SCUOLA DOTTORALE INTERNAZIONALE "TULLIO ASCARELLI"
Diritto – Economia – Storia

SEZIONE "Diritto europeo su base storico - comparatistica"

XVII Ciclo

"Diritto, decisione, caso"

Ch.mo Prof. Eligio Resta
Tutor

Dottoranda: Favorita Barra

Ch.mo Prof. Lorenzo Fascione
Coordinatore

Anno Accademico 2014/2015

CAPITOLO I
SISTEMA GIURIDICO E DECISIONE

.

1. Decisione, sistema, organizzazione

Il sistema giudico instaura con la decisione un rapporto costitutivo e costante.

Ad uno sguardo attento, tale nesso simbiotico pare ramificarsi sia in una direzione prettamente procedurale, che funzionale.

Da un punto di vista squisitamente strutturale, risulta evidente che il diritto è un reticolato di principi e regole decisionali più o meno sistematizzate. Tuttavia, se da un lato, la molteplice fenomenologia dei paradigmi decisionali costituisce la nervatura del diritto; dall'altro, tale involucro funge da potente sonda attraverso la quale è possibile svelare l'imperativo del sistema giuridico: appunto, decidere.[1]

Alla luce di queste prime considerazioni, il diritto può essere osservato, senza ombra di dubbio, come un sistema non solo formalmente, ma anche sostanzialmente costruito sulla decisione. Invero è da essa che trae la sua linfa vitale. Ciò emerge chiaramente dalla lettura dell'art. 12 delle preleggi del Codice civile italiano. Tale norma di chiusura, mentre sancisce il principio del *non liquet*, erge la decisione a codice comunicativo del sistema giuridico[2].

Una narrazione sul diritto, quale costruzione così fortemente imperniata sulla decisione, non può prescindere dal tentativo di definirla. Compito impervio, questo, che generalmente, approda ad esiti tautologici. Del resto, affermare che la decisione è una scelta, o che corrisponda ad un'azione cosciente e volontaria, non attribuisce a questo termine alcuna colorazione o tonalità specifica. Per delineare il concetto di decisione, a questo punto, è necessario richiamare quegli strati di significato custoditi nella parola stessa. È noto che il verbo "decidere" deriva dal latino *de-caedere*.

Tale derivazione rimanda all'attività poietica della separazione; ad una frattura che intercetta e scinde una maniera d'essere da un'altra; in termini temporali: un prima da un

---

[1]Tra i suddetti principi e regole decisionali si menzionano in riferimento all'ordinamento giuridico italiano: l'art. 12 preleggi; gli artt. 72 e 138 Cost; gli artt. 225, 226 c.p.c, nonché gli artt. 275, 276, 277, 278, 279, 281 *quater – sexies* c.p.c,; gli artt. 321, 352, 374, 375 c.p.c.

[2] Tale principio è altresì espresso nell'art. 4 del Titolo preliminare del Code Civil, nonchè nell'art. 7 dell'ABGB. L'art. 4 del Titolo preliminare del Code civil impone al giudice il dovere di decidere in ogni caso senza poter addurre a pretesto "il silenzio, l'oscurità o il difetto della legge", pena la sanzione prevista per la denegata giustizia: "*Le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra étre poursuivi comme coupable de déni de justice*". L'art. 7 dell'ABGB detta alcuni canoni interpretativi: "Qualora una causa non si possa decidere né secondo le parole, né secondo il senso naturale della legge, si avrà riguardo ai casi simili precisamente decisi dalle leggi e ai motivi di altre leggi analoghe. Rimanendo nondimeno il caso dubbioso, si dovrà decidere secondo i principi del diritto naturale, avuto riguardo alle circostanze raccolte con diligenza e maturamente ponderate". Si precisa inoltre che il principio del *non liquet* regge tanto gli ordinamenti positivi quanto gli ordinamenti di common law

dopo. Non è un caso che, nella tradizione greca-aristotelica, la *κρίσις* assumesse rilevanza in quanto asse portante della vita politica comunitaria. Tale aspetto sarà oggetto di approfondimento nel corso della trattazione.

Per ora è interessante soffermarci sul paradosso che il concetto di decisione porta con sé. Ogni decisione può essere concepita come "unità della distinzione".

Per dirla come Niklas Luhmann, le decisioni sono osservazioni operanti mediante forme particolari di distinzioni, chiamate alternative[3].

Invero lo studioso parte dal presupposto che la decisione sia un'osservazione; più precisamente una distinzione che individua un solo versante e non entrambi di una differenza. È evidente che, essendo ogni lato della distinzione raggiungibile, essa intercetta essenzialmente il lato su cui cade la scelta.[4] Viene così tracciato un solco.

Il paradosso dell'unità della decisione risiede proprio nel suo rapporto con l'alternativa.

Ci si chiede infatti come la si possa circoscrivere ad un versante della distinzione senza richiamare la distinzione stessa.[5] Del resto se è vero che la decisione non è condensata nell'alternativa, come potrebbe venire alla luce senza di essa?

E ancora: se "solo l'alternativa fa della decisione una decisione", l'alternativa è una, ma nello stesso tempo è nessuna, poiché diversamente la decisione non sarebbe una decisione[6].

Tali interrogativi rendono palese che, addentrarsi nel campo semantico della decisione, porta a confrontarsi con una evidente complessità.

La decisione è invero il luogo della coesistenza di inclusione ed esclusione, così come della distinzione e del risultato della distinzione. In altre parole continua oscillazione, da un versante all'altro di una differenza, in relazione ai più disparati angoli di osservazione. In conformità a quanto sopra esposto l'unità di tale concetto si rivela un'impossibilità.

---

[3]Niklas Luhamann, *Organizzazione e decisione*, Milano, Mondadori, 2005, p. 109.

[4] Il concetto di distinzione ha dunque a che fare con l'operazione di stabilire differenze. Essa viene in rilievo, in quanto costituisce l'imprescindibile veicolo della conoscenza. A tal riguardo, degno di nota è il discorso di G W. Leibniz sulla conoscenza. La distinzione, spiega il filosofo, garantisce il riconoscimento dell'oggetto, senza condurre alla conoscenza degli elementi distintivi che lo definiscono in modo specifico. Siamo di fronte ad un'idea di conoscenza chiara, ma confusa. Leibniz al fine di esemplificarla, fa riferimento al caso dei colori, dei sapori, degli odori, distinti in base alla percezione sensibile "e non grazie a dei contrassegni enunciabili", oltre che al rilevante caso di un giudizio positivo o negativo su un'opera d'arte, che non si è però in grado di motivare, se non ricorrendo alla presenza o assenza di un "non so che": Cfr. Gottfried Wilhelm von Leibniz, *Meditazioni sulla conoscenza, la verità e le idee, Scritti Filosofici*, a cura di D.O. Bianca, Torino, Utet, 1968, vol.II.

[5]Si veda a proposito del paradosso dell'osservazione Niklas Luhmann, *op* cit., p. 104.

[6]*Ivi* p.111 e p. 117.

Secondo la lucida analisi di Niklas Luhmann, la decisione è dunque un'*osservazione inosservabile*, un evento che rimane inspiegabile e tragicamente incompreso.
Tuttavia, lo svelamento di un paradosso non costituisce necessariamente il punto d'arresto di una riflessione, quanto piuttosto l'approdo ad una analisi consapevole, che acquista una particolare profondità prospettica.
Al di là del *mistero* di cui si fa portatrice, la decisione assume rilevanza all'interno di ogni sistema organizzato come "evento comunicativo". D'altronde si sa: ogni sistema sociale si fonda e si autoalimenta sulla comunicazione di decisioni, che derivano e costituiscono il presupposto di altre decisioni. A sua volta, l'accettazione delle stesse, indipendentemente dal fatto che si realizzi, viene garantita dall'organizzazione attraverso catene decisionali, che intercettano vere e proprie strutture a tale scopo istituite. Da quanto sopra esposto, la teoria luhmaninana traccia un legame forte tra organizzazione, osservazione e decisione. Questi elementi formano una trama complessa in cui ognuno di essi presuppone e richiama gli altri in egual misura. In tale ottica ogni sistema decisionale risulta essere prodotto e allo stesso tempo produrre organizzazione, osservazione e comunicazione, così come ogni sistema organizzativo è generato e simultaneamente genera osservazione, comunicazione e decisione.
Come è noto il sistema giuridico è un sistema autopoietico[7]. Più specificamente è autopoietico il sistema che produce continuamente se stesso come suo proprio prodotto. La decisione è la comunicazione che rende possibile questa autoriproduzione. Tuttavia affinché l'autopoiesi sia possibile è necessario che il sistema si trovi nel perdurante stato di incertezza, stato derivante dalla relazione con l'ambiente. Invero il sistema giuridico produce, assorbe e controlla l'incertezza autorganizzandosi. Sul punto, Niklas Luhmann afferma nitidamente: "Il sistema non può trasformare l'insita (diremo anche: autoprodotta) incertezza in certezza. L'assorbimento di incertezza (e di questo dovremmo parlare ampiamente) può essere solo una trasformazione, di volta in volta attuale, della forma dell'incertezza in adattamento a stati mutevoli di irritazione.[8]
L'irritabilità non è altro che riproduzione di incertezza a partire da determinati stimoli, un particolare equilibrio tra orientamento delle aspettative del sistema e percezione di esigenze nuove derivanti dall'ambiente.

---

[7] Per un'analisi approfondita della teoria dei sistemi sociali si rinvia a Talcott Parsons, *Il sistema sociale*, introduzione di Luciano Gallino, Milano, Edizioni di Comunità, 1981, nonché sempre di Talcott Parsons, *La struttura dell'azione sociale*, introduzione di Gianfranco Poggi, Bologna, il Mulino, 1962.
[8] Luhmann Niklas, *Organizzazione e decisione*, *cit*., p. 34.

Il sistema giuridico oltre ad essere descritto come un sistema organizzato, può altresì essere ricostruito come un sistema decisionale, più precisamente come un insieme di circuiti decisionali, finalisticamente orientato a decidere sulle questioni socialmente rilevanti nonché sulle controversie. In base a tale angolo visuale l'assorbimento dell'incertezza è requisito, scopo e allo stesso tempo risorsa del sistema. Del resto in stato di costante certezza non ci sarebbe nulla da decidere e il sistema perirebbe a causa della sua immobilizzazione. È interessante notare come l'assorbimento dell'incertezza, limite e risorsa del sistema giuridico, è essa stessa un procedimento decisionale, che rigenera costantemente l'incertezza neutralizzata. Ora sorge il problema di individuare in che modo l'incertezza organizzativa venga distribuita, riprodotta e neutralizzata all'interno del sistema. L'incertezza scivola lungo le catene decisionali, addensandosi per poi tornare a fluire nei rapporti interni di potere gerarchizzato che strutturano il sistema. Alla luce di queste sintetiche ma imprescindibili notazioni l'assunto che l'incertezza venga trasformata in certezza appare un dato a cui credere, esclusivamente perché fonda la rappresentazione che il sistema ha di se stesso.

Interessante il rapporto che si instaura tra diritto e certezza. Quest'ultima "di fronte ad eventi contingenti può essere acquisita solo indirettamente attraverso l'aumento dell'incertezza, perché solo in questo modo possono essere costruiti sistemi in ambiente per essi complesso e contingente"[9].

Invero, attraverso la lente della teoria dei sistemi può essere riletto il tradizionale concetto di "certezza del diritto". Ancora una volta molto significative sono le parole di Niklas Luhmann. "La certezza del diritto non è l'ingenua certezza arcaica di essere nel giusto e di poter affermare il proprio diritto, ma è soltanto quella certezza che pone il titolare del diritto stesso nell'incertezza: nell'incertezza di poter affermare il proprio diritto *quando* si abbia un diritto"[10].

Nell'ottica della teoria dei sistemi, il diritto può essere osservato come "un sistema strutturato di processi decisionali[11]. Esso è l'insieme di eventi selettivi che acquisiscono una particolare struttura in base a criteri di selezione autodeterminati. Operativamente ogni sistema sociale riproduce fabbisogno di decisioni attraverso decisioni[12]. Da ciò segue che ogni decisione è premessa di un'ulteriore decisione.

---

[9] *Ivi* p. 202.
[10] *Ibidem*.
[11] Niklas Luhmann, *La differenziazione del diritto*, Bologna, il Mulino, 1990, p. 177.
[12] Si veda Niklas Luhmann, *Organizzazione e decisione*, cit. p. 57.

Come afferma Niklas Luhmann: "Nella rete ricorsiva dell'autopoiesi le decisioni si orientano sempre ad altre decisioni e perlopiù riflettono il valore orientativo per altre decisioni"[13].

Tuttavia va precisato che il rapporto tra premesse e decisioni non è né di tipo logico, né causale.

In tal senso non possono essere dedotte decisioni da premesse, né queste ultime corrispondono a cause di decisioni. È più appropriato affermare che le premesse decisionali stabiliscono i criteri di operatività e fissano i procedimenti di approvazione delle future decisioni. Invero le premesse costituiscono i parametri attraverso i quali misurare la validità delle future decisioni. Esse possono essere altresì definite come "le condizioni regolative del decidere in modo corretto"[14]

A loro volta le premesse sono decisioni, veicoli dell'autoorganizzazione e autoriproduzione del sistema. Parliamo in tal senso di decisioni di *pianificazione*. All'interno della gerarchia degli atti sistemici quest'ultime si collocano in una posizione elevata, tuttavia non hanno una natura diversa dalle altre decisioni situate ad un livello gerarchico inferiore. Anche esse canalizzano l'incertezza e riducono, per il fatto di accrescerla, la contingenza che fluisce dall'ambiente. In altre parole la contingenza non viene eliminata, ma circoscritta ad una sola possibilità, che diviene per questo necessità[15]. In tal senso il diritto opera una regolamentazione della contingenza attraverso il filtro delle decisioni.

La determinazione selettiva di una decisione comporta la determinazione di ulteriori decisioni. Più specificamente una decisione posta ad un grado gerarchico superiore è connotata dalla coazione a determinare le modalità di determinazione e l'oggetto di una decisione di livello gerarchico inferiore. A titolo di esempio le decisioni pianificatrici sono caratterizzate dalla coazione a regolamentare i criteri di adozione e di coordinamento tra differenti premesse decisionali.

Nella statuizione delle decisioni che definiscono le condizioni di correttezza di altre decisioni il sistema sceglie se orientare i suoi programmi agli input o agli output. Nel primo caso parleremo di programmi condizionali, nel secondo di programmi di scopo, a

[13] *Ivi* p. 189.
[14] *Ivi* p.185.
[15] Niklas Luhmann, *La differenziazione del diritto*, cit., p. 201: "La contingenza allora, non viene negata direttamente, non viene ridotta per il fatto che la si elimini e che si costringa l'agire entro una sola possibilità, che diviene, quindi, necessità: essa viene ridotta per il fatto che la si accresce".

seconda che essi poggino sulla valutazione del nesso condizione-conseguenza, o mezzo e scopo[16].

Tuttavia, come già accennato, i programmi non forniscono il modello di decisioni già definite, quanto piuttosto apprestano criteri per la produzione della possibilità di decidere sulla situazione concreta. Va invero considerato che il caso di volta in volta associa ai programmi nuove distorsioni cognitive.

Tra l'altro, deve essere sottolineato che ogni decisione per essere valutata *ex post* deve prima essere costruita cognitivamente. In riferimento a tale operazione essa viene modellata ampliando o riducendo spazi di libertà a seconda dei bisogni.

Alle contingenze specifiche che accompagnano una singola decisione si aggiungono generali limiti di tipo cognitivo, quali la scarsità del tempo e la carenza di informazioni. Di fronte a questi ostacoli il sistema rielabora costantemente il suo grado di complessità interna. Ciò avviene sostanzialmente programmando la gerarchizzazione delle vie di comunicazione e delle competenze[17].

A questo punto è necessario precisare che i programmi decisionali, siano essi condizionali che di scopo, hanno un'ulteriore funzione: strutturano la memoria del sistema. Essi decidono cosa nella prassi di sistema deve essere ricordato e cosa può essere dimenticato. Osserva lucidamente Luhmann: "la memoria di orientamento mantiene quegli aspetti delle decisioni che possono essere utilizzati come premesse decisionali, e dimentica tutti gli altri"[18].

Questa funzione mnemonica è tipica dei sistemi che programmano decisioni mediante decisioni.

I programmi condizionali stabiliscono in presenza di quali presupposti procedere con un'attivazione. Si prenda il caso di istanze presentate in momenti diversi, da persone diverse, ma che sono soggette allo stesso trattamento. Anche nella programmazione di scopo si possono creare "routine" nell'accoppiamento di mezzi più idonei al raggiungimento di determinati scopi. Del resto una direttiva resta inefficace se non è ricordata. Tra memoria e programmazione si instaura un rapporto biunivoco: se da un lato, i programmi incrementano la memoria di sistema o, se necessario, la modificano, dall'altro quest'ultima contribuisce all'espletamento della programmazione in maniera pertinente alle conseguenze o ai risultati da ottenere.

---

[16] Niklas Luhmann, *Organizzazione e decisione*, *c*it. p. 215.
[17] *Ivi* p. 227
[18] *Ivi* p. 226.

Alla luce di quanto sopra esposto si viene delineando un modello di razionalità fortemente imperniato all'autopoiesi del sistema. È il sistema a scegliere al proprio interno le cause e i mezzi che consentano un agire adeguato alle conseguenze e agli scopi che intende perseguire.

In quest'ottica la decisione assume il ruolo di anello di congiunzione tra cause ed effetti, mezzi e scopi; per un verso essa è strumento dell'attualizzazione della razionalità sistemica.

2. Il tempo della decisione

Il rapporto tra decisione e tempo ha da sempre suscitato una viva riflessione filosofica.

Da un certo punto di vista la decisione è una *produzione del tempo* che, contestualmente, ne offre una ridefinizione. Si può persino affermare che la decisione scandisce un nuovo fluire del tempo: il tempo della decisione. Come ha sapientemente affermato Aldo Gargani: "ogni decisione produce daccapo il tempo"[19]. Essa assume in sé la duplicità di due opposte dimensioni: se da un lato costituisce un *granulo* nel tempo, dall'altro racchiude in sé tutti i tempi: "comprende l'atteso e ciò che è atteso, il desiderio insieme al desiderato, connette tutti gli ingredienti della vita nel mondo che sancisce, appunto, come decisione"[20].

È interessante notare come ogni decisione immette il tempo debito, *kairòs*, nel tempo prestabilito della vita quotidiana, *kronos*[21]. Questa incorporazione rivela un versante profondamente nichilistico.

La decisione è ciò che avviene, ponte tra passato e futuro. Essa vive di una perenne attualità, che priva il passato della sua determinatezza e il futuro della sua indeterminatezza.

Come osserva Niklas Luhmann i sistemi sociali hanno costruito una specifica semantica del tempo.

In altre parole i sistemi organizzati hanno "addomesticato" il tempo, che diviene auto-riferimento dentro meccanismi convenzionalmente predeterminati[22].

---

[19] Aldo Gargani, *Lo stupore e il caso*, Bari, Laterza, 1992, p. 30.
[20] *Ivi* p. 31.
[21] Sul concetto di kairòs si rinvia a: Giacomo Marramao, *Kairos. Apologia del tempo debito*, Roma-Bari, Laterza, 2005.
[22]Cfr. Eligio Resta, *Diritto vivente*, Roma-Bari, Laterza, 2008, p. 185

A questo punto la nostra attenzione cade sulle modalità in cui i sistemi regolano il tempo, essendone a loro volta inevitabilmente regolati. Il punto di partenza di tale riflessione coincide con la constatazione che le decisioni prendono sempre forma da ciò che è attuale. Tuttavia pur essendo assunte nel presente, riescono a sincronizzarsi col passato e con il futuro. La decisione sancisce la sua indipendenza dal passato e contestualmente lo ricorda o lo dimentica in maniera selettiva. Osserva Luhmann "ogni decisione da prendere cerca il suo passato al quale appartengono anche altre decisioni passate, informandosi e individuando alternative"[23]. Da un altro angolo visuale la decisione vincola il futuro, riducendone possibilità. Questa operazione può assumere forme diverse, generalmente la determinazione di scopi, o la previsione di rischi o pericoli. Ciò che ne deriva è un futuro incerto.

É evidente che il passato è innestato nel futuro e che il futuro è introdotto nel passato[24].

Ogni decisione poggia su una doppia dimensione temporale, quella del suo passato e quella del suo futuro. Il passato subentra nella misura della sua non modificabilità, il futuro nel suo non essere determinato. Attraverso questi due orizzonti temporali la decisione determina se stessa e il suo tempo.

Invero essa è una proiezione del tempo nel tempo, che scandisce una differenza tra passato e futuro.

Ogni sistema elabora al suo interno una temporalizzazione della complessità, sezionando il tempo in maniera da rendere possibile un rimando a possibilità che garantiscono il necessario ambito di scelta per le decisioni[25].

A questo punto la presente analisi può soffermarsi sul particolare rapporto che si instaura tra tempo e decisione giuridica. Il legislatore italiano sancisce all'art. 11 delle preleggi che: "la legge non dispone che per l'avvenire essa: non ha effetto retroattivo". Questo principio può tuttavia essere discrezionalmente derogato. Da ciò segue che, se in linea generale, la legge dispone una regolamentazione del futuro, quasi per arginarne l'incertezza, in casi particolari, al fine di tutelare interessi costituzionalmente protetti, essa regola eventi accaduti prima della sua entrata in vigore.

Una specifica riflessione accompagna la questione dell'irretroattività della legge in materia penale.

---

[23] Niklas Luhmann, *Organizzazione e decisione, cit.*, p. 137

[24] *Ibidem*.

[25] Niklas Luhamann, *Organizzazione e decisione, cit.* p. 149.

