Il Pubblico come emancipazione sociale*), Jean-Jacques Rousseau, Alexis de Tocqueville e John Stuart Mill (*Il Pubblico come insidia*), fino ad arrivare alle teorizzazioni novecentesche di Hannah Arendt e, appunto, di Habermas (ove il Pubblico svela il suo potenziale positivo in connessione con la pluralità: *il Pubblico come pluralismo*). Quest'ultimo, accogliendo l'intuizione di Arendt concernente l'intreccio essenziale per l'uomo tra parola e agire, giacché è attraverso il linguaggio e l'azione che «ci inseriamo nel mondo umano» (*infra*, p. 109), ha mostrato in tutta la sua potenza la fecondità dell'incontro fra teoria dell'argomentazione e teoria della democrazia. L'ambiziosa sfida di Habermas consiste nel tentativo di riabilitare e riaffermare la democrazia<sup>15</sup>, muovendo «dalla convinzione che solo riguadagnando fiducia nella sfera pubblica e nella capacità critica del Pubblico è possibile un riscatto dalla condizione presente» (*infra*, p. 114). A ritornare sono così i due requisiti fondamentali per il diritto e la politica rintracciati da Kant: l'uso pubblico della ragione e la trasparenza del governare.

La declinazione politica di una teoria dell'argomentazione ha, già prima di Alexy, una delle sue più vivide attestazioni nell'opera di Perelman<sup>16</sup>. Il contributo di Barbara Bartocci offre una panoramica sugli snodi concettuali della speculazione perelmaniana, la quale si pone, come accennato, alla radice dei tanti

percorsi teorici che muovono da una riscoperta dell'argomentazione. Ricostruendo le riflessioni del filosofo di origine polacca nei diversi campi di applicazione e quindi le sue implicazioni sia a livello giuridico sia a livello politico, viene illustrata la rilevanza pionieristica assunta dal *Traité de l'argumentation* nell'ambito degli studi contemporanei sull'argomentazione. L'indagine sul rapporto tra il razionalismo critico della *nuova retorica* e il ragionamento giuridico, e la fecondità in ambito pratico del progetto perelmaniano, volto alla «ristrutturazione delle funzionalità critiche e normative della ragione» (*infra*, p. 117), hanno del resto suscitato – al di là della problematicità di certi profili, come ben emerge dal lavoro ricostruttivo dell'autrice – l'attenzione di studiosi come Norberto Bobbio e Letizia Gianformaggio<sup>17</sup> che al binomio diritto/politica, entro gli spazi della democrazia, hanno dedicato tante delle loro energie intellettuali.

Su fonti storiche ben consolidate si strutturano anche le proposte teoriche contenute nei contributi di Claudio Luzzati e Adelino Cattani. Il primo, attraversando la celebre distinzione tra «persuadere» e «convincere» ripresa da Perelman, e la *vexata quaestio* in cui incorrono tutti gli argomenti – considerarli per la loro *validità* o per la loro *efficacia*? –, utilizza «due grandi, ma diverse figure, di razionalisti» come Maimonide e Spinoza per tratteggiare la figura del giurista, nonché per delineare i tratti essenziali del procedurismo. Appoggiandosi alle acquisizioni maturate in altri suoi studi<sup>18</sup>, Luzzati rileva come il giurista non sia uno scienziato, e neppure un filosofo morale. L'uomo di legge, quando argomenta, incappa di frequente in «chiusure» e in «preclusioni». Egli, dunque, non può essere spinoziano come il filosofo morale: «il suo è un mondo di formalismi», che però «in molti casi possono essere giustificati moralmente» (*infra*, p. 135). In questo senso, il giurista ritiene di dover essere maimonideo, «ottimizzando il sistema e indossando il paraocchi conformistico delle ragioni codificate nelle leggi o nei precedenti» (*infra*, p. 135). Allo stesso modo, le procedure non sono spinoziane. Per quanto egue esse siano, limitano il dibattito, vi appongono freni e vincoli. D'altronde, le procedure non sono neutrali, ma hanno una diretta influenza sull'esito della discussione. Il procedurismo non equivale, pertanto, né a una neutralità assoluta né alla totale apertura della discussione. La tesi di Luzzati è che bisogna «distinguere tra le discussioni morali e le discussioni finalizzate a deliberare su specifiche scelte pratiche» (*infra*, p. 136). In questo secondo caso, «le procedure e le forme si prestano a facilitare il raggiungimento di decisioni condivise senza che si chie-

15. Cfr., su questo aspetto, Testa, Cantù, *Teorie dell'argomentazione*, cit., pp. 122-32.

16. Nell'ambito del suo *excursus* sulle diverse «teorie del discorso pratico», Alexy dedica un apposito capitolo del suo volume alla teoria dell'argomentazione di Perelman, segnalandone i «punti da tenere in considerazione»: Alexy, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, cit., pp. 123-36.