L'art. 25 comma 2 della Costituzione italiana statuisce che: "Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso". È così sancito il principio di irretroattività della norma penale sfavorevole, altresì disposto dall'art. 2 c.p. comma 1. Particolare attenzione deve essere prestata a questo articolo.
Il comma 3 dispone che "se vi è stata condanna a pena detentiva e la legge posteriore prevede esclusivamente la pena pecuniaria, la pena detentiva inflitta si converte immediatamente nella corrispondente pena pecuniaria, ai sensi dell'art. 135".
Pertanto, nel caso di successione modificativa, la legge posteriore si applica retroattivamente se più favorevole al reo rispetto a quella in vigore al momento della commissione del reato. In questo caso il legislatore autorizza una immissione della dimensione presente nel passato. Viene così tutelato il principio costituzionale dell'inviolabilità della libertà personale inciso fortemente dalla pena detentiva. Sussiste però un limite all'applicazione di questa disposizione normativa: l'intervento di una condanna irrevocabile. A questo punto l'osservazione può scindersi in due piani Da un'ottica interna al sistema il giudicato cristallizza il presente[26]. Invece, da un punto di vista ad esso esterno, la sentenza irrevocabile produce nuova complessità temporale.

3. Genealogia della decisione

Il pensiero delle origini costituisce il contributo essenziale per la comprensione delle dinamiche sottese ai paradigmi decisionali e nello stesso tempo mette in luce uno scivolamento semantico che dall'antico conduce al moderno.
È necessario dunque ripartire dagli insegnamenti aristotelici contenuti in particolare nell'*Etica Nicomachea* e nella *Politica,* per mettere a fuoco come la centralità della decisione possa assumere diverse colorazioni nel passaggio dalla comunità politica arcaica ai moderni sistemi giuridici.
Le parole chiave del discorso aristotelico sono: "giudizio", "scelta" e "deliberazione", concetti sia riconducibili ad una dimensione sostanziale che formale.

[26] Sulla disciplina del giudicato si rinvia a cap. III

Il giudizio (*κρίσις*) é "separazione", taglio netto all'interno di un campo di possibilità, più specificamente decisione. La *κρίσις*[27] è indubbiamente il risultato di un procedimento intellettivo, che tradotto in azione, modifica il dato fenomenico. Traslata da una dimensione prettamente individuale ad una collettiva, essa assume rilevanza come asse portante della costruzione politica arcaica.

È necessario a questo punto sottolineare che la dimensione comunitaria è il luogo in cui etica e politica coincidono nel perseguimento di uno stesso fine: la felicità, "il bene supremo" [28].

La politica è, quindi, il campo in cui si innesta la traiettoria che conduce alla felicità collettiva.

Il percorso che tende all'*eudaimonia* è una "ricerca" costruita su una serie di scelte che si traducono in azioni. Risulta evidente, sin dalle battute iniziali dell'Etica Nicomachea, che ogni azione tende ad un bene, il quale, può sia essere perseguito in vista di un altro bene e divenire a sua volta mezzo, oppure incarnare la perfezione, individuando un fine in sé. Utilizzando le parole di Aristotele la felicità è "ciò che è scelto per sé e mai per altro".[29]

La scelta, in questo senso, diviene *modus* di un agire mediano, equidistante da difetto e eccesso, in cui il criterio di riferimento diviene il comportamento del *phronimos*, eretto a "modello" dalla comunità in base a parametri comportamentali moralmente condivisi.[30] Egli è infatti detentore della *phronesis*, la capacità di deliberare su ciò che risulta vantaggioso e "buono", mediante un calcolo prudente delle opportunità, in vista di singoli fini praticabili, che se sommati conducono alla "vita felice" [31].

La scelta è indubbiamente inscritta nell'ambito dell'agire volontario, costituendone una particolare articolazione. Non tutte le azioni volontarie sono in essa riconducibili, restano escluse quelle determinate da costrizione esterna o compiute in stato di immaturità, di ignoranza o incapacità. Una qualsiasi azione può essere imputata all'agente e dunque essere oggetto di eventuale responsabilità morale e giuridica, solo quando, il principio dell'azione può essere ricondotto all'agente o, più precisamente, alla parte che in esso è dominante, la sua componente razionale. A tal proposito Aristotele scrive: "Ognuno

---

[27] La parola *κρίσις* è riconducibile al verbo *κρίνω* da cui il latino *cerno*, *discrimen*, *cribum*, traducibile in lingua italiana sia con distinguere, secernere, separare, che con scegliere, giudicare e decidere, cfr. Vocabolario Greco Italiano, L. Rocci, Perugia, Società Editrice Dante Alighieri, 2002.

[28] Aristotele, *Etica Nicomachea*, a cura di Claudio Mazzarelli, Milano, Bompiani, 2000, libro I, 1094 a20.

[29] *Ivi* I, 1097 a 34.

[30] *Ivi* II, 1107a: "La virtù, dunque, è una disposizione concernete una scelta, consistente in una medietà, in rapporto a noi, determinata in base ad un criterio, e precisamente al criterio in base al quale la determinerebbe l'uomo saggio".

[31] Ivi VI, 1140 a 25-30

smette di cercare come agirà quando ha ricondotto il principio dell'azione a se stesso, e precisamente a quella parte di sé che è dominante, giacché è questa che sceglie" [32]

Da un'analisi prettamente linguistica la scelta, *proairesis*[33], può essere definita una selezione in base a ciò che risulta preferito attraverso una deliberazione, procedimento intellettivo, che traduce la semplice volizione, in scelta razionalmente orientata verso uno scopo. Emblematiche, ancora una volta, sono le parole di Aristotele: "Poiché dunque, l'oggetto della scelta è una cosa che dipende da noi, desiderata in base ad una deliberazione, anche la scelta sarà un desiderio di cose che dipendono da noi: infatti quando, in base ad una deliberazione arriviamo ad un giudizio, proviamo un desiderio conforme alla deliberazione" [34].

Dunque, la scelta è ascrivibile all'agente, in quanto libera e consapevole solo se prodotto di una deliberazione. Muovendo dapprima da un ambito esclusivamente coscienziale, la deliberazione corrisponde ad un esame che si svolge nel foro interno, ed ha ad oggetto i mezzi praticabili per il raggiungimento di un fine. Utilizzando l'immagine aristotelica, essa corrisponde al procedimento di costruzione di una figura geometrica. La scelta, che ne è risultato, può essere definita un "desiderio deliberato" e, allo stesso modo, il giudizio corrisponde ad un desiderio conforme ad una deliberazione.

Proairesis e *krisis* costituiscono dunque il ponte tra *orexis* e *phronesis*, tra la sfera delle tendenze e dei desideri dell'uomo e il campo della saggezza pratica, che ha il compito di moderarli e orientarli.

In altre parole, scelta e giudizio tracciano una linea mediana tra i fini dell'agire, desiderabili in base alla conformazione dell'agente ad un tessuto normativo di tipo naturale e sociale e il calcolo razionale dei mezzi idonei per raggiungerli. Ciò risulta chiaramente da un passo dell'Etica Nicomachea: "Infatti la virtù fa retto lo scopo, e la saggezza fa retti i mezzi per raggiungerlo".[35] Non a caso Mario Vegetti ricostruisce "la prassi razionale" aristotelica in base ad un sillogismo, la cui premessa maggiore contiene il fine, già posto dalla virtù; la minore i mezzi determinati dalla *phronesis*; la conclusione è l'azione.[36] Forma particolare di saggezza pratica è quella politica, che anima l'attività deliberativa e giudiziaria della città. [37]

---

[32] *Ivi* III, 1111 a 25; 1113 a6.

[33]Il verbo *pro-aireo*, assume il significato di prendere, assumere, tirare fuori, estrarre, preferire, eleggere cfr. Vocabolario greco italiano, L. Rocci, *op. cit.*

[34] *Ivi* III, 1113 a 10.

[35] *Ivi* VI, 1144a 6 e ss.

[36] Mario Vegetti, *L'etica degli antichi*, Roma - Bari, Laterza, 1989.

[37] Aristotele, *Etica Nicomachea*, cit. VI, 1141, b 32.

Se infatti al centro dell'Etica Nicomachea è posta la scelta tra il bene e il male, "desiderio pensante" (*orexis dianoetiké*)[38] attraverso il quale si determina la qualità morale del cittadino[39]; nella Politica la narrazione ruota tutta attorno al giudizio, inteso come atto formale che attiene al governo della *polis* o alla statuizione di ciò che spetta a ciascuno.

Proprio in apertura Aristotele scrive: "Ma la giustizia è virtù politica perché il giudizio è l'ordine della comunità politica; e il giudizio è la determinazione di ciò che è giusto."[40]

La *polis* è una particolare forma di aggregazione umana, radicata sulla comunanza del suolo e fondata sulla relazione comando - obbedienza, non intercorrente esclusivamente tra governati e governati, ma anche tra padrone e schiavo, tra padre e figlio, tra uomo e donna.

Queste relazioni di potere intercettano tre tipologie di autorità differenti.

Aristotele precisa che l'autorità politica, a differenza dell'autorità padronale e domestica, si esplica nel comando esercitato su "liberi e uguali".[41] Non a caso l'*archè*, campo semantico chiave della Politica aristotelica, costituisce la possibilità per la *polis* di mantenere unità e autosufficienza.

È necessario, a questo punto, indagare il rapporto tra comando e decisione, concetti profondamente co-implicati. Se il comando inteso come requisito del potere, è presupposto della facoltà decisionale, il giudizio (*krisis*) ne costituisce la forma e nello stesso tempo la misura.

In altre parole la decisione è *informatio* del comando, la sua cristallizzazione.

Ogni atto di comando, dalla legge al verdetto emesso dai tribunali, contribuisce alla creazione di un ordine, *taxis* utilizzando la parola greca.[42]Secondo un noto studio, questo termine corrisponde ad un assetto relazionale di elementi, connessi tra loro, deliberatamente orientati alla realizzazione di uno scopo, tendenzialmente il mantenimento o la restaurazione di quell'ordine.[43]

La *taxis* della comunità greca arcaica è, dunque, ordine "esogeno"[44], il cui scopo coincide con il suo fine, il raggiungimento della vita buona coagulata nella medietà.[45] Dall'analisi aristotelica si evince che la decisione è metro di misura dell'ordine. In un passo della

---

[38] *Ivi* VI 2 1139b 4

[39] I*vi* III, 1112a 2: "Infatti, è con lo scegliere tra il bene e il male, che determiniamo la nostra qualità morale".

[40] Aristotele, *Politica*, Milano, BUR, 2002, I, 1253 a 35.

[41] *Ivi* I, 1255 b 20.

[42] *Ivi* I, 1253 a 35; IV 1290 5.

[43] Friedrich A Von Hayek, *Legge, legislazione e libertà,* Milano, Il Saggiatore, 2000, p. 51-54.

[44] *Ibidem*.

[45] Aristotele, Politica, cit., III, 1281a.

Politica, la costituzione è definita come "ordine imposto alle cariche pubbliche, che vengono distribuite o secondo il peso politico di chi vi accede o secondo un criterio di uguaglianza, che poggia su di un elemento comune per esempio ai ricchi o ai poveri o agli uni come agli altri".[46]È evidente che la costituzione é *krisis,* e *nomos* allo stesso tempo, distribuzione e regola delle magistrature, "governo della cittadinanza e fine della comunità politica".[47]Le singole leggi invece, ad essa subalterne, consentono, da un lato, l'applicazione di quei principi fondamentali contenuti nelle disposizioni costituzionali e, dall'altro, costituiscono il termine medio di ogni giudizio[48]. È evidente che ogni specie di Costituzione intercetta una forma di governo differente, lasciando emergere in superficie il problema di decidere quali siano i criteri di legittimazione per l'accesso alle cariche deliberative e giudiziarie.

Operando una sintesi delle molteplici variabili, che individuano la vasta fenomenologia di tipi e specie di costituzioni attuabili in un dato contesto storico e sociale, possono essere isolati due modelli di riferimento, la democrazia e l'oligarchia.

Quest'operazione sposta il nostro sguardo dalla dimensione contenutistica del giudizio alla sua componente procedurale

In linea di massima un governo democratico, fondato sull'uguaglianza di tutti i cittadini, è contrassegnato del potenziale accesso di tutto il popolo alla cariche politiche, "la sovranità esercitata da tutti su ciascuno e da ciascuno su tutti a turno; il sorteggio come sistema per scegliere i magistrati o per lo meno quelli che non devono avere particolare esperienza o competenza specifica; l'abolizione del censo come condizione per adire alle cariche pubbliche, o la sua riduzione ai minimi termini; il divieto di essere rieletto con poche eccezioni valide per poche cariche, salva la rieleggibilità per quelle militari; la brevità del tempo di esercizio imposta a tutte le cariche o a tutte quelle per le quali è possibile; la funzione di giudici attribuita a chiunque sia stato scelto tra tutti con giurisdizione su tutte le cause o le più numerose più importanti e più decisive" […] [49].

Tratto distintivo dell'ordinamento democratico è dunque l'accentramento su ciascuno dell'autorità di comandare e nello stesso tempo della facoltà di essere comandati. Ogni cittadino è allo stesso tempo artefice e destinatario delle decisioni politiche, non a caso la partecipazione alle cariche pubbliche è esercitata a turno e/o a sorteggio. Tale assetto

[46] *Ivi* IV, 1290 a 5.
[47] *Ivi* IV, 1289 a 10- 15.
[48] *Ivi* IV, 1287 b.
[49] *Ivi* VI libro 1317 b 20

dimostra, che ognuno possiede geneticamente l'arte del giudizio politico, la *politiké techne*; dunque, è chiamato sia a governare la *polis* in qualità di magistrato, che a discutere in assemblea, che ad aggiudicare nei tribunali civili e penali.[50] Più precisamente la capacità di deliberare e di giudicare è assunta nella teoria aristotelica come criterio definitorio della condizione di cittadino.[51]

La democrazia ateniese, raggiunta la massima fioritura con la riforma di Clistene attorno al 507 a. C., poggia la sua impalcatura su numero esiguo di istituzioni, tra le quali spiccano l'assemblea e il Consiglio. L'*ecclesía* può essere definita come il centro decisionale della *polis*, per l'eterogeneità e la rilevanza delle materie su cui è chiamata a deliberare.

Titolare del diritto di partecipazione al governo della *polis* è chiunque, in stato di libertà, abbia compiuto diciotto anni. Le leggi ordinarie, le riforme e i provvedimenti in materia finanziaria, la dichiarazione dello stato di guerra o di pace, sono oggetto di discussione e di esame da parte del cittadino, che si sia spontaneamente riunito in assemblea.

In una logica di ripartizione di competenze, se il *demos* è sovrano nella deliberazione di un'ampia fascia di decisioni politiche, alla *Boulè* è riservato il potere di iniziativa legislativa e il potere di controllo sull'operato delle magistrature. La modalità di accesso al Consiglio, i cui membri sono selezionati in misura proporzionale da dieci tribù territoriali, è scandita dal sorteggio.

La selezione casuale, dinamica costante nella determinazione delle cariche pubbliche, è per l'eccellenza il tratto distintivo dell'ordinamento democratico. Tuttavia essa è pratica applicabile anche ad altre forme di governo seppure in presenza di differenti presupposti procedurali. Proprio in ordine alla nomina delle magistrature Aristotele precisa: "Quando un numero ristretto di cittadini sceglie i magistrati da un numero ristretto di eleggibili con la votazione, si ha l'oligarchia; e questo vale anche con il sorteggio (che però non avviene nello stesso modo)" [52] . Degenerazione dell'assetto costituzionale aristocratico, l'oligarchia si differenzia dalla democrazia per quei criteri decisionali, sulla quale è costruita, che vanno a incidere sul numero e sullo *status* di chi è chiamato a scegliere le linee politiche della comunità. Considerando la costituzione, come decisione sul "modo" di distribuzione delle magistrature[53], si può osservare che ogni forma di governo è il

[50]Per una più diretta analisi del concetto chiave aristotelico dell'uomo come *zoon politicòn*, si rinvia a: Moses I. Finley, *La democrazia degli antichi e dei moderni*, Economica Laterza, Roma Bari, 1997, pp. 25-28.

[51] Aristotele, Politica, *cit*., III 1275 a 30-35: "ma il miglior criterio per definire il cittadino in assoluto è la partecipazione ai tribunali e alle magistrature"; cfr. *ivi* III, 1275 b 15-20.

[52] *Ivi* IV, 1300 b 1-5

[53] *Ivi* IV, 1289 a 15.

risultato di una combinazione di fattori che attengono alla selezione dei cittadini legittimati a nominare i magistrati, all'ambito cetuale entro il quale la nomina deve ricadere e alla modalità di nomina[54]. In base a questo paradigma l'oligarchia intercetta un ordine costituzionale, all'interno del quale, solo un numero ristretto di cittadini è chiamato a nominare le cariche pubbliche, l'ambito entro cui la scelta prende forma è circoscritto ad alcuni cittadini, scelti in base all'appartenenza ad una certa stirpe (*γένος*) e/o ad un censo (*τίμηματις*) elevato.

Si potrebbe affermare che oligarchia e democrazia si pongono in una linea immaginaria, in cui il potere decisionale, in un estremo, è detenuto da pochi in base ad una scelta operata da alcuni, e, nell'altro, è esercitato da ognuno, effettivamente, nelle deliberazioni assembleari e da tutti come *chance* di accesso, in relazione alle magistrature. Tuttavia per Aristotele il miglior ordinamento costituzionale si cristallizza nella forma intermedia tra due eccessi, in cui il potere è custodito nelle mani della classe media. Difatti sia i poveri, che i ricchi, portatori di opposti interessi particolari, fanno pendere l'ago della bilancia del governo su un estremo o su un altro, determinando così l'allontanamento della vita politica dalla medietà.[55]

Come nell'Etica anche nella Politica la *méson* costituisce il cuore segreto della produzione aristotelica. Concetto riconducibile ad un campo semantico doppio, se da un lato essa individua lo strumento attraverso il quale raggiungere un certo fine; dall'altro corrisponde ad una posizione tra due estremi, in altre parole ad un intermezzo. La medietà segna la via che conduce all'amicizia, ma allo stesso tempo è *philia*, baricentro della costruzione politica. Da questo punto di vista la costituzione può essere definita, in un certo senso, vita intermedia della città, continua messa in forma operata dalla virtù. Secondo la prospettiva aristotelica solo la classe media, costituita da cittadini uguali e simili, può porsi ad una giusta distanza dalle cariche pubbliche, in modo che non si possa verificare né indifferenza rispetto ad esse, né una lotta per ricoprile. In questo senso una posizione mediana nel gioco degli interessi e delle istanze comunitarie riflette la natura della costruzione politica e, nello stesso tempo costituisce, l'ambiente adatto al dominio della ragione.[56]

---

[54] *Ivi* IV, 1300 a 15.
[55] *Ivi* IV, 1296 a 5-35.
[56] Aristotele, Politica, cit., IV, 1295 B 10-40.

4. La decisione giuridica nella prospettiva della teoria normativistica del diritto

Si è detto che il sistema giuridico è strutturato su una sequenza di decisioni tra loro interdipendenti. Tale conformazione *sub specie decisionis* può essere rintracciata anche alla luce della teoria generale del diritto che, per eccellenza, sembra procedere al dissolvimento di ogni momento decisionistico: la teoria normativistica.

Il suo massimo esponente, Hans Kelsen teorizza, come è noto, una strutturazione a gradi dell'ordinamento giuridico (*Stufenbau*). Più specificamente ogni norma, partendo proprio dalla *Grundnorm*, che conferisce legittimità all'intero ordinamento, pone un'altra norma e la autorizza a statuire diritto, secondo i procedimenti formali previsti dalla norma di rango superiore. Da questo punto di vista il meccanismo normativo può essere tradotto in una concatenazione di autorizzazioni a decidere ad un livello inferiore. Le norme dunque possono essere lette come *autorizzazioni decisionali*.

Kelsen definisce l'ordinamento come "una concatenazione produttiva". Ogni norma è valida in quanto è stata prodotta da una regola determinata, in base a specifiche modalità[57]. Le norme sono pertanto poste: non sono dedotte logicamente dalla norma di grado superiore, ma costituiscono un atto di volontà. Pertanto il diritto decide e orienta la sua propria produzione: "una norma giuridica regola il procedimento con cui un'altra norma giuridica viene prodotta e, regola anche in grado diverso il contenuto della norma che deve essere prodotta"[58]. Tale concatenazione di autorizzazioni decisionali procede dunque dalla *Grundnorm* alla *Grundgesetz*, dalla *Grundgesetz* alle leggi ordinarie, da quest'ultime ai provvedimenti giurisdizionali e amministrativi. La Costituzione, come è noto, ricopre il più alto grado nella gerarchia delle fonti statali. Le sue funzioni consistono nell'individuare gli organi preposti ad espletare determinate competenze, nel sancire i procedimenti di produzione normativa e nel determinare il contenuto delle leggi future. Allo stesso modo le leggi ordinarie definiscono il procedimento e fissano i contenuti delle norme individuali emanate dalle autorità amministrative e dai tribunali.

Il pensatore praghese precisa che ogni norma generale che connette un fatto astrattamente predeterminato a specifiche conseguenze giuridiche necessita di essere individualizzata

[57] Hans Kelsen, "*Lineamenti di dottrina pura del diritto*", traduzione italiana di Renato Treves, Torino, Einaudi, 2000, p. 96: "Una norma vale come norma giuridica, sempre e soltanto perché si è presentata in un modo particolarmente stabilito, è stata prodotta secondo una regola del tutto determinata, è stata posta secondo un metodo specifico".

[58] *Ivi* p. 104.

per raggiungere il suo proprio significato. In tale ottica la giurisdizione è attività costitutiva; essa "è produzione del diritto nel vero senso della parola"[59]. Dunque l'identificazione del diritto nella norma generale e astratta costituirebbe esclusivamente "un pregiudizio". La sentenza, continua Kelsen, è "individualizzazione o concretizzazione della norma giuridica generale e astratta, la continuazione del processo di produzione del diritto dal generale all'individuale"[60].

Come la giurisdizione anche l'attività amministrativa è individualizzazione e concretizzazione di leggi generali e astratte, specificamente di leggi amministrative.

Nel campo del diritto civile l'estrema individualizzazione e concretizzazione delle norme generali, oltre che nell'atto giurisdizionale, si esplica in direzione dell'autonomia privata. Fra la legge e la sentenza si pone infatti il negozio giuridico. Le parti, delegate dalla legge, pongono delle regole di comportamento reciproco. La loro violazione costituisce il fatto che deve essere accertato nella sentenza. L'estrema conseguenza dell'illecito è l'atto esecutivo, espressione dell'ultima fase del processo di "produzione del diritto" che ha inizio con la promulgazione della Costituzione.

Tuttavia gli atti normativi non sono solo atti di produzione, ma anche di esecuzione del diritto. Se da una parte lo creano, dall'altra lo applicano. Ogni atto applica una norma di grado gerarchico superiore e nello stesso tempo, produce una norma di grado gerarchico inferiore. Invero ogni norma è atto di esecuzione e autorizzazione decisionale a produrre diritto. Più specificamente la norma fondamentale autorizza la Costituzione alla produzione normativa; quest'ultima autorizza le norme generali e astratte a regolare una determinata fattispecie; le norme autorizzano le sentenza o gli atti amministrativi a decidere sul caso concreto, nonché i privati a scegliere la regolamentazione dei propri interessi.

Tuttavia è necessario precisare che la norma di grado superiore non determina mai in maniera completa il contenuto della norma di grado inferiore. Invero l'organo competente a produrre la norma di grado inferiore detiene un potere discrezionale più o meno ampio. In questo modo la norma di grado superiore funge da modello che deve essere riempito di contenuto. Come osserva Kelsen ogni atto giuridico è determinato solo in parte da una norma di grado gerarchico superiore. La quota di indeterminatezza rimanente "si può

[59] *Ivi* p. 109.
[60] *Ibidem*

riferire tanto al fatto condizionante, quanto alla conseguenza condizionata, cioè tanto al «come» quanto al «che cosa» dell'atto da realizzarsi"[61].

L'indeterminatezza può risiedere nell'intenzione dell'organo che pone la norma di grado più elevato o diversamente può essere non intenzionale. In quest'ultimo caso la vaghezza può essere conseguenza non intenzionale della natura della norma che deve essere eseguita. Da ciò segue che la norma da applicare fornisce esclusivamente uno schema entro il quale si innestano diverse possibilità di esecuzione. Invero per interpretazione si intende il riconoscimento delle possibilità sviluppabili entro lo schema che offre la norma da interpretare. Con ciò è possibile affermare che "l'interpretazione della legge non deve condurre necessariamente ad un'unica decisione come la sola esatta, bensì, possibilmente, a varie decisioni che hanno tutte il medesimo valore in quanto corrispondono alla norma da applicarsi anche se una soltanto tra esse, nell'atto della sentenza, diventa diritto positivo" [62]. È manifesto che ogni determinazione della norma individuale nel procedimento di esecuzione della legge è una funzione della volontà. Tale rilievo richiama lo snodo cruciale della teoria schmittiana. Come è noto Carl Schmitt afferma che in ogni statuizione, c'è un elemento di pura decisione in alcun modo derivabile dalla norma[63].

In quest'ottica il punto di partenza della teoria kelseniana è ribaltato: la decisione è origine di ogni normazione. Schmitt asserisce che la forza giuridica della decisione non deriva dalla norma.

Memorabili sono le sue parole: "in senso normativo, la decisione è nata da un nulla. La forza giuridica della decisione è qualcosa di diverso dal risultato del suo fondamento. Essa non si spiega con l'aiuto di una norma, ma viceversa è solo grazie ad un punto di riferimento che si stabilisce che cosa sia una norma e che cosa sia la correttezza normativa. In base alla norma non si ha nessun punto di riferimento, ma solo una quantità di contenuto"[64].

Tuttavia, non può essere taciuto che il concetto di decisione sovrana porta con sé quello di normatività. Invero il sovrano è colui che nello stato d'eccezione ripristina quella

[61] *Ivi* p. 118.
[62] *Ivi* p. 121.
[63] Sul punto si rinvia a Carl Schmitt, *Teologia politica*, in *Le Categorie del politico*, a cura di Gianfranco Miglio e Pierangelo Schiera, Bologna, il Mulino, 1972; si fa altresì riferimento a: *idem*, *Dottrina della Costituzione*, a cura di Antonio Caracciolo, Milano, Giuffrè, 1984.
[64] Carl Schmitt, *Teologia politica* in *Le Categorie del politico*, cit. p. 56.

"situazione media omogenea"[65], necessaria affinché ogni norma generale possa avere efficacia. Per situazione media omogenea non si intende un *Konkrete Ordnung*, quanto piuttosto il fatto che, nel momento in cui il sovrano decide, questo suo atto è trasformato in modello di comportamento.

Del resto la decisione sovrana è tale solo se riesce ad imporsi al contesto sociale, ridisegnando l'unità dell'ordinamento.

Da quanto sopra esposto è evidente che ogni norma presuppone una decisione e che ogni decisione giuridica non è configurabile se svincolata dal tessuto normativo. A tal proposito è opportuno notare che la norma non può essere prodotta o applicata senza una decisione e, viceversa, una decisione non può "sopravvivere" senza il sigillo formale di efficacia conferito dall'iter normativo procedurale[66]

4.1 L'orizzonte degli: «*Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*»

Rilevante è, a questo punto, far riferimento ad un'opera di Hans Kelsen pubblicata nel 1911e titolata: *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*. La parola chiave di questo scritto è: "volontà", concetto molto sottile che attiene all'imputazione giuridica di un comportamento[67].

La proposizione giuridica è espressione di una volontà statale qualificata. Essa sancisce l'esistenza della volontà dello Stato di auto-obbligarsi. Del resto la norma non obbliga solo i consociati, ma anche lo Stato stesso a tenere una certa condotta. In conformità con la teoria imperativistica del diritto la norma è essenzialmente un imperativo, dal quale è

---

[65] Carl Schmitt. *Teologia Politica, cit.* p. 39: "La norma ha bisogno di una situazione media omogenea. Questa normalità di fatto non è semplicemente un «presupposto esterno» che il giurista può ignorare; essa riguarda invece direttamente la sua efficacia immanente. Non esiste nessuna norma che sia applicabile ad un caos. Prima dev'essere stabilito l'ordine: solo allora ha senso l'ordinamento giuridico. Bisogna creare una situazione normale e, sovrano è colui che decide in modo definitivo se questo stato di normalità regna davvero".

[66] Il nesso relazionale tra norma e decisione è stato oggetto del dibattito giuridico- filosofico, in particolare si rinvia a: Alfonso Catania, *Decisione e norma*, Napoli, Casa editrice Dott. Eugenio Jovene, 1979.

[67] Si precisa che il concetto di *voluntas* e quello equivalente seppur non identico di *boulesis* è inteso da gran parte della filosofia classica come *principio razionale dell'agire*; in stretto collegamento con la ratio dell'azione. Per Aristotele la *boulesis* "risiede nella parte calcolativa" (Aristotele, *Topici*, IV,5, 126 a, 15, vedi in Id, *Organon*, trad. it. Marcello Zanatta, vol. II, Torino, Utet, 1996, p. 196). Platone, invece, ha messo in evidenza la distinzione tra la volontà del potente, che opera razionalmente e il "volere" del tiranno che agisce a piacimento; quest'ultimo dunque non fa ciò che "vuole", ma ciò che a lui "sembra" (cfr. Platone, *Gorgia*, 466 d-e, vedi trad. it. di Francesco Adorno, Roma-Bari, Laterza, 2007, p. 49).

ricavabile la volontà statale di punire o autorizzare una sanzione. Tuttavia, precisa Kelsen, che alla luce di tale impostazione teorica, non è possibile conferire alla norma una specifica connotazione giuridico-formale. Più precisamente la norma deve essere definita come "l'accertamento di quei presupposti cui si ricollega una volontà dello Stato e non il comando, finalizzato ad uno scopo, di un potere"[68]. La proposizione giuridica che accerta le condizioni su cui è ancorata la volontà statale assume così la forma dell'imperativo ipotetico.

Da ciò, asserire che determinate conseguenze giuridiche sono "volute" dallo Stato, equivale ad affermare che la proposizione giuridica stessa implica *l'imputazione allo Stato*.

Secondo un particolare angolo prospettico, lo studioso praghese sottolinea che le norme sono *giudizi* sull'esistenza della volontà condizionata dello Stato[69].

D'altronde la volontà statuale può essere configurabile sono nell'accezione di *volontà condizionata*.

Ogni condotta degli organi statali è invero giustificata da determinati presupposti. Così, ad esempio, quando non si hanno i requisiti sanciti per la produzione di una legge, non sorge alcuna volontà statale e l'atto normativo non ha validità.

Invero, nella legge non si coagula solo la volontà dello Stato di produrre obblighi giuridici in capo ai cittadini, ma anche la sua volontà di tenere una determinata condotta[70].

Hans Kelsen osserva nitidamente: "Si tenga presente solo che la persona statale, giuridicamente, non è altro che volontà statale (e allo stesso modo il diritto è solo un giudizio su questa volontà). Lo Stato esiste solo in quanto "vuole". Esso non c'è né prima della sua volontà né al di fuori di essa e tutto ciò che non è ancora volontà perfetta ricade al di fuori dei suoi confini, che coincidono con la sfera del diritto"[71]. È evidente che la volontà è giuridicamente rilevante solo se manifestata e incanalata nelle forme del procedimento normativo. Invero, nel processo di formazione della volontà statale si gioca il tentativo di costruirla giuridicamente. Emblematico è il rilievo che emerge dall'analisi kelseniana: "La produzione del diritto […] ovvero la nascita della persona statale stanno

---

[68] Hans Kelsen, *Hauptprobleme der Saatsrechtslehre, entwickelt aus derLehre vom Rechtssatze*, Tübingen, Mohr, 1911, trad. it. *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico, a partire dalla dottrina della proposizione giuridica*, a cura di Agostino Carrino, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1997, p. 270.

[69] *Ivi* p. 275

[70] Sulla teoria dell'auto-obbligazione dello Stato si veda: Georg Jellinek, *La dottrina generale dello Stato*, a cura di Vittorio Emanuele Orlando, Milano, Società Editrice Libraria, 1921.

[71] Hans Kelsen, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico, a partire dalla dottrina della proposizione giuridica. cit*. p. 459.

al di fuori dell'ambito giuridico, proprio come la generazione spontanea e la genesi ininterrotta di nuova vita dall'assenza di vita ricadono al di fuori della sfera della considerazione esplicativa dell'essere, al di fuori della scienza della natura"[72]. Proprio tale passaggio degli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* rende manifesta la componente puramente decisionista di ogni produzione giuridica e/o normativa.

Su questo snodo fondamentale il pensiero kelseniano e il pensiero schmittiano convergono.

Come è stato dimostrato, la *pura* decisione è dunque fortemente incardinata nel processo di formazione della legge, nonché nel complesso ingranaggio organizzativo del sistema giuridico.

Del resto in quest'opera risalente lo Stato è osservato in chiave di organizzazione politica. La teoria normativistica è ancora in fase di gestazione.

5. Il paradigma procedurale di decisione sui conflitti

Come è stato precedentemente affermato, la proposizione giuridica può essere letta, nell'ottica delle teoria kelseniana, come la decisione sui mezzi di produzione del diritto.

Tale ricostruzione delinea un paradigma procedurale di regolazione giuridica sostanzialmente indifferente e neutrale rispetto all'oggetto che intende regolare[73].

Come è noto, tale modello si è andato sviluppando nel corso del processo storico che ha condotto il diritto dal medioevo all'età moderna.

Esauritesi le ragioni di un diritto differenziato per ceti si è affermata la necessità di un ordinamento giuridico valido universalmente, costruito su norme generali e astratte. Esso ha posto a tutela dell'uguaglianza e della libertà la procedura. Il diritto come procedura è definito pacificamente come una grande conquista storica, che ha assunto in primo luogo

[72] *Ibidem*.

[73] È evidente che il paradigma procedurale di decisione sui conflitti non si esaurisce sul piano teorico entro la costruzione della teoria kelseniana. Come è noto il normativismo logico kelseniano ha influenzato dottrine successive. Si pensi alle scuole analitiche. Tra tutti si veda il fondamentale contributo di Herbert Lionel Adolphus Hart, a cura di Mario Cattaneo, *Il concetto di diritto*, Torino, Einaudi 2002; per la dottrina italiana si faccia riferimento a: Ugo Scarpelli, *Filosofia analitica e giurisprudenza*, Milano, Nuvoletti, 1953. Non può non essere menzionata l'imponente opera di Luigi Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2007, elaborata in base ad una teoria del diritto improntata su un metodo assiomatico, fortemente connessa sia alle teorie analitiche e del linguaggio quanto alla visione pura e logica del diritto.

le vesti di "Stato di diritto"[74]. Tale trionfo ha decretato la presa di distanza dall'arbitrio della decisione sovrana. Tuttavia tale prospettiva si è dimostrata insufficiente nel momento in cui ha dovuto fare i conti con il problema della giuridificazione della vita. La fine del mito dell'omogeneità sociale, favorito dall'egemonia di una sola classe al potere, l'affermazione di ordinamenti giuridici, politici e sociali pluralisti e pluriclasse hanno reso manifesta la precarietà del paradigma puramente processuale[75].

I limiti del formalismo hanno condotto parte della dottrina a disvelare il simulacro della forma e a connettere il diritto al fatto. In altre parole il diritto può essere osservato nella sua fondamentale funzione di tecnica regolativa di concreti rapporti giuridici afferenti a soggetti realmente esistenti. Va precisato che la critica del formalismo non si è tradotta mai nell'abbandono della forma.[76]Quest'ultima deve più che altro essere intesa come il veicolo di una specifica sostanza normativa. Invero la procedura nel diritto non può dissimulare la realtà e la concretezza dei rapporti giuridici. Il legame tra forma, diritto e realtà sociale deve essere mantenuto forte. Come ha ben osservato Gaetano Azzariti: "la procedura rappresenta un *mezzo* per dare soluzione giuridica ai conflitti sociali e politici che percorrono il diviso corpo sociale, non può invece essere intesa come il *fine* ultimo del diritto"[77]. Alla luce di ciò il diritto deve essere considerato come *norma sociale*, che regola i rapporti giuridici, senza astrarsi completamente dall'oggetto specifico del contendere[78].

Del resto non è in alcun caso possibile scindere radicalmente il legame che sussiste tra fatto e diritto, tra realtà e forma. In tale ottica il paradigma procedurale si presenta come la *formalizzazione* del modo in cui il potere si esplica. A questo punto va precisato, che storicamente tale formalizzazione assume sfumature diverse. In una prima fase, con il consolidarsi dello Stato assolutista nell'Europa continentale, la formalizzazione dei rapporti politici e amministrativi, esplica la prerogativa del sovrano di vigilare sull'operato dei soggetti investiti di pubbliche funzioni.

In questo caso la procedimentalizzazione dei rapporti giuridici è finalizzata ad istanze ancora assolutistiche di governo e controllo.

---

[74] Sul punto si faccia riferimento a Niklas Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, Frankfurt a Main, Suhrkamp, 1969.

[75] Come sostenuto da: Gaetano Azzariti, *Diritto e conflitti*. *Lezioni di diritto costituzionale*, Roma – Bari, Laterza, 2010, p. 219.

[76] Cfr. Giovanni Tarello, *Formalismo*, in Novissimo Digesto Italiano, vol. VII, Torino, Utet, 1965, pp. 571 ss; Riccardo Orestano, «*Diritto*». *Incontri e scontri*, Bologna, il Mulino, 1981, pp. 383 ss.

[77] Gaetano Azzariti, *op. cit.*, p 221.

[78] *Ibidem*.

In una seconda fase, invece, la formalizzazione inizia ad assumere le vesti di garanzia e limite del potere. Più precisamente con l'avvento dello Stato liberale di diritto i vincoli procedurali hanno acquistato un valore di limite effettivo del potere.

Può invero affermarsi che il rispetto di vincoli di natura procedurale costituiscono una condizione *necessaria* per l'abbandono da parte degli ordinamenti giuridici statali di caratteristiche proprie di Stati autoritari, ma non può assumersi che la mera formalizzazione sia anche una condizione *sufficiente*[79].

Così, allo stesso modo, la limitazione del potere del sovrano è elemento necessario per la nascita dello Stato costituzionale di diritto, ma non assorbe totalmente le sue prerogative. Invero lo Stato costituzionale moderno impone oltre ai limiti di forma, anche limiti di contenuto: il rispetto di specifici principi giuridici politici e sociali.

Nell'ambito della teoria generale del diritto il normativismo tende ad affidare la questione della soluzione dei conflitti a presupposti prettamente procedurali. Anzi è possibile affermare che ogni problema relativo alla decisione sui conflitti è connesso alla questione del fondamento della validità della norma[80]. In tale ottica però la soluzione dei conflitti non ha a che fare con la composizione di conflitti sociali, quanto piuttosto con la necessità di trovare soluzione alle antinomie normative[81].

Questione da risolvere tramite l'applicazione di principi logici.

Nella teoria kelseniana i fatti e la realtà non hanno rilevanza. Tuttavia, in tale ottica, il "diritto puro" separato da qualsiasi contaminazione fattuale viene snaturato, privato della sua *essenza* e ridotto a mera *apparenza*. Ciò è riconosciuto puntualmente proprio dal padre fondatore della "dottrina pura" del diritto, che sottolinea: "secondo il concetto dinamico, il diritto è qualcosa che è stato creato seguendo un dato procedimento, e ogni cosa che sia stata creata in tal modo è diritto. Ma questo concetto dinamico di diritto è soltanto in apparenza un concetto di diritto. Esso non offre alcuna soluzione del problema relativo all'essenza del diritto, al criterio in virtù del quale il diritto può distinguersi dalle altre norme sociali. Questo concetto dinamico fornisce una risposta soltanto al problema del se e del perché una data norma appartenga ad un sistema di norme giuridiche valide, formi parte di un dato ordinamento giuridico. E la risposta è che una norma appartiene ad

[79] Gaetano Azzariti, *op. cit.* p. 230.
[80] Si veda Hans Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, traduzione italiana di Sergio Cotta e Renato Treves, Milano, Edizioni di Comunità, 1952, p. 111, Id., *La dottrina pura del diritto*, traduzione italiana di Mario Giuseppe Losano, Torino, Einaudi, 1990, p. 217.
[81] Cfr. Gaetano Azzariti, *op. cit*., p. 232.

un dato ordinamento giuridico, se è creata in conformità ad un procedimento prescritto dalla costituzione fondamentale di tale ordinamento"[82].

La norma viene così ricondotta a pura forma. Ma proprio il rigore formale della teoria normativista cela una contraddizione. In un passaggio argomentativo della Teoria generale del diritto Kelsen afferma: "Ciò non significa tuttavia che qualsiasi cosa sia stata creata secondo quel procedimento sia diritto, nel senso di norma giuridica. Sarà una norma giuridica soltanto se intende regolare il comportamento umano, e lo regola provvedendo come sanzione un atto coercitivo"[83].

Riemerge così la connessione tra norma e realtà materiale. Pertanto, pur riconoscendo la forza logico- sistematica della dottrina pura del diritto, non può non essere messa in luce la difficoltà di ricondurre l'intera vita del diritto ad una pura normatività.

Come è noto, il fondamento filosofico della dottrina in esame è la separazione tra il diritto è l'esperienza sociale; tra il "dover essere" e "l'essere"[84]. Tale rilievo, elaborato all'interno della "Scuola di Vienna", è assunto come compito preponderante della scienza giuridica[85].

Invero nella teoria kelseniana le categorie giuridiche e gli istituti normativi sono "finzioni", rispetto alle quali la realtà risulta irrilevante. Del resto l'essenza immateriale del diritto, che consta di una natura squisitamente logica, può essere raggiunta esclusivamente attraverso la sua depurazione dalla concretezza dei rapporti sociali.

Tuttavia il tentativo di ridurre l'ordinamento ad un sistema di norme, in cui la validità è sia criterio logico formale di esistenza delle stesse, sia vincolo di congiunzione tra esse, è destinato a fare i conti con il problema del suo fondamento. Spiega lucidamente Kelsen: "la ricerca di un fondamento, non può proseguire all'infinito, come la ricerca della causa di un effetto. Tale ricerca deve terminare con una norma presupposta come ultima e suprema"[86].

---

[82] Hans Kelsen, *Teoria generale del diritto*, cit. p. 124.

[83] *Ivi* p. 125.

[84] Tale rilevo è esplicitato sin dalla più risalente produzione teorica di Hans Kelsen, si veda: *Problemi fondamentali della dottrina di diritto pubblico, a partire dalla dottrina della proposizione giuridica*, cit. p. 7 e p. 18; tra i molti studi che hanno avuto ad oggetto il fondamento filosofico della dottrina pura del diritto si faccia riferimento a: Renato Treves, *Il fondamento filosofico della dottrina pura del diritto di Hans Kelsen*, in Atti della Reale Accademia delle Scienze di Torino, vol. LXIX, 1933-34, pp. 65 ss.

[85] Sul ruolo di Kelsen all'interno della Scuola di Vienna si veda: Giuseppe Volpe, *Il costituzionalismo nel Novecento*, Roma- Bari, Laterza, 2000, p. 139 s. e p. 288.

[86] Hans Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, a cura di Agostino Carrino, Milano, Giuffrè, 1989, p. 217.

Da ciò segue che la *Grundnorm* immette alla base della concatenazione produttiva delle norme un elemento extranormativo. Risulta perciò fallace la possibilità di separare nettamente la costruzione normativa dalla realtà extranormativa.

Ma vi è di più. Lo sforzo teorico di escludere la realtà dal sistema normativo, se da un lato conduce lo studioso a cogliere la natura di alcune delle categorie fondamentali del diritto e dello Stato, dall'altro produce costruzioni scientifiche vuote, che segnano l'incolmabile distanza tra l'ordinamento giuridico e l'ordinamento giuridico concreto[87]. In tale ottica il diritto non può essere considerato come un corpo impermeabile alle infiltrazioni della realtà politica, sociale, culturale circostante. La polimorfia di tali aspetti configura l'ordinamento giuridico concreto, per nulla riconducibile a puro logicismo. Il diritto è un istituzione normativa e sociale, che si confronta continuamente col pluralismo e le differenze sociali. La sua forza ordinante si pone così in un rapporto dialettico con il caos più o meno apparente dei fatti sociali.

Su tal punto è rilevante far riferimento alla tesi di Eugen Ehrlich. Come è noto tra quest'ultimo e Hans Kelsen si è svolto, in seguito alla pubblicazione dei "Fondamenti della sociologia del diritto", un acceso dibattito sulle pagine dell'«Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik». In primo luogo Kelsen contesta l'opera ehrlichiana per la confusione tra la sfera del dover essere e dell'essere.