17. Di Gianformaggio occorre ricordare *Gli argomenti di Perelman: dalla neutralità dello scienziato all'imparzialità del giudice*, Edizioni di Comunità, Milano 1973, la più importante analisi sistematica dell'opera di Perelman apparsa in italiano. Di Bobbio, oltre alla *Prefazione all'edizione italiana del Traité de l'argumentation* (Einaudi, Torino 1966, pp. xi-xix), cfr. il saggio *Perelman e Kelsen* (1986), in N. Bobbio, *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1992, pp. 179-92.

18. Cfr., in particolare, C. Luzzati, *La politica della legalità. Il ruolo del giurista nell'età contemporanea*, il Mulino, Bologna 2005.

da ai partecipanti di accettare gli stessi valori o, peggio, di adottare il sostanzialismo di un'ideologia ufficiale. Le procedure, da un lato, garantiscono un'unità nonostante il dissenso. Dall'altro, permettono che il bisogno di agire assieme non prevalga a scapito della libertà di opinione dei singoli individui» (*infra*, p. 136): siamo ai fondamenti dello Stato di diritto ovvero, con Atienza, del «costituzionalismo democratico discorsivo» (*infra*, p. 31).

Cattani si avvale invece di numerosi riferimenti offerti dalla storia del pensiero per rileggere il ruolo della polemica – ovvero del conflitto – entro la dimensione della discussione. L'argomentazione si solidifica così nei contesti vitali in cui – a ben vedere – cooperazione e conflittualità, consenso e dissenso, «rigidità in corso di discussione» e «finale disponibilità a ricredersi» (*infra*, p. 142) si combinano all'interno di una processualità aperta<sup>19</sup>. La tesi di Cattani è che si sia determinata via via una restrizione della portata della discussione, tesa anche a ridurre il portato – positivo – del conflitto. Si è passati dal piacere di discutere (spirito rappresentato da Gorgia, Protagora, Isocrate, Erasmo da Rotterdam, Lutero e, tra i movimenti, dai dialetticisti e dagli scolastici) al diritto di discutere (i fautori del quale, oltre naturalmente ai precedenti nomi – «considerato che piacere e diritto vanno a braccetto» [*infra*, p. 141] – possono considerarsi Seneca il Vecchio, Cicerone, Quintiliano, Giordano Bruno, Montaigne, John Stuart Mill e Karl Popper) fino ad arrivare al *dovere* di discutere (di cui sono esponenti significativi Boezio e, nel corso del Novecento, Thomas H. Huxley, John Dewey e Guido Calogero, nonché un cultore del dialogo come Aldo Testa). Riabilitando valore e funzione della polemica, l'autore mira a rivalutare il diritto di argomentare e di discutere polemicamente, entro una propensione agonistica che deve comunque, necessariamente, prevedere regole e procedure.

Al tema del conflitto, entro un altro orizzonte d'indagine, riserva specifica attenzione anche Cinzia Gamba che, con il suo contributo, apre un'ideale sezione dedicata ad alcuni nodi inerenti il ragionamento argomentativo. Il suo studio si propone di svolgere un'analisi comparativa tra due differenti strumenti di risoluzione delle controversie presenti nel nostro ordinamento giuridico: il processo e la mediazione. Sono messe a confronto, in particolare, le modalità con le quali processo e mediazione si pongono rispetto al conflitto da risolvere e ne individuano la parte rilevante, allo scopo di addivenire alla risoluzione della controversia che contrappone le parti. La prospettiva di comparazione prescelta mette in luce notevoli differenze nell'articolazione del ragionamento giuridico e nella struttura dell'argomentazione; al contempo, avvalendosi di uno strumento tecnico come il criterio di rilevanza (tema già al centro delle analisi di Paul Grice e, più di recente, della logica informale), essa mette in discussione alcune affermazioni che ricorrono nella letteratura giuri-

dica e che sono finalizzate, principalmente, a promuovere la conciliazione come strumento alternativo al processo.

Se il criterio di rilevanza fa parte indubbiamente dello strumentario teorico di cui si avvalgono gli studiosi e gli analisti dell'argomentazione, specifico rilievo hanno assunto negli ultimi tempi anche altre questioni: basti pensare a quella fondamentale della fallacia<sup>20</sup>, alle diverse configurazioni della confutazione, alle modalità di strutturare i ragionamenti, alle molteplici declinazioni degli argomenti stessi<sup>21</sup>. A questo orizzonte aperto, in cui vanno inserendosi sempre più numerosi studi, rinviato il contributo di Fabrizio Macagno e Douglas Walton e quello di Damiano Canale e Giovanni Tuzet.