Questa confusione è resa evidente dalla definizione di regola. Ehrlich afferma che una regola dell'agire sociale è "ovviamente una regola secondo la quale non solo si agisce, ma si deve anche agire".[88] Lo studioso ne svela dunque una duplice natura: in essa risaltano sia l'aspetto fattuale che normativo. Oltre a ciò Ehrlich precisa che nella proposizione giuridica non è racchiuso l'intero diritto. In tal senso esso non è un fenomeno corazzato della sua normatività. Memorabili risuonano le parole: "Voler rinchiudere il diritto di un'epoca o di un popolo entro gli articoli di un codice sarebbe ragionevole quasi quanto voler catturare una corrente in uno stagno: la parte che vi entrerà non sarà più corrente viva, ma dell'acqua morta, e molta parte della corrente non vi entrerà affatto"[89].

---

[87] Cfr. Gaetano Azzariti, *op., cit.*, p. 239.

[88] Eugen Ehrlich, *I fondamenti della sociologia del diritto*, a cura di Alberto Febbrajo, Milano, Giuffrè, 1976, p.843.

[89] *Ivi* p. 587.

Evidente è il riferimento al concetto di diritto vivente: "il diritto che, non formulato in proposizioni giuridiche, regola tuttavia la vita sociale".[90] Esso trova la sua fonte in primo luogo nel documento giuridico, in secondo luogo nell'osservazione della vita sociale, negli scambi, nelle consuetudini, negli usi di tutti i gruppi sociali anche in quelli *ignorati*, *trascurati* o persino *condannati* dal diritto.

In tale ottica il diritto è soprattutto *organizzazione* e in particolare organizzazione dei gruppi sociali.

Più specificamente esso è l'insieme delle istanze decisionali che si diversificano a seconda delle differenti funzioni sociali che perseguono.

6. Norma e decisione

Non limitandoci esclusivamente a sottolineare il legame relazionale tra decisione e norma, è possibile affermare che la norma è una *species* del più ampio *genus* delle decisioni collettive e proceduralizzate.

Dalla lettura delle norme che regolano i procedimenti di approvazione dei disegni legislativi si evince che la legge è il risultato di una deliberazione collegiale.

In particolare, nell'ordinamento italiano l'iter di produzione delle leggi ordinarie è disciplinato dall'art. 72 Cost. Il suddetto articolo scandisce le tappe di un procedimento decisionale articolato in distinte fasi: una commissione competente per materia esamina un progetto di legge, lo illustra ad una Camera e quest'ultima lo approva dapprima articolo per articolo e successivamente per intero. I regolamenti parlamentari stabiliscono i casi e le forme in cui i progetti di legge sono approvati attraverso ulteriori subprocedimenti. (art. 72 comma3).

Il procedimento legislativo consta altresì di una fase integrativa dell'efficacia, disciplinata dall'art. 73 Cost., che è scandita dalla promulgazione da parte del Presidente della Repubblica e dalla pubblicazione nella Raccolta ufficiale degli atti normativi della Repubblica e nella Gazzetta Ufficiale.

[90] *Ivi* p. 592. Sul punto si fa riferimento al rilevante contributo di Eligio Resta in *Diritto vivente*, cit. p. 30: "ogni atto, ogni sentenza, ogni legge, ogni documento giuridico, ogni proposizione giuridica rappresenteranno un pezzo del fenomeno giuridico, ma non daranno mai «un quadro perfetto della vita del diritto» che si svolge fuori, prima, accanto ad essi".

Si sottolinea che anche il procedimento di adozione delle leggi di revisione della Costituzione e delle "altre leggi costituzionali" è costruito su un modello decisionale, così come previsto ai sensi dell'art. 138 Cost.

Tuttavia la decisione giuridica è anche il risultato di meccanismi e attività non proceduralizzate.

Invero, da un particolare angolo visuale è possibile sostenere che ogni decisione legislativa è il risultato delle singole decisioni dei partecipanti al procedimento, ivi inclusi, oltre ai parlamentari, i proponenti il progetto, e i soggetti che ne influenzano le vicende[91].

La decisione proceduralizzata, formale ed efficace è dunque una composizione di diverse decisioni: le decisioni dei soggetti formalmente abilitati a partecipare al procedimento legislativo e le decisioni di soggetti che vi intervengono solo di fatto. Si pensi alle influenze sul procedimento dei partiti, dei burocrati, di esperti, di gruppi di pressione, di *opinion leaders*.

In tale ottica il parlamento non può essere ridotto, ad istituto di mera tecnica per la produzione di norme giuridiche, affrancato dalla realtà della rappresentanza, dalla concretezza della sovranità popolare e dalle logiche interne al sistema di potere.

Tra gli altri, Hans Kelsen precisa che la volontà normativa dello Stato si forma attraverso il *compromesso* necessario per la definizione della norma legislativa.

Nella produzione kelseniana se, da un lato, il Parlamento è presentato come organo di mera produzione di tecnica normativa, dall'altro esso è il luogo in cui i conflitti sociali trovano soluzione. In questo senso il principio maggioritario è lo strumento idoneo a garantire una composizione dei conflitti reali. Del resto il compromesso, attraverso il quale si giunge ad una sintesi tra interessi politici contrapposti, si gioca nel pubblico dibattito tra maggioranza e minoranza.

E ancora il principio di maggioranza acquista valore all'interno di una forma di governo democratica, poiché non individua il dominio incondizionato della maggioranza sulla minoranza, ma pretende che a quest'ultima sia assegnato un ruolo fondamentale nel delineare "il contenuto dell'ordinamento sociale".[92]

---

[91] Antonio La Spina, *La decisione legislativa*. *Lineamenti di una teoria*, Milano, Giuffré, 1989, p. 237.

[92] Hans Kelsen, *Il problema del parlamentarismo*, in Id., *Il primato del Parlamento* a cura di Carmelo Geraci, Milano, Giuffrè, 1982, p. 193

Ed è proprio in questo scambio dialettico che si fa manifesta la funzione di *integrazione sociale* propria del Parlamento[93].

In tale passaggio argomentativo si rivela ancora una volta "l'irrisolto" della teoria kelseniana del diritto. Se per Kelsen la rappresentanza è una "finzione" e la volontà popolare "non ha alcuna possibilità di formarsi" su quali basi poggia il compromesso degli interessi reali?[94] Tra l'altro come può conciliarsi il tecnicismo di un Parlamento che produce norme in base al principio di divisione del lavoro sociale e la concretezza di un istituzione nella quale si assume una decisione politica?[95]

A questo punto è necessario affermare, con Gaetano Azzariti, che il Parlamento kelseniano è un "organo bifronte". Da un lato, esso attiva un sistema di produzione prettamente normativo, dall'altro è capace di garantire l'unità politica necessaria a superare il conflitto. Del resto questo perpetuo sdoppiamento tra *dover essere* e *essere* è costante nella prospettiva scientifica ed epistemologica kelseniana[96].

L'analisi schmittiana sul principio maggioritario raggiunge esiti diametralmente opposti a quelli raggiunti nell'indagine kelseniana.

Carl Schmitt erge l'*uguaglianza di chances* nella conquista del potere politico interno a fondamento dello Stato legislativo parlamentare. Tuttavia sottolinea che la realizzazione effettiva di questo principio è fortemente aleatoria. La sua effettiva applicazione è invero rimessa alle determinazioni del partito o dei partiti di volta in volta dominanti; in altre parole il suo esercizio e connesso a situazioni fortemente contingenti.

Lo studioso ancora più lucidamente osserva che è il partito dominante a stabilire nei fatti quali chances riconoscere all'avversario politico. Tale evenienza riduce di molto l'esplicazione del principio dell'uguaglianza di chances. Più specificamente, per dirla come Carl Schmitt: "il partito che detiene il possesso legale del potere legale deve decidere insindacabilmente, in forza appunto del suo possesso degli strumenti di potere dello Stato, su ogni applicazione concreta e politicamente rilevante dei concetti di legalità e illegalità"[97]. Ma allo stesso modo la minoranza gode del diritto inalienabile di giudicare sulla legalità o illegalità della controparte. In sostanza il ragionamento di Schmitt ci conduce a riconoscere la validità della sua tesi: il principio di uguaglianza nelle chances

---

[93] Hans Kelsen, *Essenza e valore della democrazia*, trad. it. di Giorgio Melloni, Bologna, il Mulino, 1981 p. 98.

[94] Hans Kelsen, *Il problema del parlamentarismo*, in Id., *Il primato del Parlamento*, cit., p. 178

[95] Kelsen definisce il Parlamento come l'espressione di un'esigenza di "divisione del lavoro" in*: Il problema del parlamentarismo*, cit. p. 178.

[96] Cfr. Gaetano Azzariti, *op. cit*. p. 263

[97] Carl Schmitt, *Legalità e legittimità*, in *Le categorie del politico*, cit. p. 241.

non può dare una risposta all'interrogativo "di chi superi e decida, nei casi di conflitto, i dubbi e le divergenze di opinioni".[98]

Le dinamiche tra maggioranza e minoranza assumono aspetti degni di considerazione proprio nei "momenti critici". Con l'esercizio dei poteri straordinari connessi con lo stato d'eccezione il principio di uguaglianza delle chances è completamente eliminato.

Ma vi è di più. Su un terreno pratico la maggioranza detiene il possesso degli strumenti di potere fin quando la minoranza non avrà conquistato il potere. È evidente che una coalizione o un partito di maggioranza nel pieno possesso dei poteri può modificare a proprio favore le leggi elettorali e in questo modo procurare uno svantaggio all'avversario. La maggioranza deve presumere che la minoranza, una volta raggiunto il possesso del potere legale, utilizzerà gli stessi mezzi per conservare la sua posizione e, così, decretare in maniera legale la soppressione del principio cardine dello Stato legale parlamentare: l'uguaglianza di chances.

Da tali osservazioni segue che la legittimazione del potere politico non è data dal principio democratico della maggioranza, bensì "dal possesso di fatto del potere statale." Per dirla come Schmitt: "non vale più l'uguaglianza delle chances, ma solo il trionfo del *beatus possidens*.[99]

In tale ottica il parlamento non è il luogo dove si discute al fine di raggiungere l'integrazione politica, come si evince dalla ricostruzione kelseniana, ma il terreno in cui si consuma una perenne disputa.

Emerge fortemente dall'analisi schmittiana una visione prettamente autoritativa della composizione dei conflitti. La decisione ordinante del sovrano ripristina l'unità ordinamentale. Ogni conflitto è neutralizzato dalla forza della decisione, che trae la sua legittimità dal mero possesso del potere.

La decisione che si impone per via autoritativa prescinde da qualsiasi mediazione "giuridica". E seppur essa assuma una forma "giuridica", ciò non implica che il diritto abbia svolto un ruolo decisivo nella composizione del conflitto. La forma giuridica separata dalla sua sostanza, cioè dalla decisione politica produce esclusivamente un *surplus* di legittimazione, ma non assolve un'autonoma funzione[100].

---

[98] *Ibidem*

[99] *Ivi* p. 244.

[100] Cfr. Carl Schmitt, *Dottrina della Costituzione*, trad. it. a cura di A. Caracciolo, Milano, Giuffré, 1984, pp. 198 e ss.

Ma è bene rilevare che la soluzione delle controversie ottenuta in via di fatto necessita dell'intervento della norma. Come è stato già sostenuto la decisione implica la norma e viceversa.

Di certo il carattere extranormativo della composizione autoritativa dei conflitti permette alla decisione di imporsi al contesto sociale grazie alla sua "forza", ma quest'ultima è destinata prima o poi ad esaurirsi. In tale ottica la norma è veicolo della regolarizzazione e della cristallizzazione della decisione politica, anche in considerazione del fatto che una decisione autoritativa slegata dal vincolo normativo rischia di affrancarsi anche dal suo contenuto. Alla luce di tali osservazioni è opportuno rilevare che una decisione non sostenuta dalla normatività priva l'ordinamento della stabilità necessaria a fondare la pretesa del suo rispetto[101].

7. Il principio maggioritario

Il calcolo della maggioranza è il criterio attraverso il quale è assunta la quasi totalità delle decisioni aventi rilevanza pubblica, nonché carattere privatistico.

Più specificamente il principio maggioritario è quel principio che regola l'adozione di decisioni collettive.

Come è noto esso è strettamente legato alla legittimità del potere, più precisamente il principio maggioritario ne è la misura. Invero non c'è potere legittimo senza il consenso del maggior numero[102].

Tale principio decisionale è uno dei capisaldi della democrazia rappresentativa: esso regola, tra l'altro, l'elezione dei rappresentati parlamentari da parte del corpo elettorale, l'adozione delle decisioni legislative, nonché la nomina di organi politici e giurisdizionali dello Stato. In questo senso il principio maggioritario assume il ruolo di principio organizzativo di un sistema di governo.

In altre parole il percorso che conduce al raggiungimento della maggioranza corrisponde al cammino per l'investitura della legittimità: la posta in gioco è il titolo che abilita al governo degli Stati[103].

---

[101] Come sottolineato da Gaetano Azzariti, in *Diritto e conflitti. Lezioni di diritto costituzionale*, cit. p. 127.
[102] Francesco Galgano, *La forza del numero e la legge della ragione*, Bologna, il Mulino, 2007, p. 13.
[103] *Ivi* p. 93.

La Costituzione italiana all'art. 64 comma 3 recita così: "Le deliberazioni di ciascuna Camera e del Parlamento non sono valide se non è presente la maggioranza dei loro componenti, e se non sono adottate a maggioranza dei presenti, salvo che la Costituzione prescriva una maggioranza speciale". Invero le norme costituzionali e i regolamenti parlamentari stabiliscono il quorum deliberativo necessario all'assunzione di una determinata decisione, in difetto di tale quorum, lo stesso principio di maggioranza risulta privo di senso.

A tal proposito si precisa che se il quorum deve corrispondere alla totalità degli aventi diritto al voto si ha maggioranza assoluta, mentre se il quorum è calcolato sulla base dei votanti si ha maggioranza relativa; si ha invece un quorum correttivo quando al voto deve partecipare una data percentuale di aventi diritto. Si pensi all'elezione del Presidente della Repubblica "che ha luogo a scrutinio segreto a maggioranza di due terzi dell'assemblea" (art. 83 Cost.).

Se da un punto di vista formale il principio di maggioranza corrisponde al risultato di un calcolo aritmetico, la giustificazione del suo fondamento pone in rilievo "uno dei più singolari problemi che abbiano affaticato la mente umana"[104]. Otto von Gierke lo definì un'*operazione contabile* che fa sì che la volontà dei più prevalga sulla volontà dei meno[105]. Questo effetto performativo pone in luce la questione della giustizia o meno di tale criterio. Si è posto tale interrogativo Jean-Antoine de Condorcet, che alla vigilia della rivoluzione scrisse un saggio pubblicato nel 1785 dal titolo: "L'applicazione dell'analisi alla probabilità della decisione a maggioranza di voti". Condorcet intendeva verificare con metodo matematico se e in quale misura una decisione adottata a maggioranza, si avvicinasse alla giustizia o alla verità. Ed è proprio questo l'interrogativo che vuole muovere la presente indagine. Il principio maggioritario è naturale se paragonato per assurdo al principio minoritario. Ma affermare che il suddetto criterio direttivo è naturale o intuitivo è cosa diversa dal rilevarne la coincidenza con l'idea di giustizia, soprattutto in considerazione dei numerosi metodi alla luce dei quali si può attribuire una volontà unitaria ad un gruppo di consociati.

Sicuramente il principio maggioritario è conforme al criterio di ragionevolezza. La fonte di tale osservazione deve essere rintracciata nello statuto della East India Company del

[104] Edoardo Ruffini Avondo, *Il principio maggioritario*, Torino, Fratelli Bocca, 1927, p.7.
[105] Otto von Gierke, *Über Die Geschiche des Majoritätprinzips*, in Essays in Legal History, London, 1913, p. 312.

1592 [106] . Esso dispone che l'assemblea generale della compagnia deliberava a maggioranza (*by the greatest part*) e in tal modo essa poteva assumere decisioni ragionevoli (*reasonable laws*). Tale statuizione se da un lato avvicina la compagnia al modello della democrazia politica, poiché si votava per teste e non per quote di capitale, dall'altro decreta la ragionevolezza del principio maggioritario.

La ragionevolezza, come è noto, implica la conformità ad un principio di giustezza e nello stesso tempo una presa di distanza dalla razionalità. Da ciò segue che la ragionevolezza, come limite del potere, nacque prima nel paradigma del diritto privato e successivamente in quello di diritto pubblico.

Come è stato in precedenza sottolineato il principio maggioritario stringe un legame molto stretto con la forma di governo democratica. Comunemente decidere a maggioranza equivale a decidere democraticamente. Il nesso tra decisione a maggioranza e democrazia deve essere fatto risalire indubbiamente al sistema politico ateniese del V secolo a. C. Sul punto tuttavia deve effettuarsi una precisazione. La maggioranza politica ateniese individuava una ristretta porzione della popolazione, omogenea per composizione sociale, che godeva della cittadinanza. Dunque le famose parole che Tucidide attribuisce a Pericle: "il nostro sistema politico è detto democrazia perché il governo non è nelle mani dei pochi, ma dei molti", vanno rilette in luce di questa considerazione[107].

Il concetto di governo di maggioranza così come delineato dall'accezione moderna era estraneo al mondo classico. Il termine "maggioranza" non esiste nel lessico della Grecia antica almeno fino al III secolo d.C. Né in Erodoto, né in Tucidide, né nel Politico di Platone o nella Politica di Aristotele si trova una parola corrispondente a maggioranza. Gli studiosi citati si riferiscono piuttosto alla moltitudine (*plethos*) e ai molti (*polloi*). Essi sostengono che la moltitudine è sovrana, ma non entrano nel merito della sua composizione numerica, né del numero dei partecipanti all'assemblea.

Sul punto Ruffini sottolinea che nelle *poleis* greche le decisioni erano assunte sulla base di una maggioranza sensibile, non calcolata. Più specificamente lo studioso precisa: "il principio maggioritario agli inizii non è subordinato ad uno scrutinio, come oggi per lo più accade. Le prime decisioni per maggioranza appaiono sotto forma di un'assemblea –

[106] La East India Company è stata una delle prime imprese dell'età moderna, il suo capitale era diviso in azioni trasferibili nelle mani di soci che godevano del privilegio della responsabilità limitata; si veda Ariberto Mignoli, *Idee e problemi nell'evoluzione della* "*Company*" *inglese*, Milano, Giuffrè, 1960.
[107] Domenico Musti, *Demokratía. Origini di una idea*, Roma-Bari, Laterza, 2006.

da un lato – che acclama, e di un capo - dall'altro - che giudica se prevale il favore o il disfavore, a seconda che prevale in intensità il grido di consenso o di dissenso"[108]. Da ciò segue che la maggioranza non corrisponde ad un calcolo numerico di voti. Possiamo a questo punto sostenere con Luciano Canfora che nelle comunità politiche dell'antica Grecia non sussiste un rapporto sostanziale tra principio di maggioranza e democrazia, poiché il *demos* è sovrano in quanto tale, non in quanto maggioranza della *polis*[109].

Interessante è a questo punto comparare la genesi del principio maggioritario nelle comunità politiche greche arcaiche con la sua applicazione nel contesto giuridico e politico di matrice romanistica.

Anche i romani non conoscevano il concetto di *maioritas*. La trasformazione lessicale da *maior pars* a *maioritas* si è avuta in epoca tarda. Tuttavia questo concetto non ha mai assunto la connotazione propria dell'epoca moderna.

Nel moderno, come è noto, il calcolo numerico della maggioranza investe un partito o una coalizione di partiti dell'esercizio del potere legittimo e in questo modo costituisce una nuova soggettività, per l'appunto la maggioranza, soggetto dell'azione politica statale.

Innanzitutto nella Roma arcaica il principio maggioritario non era applicato alle magistrature collettive. Per l'istituto dell'*intercessio*, il dissenso di un collega arrestava ogni procedimento anche nelle magistrature composte da più di due membri come il Tribunato della plebe[110].

Per quanto riguarda il sistema comiziale romano dell'età monarchica e repubblicana, Ruffini precisa che il principio maggioritario era applicato "con un semplicismo così brutale da travisare spesso la volontà stessa dei cittadini"[111].

Nei *comitia* il magistrato proponeva i nomi dei candidati destinati a ricoprire determinati uffici.

Nella determinazione della volontà comiziale il conteggio dei voti concorreva con l'uso del sorteggio.

Ogni tribù votava separatamente e venivano presi in considerazione i voti delle tribù che il magistrato estraeva a sorte. Una volta che con i voti delle tribù sorteggiate per prime,

---

[108] Edoardo Ruffini Avondo, *op. cit.* p. 13; sul punto di veda altresì Otto von Gierke, *op. cit.* p. 317:" nella dottrina greca dello Stato non incontriamo riflessioni sul fondamento della legittimità delle deliberazioni adottate mediante scrutinio di voti".

[109] Luciano Canfora, *La democrazia. Storia di un'ideologia*, Roma-Bari, Laterza, 2004, p. 45.

[110] Come sottolineato da Edoardo Ruffini Avondo, *op. cit.* p. 19.

[111] *Ibidem*.

la maggioranza relativa dei voti era raggiunta, il conteggio veniva interrotto. In tal modo poteva risultare eletto un candidato che sarebbe potuto risultare il meno votato se lo scrutinio fosse stato esteso alle altre tribù[112].

Da qui segue che le tribù romane governavano a turno, e che la turnazione era decisa a sorteggio.

Ruffini sul punto sottolinea: "restava la sorte arbitra di decidere quali di coloro che avevano ottenuto la maggioranza assoluta erano eletti, indipendentemente dal valore numerico di tale maggioranza"[113].

Una differenziazione deve essere effettuata in riferimento alle votazioni che si svolgevano nei comizi tributi e nei centuriati. In questi ultimi i cittadini venivano chiamati al voto in ordine decrescente di censo, così l'interruzione delle operazioni elettorali al raggiungimento della maggioranza finiva per privilegiare le classi più ricche.

Da quanto sopra esposto è evidente che i romani non si preoccuparono dell'opportunità politica offerta dal principio maggioritario, bensì essi espressero la necessità di conferire una formulazione giuridica a tale criterio direttivo, classificandolo nel quadro dei fenomeni giuridici.