Macagno e Walton esaminano uno strumento molto potente nell'ambito dell'argomentazione giuridica come il «ragionamento per dicotomie». L'aspetto cruciale di questo tipo di inferenza – osservano gli autori – è rappresentato dal «fondamento di tale disgiunzione» (*infra*, p. 185): essa può essere di natura *semantica* oppure di natura *pragmatica*. La decisione delle alternative consente di imporre una scelta forzata che può essere usata in diversi contesti e sedi: dibattimentale, testimoniale, decisoria<sup>22</sup>. I teste possono essere guidati verso determinate risposte, così come le giurie possono essere spinte a scegliere una possibilità per evitare il maggior danno. Le dicotomie vengono dunque utilizzate in vari modi: ad esempio, per provare l'assenza di responsabilità, oppure per classificare determinate entità o particolari fatti. In questi casi, l'accettabilità del ragionamento per opposti dipende dal *contesto*, dal *common ground*, «cioè da quanto l'interlocutore abbia precedentemente ammesso o possa ragionevolmente sapere in quanto membro di una specifica comunità linguistica e culturale» (*infra*, p. 187).

Dal canto loro, Canale e Tuzet intendono chiarire la struttura pragmatica dei diversi usi di un argomento ricorrente nelle argomentazioni come quello a *contrario*. Essi – partendo da un caso molto concreto (l'art. 18 del D.L. 30 agosto 1968, n. 918, relativo ai contributi da corrispondere all'INPS da parte

20. Sul tema cfr., da ultimo, M. Atienza, *La guerra de las falacias*, Librería Compass, Alicante 2010. Cfr. anche F. D'Agostini, *Fallacia ad ignorantium, realismo ed epistemismo. Contributo allo studio filosofico delle fallacie*, in Cattani, Canuti, Testa, Vidali (a cura di), *La svolta argomentativa. 50 anni dopo Perelman e Toulmin*, 1958-2008, cit., pp. 71-86.

21. Per un'agile ma esaustiva trattazione cfr. A. Iacona, *L'argomentazione*, Einaudi, Torino 2005. Cfr. anche F. D'Agostini, *Verità avvelenata. Buoni e cattivi argomenti nel dibattito pubblico*, Bollati Boringhieri, Torino 2010.

22. Sulla distinzione fra un'«opposizione dicotomica» (che funziona con logica binaria e impone un'alternativa dove *tertium non datur* – stante la quale non si danno sfumature o passaggi da una delle due possibilità all'altra) e un'«opposizione polare» (che pone in opposizione due estremi che ammettono sfumature intermedie di passaggio) cfr. Gf. Zanetti, *Individui situati e trasformazioni del diritto*, in P. Nethot (a cura di), *Identità plurale della filosofia del diritto. Atti del 26° Congresso della Società italiana di Filosofia del diritto* (Torino, 16-18 settembre 2008), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2009, che, a sua volta, prende spunto da alcune intuizioni contenute in E. Melandri, *La linea e il circolo. Studio logico-filosofico sull'analogia*, Quodlibet, Macerata 2004 (1ª ed. il Mulino, Bologna 1968).

19. Su queste combinazioni cfr., da ultimo, P. Canuti, I. Testa, *Consenso e dissenso*, in Cattani, Canuti, Testa, Vidali (a cura di), *La svolta argomentativa. 50 anni dopo Perelman e Toulmin*, 1958-2008, cit., pp. 87-96.

delle «aziende industriali e artigiane che impiegano dipendenti nelle regioni del Mezzogiorno») – concentrano la loro attenzione sul modo in cui le proprietà e le entità rilevanti entrano in gioco nella pratica argomentativa degli operatori giuridici che ricorrono a questa forma di argomento. Quanto è in gioco non è solo un uso più rigoroso dell'argomento, ma anche una migliore comprensione di ciò da cui l'argomento dipende. È infatti, anche in questo caso, il contesto a determinare l'uso corretto dell'argomento *a contrario*: «Sono cioè le altre ragioni avanzate o richieste dai partecipanti all'argomentazione a determinare se una versione o l'altra dell'argomento *a contrario* sia giustificata» (*infra*, p. 202). Riconoscendo la centralità della «relazione di incompatibilità» per gli usi di questo tipo di argomento (sia che essi vertano su «proprietà istituzionali» sia che riguardino «proprietà naturali»), risulta possibile per gli autori «mostrare come gli impegni e i titoli discorsivi assunti dai partecipanti a uno scambio di ragioni determinino quale uso dell'argomento *a contrario* è corretto in un dato contesto» (*infra*, p. 205).