In particolare nel II secolo d. C. Ulpiano specifica: "*Refertur ad universus quod publice fit per majorem partem*". In queste parole risiede la sintesi del principio maggioritario: "quello che la maggioranza ha fatto, si deve considerare come fosse stato fatto da tutti". Da tale formulazione emerge che la minoranza non ha pertanto alcun potere giuridico.

Storicamente l'idea della tutela delle minoranze germoglia lentamente. Sull'onda del giusnaturalismo, inizia a porsi il problema del limite della maggioranza.

Ruffini fa risalire l'idea di tutelare le minoranze da un preciso avvenimento storico: la costituzione delle Colonie inglesi d'America del 1776. Nella coscienza politica americana andava maturando la necessità di sottrarre all'arbitrio della maggioranza le leggi fondamentali, poste a garanzia della libertà. Così fu elaborato un complesso sistema di salvaguardia dei diritti delle minoranze parlamentari ed extraparlamentari. A tal proposito rilevante è il bando della semplice maggioranza assoluta nel caso di modifica della Costituzione[114].

---

[112] Così in Livio, *Historiae*, I, 43, 11. A tal proposito si veda di Thomas Mommsen, *Römische Staatsrecht*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1887, III, P. 1 ss.
[113] Edoardo Ruffini Avondo, *op. cit*. p. 20.
[114] *Ivi* p. 110.

Si precisa che a partire dalla promulgazione della Costituzione francese del 1791 le dinamiche parlamentari ruotano attorno al concetto di "volontà generale". Tale formula richiama il processo di costruzione di una volontà che valga per tutti. Presupposto il principio che la volontà generale come volontà di tutti è la "volontà dei più", le garanzie che ogni minoranza può vantare sono sempre subordinate alla necessità cogente di una decisione.

Il potere della minoranza si estrinseca da un lato nella possibilità di condizionare proceduralmente (e sostanzialmente) il meccanismo deliberativo e dall'altro dalla possibilità di diventare essa stessa a sua volta maggioranza. Quanto detto vale sia nel sistema pluripartitico che nel sistema bipartitico.

La letteratura ci insegna che persino dove c'è monopartitismo il gioco di maggioranza e minoranza ritorna più o meno formalmente. Come è noto il contrario del principio di maggioranza è da ricercare nelle pratiche di *unanimitas*, principio "performativo", che nella storia delle istituzioni contemporanee ha caratterizzato alcuni istituti del diritto canonico

Diversamente, il principio maggioritario subordina la volontà di ognuno alla volontà dei più e proprio la questione della tutela della volontà di ognuno rende manifesto il problema della garanzia delle minoranze contro la *necessitas* della decisione.

La storia delle costituzioni moderne interseca costantemente il tema del rapporto maggioranza-minoranza nel tentativo di arginare la cosiddetta "tirannia della maggioranza". Il rispetto di tale limite deve essere ricercato tanto nelle forme procedurali della deliberazione quanto nello sforzo di condizionare i contenuti decisionali. Il limite del potere di decisione della maggioranza è senza dubbio incardinato al rispetto dei diritti fondamentali, vero e proprio campo di battaglia della legalità costituzionale. Potremmo a questo punto ricorrere a numerosi esempi tratti da storie e pratiche del *self amendment* costituzionale, ma vogliamo riferirci a quella singolare questione legata alla distinzione tra modelli di "Costituzioni rigide" e "Costituzioni flessibili". La Costituzione italiana come è noto, rientra nel primo tipo, invero le sue modifiche richiedono giochi di maggioranze qualificate. Invero gli artt. 138 e 139 Cost. costituiscono i banchi di prova di una solida intesa politica decisionale. Soprattutto l'art. 139 Cost. funziona come norma di chiusura circa la decidibilità. Ovviamente si tratta di una decisione che il diritto richiama come impossibile (e speriamo che lo sia!).

Bella vicenda quella per cui la decisione costituzionale trova dentro di sé una forza e un'efficacia autonoma. Invero si potrà sempre dire che ogni decisione contraria alla costituzione sia illegale, illegittima, tirannica.

Nei sistemi giuridici moderni è proprio il confronto tra maggioranza e minoranza a riempire di contenuto le procedure del sistema democratico. Del resto la scommessa della maggioranza consiste nel prendere consapevolezza che "in democrazia conta, prima che decidere, tematizzare e rendere rilevanti gli argomenti delle decisioni"[115].

In ciò risiede il cuore segreto della teoria della democrazia deliberativa. Il discorso pubblico è il luogo in cui si incontrano i particolarismi e dunque il punto di partenza per la costruzione di una sfera pubblica condivisa[116].

In tale ottica il principio di maggioranza individua ben più di una regola per decidere. Esso da un lato è legato a doppio filo con lo snodo della rappresentanza politica, poiché la maggioranza parlamentare esprime un'analoga maggioranza entro il corpo sociale di cui è rappresentativa, dall'altro rende visibile il discorso pubblico, interpreta bisogni e si fa *medium* di una comunicazione che prende le mosse da istanze sociali.

Tuttavia la questione della centralità della decisione nel contesto parlamentare si scontra con il problema della sua eccessiva "semplificazione"; questione questa che anima da sempre il dibattito politico sull'equilibrio tra rappresentanza e governabilità.

Tale "degenerazione" non va imputata soltanto all'eccesso di decreti governativi.

Noto è il dibattito per cui fioriscono argini decisionali al margine e oltre gli Stati di diritto costituzionale. Le decisioni formali delle istituzioni politiche spesso appaiono romantiche rispetto a pratiche di decisioni assunte da parte di istituzioni sovranazionali o extraterritoriali. L'inanità delle decisioni parlamentari rispetto alla forza di istituzioni come il WTO, il Fondo monetario internazionale, o di altre istituzioni che non si sottopongono al tradizionale gioco della *rule of law* è sempre più marcata.

---

[115] Eligio Resta, *Dio e il premio di maggioranza. A proposito della riflessione di Francesco Galgano*, in Sociologia del diritto, Milano, Franco Angeli, III, 2008.

[116] Cfr. Jürgen Habermas, *Fatti e norme: contributi ad una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, a cura di Leonardo Ceppa, Milano, Guerini e associati, 1996.

8. La decisione nell'ottica del realismo giuridico

Il realismo giuridico è la teoria del diritto che più di altre ha posto l'accento sulla dimensione fenomenologica della decisione giuridica, in particolare della decisione giudiziaria. Le diverse correnti del pensiero realistico convergono nell'interpretare la validità del diritto in termini di effettività sociale delle norme giuridiche[117].

Come osserva Alf Ross, noto esponente del realismo danese: "una norma valida si distingue da un disegno di legge o da una proposta di modificazione, perché il contenuto ideale della norma valida è attivo nella vita giuridica della comunità, esiste un diritto in azione corrispondente al diritto nelle norme"[118]. Ma in cosa consiste la suddetta "attività" del contenuto ideale della norma valida?

Su tal punto le teorie divergono. Si delineano così due tendenze: la versione piscologica del realismo e la concezione behavioristica. Secondo il realismo psicologico una norma è valida se viene accettata "dalla coscienza giuridica popolare". In tale ottica la realtà del diritto è informata da fattori di natura psichica. Alla luce di questa concezione il fatto che una norma sia applicata dalle corti è ragione necessaria ma non sufficiente per l'assunzione di validità. Il criterio dirimente è in quest'ottica la presenza di un elemento di valenza socio-psicologica. Dunque se una legge non è accettata dalla coscienza giuridica popolare, essa non diventa diritto valido. Tuttavia la coscienza giuridica non può essere calcolata alla stregua del modello dell'uomo comune. Piuttosto essa va costruita in relazione alle tesi e alle opinioni dei giuristi professionisti, "i guardiani tradizionali delle tradizioni giuridiche"[119].

L'obiezione principale al realismo psicologico è che la coscienza giuridica non è un'entità misurabile. Invero secondo Ross è necessario riferirsi al sistema giuridico come "un fenomeno intersoggettivo dato esternamente" e non come il risultato di un calcolo statistico operato su opinioni soggettive degli studiosi di diritto.

Il realismo behavioristico, a differenza del realismo psicologico, connette la realtà del diritto con l'attività delle corti. Una norma è valida se esistono fondati motivi per ritenere

---

[117] Cfr. Alf Ross, *Diritto e giustizia*, trad. it. a cura di Giacomo Gavazzi, Torino, Einaudi, 1965, p. 68.
Tra le tesi del realismo non può non essere menzionata quella che fa capo a Karl Olivercrona; per il noto esponente del realismo scandinavo, il diritto non è un fatto verificabile empiricamente, ma un concetto che risiede essenzialmente nella mente degli uomini. Nella realtà non possono riscontrarsi né diritti né doveri, ma idee di diritto e idee di doveri. Sul punto si veda di Karl Olivercrona, *Il diritto come fatto*, a cura di Silvana Castignone, Milano, Giuffrè, 1967.
[118] Alf Ross, op. cit. p. 68.
[119] *Ivi* p. 69.

che essa sia posta dalle corti come base delle proprie decisioni. In tale ottica il fatto che la norma sia conforme alla prevalente coscienza giuridica costituisce un rilievo secondario per la sua accettazione da parte delle corti.

Come nota lucidamente Ross la diversità dei punti di vista adottati dal realismo psicologico, da una parte, e dal realismo behavioristico, dall'altra, può essere formulato in questo modo: mentre la prima corrente sostiene che il *diritto è applicato perché è valido*, la seconda afferma che *il diritto è valido perché applicato*[120].

Una tipica visione behavioristica del diritto è quella attribuibile a Oliver Wendell Holmes. Famosa è la sua affermazione: "Per diritto io intendo la profezia di ciò che le corti faranno di fatto, e niente di più pretenzioso"[121]

Tuttavia è necessario precisare che un'interpretazione meramente behavioristica del concetto di validità del diritto non è convincente, poiché non è possibile prevedere il comportamento del giudice in base alla constatazione di una regolarità abituale. Secondo Ross solo una sintesi del punto di vista psicologico e di quello behavioristico può portare ad una decodificazione del concetto di validità del diritto.

Da ciò segue che il diritto è valido quando le decisioni giudiziarie sono, da un lato prevedibili e dall'altro coerenti con un sistema accettato di significati e determinazioni, che rispecchia un'ideologia normativa nota. Ross precisa che ogni norma corrisponde ad una direttiva indirizzata al giudice, secondo la quale al ricorrere di determinati presupposti fattuali essa assumerà un ruolo dirimente nella decisione del giudice. La prevedibilità della decisione è connessa dunque alla *presenza attiva* di una determinata norma nella mente del giudice. Come osserva lo studioso: "se la previsione è, nonostante tutto, possibile, ciò accade perché il processo mentale con il quale il giudice decide di fondare la decisione su una norma piuttosto che su un'altra, non è un capriccio o un atto arbitrario, variabile da un giudice ad un altro, ma è un processo determinato da atteggiamenti e da concetti, da una comune ideologia normativa presente e attiva nelle menti dei giudici quando questi agiscono in veste di giudici"[122].

Interessante è la prospettiva realista: il diritto si fonda su una previsione che ha ad oggetto l'applicazione di una norma fatta propria e incorporata dalla mente del giudice.

In questo senso la decisione è l'attualizzazione di una previsione circa l'interpretazione che le corti daranno di una norma.

---

[120] *Ivi* p. 70.
[121] Oliver Wendell Holmes, *The path of the Law*, in Harvard Law Review, 10, 1897, 457 ss.
[122] Alf Ross, *Diritto e giustizia*, cit. p. 72.

Come anticipato in precedenza il realismo giuridico è attraversato da diverse correnti di pensiero, alcune delle quali si caratterizzano per uno spiccato scetticismo, alla luce del quale la possibilità di predire le decisioni delle Corti costituirebbe propriamente un'illusione[123].

Come è noto Jerome Frank è l'illustre esponente del realismo americano, che ha spinto tale teoria del diritto verso una deriva etnometodologica, scardinando fermamente il dogma della certezza del diritto.

Per lo studioso la ricostruzione del fatto, in sede di giudizio, è influenzata dalla soggettività di quanti sono chiamati a partecipare a tale attività: non solo il giudice, ma anche i testimoni e i giurati. Invero l'accertamento del fatto configura una doppia rifrazione dell'evento che procede dal reale alla ricostruzione operata dal testimone e da quest'ultima a quella effettuata dal giudice.

Oltre a ciò Frank sostiene che nel processo non vi è propriamente un accertamento dei fatti: quest'ultimi non sono "dati", prodotti già definiti in attesa di essere scoperti. Il giudice, tra l'altro, non ha osservato e assistito ad essi in prima persona, quanto piuttosto deve ricostruirli in base alle risultanze processuali. In tal senso i fatti non sono per l'operatore del diritto una questione di conoscenza, ma di opinione[124]. Nella sua analisi Frank si sofferma ampiamente sul rapporto tra la ricostruzione operata dai testimoni e la valutazione operata su di essa dal giudice.

Il primo spunto di riflessione verte sulla considerazione che i testimoni in quanto uomini riversano nella loro deposizioni percezioni ed impressioni del tutto personali. È pacifico che il testimone non riproduce meccanicamente i fatti, ma ne offre un'interpretazione, formulando un giudizio[125].

Come osserva Frank: "i tribunali hanno inoltre notato che un teste può nutrire forti preconcetti su ciò che è giusto o ingiusto in un determinato caso e di conseguenza può descrivere in perfetta buona fede eventi che non si sono mai verificati, oppure dimenticare fatti importanti che sono invece successi, ad esempio perché simpatizza con una persona meritevole minacciata da un danno"[126] A tale notazione si aggiunge un'ulteriore rilievo:

---

[123] Cfr. Karl N. Llewellyn, *A proposito di realismo. In risposta a Pound* in *Il diritto come profezia* a cura di Silvana Castignone, Carla Faralli, Mariangela Ripoli, Torino, Giappichelli, 2002, p. 202.

[124] Jerome Frank, *Dirlo con la musica* in *Il diritto come profezia,* cit., p. 330

[125] Sul punto è interessante far riferimento allo studio di Alfred Schütz sulla fenomenologia dell'atteggiamento naturale, *Il problema della rilevanza,* a cura di Giuseppe Riconda, Torino, Rosenberg & Sellier, 1983.

[126] Jerome Frank, *Il diritto e i giudici,* in *Il diritto come profezia,* cit., p. 413.

alle reazioni soggettive e fallibili dei testimoni si connette la valutazione soggettiva e fallibile del giudice.

Da un certo punto di vista il giudizio del giudice è influenzato da inclinazioni e preferenze che si esplicano, per dirla con Frank, "non rispetto alle norme, ma ai testimoni, cioè intendo le reazioni, positive o meno, del giudice di fronte alle donne, o alle donne con i capelli rossi, o alle zitelle, o agli uomini con la barba, agli strabici e alle persone afflitte da tic nervosi, o ai cattolici, ai massoni, ai repubblicani, ai *leaders* sindacali, quando qualcuno di essi fornisce una testimonianza. Tali pregiudizi sono, di solito, profondamente radicati, sconosciuti agli altri, e spesso anche al giudice stesso[127]. La decisione giudiziaria si muove dall'ambito predefinito delle procedure all'universo delle preferenze, degli istinti, delle emozioni, dalle esperienze, delle convinzioni che forgiano il giudice.

Francesco Bacone ha definito questi fattori *idola specus* errori riconducibili alla natura dell'uomo, alla sua educazione, alle sue abitudini.

Formuliamo un esempio: il giudice nel valutare la credibilità dei testimoni può essere influenzato dalla sua predilezione o avversione anche inconscia contro una qualsiasi categoria di persone.

In questo senso il processo decisionale è intessuto di cesure alogiche, che nelle motivazioni vengono ricondotte ad uno schema logico-razionale.

Del resto nel giudizio possono convergere sentimenti, emozioni, intuizioni, che vengono neutralizzate dalle procedure.

Essenzialmente il procedimento decisionale è "il risultato di un esperienza unica"[128].

Singolare l'approccio frankiano, nella misura in cui il diritto viene ridotto ad un fatto umano "attraverso una continua chiarificazione e demolizione di mitologie giuridiche e logiche"[129].

Per utilizzare le parole dello studioso: "gli interessi personali, i punti di vista, le preferenze, costituiscono l'essenza della vita"[130].

Frank svela così il carattere non prevedibile della decisione, ma sostiene altresì che essa può essere ricondotta ad esiti razionali, esclusivamente attraverso la consapevolezza che

---

[127] *Ivi* p. 348.
[128] Jerome Frank, *Law and Modern Mind*, Coward-Mc Cann, New York, 1930, p. 149.
[129] Giovanni Tarello, *A proposito di un libro del Frank*, Rivista internazionale di filosofia del diritto, XXXIV, fasc. 3-4, Milano, Giuffrè, 1957, pp. 464-465.
[130] Jerome Frank, *Giustizia ed emozioni*, cit. pp. 385-386.

ogni vicenda umana prende forma da una serie di elementi irrazionali, i cui effetti possono essere neutralizzati da un trattamento razionale dell'irrazionale[131].

Tale approccio definibile *fact – skeptic* parte dal presupposto che il giudizio è un processo che si avvale di interferenze irrazionali.

Condotto in superficie il vero carattere del procedimento decisionale, Frank avanza una proposta: quella di istituire una procedura equitativa di soluzione dei conflitti. L'equità appare la possibile mediazione tra razionalità ed emotività. Più specificamente lo studioso nell'opera *Courts on Trial* formula la necessità di sostituire il "Diritto-Padre", incapace di adattarsi alla variegata polimorfia del reale, con un diritto più fluido e compassionevole. Tale approccio implica la consapevolezza che il giudice esercita un'ampia quota di potere discrezionale, ma anche la considerazione che egli ha la capacità di empatizzare con le parti sottoposte al suo giudizio. La clemenza, la carità, la compassione, il rispetto per l'unicità degli uomini e delle donne convocati di fronte alle corti sono per Frank gli elementi irrinunciabili di un sistema giudiziario civilizzato[132].

Sicuramente l'impostazione realista e in particolare quella frankiana restituiscono complessità al procedimento decisionale, che in nessun caso può essere ridotto a puro processo logico, nel quale la conclusione addotta è il risultato dell'applicazione di una determinata norma giuridica a fatti già definiti e incontrovertibili. A questo proposito emblematiche sono le parole di Benjamin Cardozo: "In centinaia di tribunali, in tutto il paese, si svolge quotidianamente l'attività di decisione di casi giuridici. Si può quindi supporre che ogni giudice saprebbe facilmente descrivere il procedimento già seguito mille e mille volte: niente sarebbe più lontano dalla verità"[133].

9. Il sistema dei precedenti

L'analisi fenomenologica della decisione giudiziaria non può prescindere da una riflessione che investe il funzionamento degli ordinamenti di *common law*.

Come è noto, l'espressione *common law* si riferisce all'insieme dei sistemi giuridici e delle tradizioni di lingua inglese che trovano nei sistemi continentali una netta

[131] Jerome Frank, *Classicismo giuridico e romanticismo*, in *Il diritto come profezia*, cit. p. 314.
[132] Jerome Frank, *Court on trial, Mith and Reality in American Justice*, Princeton, Princeton University Press, 1949, p. 389.
[133] Benjamin Cardozo, *La natura dell'attività giudiziale*, in *Il diritto come profezia*, cit. p. 135.

contrapposizione. Le principali differenze rispetto a questi ultimi sono: l'assenza di una costituzione scritta, esistente solo negli Stati Uniti d'America; l'assenza di una codificazione; l'importanza fondamentale della creazione giurisprudenziale come fonte del diritto (*judge-made law*); l'osservanza della regola del precedente.

Tuttavia è opportuno precisare che la diversità dei sistemi di *common law* da quelli di *civil law* ha una funzione meramente esemplificativa, che sfocia a tratti nello stereotipo e dunque tende ad assumere aspetti falsificanti[134].

Se è vero che questi due sistemi differiscono per storia, tradizioni e per elaborazione concettuale è anche vero che essi tendono a convergere. I punti di contatto o di distanza dipendono inevitabilmente dall'angolo di osservazione da cui si muove. Sul punto possono essere formulate alcune considerazioni.

Un primo avvicinamento tra i due sistemi può essere colto in merito alla questione della costituzione, che nella maggioranza degli ordinamenti di *common law* non è scritta, mentre negli ordinamenti continentali è formulata in un testo scritto. Ad esempio come la costituzione inglese è il frutto della sedimentazione di diritti, tradizioni, prassi, allo stesso modo la costituzione italiana che, al contrario è scritta, è il prodotto di ideologie, adattamenti e interpretazioni, operanti sulla condensazione dei rapporti di forza tra classi sociali e tra istituzioni e organi costituzionali. Nondimeno essa è il risultato del consolidamento di principi e valori fondativi.

Tra l'altro, se è evidente che in Inghilterra non si è proceduto ad una codificazione generale è anche vero che legislazioni speciali hanno regolato con norme scritte interi settori dell'ordinamento, quali il matrimonio, il diritto dei consumatori, la responsabilità per l'esercizio di attività pericolose, il diritto dei trasporti, l'arbitrato, la responsabilità del trafficante. I settori del contratto, e della responsabilità civile non sono dunque interamente codificati e, tuttavia, nei risvolti pratici, non differiscono molto dai settori corrispondenti negli ordinamenti continentali. Invero, in questi ultimi, la giurisprudenza ha ampliato e specificato le regole generali contenute nei codici, avvicinandosi ai risultati regolativi formulati dalle corti inglesi[135].

Per quanto riguarda l'osservanza del precedente, questa regola, da un certo punto di vista, trova la sua applicazione obbligatoria anche nell'ordinamento italiano. Si pensi al ruolo

[134] Così come in Guido Alpa, *L'arte di giudicare*, Bari, Laterza, 1996, p. 17.
[135] *Ivi* p. 18.

nomofilattico della Corte di Cassazione (art. 65 l. ord. Giudiziario) e dunque a gli indirizzi della giurisprudenza di merito, che tendono ad adeguarsi ai *dicta* della Suprema Corte[136]. Se questa analisi coglie un'approssimazione tra due modelli, non si può tacere che essi hanno un'origine storica diversa e caratteri differenziali[137].

L'espressione *common law* era impiegata già all'epoca di Edoardo I per indicare parte dell'ordinamento giuridico comune all'intera Inghilterra non poggiante su base legislativa, diverso dal diritto consuetudinario locale e dalle prerogative reali[138]. Invero storicamente il *common law* si riferisce ai principi di diritto che si sono evoluti ad opera delle *Common Law Courts*.

L'aspetto più interessante, nonché distintivo delle pratiche giudiziali degli ordinamenti di *common law* è il ricorso al precedente che funge non solo da metodo di composizione delle liti, ma anche da valvola attraverso la quale il sistema giuridico si autoalimenta.

In sede di giudizio ciò che vincola il giudice non è il dispositivo di una sentenza precedente, ma la *ratio decidendi* ovvero il principio generale di diritto che è assunto come base della decisione[139].

Il giudice si trova quindi a dover interpretare gli elementi di fatto del caso a lui sottoposto, per stabilire se esso è "simile" ad altri casi già decisi e dunque se é applicabile la stessa *ratio decidendi* che ha giustificato la precedente decisione. Se nei sistemi giuridici continentali il procedimento decisionale si condensa nella valutazione della congruità del fatto allo schema della fattispecie normativa, nei sistemi giuridici di *common law* il giudizio procede dall'analisi di un caso all'esame di un altro/i caso/i precedente/i. Tuttavia è opportuno formulare una precisazione. Il caso in questi ordinamenti corrisponde ad un precedente giudiziario, più precisamente ad una precedente decisione giudiziaria e nello stesso tempo ad una regola decisoria, paradigma decisionale frutto della scelta di un principio regolativo, che si pone a fondamento della decisione.

Da questa osservazione si deduce che mentre il giudice che opera nei sistemi di *civil law* utilizza come parametro della sua decisione una norma generale ed astratta, il giudice del *common law*, trova in una norma individuale e concreta il metro di misura della sua decisione. Invero ogni caso corrisponde ad una regola del caso. Come è noto, nella

---

[136] A tal proposito si fa riferimento all'analisi di Francesco Galgano, *Il precedente giudiziario* in «*civil law*» in *Atlante di diritto privato comparato*, Bologna, Zanichelli, 1990.

[137] Per uno studio approfondito sull''Italian Style' si rinvia a Mauro Cappelletti, John Henry Merryman, Joseph M. Perillo, *The Italian Legal System*: *An introduction*, Stanford, Stanford University Press, 1967.

[138] Sul punto si fa riferimento a Guido Alpa, *op. cit.* p. 21.

[139] La definizione di *ratio decidendi* è mutuata da Alf Ross, in *Diritto e giustizia*, cit. p. 83.

valutazione della congruenza dei fatti alla regola del caso, il giudice dei sistemi di *common law* dispone del potere discrezionale di distaccarsi dall'osservanza del precedente attraverso la pratica del *distinguishing*.

Più in particolare il giudice valuta gli elementi essenziali sui quali ruota l'identificazione di un caso con un altro e decide se il caso sul quale è chiamato a pronunciarsi debba essere o meno delimitato ai suoi aspetti distintivi.

Su questo assunto i teorici del realismo giuridico fondano la loro indiscussa tesi.

In particolare Alf Ross precisa: "La dottrina dello *stare decisis* in realtà è soltanto un'illusione. Essa è un'ideologia sostenuta per determinate ragioni, allo scopo di nascondere ai suoi sostenitori ed agli altri la libera funzione creatrice del giudice e per esprimere l'ingannevole impressione che il giudice si limiti sempre ad applicare il diritto esistente determinabile in virtù di un insieme di norme oggettive come quelle indicate dallo *stare decisis*"[140].

Dunque il principio per cui una corte è vincolata alle decisioni delle corti superiori e in Inghilterra la Camera dei Lords e la Corte d'Appello sono vincolate alle proprie decisioni, non riduce il giudice a mero "scopritore" della regola del caso.

Pertanto se nei sistemi giuridici dell'Europa continentale l'arbitrio del decisore è formalmente limitato dalla subordinazione del giudice alla legge e negli ordinamenti di *common law* il giudice è sottoposto all'osservanza del *corpus* del diritto vigente, sempre vivo rimane l'annoso dibattito circa la natura dell'attività giudiziale. Essa si pone sempre come intermezzo di un'opera puramente creativa e come contrattempo di un'operazione meramente applicativa.

[140] *Ivi* p. 84.

.

CAPITOLO II
DECISIONE RAZIONALE

1. «*Status quaestionis*»

Come anticipato nel capitolo primo, il presente studio si propone di ricostruire la struttura e il funzionamento del sistema giuridico in chiave di decisione.

Si precisa che tale approccio metodologico connoterà anche buona parte del capitolo seguente.

Tuttavia, a questo punto della trattazione, è necessario e imprescindibile domandarci se è opportuno definire razionale una decisione giuridica.

È necessario precisare che ogni decisione interseca un vasto campo semantico.

Invero essa può essere, ad esempio, utile, efficiente, congrua, rischiosa. Le diverse dimensioni che essa intercetta la pongono sempre in relazione ad un determinato contesto. Riferita ad un attore più o meno istituzionale la decisione dovrà fare i conti con elementi di consequenzialità logica, con l'effettività, con il calcolo del rapporto fini-mezzi, intenzioni-risultati.

Da ciò segue che una riflessione sulla decisione razionale va inquadrata all'interno del più ampio campo della teoria dell'agire razionale, le cui mille sfaccettature si riferiscono ad una dimensione sociale. Come è noto, Max Weber dedica larga parte dei suoi studi alla ricostruzione teorica dell'agire sociale. A detta dello studioso: "l'agire sociale (comprendendo il tralasciare o il subire) può essere orientato in vista dell'atteggiamento passato, presente, o previsto come futuro di altri individui"[141]. In altre parole tale forma d'agire ha ad oggetto un atteggiamento immesso in una serie di relazioni interpersonali. Precisa Weber "non ogni specie di contatto tra gli uomini riveste carattere sociale, ma solamente un atteggiamento orientato in maniera dotata di senso in vista dell'atteggiamento di altri individui. Ad esempio, uno scontro di due ciclisti è un mero avvenimento analogo agli eventi naturali; mentre sarebbe «agire sociale» il loro tentativo di evitarsi ed il battibecco, il passaggio a vie di fatto o la discussione pacifica che fa seguito allo scontro"[142].

Nel primo capitolo di *Economia e società*, Max Weber opera una classificazione dei tipi fondamentali di agire sociale. Il primo tipo è l'agire *in modo razionale rispetto allo scopo*. In base a tale modalità di atteggiamento, l'agente valuta i mezzi rispetto agli scopi che si prefigge, considera gli obiettivi rispetto alle conseguenze previste, paragona i diversi

[141] Max Weber, *Economia e società*, vol. I, Milano, Edizioni di Comunità, 1961, p. 19.
[142] *Ivi* p. 20.

scopi del suo agire e il loro rapporto reciproco[143]. L'agire sociale può altresì essere definito *in modo razionale rispetto al* valore; in questo caso, senza preoccuparsi della predeterminazione dei mezzi, l'individuo agisce in base a ciò che egli ritiene gli sia imposto dal dovere, da un precetto religioso, da una causa che reputa giusta. Oltre a questi due tipi di agire sociale, Weber delinea un *agire determinato affettivamente*, connotato da azioni risolvibili in pure manifestazioni emotive, svincolate dalla considerazione delle conseguenze e rispondente ad un bisogno interno e un *agire tradizionale*, semplice espressione di abitudini, dato da una reazione abitudinaria a stimoli ricorrenti.

Come è noto, è definito razionale quel comportamento valutabile in base ad una relazione tra mezzi e scopo. Del resto quanto più un comportamento umano è fondato su un rapporto tra mezzi e scopo, tanto più risulta comprensibile, in quanto calcolabile e prevedibile.

Se da un primo punto di vista ogni agire razionale è il frutto di una scelta, secondo un altro angolo visuale ogni decisione, come sostiene Lübbe "è l'atto di conferire ad un agire non evitabile la sua regola e la sua direzione"[144]. Agire razionale e decisione risultano così profondamente interrelati. Tuttavia il tratto distintivo della decisione è la coazione a decidere entro un tempo limitato. Il decisore deve decidere di agire nonostante la mancanza di argomenti sufficienti per farlo in un determinato modo e non altrimenti[145].

Ponendo al centro della nostra analisi la decisione giuridica, tale assunto acquista una netta accentuazione. Se è vero che essa muove entro contesti razionali, si ha a che fare senz'altro con una razionalità limitata: da un lato, il diritto prescrive il divieto del *non liquet* e lo eleva a principio cardine dell'ordinamento, dall'altro ogni decisione giuridica incontra i limiti imposti dal circuito normativo. Come ci ha insegnato Herbert Simon la *bounded rationality* è quel tipo di razionalità che meglio riproduce l'andamento dei procedimenti decisionali. Da ciò affermare che la decisione conforme a regole sia puramente razionale appare inappropriato. Le regole circoscrivono il campo d'azione del decisore, che reperisce una soluzione entro un insieme di possibilità precostituito[146].

---

[143] *Ivi* p. 23: "Agisce in maniera razionale rispetto allo scopo colui che orienta il suo agire in base allo scopo, ai mezzi e alle conseguenze concomitanti, *misurando* razionalmente i mezzi in rapporto agli scopi, gli scopi in rapporto alle conseguenze, ed infine anche i diversi scopi possibili in rapporto reciproco".

[144] Hermann Lübbe, *Zur Theorie der Entscheidung*, in Id., *Theorie und Entscheidung*, Freiburg, Rombach, 1971, p. 17.

[145] *Ivi* p. 21.

[146] Herbert Simon, *Theories of Decision Making in Economics and Behavioral Science*, in AER, Pittsburgh, American Economics Association, 3, 1959, pp. 245-283; Id, *Rationality as Process and Product of Thought*, in AER, Pittsburgh, American Economics Association, 2, 1978, pp.1-16; Id, *The logic of Heuristic Decision Making*, in Models of Discovery, Dordrecht, Reidel, 1977, pp. 154-175.

Ancora più chiaramente la tesi della "razionalità limitata" è stata in un secondo momento definita da Simon come "razionalità procedurale"[147].

2. Il contributo della psicologia cognitiva

L'assunto in base al quale la razionalità della decisione giuridica è sottoposta a limiti deve essere riletto alla luce dell'analisi delle modalità secondo le quali generalmente gli individui prendono decisioni. Sul punto, studiosi del calibro di Amos Tversky e Daniel Kahneman si sono soffermati, sottoponendo a verifica la teoria statistica della decisione razionale e pervenendo a conclusioni di portata generale circa le effettive modalità di adozione delle decisioni. Come è noto Tversky e Kahneman elaborano la *teoria del prospetto*[148]. Quest'ultima postula l'incidenza di fattori soggettivi nelle scelte individuali. Più specificamente le decisioni sono influenzate dal modo in cui si prospetta il contesto decisorio e dal modo in cui vengono intesi i risultati della decisione. Ad esempio se si adotta un *frame positivo*, cioè se i risultati sono intesi come guadagni, le analisi empiriche dimostrano che i decisori saranno più prudenti e meno innovativi; al contrario se i risultati sono equiparati a perdite, i decisori saranno più disposti a rischiare.

Una situazione di scelta, presentata in cornici diverse, dà luogo a decisioni diverse.

È evidente che al variare della prospettiva di scelta, variano, in modo prevedibile, ma incongruente con la teoria statistica, le procedure di organizzazione, semplificazione e riformulazione delle varie opzioni, la percezione della desiderabilità di quest'ultime ed infine la scelta[149]. Inoltre, posto che la decisione è determinata, tra l'altro, dal calcolo dell'utilità e della probabilità di esiti vantaggiosi, su tali fattori interferiscono non solo la

---

[147] Herbert Simon, *From Substantive to procedural rationality*, in 25 Years of Economic Theory, Leiden, Springer, 1976.

[148] Nei processi di scelta la *prospect theory* distingue due fasi: la fase di elaborazione e quella di valutazione. Nella prima fase il decisore organizza e riformula le opzioni di scelta in modo da semplificarne la valutazione. Una volta formulati gli esiti di un'alternativa e le probabilità ad essi legati, il decisore valuterà ognuno dei prospetti elaborati e sceglierà il prospetto con valore più alto. Sul punto si faccia riferimento a Amos Tversky e Daniel Kahneman, *Prospect theory*: *un'analisi delle decisioni in condizioni di rischio* in *Economia Cognitiva e Sperimentale* a cura di Matteo Motterlini e Francesco Guala, trad.it a cura di Giuseppe Barile, Milano, EGEA, 2005, p. 75. Si vedano altresì Tversky A. e .Kahneman D., *The Framing of Decisions and the Psychology of Choice*, Science, New Series, Vol. 211, 1981, http://psych.hanover.edu/classes/cognition/papers/tversky81.pdf; Id., *Rational Choice and the Framing of Decisions*, The Journal of Business, Vol. 59, The Behavioral Foundations of Economic Theory, 1986, http://www.jstor.org/discover/10.2307/2352759?uid=3738296&uid=2&uid=4&sid=21106154318371

[149] Amos Tversky, *Additivity, Utility and Subjective Probability*, JMP, Amsterdam, Elsevier, 2, 1967, pp. 175- 202.

propensione o l'avversione per certi rischi, ma anche la preferenza per determinate probabilità.

Le stime di probabilità e le previsioni vengono sistematizzate attraverso alcuni "principi euristici": la *rappresentatività*, la *reperibilità*, l'*ancoraggio* e la *pregnanza*[150].

In base al primo principio la probabilità soggettivamente stimata che un evento A appartenga ad una classe B dipende dalla somiglianza tra A e B. Se A è simile in caratteristiche essenziali alla popolazione della classe B, rispecchia elementi del processo causale di cui B è parte. Tale nesso influisce enormemente sulla stima della probabilità di un evento A da parte dei soggetti. In questo modo viene a crearsi una distorsione cognitiva legata al concetto precostituito di un evento o della sua probabilità, che prescinde dal singolo caso, essendo invece il frutto di un'iper-generalizzazione o di un iper-semplificazione[151].

L'attenzione verso la rappresentatività conduce il decisore a trascurare non solo le informazioni già possedute, ma anche il valore di nuove informazioni. Il soggetto considera che maggiore è la somiglianza, tanto più esatta è la previsione.

Tale credenza ingenera una vera e propria fallacia nel ragionamento, definibile in termini di "illusione di validità"[152].

Per quanto riguarda il principio euristico della *reperibilità*, la probabilità soggettiva, associata ad un evento, dipende dalla facilità con cui esempi dello stesso evento vengono in mente al soggetto che deve adottare una decisione.

La vicinanza emotiva ad un evento, la sua prossimità nel tempo, la sua salienza vengono ad incidere le stime riguardanti eventi analoghi. A titolo di esempio, se un individuo è rimasto colpito particolarmente da un incidente aereo che si è verificato da poco tempo, interrogato sulla probabilità degli incidenti aerei rispetto agli incidenti automobilistici, sarebbe pronto a rispondere che la probabilità di incidenti aerei è superiore a quella degli automobilistici. Così la scarsa ricorrenza di eventi porta gli individui ad ignorarli, al contrario una maggiore ricorrenza degli stessi conduce i soggetti a ritenerli più frequenti di quanto non lo siano concretamente[153].

---

[150] Amos Tversky Daniel Kahneman, *Judgement under uncertainty*: *Heuristics and biases*, Science, New Series sept. 1974, pp. 1124-1131, http://psiexp.ss.uci.edu/research/teaching/Tversky_Kahneman_1974.pdf

[151] Fabrizio Montanari, "Le distorsioni cognitive nei processi decisionali e negoziali: una review e alcuni esperimenti (I parte), in Ticonzero, 56/2005, http://w3.ced.unicz.it/upload/denito/distorsioni_cognitive.pd.

[152] Amos Tversky e Daniel Kahneman, *Judgement under Uncertainty*: *Heuristics and Biases*, cit.

[153] Sul punto si fa riferimento all'analisi di Antonio La Spina, in *La decisione legislativa*, Milano Giuffrè, 1989, p. 126.

Un' ulteriore applicazione del principio euristico della reperibilità riguarda il fatto che la presunta o usuale correlazione di eventi fa sovrastimare la probabilità dell'associazione tra essi.

Un indubbio rilievo è assunto altresì dal principio dell'*ancoraggio*. Esso consiste nella distorsione cognitiva, che si verifica quando gli individui nel prendere delle decisioni sulla base di informazioni incerte o ambigue, ancorano le proprie stime su punti di riferimento.

Secondo il teorema di Bayes le stime finali sono il risultato di aggiustamenti rispetto alla ipotesi di partenza. Tuttavia è dimostrato che la stima finale rimane in parte ancorata al giudizio di partenza. L'individuo formula una prima valutazione, dopo aver acquisito ulteriori informazioni, fa degli aggiustamenti per renderle coerenti con l'ipotesi di partenza; ma il risultato finale non si discosta molto da quello iniziale.

Il principio euristico della *pregnanza* ha proprio ad oggetto la nuova informazione. La sua chiarezza o meno influisce sulla stima finale; la sua pregnanza dipende dal suo valore emozionale e dalla prossimità temporale.

Una riflessione non può non essere riservata all'incidenza di fattori emozionali sulle stime del decisore. Questo è il caso in cui il soggetto prevede l'accadere di un evento che desidera (*wishful thinking*), ciò produrrà una tendenza ad accettare l'informazione che confermerà il verificarsi dell'evento gradito e a respingere quella che non è conforme al suo desiderio. Si attua in tal modo un procedimento di auto-conferma.

Diversa è l'ipotesi dell'autoinganno: l'individuo decide di mantenere fede ad una convinzione utile ma falsa. Si crede cioè in qualcosa che si sa non essere vero. Questi esempi concernono indubbiamente anomalie della razionalità e riproducono processi cognitivi che mostrano le modalità attraverso le quali l'individuo decide: egli non analizza le situazioni in maniera complessiva, tende a prefigurarsi uno scenario, economizza la sua attenzione ed è sempre alla ricerca di sicurezze.

In merito a quest'ultimo elemento fa riflettere una consueta modalità di incorporare il peso delle decisioni che si esplica in un *errore di attribuzione*. Gli individui tendono ad attribuire i loro successi a capacità e competenze personali, dunque a "fattori interni", mentre gli insuccessi a "fattori esterni", come il caso o la sfortuna. Tale procedimento impedisce la corrispondenza tra i risultati e le cause reali degli eventi. Viene meno così la possibilità di correggere il procedimento decisionale.

È opportuno a tal punto riflettere sull'utilità pratica di tali procedure cognitive. Sicuramente sebbene producano errori di valutazione e fallacie nel ragionamento, semplificano il peso di elaborazione della decisione, altrimenti insopportabile[154].
Da un certo punto di vista può affermarsi che se tali principi euristici vengono utilizzati in maniera così sistematica, funzionano.
Probabilmente tale procedure di decisione sopravvivono perché idonee all'ambiente in cui si situano i decisori. Del resto le distorsioni cognitive riducono senz'altro i costi del processo decisionale. Dunque il mantenimento di tali procedure cognitive, definibili, *routines*, dipende dall'utilità del loro impiego, valutata in base all'interesse del singolo.
Come è stato dimostrato il procedimento decisionale è inciso da credenze e desideri in alcun modo scindibili da esso, se non in un piano puramente ideale.

3. *Bounded rationality*

La ricostruzione sopra delineata diverge dall'approccio normativo, modello ideale di ogni decisione razionale, impostato su un procedimento scandito da fasi: la definizione del problema, la focalizzazione degli obiettivi, la raccolta delle informazioni, la valutazione di queste ultime, l'inquadramento di possibili alternative, la loro valutazione e la stima dei risultati.
Il modello normativo, imperniato su principi di natura statistica, si basa sulla previsione di un valore atteso, cioè sulla valutazione delle conseguenze di una scelta. Tale procedimento richiede informazioni precise e complete, un'elevata quantità di tempo e un notevole sforzo cognitivo, poiché non tutte le informazioni necessarie sono disponibili.
Note sono le critiche che Herbert Simon elabora nei confronti di tale modello.
Lo studioso evidenzia le sfumature irrealistiche della teoria statistica della decisione razionale e ne sonda i limiti. Questa, in effetti, richiede al soggetto che opera in condizioni di incertezza prestazioni che esorbitano dall'ordinario. Invero tale teoria trascura che gli individui hanno una capacità limitata di elaborare informazioni a causa dei vincoli strutturali del loro sistema cognitivo. La quantità di informazione che un decisore può filtrare è limitata. Può accadere che una quantità ingente di informazione sovraccarichi l'attenzione del soggetto, conducendolo ad adottare decisioni scadenti in termini di utilità.

[154] *Ivi* p. 129.

Invero un'eccedenza di informazioni comporterebbe una perdita di efficacia a carico delle facoltà cognitive e decisorie.

Oltre a tale evidenza deve essere posto in rilievo il fatto che anche le capacità di calcolo della probabilità e dell'utilità di eventi sono per lo più limitate. È infatti impossibile elaborare e tenere presente tutte le utilità degli stati del mondo.

Invero posto che il comportamento massimizzante è concretamente irrealizzabile, il suo perseguimento comporterebbe conseguenze rovinose. In questo senso l'esito del processo decisionale corrisponde solitamente alla scelta di un percorso di azione non ottimale, ma soddisfacente.

Il decisore è portato dunque a cercare nel prisma degli esiti possibili quello/i che appaiano soddisfacenti o più che soddisfacenti e di seguito ad individuare l'alternativa di comportamento le cui conseguenze possano coincidere con questi esiti.

Tale agire strategico riduce di molto la necessità di informazione, che sarà accumulata soltanto fino a che non sarà scoperta l'alternativa soddisfacente e non sarà valutato il suo successo. È rilevante notare che sia le alternative che le conseguenze durante il processo decisionale vengono valutate *in sequenza*[155].

Da ciò si evince che se A è un'alternativa soddisfacente e B è più che soddisfacente, ma A si presenta per prima, A viene scelta e B ignorata. Se invece si fosse presentata per prima B, si sarebbe verificato il contrario e il vantaggio sarebbe stato maggiore. Invero da un certo punto di vista un insieme di decisioni relativamente razionali coincidono con un'attività complessivamente razionale[156].

Resta da comprendere in base a quali criteri un'alternativa possa essere giudicata soddisfacente. A questo punto Simon fa riferimento ad un concetto di derivazione psicologica: l'aspirazione[157].