La peculiare forma che il pluralismo viene ad assumere nel connotare l'articolazione dell'argomentazione in seno alle diverse sfere della vita pratica, la rilevanza dei contesti in cui l'argomentazione si radica, nonché la sua combinazione – più o meno aperta – con gli spazi e le forme della democrazia, rappresentano dunque elementi imprescindibili per un'aggiornata riflessione teorico-normativa che si eserciti sul ragionamento *per argomenti*<sup>23</sup>. Se si intende l'argomentazione oltre che come essenziale espressione della razionalità degli esseri umani, alla base della loro libertà di scelta, anche come strumento fondamentale per i cittadini di una democrazia, alla base della loro eguale capacità di discutere pubblicamente, negoziare, rivendicare, e, d'altro canto, se si considerano i soggetti umani come «creature discorsive» (come suggerisce Robert B. Brandom<sup>24</sup>) dotati di una «sensibilità giuridica» che li porta a individuare *casi giuridici* (come li intende Joachim Hruschka<sup>25</sup>) e, più in generale, *casi pratici*, allora teoria dell'argomentazione e filosofia pratica, ragionamento argomentativo e pensiero critico, al di là delle opportune celebrazioni, ricorrenze, indagini su opere già scritte, hanno ancora davanti altri percorsi di sviluppo.

THOMAS CASADEI

GIANFRANCESCO ZANETTI

23. Sul ruolo del contesto e della comunità interpretativa in relazione all'argomentazione giuridica cfr. Pariotti, *La comunità interpretativa nell'applicazione del diritto*, Giappichelli, Torino 2000, in particolare le pp. 99–157 (*Comunità interpretativa e argomentazione giuridica*), ove viene sviluppato un confronto analitico con le tesi della nuova retorica di Perelman (pp. 99–106).

24. R. B. Brandom, *Articulating Reasons*, Harvard University Press, Cambridge (Ma) 2000, p. 26 (trad. it. di C. Nizzo, *Articolare le ragioni. Un'introduzione all'inferenzialismo*, il Saggiatore, Milano 2002). Come è noto, Brandom è il teorico di una pragmatica normativa, per molti versi affine alla pragmatica formale di Habermas.

25. Su questo tema cfr. la recensione di Andrea Althobrand a J. Hruschka, *La costituzione del caso giuridico. Il rapporto tra accertamento fattuale e applicazione giuridica*, il Mulino, Bologna 2009.

ROBERT ALEXY

## Elementi fondamentali di una teoria della duplice natura del diritto \*

Al centro delle mie riflessioni si trova la tesi secondo cui il diritto ha una duplice natura<sup>1</sup>. Esso si compone tanto di una dimensione reale o fattuale, quanto di una dimensione ideale o critica. L'aspetto fattuale si riflette negli elementi definitivi della positività conforme all'ordinamento e dell'effettività sociale, quello ideale nella correttezza morale<sup>2</sup>. Chi definisce il diritto solo attraverso la positività conforme all'ordinamento e l'effettività sociale ne sostiene un concetto positivisticco. Non appena la correttezza morale si aggiunge quale terzo, necessario elemento, l'immagine del diritto subisce una trasformazione fondamentale: ne emerge un concetto non-positivisticco. La tesi della duplice natura implica così il non-positivismo.

Questa tesi, in quanto tale, è ancora indeterminata e formale. Essa può ottenere un contenuto concreto e una struttura chiara attraverso uno sviluppo sistematico. La chiave di volta di questo sistema è l'idea dell'istituzionalizzazione della ragione<sup>3</sup>. La sua forma politica è il costituzionalismo democratico o discorsivo<sup>4</sup>. Il sistema può essere sviluppato in tre passi.

### 1. CORRETTEZZA E DISCORSO

#### 1.1. La pretesa di correttezza

La tesi iniziale è quella secondo cui il diritto avanza necessariamente una pretesa di correttezza. Per precisarla occorre rispondere a tre domande: a) cosa

\* Traduzione dal tedesco di Gaetano Carlinzi. Il testo oggetto della presente traduzione, *Hauptelemente einer Theorie der Doppelnatur des Rechts*, è stato pubblicato in "Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie" 95, 2009, pp. 151–66. Si ringrazia sentitamente il Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Robert Alexy per averla autorizzata e per aver fornito alcuni utili chiarimenti al traduttore.

1. R. Alexy, *On the Concept and the Nature of Law*, in "Ratio Juris" 21, 2008, p. 292.

2. Id., *Begriff und Geltung des Rechts*, Alber, Freiburg-München 2005<sup>1</sup>, pp. 29 ss. (trad. it. di F. Fiore, *Concetto e validità del diritto*, Einaudi, Torino 1997).

3. Id., *My Philosophy of Law: The Institutionalisation of Reason*, in L. J. Wintgens (ed.), *The Law in Philosophical Perspectives*, Kluwer Academic, Dordrecht-Boston-London 1999, pp. 23 ss.

4. R. Alexy, *Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat*, in S. Gosepath, G. Lohmann (Hrsg.), *Philosophie der Menschenrechte*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1998, pp. 258 ss.