Più elevato è il grado di aspirazione, più impervia è la ricerca di alternative, per converso minore è il grado di aspirazione del decisore, meno esigente è la ricerca. E ancora, più è difficile trovare alternative soddisfacenti, più è probabile che il livello di aspettativa si abbassi, così come più è facile individuarne, più è probabile che il grado di aspirazione si elevi. Il livello d'aspirazione del decisore è quindi correlato a doppio filo con il procedimento di ricerca delle alternative.

---

[155] Herbert Simon, *A behavioral Model of Rational Choice* in Id., *Models of Man. Social and Rational*, New York, Wiey, 1957, pp. 241-260; Id. e James G. March, *Teoria dell'Organizzazione*, Milano, Comunità, 1966, pp. 171 ss.

[156] Antonio La Spina, *La decisione legislativa*, cit., p.119.

[157] Herbert Simon e James G. March, *Teoria dell'Organizzazione*, cit. pp. 66 e ss.

La teoria proposta da Simon non è esente da critiche. La più nota è quella che nega alle ricostruzioni dello studioso un vero carattere innovativo. È indubbio che il decisore non possiede una informazione perfetta e che l'acquisizione di nuova informazione è costosa. Per questo egli non fa altro che ottenerne fino a che il suo costo non supera l'utilità attesa. Resta comunque il fatto che, se da un lato, l'informazione acquisita non sarà mai completa, né perfetta, così come afferma il modello del *satisficing*, dall'altro il comportamento dell'individuo rientra comunque nel modulo del *maximizing*, poiché concretamente viene massimizzata ancora una volta l'utilità attesa. In tale ottica il *satisficing* è una sorta di *maximizing* senza informazione perfetta. Più specificamente "lo standard di razionalità globale massimizzante è implicito nel modello del *satisfacing*, perché esso rimane l'unico possibile ideale rispetto al quale ogni sorta di razionalità soddisfacente è un'approssimazione"[158].

Nei confronti di questa critica può essere però formulato il seguente argomento, sostenuto da Sidney J. Winter e ripreso successivamente da Jon Elster[159].

Winter rileva che il tentativo di ridurre la teoria della soglia di soddisfazione alla teoria della massimizzazione non è appropriato, poiché qualsiasi struttura che massimizza i profitti richiede sempre nuova informazione, dando luogo così ad un regresso all'infinito[160]. Non solo la stima dell'utilità attesa, ma anche la valutazione dell'utilità di informazione ancora da acquisire necessita di ulteriori informazioni. Se questo calcolo procede all'infinito non avremmo una decisione *satisficing*, ma una decisione connotata da risvolti massimizzatrici. Del resto una decisione *satisficing* si verifica quando il suddetto regresso all'infinito viene interrotto per mezzo del ricorso ad un principio, ad un programma o ad un intuizione perlopiù mediata da una massima d'esperienza.[161] Da un certo punto di vista può affermarsi che una decisione adottata secondo siffatti criteri non sia razionale nel senso di *maximizing*[162]. Dunque il *satisficing* non è riducibile al *maximizing*.

---

[158] Herbert J. Storing, *The science of Administration: Herbert Simon, in Essays in the Scientific Study of Politics*, a cura di Id. New York, Holt, Rinehart e Winston, 1962, p. 122.

[159] Sidney G. Winter Jr., *Economics «Natural» Selection and the Theory of the Firm*, in Yale Economic Essays 1966, n. 4, http://www.lem.sssup.it/WPLem/files/winter_1964.pdf
; Jon Elster, *Ulisse e le sirene*, trad. it. a cura di Paolo Garbolino, Bologna, il Mulino, 1983, p. 115 e ss.

[160] Jon Elster, *Ulisse e le sirene*, cit. p. 117.

[161] Sidney G. Winter, *op. cit.* p. 263 e ss.

[162] Come sostenuto da Antonio La Spina *op. cit.* p. 121: "Se una decisione si verifica è perché tale ipotetico regresso viene interrotto, peraltro in un punto assai «prossimo alla azione» da un «irrazionale» (nel senso di non *maximizing*) appello ad una massima, principio, *rule* of *thumb*, routine, programma, ovvero all'intuizione, anch'essa mediata da norme di esperienza". La fonte di tale ragionamento si trova in Sidney G. Winter, *Optimization and Evolution in the theory of the Firm* in *Adaptive Economic Models*, New York,

La teoria della *bounded rationality* rispecchia indubbiamente il flusso dei procedimenti decisionali. Essa implica la più o meno manifesta adesione a regole che definiscono e circoscrivono l'attività di ricerca del decisore, incidono sull'attribuzione di rilevanza degli elementi del contesto decisorio, nonché conducono al reperimento di soluzioni entro uno schema già precostituito[163].

Il primo grande esempio di razionalità limitata proviene dalla sapienza latina ed è condensato nel noto brocardo: *dura lex sed lex*.

Alla luce di quanto sopra detto la decisione giuridica si conforma a tale modello di razionalità, limitata dalle prescrizioni procedurali, che scandiscono l'acquisizione degli elementi derivanti dal contesto e articolano le fasi e i passaggi del procedimento decisionale.

In tal senso il sistema giuridico è imperniato su una *bounded rationality* per eccellenza.

A titolo esemplificativo, prendendo in considerazione la decisione giudiziaria, non possiamo non rilevare che il giudice decide sulla base delle risultanze processuali che si sono formate nel corso del processo.

4. Decisione razionale

Come è stato accennato nel corso della trattazione sono state elaborate una teoria normativa e una teoria comportamentale della decisione razionale. La prima ha ad oggetto gli *imperativi condizionali* dell'agire razionale, la seconda invece analizza come l'agente di fatto si comporta quando adotta delle decisioni.

Come è noto agire razionalmente corrisponde all'agire nel modo migliore possibile in vista degli scopi prefissati. In altre parole il comportamento razionale coincide con la massimizzazione dell'utilità attesa, intesa come il grado di piacere associato ad un'esperienza o ad un oggetto.

Ogni decisione implica il compimento di un insieme di micro-scelte. Invero il procedimento decisionale si compone di una serie di opzioni multiple e complesse dalle quali si perviene ad un'unica decisione[164].

Academic Press, 1975, pp. 73-118 e in Herbert Simon, *Logic of Heuristic Decision Making* cit., pp. 154-175.

[163] Cfr. Antonio La Spina, *op. cit.* pp. 121-122.

[164] Jon Elster, *Solomonic Judgements*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989.

Razionale è dunque ordinare correttamente le proprie preferenze, valutarle e confrontarle, avvalersi di informazioni soddisfacenti, coordinarle tra loro, in base alle proprie preferenze[165].

La decisione razionale viene dunque ad essere influenzata da un insieme di variabili: la completezza o scarsità di informazioni, la complessità dei problemi, la limitata capacità per l'individuo di elaborare informazioni, le convinzioni.

Mentre alla luce della teoria classica della decisione razionale l'utilità è prioritaria rispetto alle preferenze e alle convinzioni: un individuo preferisce un oggetto o un'esperienza A, perché prevede di trarne maggiore utilità, secondo le moderne teorie dell'utilità sono le preferenze e le convinzioni ad avere la priorità rispetto all'utilità.

A questo proposito sono emblematiche le parole di Jon Elster.

Lo studioso riconosce che: "*Unlike moral theory, rational choice offers conditional imperatives, pertaining to means rather than to ends*". Tuttavia continua lo studioso: "*we first have to Know what to believe with respect to relevant factual matters. Hence the theory of rational choice must be supplemented by a theory of rational belief*". Da questa affermazione segue che*:* "*While the rationality of an action in ensured by its standing in the right kind of relation to the goals and the belief of the agent, the rationality of belief depends on their having the right kind of relation to the evidence available to him*"[166].

In definitiva Elster sostiene che non è un'operazione semplice definire una decisione "razionale", poiché sovente l'individuo agisce in quanto trasportato dalle proprie credenze, dalle evidenze, dalle coincidenze o dal "caso".

Ai fini di delineare il concetto di decisione razionale è opportuno servirsi di alcune differenziazioni. Elster pone in rilievo la distinzione tra decisioni parametriche e decisioni strategiche. In riferimento alle prime, l'individuo razionale non deve preoccuparsi di ciò che faranno gli altri in previsione o in conseguenza delle sue azioni; egli considera se stesso la sola variante all'interno del suo ambiente. Per quanto riguarda invece le seconde, il soggetto prima di prendere una decisione dovrà prevedere l'azione che l'altro andrà a compiere. In tal modo l'azione dell'altro diventerà parte integrante dei vincoli che costituiscono la cornice di scelta dell'agente.

Riflettiamo ora sulla decisione parametrica. Qualora ogni individuo considerasse il suo ambiente una costante e valutasse se stesso l'unica variante possibile, darebbe vita ad un

[165] Antonio La Spina, *op. cit.* p. 88.
[166] Jon Elster, *Rational choice*, Oxford, Basil Blackwell, 1986, p. 1.

comportamento irrazionale dal punto di vista dell'ambiente. Verrebbero, tuttavia soddisfatti i suoi parziali criteri di razionalità.

A differenza della decisione parametrica, la decisione strategica implica che il decisore scelga mettendosi nei panni dell'altro.

A tal proposito è necessario precisare che spesso gli individui non solo fanno le loro scelte sulla base di personali aspettative, ma anche sulla base di aspettative circa le aspettative degli altri. Come è noto, Niklas Luhmann ha sondato tali atteggiamenti condizionali in termini di *iffish attitudes*.

Le interazioni strategiche tra decisori sono oggetto dello studio di una branca della teoria della decisione razionale: la teoria dei giochi[167]. Interessante è la lettura che ne dà Jon Elster. Per lo studioso tale teoria è "lo strumento per il trattamento simultaneo di interdipendenze che pervadono la vita sociale"[168].

Innanzitutto la remunerazione di ciascuno non solo dipende da quella di tutti, ma anche dall'azione di tutti grazie alla generale causalità sociale. Oltre a tali interconnessioni se ne aggiunge un'altra: l'azione di ciascuno dipende da quella di tutti, per mezzo del ragionamento strategico[169].

Gli individui che agiscono razionalmente raggiungono sovente un equilibrio, inteso come quel punto in cui ciascun giocatore sceglie la propria strategia in considerazione di quella del suo o dei suoi avversari. Talvolta invece si possono creare equilibri multipli. L'interesse della teoria dei giochi verte proprio sull'analisi delle strutture di interazione tra decisori, che possono dar luogo ad equilibri o disequilibri.

Tra due decisori può avere luogo un gioco a somma zero. In questo caso l'esito della partita si condensa in un equilibrio, che vedrà un individuo vincere e l'altro perdere. Ciascun giocatore massimizza razionalmente lo svantaggio dell'altro. Tuttavia vi sono altre situazioni in cui potrebbe risultare razionale cooperare, raggiungendo un risultato di mutuo vantaggio tra giocatori. A volte la soluzione cooperativa appare spontanea, altre volte essa, anche se conveniente, non è così scontata. Una nota applicazione di tale osservazione è il "dilemma del prigioniero". Due individui, commessa una rapina, vengono arrestati e chiusi in celle separate. Purtroppo esistono prove esclusivamente sulla

---

[167] La teoria dei giochi è un metodo matematico di analisi di alcuni aspetti della formazione consapevole delle decisioni in situazioni che implicano possibilità di conflitto e /o di cooperazione tra individui le cui sorti sono interconnesse. Sul punto si veda Maria Carmela Agodi, *Teoria dei giochi e analisi sociologica. Modelli di razionalità per l'agire sociale*, Catania, ISVI, 1984.

[168] Jon Elster, *Uva acerba. Versioni non ortodosse della razionalità*, Milano, trad. it. a cura di Fabrizio Elefante, Feltrinelli, 1989, p. 23.

[169] *Ibidem*.

loro partecipazione ad un furto di lieve entità. Perciò gli inquirenti offrono a ciascuno di essi un accordo: se entrambi tacciono vengono condannati ad un anno di detenzione per il furto. Se l'individuo A confessa e l'individuo B tace, A viene liberato, mentre B viene condannato a 20 anni e, viceversa, se B confessa e A tace. Se entrambi confessano vengono condannati a 10 anni.

Un individuo razionale ragiona nel modo seguente. Supponiamo che B confessi. Se A tace, viene condannato a 20 anni, se invece confessa a 10 anni. Quindi in questo caso ad A conviene confessare.

Ora supponiamo che B taccia. Se anche A tace, A viene condannato a un anno; se invece A confessa, quest'ultimo viene liberato. Anche in questo caso ad A conviene confessare. Da ciò segue che il comportamento più razionale è dato dalla confessione di entrambi gli individui.

La strategia collettivamente più vantaggiosa è evidentemente quella di tacere, ma solo se si ha la certezza che l'altro confessi, circostanza irrealizzabile visto che i due individui non possono comunicare. La mossa che individualmente massimizza l'utilità, indipendentemente dalla scelta altrui, è la confessione. Per mezzo di questa scelta, sia A che B si tutelano dal pericolo di subire la pena più elevata, nonché sperano di essere liberati a scapito dell'altro. Si raggiunge un equilibrio in assenza di alleanze vincolanti, che se da un lato realizza un esito svantaggioso per le parti coinvolte nel gioco, dall'altro è il risultato di strategie individualmente razionali[170].

Il paradigma del dilemma del prigioniero pone come strategia dominante la scelta di essere sleali con l'altro. Tale decisione configura un equilibrio non cooperativo o equilibrio di Nash. Questa particolare condizione si verifica quando nessuno dei due concorrenti può migliorare la propria posizione adottando una strategia diversa. Invero, un individuo nel modificare la propria scelta peggiorerebbe il proprio esito individuale.

Inoltre è opportuno notare che il dilemma del prigioniero mette in luce il conflitto tra razionalità individuale, in quanto massimizzazione dell'interesse personale, ed efficienza, intesa come il miglior risultato possibile sia individuale che collettivo. In effetti applicando una strategia individualistica si ottiene un esito meno vantaggioso rispetto a quello ottenibile nel caso in cui si possa concludere un accordo negoziale, o si possa investire fideisticamente su una promessa data.

[170] Antonio La Spina, *op. cit.* p. 97.

I modelli di comportamento razionale richiedono alcuni elementi essenziali: un sistema di alternative di comportamento, un sottoinsieme di alternative di scelta che l'individuo effettivamente percepisce, i possibili risultati futuri delle decisioni, le informazioni sulla base delle quali i risultati si produrranno concretamente, le informazioni sulla probabilità che un particolare risultato consegua. Da ciò segue che la decisione in condizioni di certezza è la situazione ideale, tuttavia essa non trova riscontro nella realtà empirica.

Le scelte in condizioni di carenza o di incompletezza di informazione possono essere caratterizzate dal rischio o dall'incertezza.

Le decisioni in condizioni di rischio sono quelle in cui il decisore accerta in via definitiva le probabilità numeriche delle previsioni di successo o insuccesso di un corso d'azione.

Al contrario, nelle *decisioni in condizioni di incertezza* tali probabilità non sono conoscibili. Invero i decisori scelgono tra alternative diverse sulla base di conseguenze attese, ma le probabilità di tali risultati non sono note con certezza.

La distinzione tra decisione rischio e decisione incertezza è stata criticata dagli esponenti della teoria soggettivista. La probabilità, secondo questi ultimi, dipende dal grado di credenza che un individuo è disposto ad attribuire all'eventualità di un accadimento[171].

Dunque se la probabilità che si verifichi X è una costruzione soggettiva, ne deriva che essa risulta alterata, o confermata dalle osservazioni via via effettuate in sequenza dal soggetto. È bene precisare però, che ciò non si verifica nella previsione di eventi semplici, i quali prevedono esclusivamente due possibili alternative di risultato. Si pensi alla probabilità che una moneta cada con il lato della croce rivolto verso l'alto, dopo vari lanci essa rimane sempre del 50%, indipendentemente dall'osservazioni dell'agente. Se invece un bambino estrae palle da un'urna, l'informazione che egli tende a pescare perlopiù in una certa zona dell'urna, congiunta ad ulteriori informazioni, potrebbe modificare la stima di partenza del decisore[172].

In definitiva, secondo quest'ultima ipotesi, il giudizio sul valore di probabilità di un evento non è dato una volta per tutte, ma è influenzato dalla quantità e dalla natura delle informazioni possedute.

---

[171] *Ivi* p. 89.
[172] I*bidem*.

5. Razionalità individuale

Jon Elster dedica ampia parte dei suoi studi alla razionalità e dimostra come il confine tra razionalità e irrazionalità sia profondamente labile.

Lo studioso sonda le controverse dinamiche della razionalità, formulando sia una teoria parziale che una teoria completa della razionalità individuale[173]. La teoria parziale della razionalità individuale ha ad oggetto la valutazione delle credenze e dei desideri che sorreggono un'azione. L'azione razionale poggia su ragioni non logicamente incoerenti. Spiega Elster: "la coerenza, infatti, è ciò cui si riduce la razionalità in senso parziale: coerenza all'interno del sistema di credenze, coerenza all'interno del sistema di desideri, e coerenza tra credenze e desideri da una parte e l'azione di cui sono ragioni dall'altra"[174]. Riprendendo la tesi di Donald Davidson, lo studioso norvegese definisce l'azione razionale come quella che si pone in un "certo rapporto" con le credenze e i desideri dell'attore, in altre parole con le sue ragioni[175].

È necessario in tale ottica appurare in primo luogo che *le ragioni siano ragioni per l'azione*.

Tale proposizione può essere interpretata in due modi. Nella prima accezione, date le credenze dell'attore, l'azione risulta il modo *migliore* per realizzare il suo desiderio. In un'altra accezione, invece, le ragioni sono ragioni per l'azione, se sono *un* modo per realizzare il desiderio. L'obiettivo prioritario di Elster è quello di dimostrare la parzialità della teoria della razionalità individuale. A tale scopo lo studioso formula un esempio: "Se un attore ha un impellente desiderio di uccidere un'altra persona, e crede che il miglior modo (o un modo) di ucciderla è infilzare con uno spillone una bambola che la rappresenta, allora agisce razionalmente infilzando la bambola con lo spillone"[176]. In questo caso si è portati indubbiamente a riflettere sulla razionalità sostanziale di quello specifico desiderio o di quella credenza. Comunque, al fine di giustificarla, le ragioni di un'azione devono essere esenti da contraddizioni logiche, concettuali o pragmatiche[177].

---

[173] Nella sua opera "Uva acerba", Jon Elster formula altresì una teoria parziale e una teoria completa della razionalità collettiva, precisando che, se da un lato, la politica incorpora la nozione completa di razionalità collettiva, dall'altro la possibilità di tale incorporazione deve ancora essere provata. A tal proposito si veda Jon Elster, *Uva acerba. Versioni non ortodosse della razionalità*, cit. p.56.

[174] *Ivi* p. 10.

[175] Sul punto si faccia riferimento a Donald Davidson, *Essays on actions and events*, Oxford, Oxford University Press, 1980.

[176] Jon Elster, *Uva acerba. Versioni non ortodosse della razionalità*, cit. p. 11.

[177] *Ivi* p. 12

Un discorso che ha ad oggetto la coerenza di una credenza non può prescindere da un tentativo di definirla.

Conformemente a quanto ha osservato Elster una credenza può corrispondere ad una valutazione soggettiva di probabilità o a "qualcosa *sui generis*"[178].

Nel primo caso la coerenza viene ad essere intesa come la conformità alle leggi della probabilità, in modo che il tasso di probabilità di eventi *esclusivi* ed *esaustivi* sia uguale a 1, mentre la probabilità di combinazione tra due eventi qualsiasi sia uguale a 0 e così via[179].

Nel caso di credenze *sui generis*, esse sono coerenti se esiste un mondo in cui possono essere considerate tutte *vere* e *credute*[180]. Quest'ultimo requisito si applica ad esempio alle ipotesi di credenze di grado elevato: le credenze circa credenze.

In merito all'analisi della coerenza delle preferenze Elster adotta diversi criteri.

Il sistema delle preferenze è governato da una serie di principi, come quello della transitività: se preferisco *a* a *b* e *b* a *c*, devo preferire *a* a *c*. È rilevante sottolineare che le preferenze possono essere intese come lotterie, ossia in termini di probabilità di combinazioni di opzioni, oppure come sequenze di opzioni[181]. In questa seconda accezione l'elemento del tempo acquisisce un'importanza fondamentale. Come sostiene Elster le preferenze vengono ad individuare l'importanza relativa che si accorda ad un dato punto nel tempo rispetto a svariati momenti o tempi[182]. In genere tali preferenze temporali implicano una svalutazione del futuro; ad esempio si associa una minore rilevanza alle occupazioni o ai consumi futuri rispetto agli attuali.

Tali preferenze sono associabili a due tipi di irrazionalità: l'*incontinenza* o l'impazienza e l'*incoerenza*. Tuttavia, anche se l'incontinenza comporta una forte svalutazione del futuro non è possibile affermare che essa è irrazionale, almeno in base alla teoria parziale della razionalità, a meno che l'attore, al momento di agire in modo incontinente, non creda che sia meglio attendere. Per converso le preferenze temporali incoerenti sono irrazionali anche in base alla teoria parziale. Ad esempio, se un piano progettato per la ripartizione dei consumi non è più in vigore al passaggio da un lasso temporale ad un altro per l'avvento di un mutamento di personalità, siamo di fronte ad un'incoerenza. Il tempo genera anche il pericolo dell'*incostanza* o mutamento irrazionale di preferenza. A tal

---

[178] *Ivi* p. 13.
[179] *Ibidem*.
[180] Jon Elster, *Logic and society*, Chichester, Wiley, 1978.
[181] Jon Elster, *Uva acerba. Versioni non ortodosse della razionalità*, cit., p. 15.
[182] *Ibidem*.

proposito è necessario sottolineare che non ogni mutamento di preferenza è irrazionale, si pensi ad un mutamento coerente con una specifica esperienza.

Come anticipato, accanto ad una teoria parziale della razionalità, Elster elabora una teoria completa. L'intento dello studioso consiste nel sottoporre ad analisi gli aspetti "più sostanziali" della razionalità. Se in senso parziale il consultare l'oroscopo prima di investire nel mercato azionario può costituire un comportamento razionale, così non è alla luce di una teoria completa della razionalità. Precisa Elster: "Noi vogliamo poter dire che agire razionalmente significa agire in modo coerente su credenze e desideri che sono non solo coerenti, ma anche razionali"[183]. La nozione di razionalità completa si pone come l'intermezzo tra un'istanza di coerenza e la ricerca della verità e del bene. In tale ottica, al fine di vagliare la razionalità di una scelta è opportuno valutare la razionalità delle credenze e dei desideri in base ai quali essa è stata determinata. Più specificamente la razionalità delle credenze e dei desideri deve essere rintracciata nella modalità in cui tali fattori si sono formati. Come sostiene Elster credenze e desideri sono razionali esclusivamente se sono stati determinati da fattori causali rilevanti[184].

Premesso che la razionalità sostanziale di una credenza concerne il rapporto tra la stessa e la prova disponibile, l'affermazione della razionalità di una credenza si basa sull'analisi della sua storia causale. Invero non è esaustivo affermare che una credenza è razionale se poggia su una prova. Deve essere piuttosto esaminato il procedimento di formazione della prova. A tal scopo risulta necessario sintetizzare una vasta quantità di informazioni. È evidente che la determinazione di una quantità ottimale di prova conduce ad un regresso all'infinito. Così è opportuno ricorrere ancora una volta all'*argomento soddisfacente*. Del resto "i principi di razionalità che governano le credenze non possono essere espressi in termini di ottimizzazione"[185]. In questo senso, il procedimento di ricerca dei criteri di formazione delle credenze si rivela un'approssimazione. Tra l'altro non può essere sottovalutato che l'agente opera in uno scenario in continua evoluzione; pertanto il risultato da raggiungere potrebbe configurare un bersaglio mobile, difficile da centrare

Per quanto riguarda la determinazione della razionalità sostanziale dei desideri Elster si serve del concetto di *autonomia*. Tale nozione implica una certa difficoltà interpretativa. Innanzitutto appare intricato stabilire se un desiderio è inciso da processi causali

[183] *Ivi* p. 25.
[184] *Ivi* p. 26: "Una credenza può essere coerente, e anche vera, un desiderio coerente e anche conforme alla morale, e tuttavia esiteremmo a definirli razionali se sono stati determinati da fattori causali irrilevanti, da una causalità psichica cieca operante «alle spalle» della persona".
[185] *Ivi* p. 28.

irrilevanti; in secondo luogo l'indagine sui desideri ha a che fare con un ambito sempre *in fieri*.

Premesso ciò lo studioso definisce il concetto di desiderio autonomo come quel desiderio che è stato scelto, acquisito o modificato deliberatamente, tramite un atto di volontà o un processo di pianificazione del carattere[186].

I desideri e le preferenze possono essere valutati e/o contestati in base alla loro origine o al loro contenuto. In quest'ottica un desiderio potrebbe essere non autonomo o non etico. Nel primo caso ci riferiamo all'adattamento delle proprie preferenze a quelle degli altri; mentre nel secondo caso dobbiamo far riferimento a preferenze ostili o sadiche e anche al desiderio di beni di posizione[187].

Il tipico esempio di desiderio non autonomo è condensato nella nota favola della "Volpe e l'Uva". Si narra che un giorno una volpe affamata vide dei grappoli d'uva, che pendevano da una vite e tentò di afferrarli, purtroppo non ci riuscì, così si allontanò pensando tra sé e sé che fossero acerbi. Tale racconto mette in luce un procedimento di adattamento, che non ha nulla a che fare con i condizionamenti volontari del desiderio, piuttosto attraverso tale comportamento adattivo l'agente cerca di giustificare razionalmente un comportamento contrario ai propri desideri. Elster fa rientrare tra i desideri non autonomi anche le preferenze controadattive, come l'anticonformismo e l'ossessione per la novità.

Come anticipato la razionalità di una preferenza o di un desiderio va misurata, anche in base alla sua moralità pratica. Utilizzando le parole di Elster: "la moralità pratica concerne soprattutto scelte "secondariamente migliori", dove ciò significa che, quando gli altri agiscono non moralmente, si dovrà deviare non solo da ciò che essi fanno, ma anche dal comportamento da adottare nella situazione ideale del comportamento universalmente morale[188]".

In definitiva la razionalità di una scelta va rintracciata sia nel procedimento di formazione delle credenze, sia nell'autonomia dei desideri e delle preferenze.

Da ciò segue che la razionalità completa delle credenze e dei desideri può essere distorta da impulsi o difetti cognitivi: la formazione di preferenze adattive, il mutamento di preferenza per ristrutturazione, l'illusione, l'errore inferenziale.

---

[186] *Ivi* p. 32.

[187] Per la nozione di beni di posizione si veda Fred Hirsh, *Social limits to growth*, Harvard University Press, Cambridge, 1976.

[188] Jon Elster, *Uva acerba. Versioni non ortodosse della razionalità*, cit., p. 35.

Come è stato affermato in precedenza la *formazione di preferenze adattive* consiste nell'adeguamento delle esigenze alle possibilità, inconsciamente l'agente riduce la frustrazione che deriva dall'impossibilità di soddisfare le sue esigenze.[189]

Il *mutamento delle preferenze per ristrutturazione* implica l'impiego di procedure che permettono di evitare le conseguenze degli errori. Si pensi al caso in cui un individuo acquisti un biglietto di teatro al costo di 5 sterline e che strada facendo perda una banconota da 5 sterline. L'accadimento non gli farà cambiare idea. Tuttavia se l'individuo ha comprato il biglietto e poi lo perde, quasi sicuramente non vorrà acquistarne un altro[190].

L'illusione (*wishful thinking*) "è la determinazione delle credenze da parte delle esigenze"[191]. L'individuo pensa al mondo in base all'immagine che si è fatto di esso. Secondo questo difetto cognitivo il desiderio di raggiungere un determinato risultato ingenera la credenza di raggiungerlo.

Ulteriore difetto cognitivo è l'*errore inferenziale*, in questa categoria sono riconducibili un numero enorme di giudizi infondati e inferenze ingenerate da difetti dell'apparato cognitivo.

È interessante domandarci fino a che punto impulsi e devianze cognitive, che influenzano ogni ordinario procedimento decisionale, condizionino la decisione giudiziaria e l'argomentazione giuridica. Sicuramente il giudice, come ogni uomo è soggetto a fallacie del ragionamento e a distorsioni dell'impianto cognitivo, tuttavia è possibile affermare che la decisione giudiziaria è uguale e nello stesso tempo differente rispetto alle decisioni che gli individui adottano quotidianamente.

L'elemento differenziale è dato sicuramente dal contesto obbligato della decisione giudiziaria. Le prescrizioni procedurali hanno una duplice valenza: se da un lato costituiscono la garanzia dall'arbitrio del decisore, dall'altro limitano lo scenario entro il quale la decisione deve essere assunta. In tale ottica la decisione giudiziaria, al pari di ogni decisione soggetta ai vincoli dell'apparato cognitivo, si muove entro uno schema precostituito, quello delineato dalle regole giuridiche. A tal proposito appare opportuno sottolineare, conformemente a quanto fa Elster che l'impiego di regole e principi

---

[189] *Ivi* p. 36.

[190] L'esempio è tratto da Amos Tversky e Daniel Kahneman, *Judgment under uncertainty*: *Heuristics and Biases*, cit.

[191] Jon Elster, *Uva acerba*. *Versioni non ortodosse della razionalità*, cit. p. 37.

decisionali è ottimale quando essi conducano il decisore ad "economizzare" sui costi di raccolta e selezione delle informazioni[192].

6. Razionalità imperfetta

La teoria dell'agire umano considera l'azione il risultato di almeno due successivi procedimenti di selezione: il primo è teso a limitare l'insieme delle azioni astrattamente possibili all'insieme delle alternative realizzabili; il secondo invece ha l'effetto di isolare, tra le alternative disponibili, quella che deve essere portata a termine[193].

Come è stato in precedenza sottolineato, tale procedimento di scelta è connotato dall'avvicendarsi di distorsioni cognitive, dalla disponibilità di un numero limitato di informazioni e dalla scarsità di tempo. Si sa l'uomo non è né un essere puramente razionale, né totalmente irrazionale, ma "una creatura imperfettamente razionale", capace di correggere strategicamente la propria "miopia"[194].

L'agente, consapevole di una sua inclinazione irrazionale, può obbligarsi a prendere una decisione in un tempo t_1 al fine di far aumentare la probabilità di ottenere un'utilità maggiore in un tempo t_2.

Nella vita quotidiana non mancano esempi di tale procedimento. Si pensi agli stratagemmi posti in essere per combattere la dipendenza da nicotina o agli espedienti utilizzati per modificare il proprio regime alimentare.

Secondo la tradizionale definizione di razionalità, un individuo è razionale quando abbia preferenze coerenti in qualsiasi istante di tempo. Tuttavia tale assunto deve fare i conti con l'incoerenza delle preferenze temporali e con il cambiamento endogeno delle preferenze. Considerato ciò, Elster propone che la doppia irrazionalità dell'individuo, data dall'esistenza di preferenze temporali, per di più incoerenti, possa essere livellata dalla conoscenza dei suoi vari io. Tale presa di coscienza condurrà l'individuo ad adottare precauzioni al fine di controllare le oscillazioni temporali delle sue preferenze[195].

---

[192] Jon Elster, *Ulisse e le Sirene. Indagini sulla razionalità e irrazionalità*, trad. it. a cura di Paolo Garbolino, Bologna, il Mulino,1983, p. 115.
[193] *Ivi* p. 140.
[194] *Ivi* p. 153.
[195] *Ivi* p. 133: "Non è del tutto implausibile psicologicamente che una persona doppiamente irrazionale - ha preferenze temporali e pure incoerenti - possa conoscere il proprio carattere e prendere delle precauzioni contro i suoi altri io così da controllarli".

In altre parole l'uomo, pur essendo non essere razionale, può riconoscere l'irrazionalità e canalizzarla obbligandosi. Tale razionalità è definita imperfetta o subottimale.
L'irrazionalità è dunque *prevedibile*: si manifesta e si ripete costantemente entro gli stessi schemi. Senza ombra di dubbio comprendere in che modo essa prende forma costituisce il punto di partenza per migliorare le capacità decisionali degli individui[196].
A questo punto è necessario soffermarci su una modalità peculiare che l'agente adotta per obbligarsi ad agire in una certa maniera: la decisione di credere.
Diretto è il riferimento all'argomento della scommessa di Pascal. Il filosofo si interroga sull'utilità derivante dal credere nell'esistenza di Dio. Egli sostiene che è conveniente credere in Dio, in quanto se esistesse, il credente potrebbe godere della beatitudine eterna, in caso contrario trascorrerebbe comunque una vita lieta, non incisa dalla consapevolezza che la vita si arresta con la morte[197]. Invero se Dio esistesse, il credente riceverebbe un premio infinitamente grande. Da ciò segue che per il principio della massimizzazione dell'utilità attesa conviene essere credenti. La decisione di credere è indubbiamente paradossale. La ragione per se stessa non può offrire una dimostrazione dell'esistenza di Dio, ma fornisce la prova che credere comporta una notevole utilità.[198]
In un passaggio dei "Pensieri" il ragionamento di Pascal diverge lievemente da tale assunto. Il filosofo sostiene che, attraverso un lampo dell'intelletto, la ragione può arrivare ad afferrare l'esistenza di Dio, ma ciò non è abbastanza, pertanto, con lo scopo di sostenerla, interviene l'abitudine[199].
Decidere di abbandonarsi ad un elemento fideistico implica che la ragione stessa decide di fare un passo indietro. Come osserva Elster: "una razionalità di secondo livello decide che la razionalità debba essere abolita"[200].
Se da un lato una credenza può non essere necessariamente connessa con ragioni che la giustificano in base ad un principio di coerenza causale, dall'altro "nulla è più conforme alla ragione come questa sconfessione della ragione"[201].

---

[196] Sul punto si fa riferimento all'interessante studio di Dan Ariely, *Prevedibilmente irrazionale*, trad. it. a cura di Chicca Galli, Milano, Rizzoli, 2008.
[197] Blaise Pascal, *Pensieri*, trad. it. a cura di Paolo Serini, Torino, Einaudi, 1962.
[198] Jon Elster, *Ulisse e le sirene. Indagine sulla razionalità e irrazionalità*, cit. p. 106.
[199] Blaise Pascal, *op. cit*. p. 62-63: "Bisogna acquisire una credenza più agevole, quella dell'abitudine: che senza violenza, senz'arte, senza argomentazioni, ci fa credere le cose e inclina verso questa credenza tutte le nostre facoltà, di modo che la nostra anima ci cade naturalmente".
[200] Jon Elster, *Ulisse e le sirene. Indagine sulla razionalità e irrazionalità*, cit., p. 110.
[201] Blaise Pascal, *op. cit*. p. 57.

7. Diritto e razionalità

Nella *Sociologia del diritto* Max Weber sostiene che il diritto può essere razionale in diversi sensi, ciò dipende dal grado di razionalizzazione che lo sviluppo del pensiero giuridico ha intrapreso[202]. La razionalizzazione del diritto concerne la generalizzazione e la sistematizzazione dei fatti e dei principi a cui deve essere attribuita rilevanza giuridica. Più specificamente la generalizzazione consiste nella "riduzione delle ragioni a cui si fa ricorso per la decisione del caso singolo a uno o più 'principi'" giuridici, come pure l'astrazione di fatti degni di tutela giuridica[203]. Per sistematizzazione invece si intende "il coordinamento di tutti i principi giuridici ricavati con il lavoro di analisi, in modo tale da formare un sistema di regole logicamente chiaro privo di contraddizioni interne e soprattutto - almeno in linea di principio - privo di lacune"[204].

Solo attraverso la razionalizzazione, una decisione giuridica può diventare "un'applicazione" calcolabile di un principio astratto a un fatto concreto.[205] Del resto un ordinamento giuridico è razionale quando sa andare oltre "l'irrazionalità del singolo caso".

Il diritto come osserva Weber è costituito sia da una componente formale, sia da una componente materiale. Il punto di vista formale pone in rilievo *come* si decide, mentre il punto di vista materiale *cosa* si decide. Come è noto ogni ordinamento giuridico è dato dall'insieme di forma e contenuto.

Considerato che sia la componente formale sia la componente materiale del diritto sono soggette a razionalizzazione, ogni ordinamento giuridico è innervato da una razionalità formale e da una razionalità materiale. Se nelle comunità primitive razionalità formale e materiale erano congiunte, nelle società moderne esse vengono a divaricarsi.

Un ordinamento giuridico è formalmente razionale se si serve di mezzi controllabili razionalmente, al contrario è materialmente razionale quando "la decisione delle questioni giuridiche deve essere influenzata da norme di dignità qualitativa diversa dalle generalizzazioni logiche di interpretazioni astratte - cioè da norme come imperativi etici o regole di opportunità utilitaristica e di altra specie, o massime politiche"[206].

---

[202] Max Weber, *Economia e società*, cit. vol. III, p. 14
[203] *Ivi* vol. III, p.17
[204] *Ivi* vol. III, p.15
[205] *Ivi* vol. III, p.17; Wolfgang Schluchter, *Lo sviluppo del razionalismo occidentale*, trad. it. a cura di Sergio Cremaschi, Bologna, il Mulino, 1987, p. 164.
[206] Max Weber, *op. cit.* vol. III, p. 16.

Al contrario un ordinamento è materialmente irrazionale quando si fonda su decisioni adottate in base a "valutazioni concrete nel caso singolo" di natura etica, affettiva o politica e non invece norme generali[207]. Deve essere a questo punto precisato che sia l'aspetto formale che l'aspetto materiale del diritto può essere razionale o irrazionale, alla luce di ciò è opportuno effettuare una distinzione tra diritto formalmente irrazionale, materialmente irrazionale, formalmente razionale e materialmente razionale. Da ciò segue una decisione giuridica può essere formalmente razionale e materialmente irrazionale, formalmente irrazionale e materialmente razionale, formalmente irrazionale e materialmente irrazionale, formalmente razionale e materialmente razionale. Ciò dipende dalla irrazionalità o al contrario dalla razionalità della forma e del contenuto della decisione. Secondo l'analisi di Max Weber il processo primitivo, ad esempio, ha un carattere formalmente razionale e materialmente irrazionale. Più precisamente il "carattere fortemente formale" è in contrasto con il carattere irrazionale dei fondamenti della decisione. Non esistono massime, ma esclusivamente verdetti, questi ultimi però non costituiscono "un diritto oggettivo" sul quale fondare una decisione concreta. Il momento decisionale non consta ancora della sussunzione di un fatto sotto una norma, ma della concreta rivelazione di un verdetto da parte delle potenze magiche. É vero che la decisione che individua chi, come e quando possa essere rivolta una domanda alle forze magiche implica l'avvio di una formulazione di concetti giuridici tecnici, tuttavia in questo modo: "non si fa ancora distinzione fra questione di fatto e questione di diritto, tra norme oggettive e la «pretesa» soggettiva che esse garantiscono all'individuo, tra pretesa di adempimento di una obbligazione e richiesta di vendetta per un delitto […] tra diritto pubblico e privato, tra creazione e applicazione del diritto; e nemmeno […] tra «diritto» nel senso di una norma attributiva di pretese ai singoli interessati, e «amministrazione» nel senso di disposizioni di carattere puramente tecnico dalle quali, come «riflesso» derivano ai singoli individui determinate possibilità"[208]. E ancora: il carattere formale del processo primitivo è imperniato nell'impossibilità di distinguere tra forma e contenuto.
La forma esteriore è il contenuto e l'azione giuridica svolta nel corretto iter rituale conduce "ad un verdetto *materialmente* «giusto»". Invero una decisione è materialmente irrazionale quando si fonda su un giudizio concreto-intuitivo che non è in alcun modo controllabile razionalmente[209].

---

[207] *Ibidem*.
[208] *Ivi* vol. III, p. 99, sul punto si veda altresì Wolfgang Schluchter, *op. cit*. p. 172.
[209] Max Weber, op. cit. vol. III, p. 134.

Alla luce di quanto detto una decisione è sia formalmente che materialmente razionale quando la procedura è finalisticamente orientata ad uno scopo - il verdetto - e, altresì, quando quest'ultimo si è formato in modo materialmente corretto, ovvero è riconducibile a "principi". Invero la decisione giuridica deve poggiare su una base che va al di là della tecnica giuridica[210].

Alla luce dell'insegnamento di Max Weber in tema di azione razionale, possiamo mutuare una definizione di decisione razionale. Una decisione giuridica è razionale quando il decisore sceglie consapevolmente fini da un orizzonte di valori delineato in maniera trasparente e nel realizzarli misura razionalmente i mezzi in rapporto agli scopi, gli scopi in rapporto alle conseguenze ed infine i diversi scopi possibili in rapporto reciproco.

Tuttavia è evidente che il giudice non può conoscere il rapporto tra mezzi e conseguenze, né può comparare gli scopi possibili tra di loro. Da ciò deriva che la decisione giuridica si pone come intermezzo tra un agire razionale rispetto allo scopo e un agire razionale rispetto al valore. In tale ottica una decisione giuridica può più opportunamente essere definita ragionevole[211].

[210] Sul punto si veda Wolfgang Schluchter, op. cit. p. 176.
[211] Si rinvia al capitolo III, paragrafo 10 del presente lavoro.

CAPITOLO III

PROCESSO, DECISIONE, LINGUAGGIO

1. "Della decisione della causa"

Spostando il focus dell'attenzione sulla peculiarità organizzativa e funzionale del sistema giuridico, è facile notare come la decisione riemerga, dall'intelaiatura delle norme, quale fenomeno reso *prima facie* controllabile dal diritto.

Del resto, fa parte della logica di ogni ordinamento giuridico stabilire che il punto di chiusura del sistema converga in una decisione conoscibile e impugnabile fino ad un grado definito e definitivo, secondo le regole che ogni ordinamento prevede. A titolo meramente esemplificativo il presente lavoro avrà ad oggetto l'analisi del paradigma normativo italiano.

In particolare il capo III, titolo I, libro II del c.p.c, titolato "Del processo di cognizione", ha interamente ad oggetto "la decisione della causa". Le norme sul procedimento di fronte al tribunale collegiale assumono rilevanza poiché fungono da paradigma attraverso il quale la decisione può essere sezionata e successivamente ricostruita, in quanto procedura. Invero dalla lettura degli artt. 275 e 276 c. p.c. essa si presenta come un insieme di fasi, scandite da atti.

L'art. 275 c.p.c individua, nella rimessione della causa in collegio, il punto di partenza della fase decisoria. Il deposito delle memorie conclusionali di replica, l'eventuale discussione orale, la deliberazione, l'emissione della sentenza e il suo deposito sono tappe che, al ritmo dei termini prescritti dalla legge, cadenzano l'ultimo stadio del processo di cognizione. Se il deposito sancisce per la sentenza l'acquisto del valore di atto giurisdizionale non più modificabile dal giudice, nonché giuridicamente esistente; la deliberazione è il momento costitutivo della decisione. A tal proposito è significativa la lettura degli artt. 276 e 277 c.p.c. In particolare l'art. 276 comma I c.p.c. recita: "la decisione è deliberata in segreto nella camera di consiglio", precisando, in tal modo, la natura della deliberazione quale "atto interno al giudice". Ma l'articolo succitato è essenziale soprattutto ai fini della comprensione del nesso intercorrente tra decisione e deliberazione; legame ulteriormente specificato dall'art. 277 comma I c.p.c, allorché sancisce che "il collegio nel deliberare sul merito deve decidere tutte le domande proposte e le relative eccezioni, definendo il giudizio".

Dal dettato legislativo decisione e deliberazione risultano operazioni così profondamente inanellate, da non poterne tracciare i rispettivi confini. Affermare che "la decisione è deliberata […]" o che "il collegio nel deliberare decide […], corrisponde ad asserire, non

solo, che la decisione consiste nel soppesare, ponderare le ragioni delle parti, così come emergono dalle risultanze processuali, ma anche, che essa corrisponde all'esito dell'attività deliberativa. Invero non è un caso che l'art. 276 titolato "Deliberazione" prescriva l'ordine delle questioni che il collegio deve discutere, esaminare, votare e dunque decidere secondo la regola della maggioranza. Questa norma, mentre fissa la modalità in cui la decisione deve essere assunta, la converte inevitabilmente in rito. Del resto, si sa, la procedura vive dell'eccedenza del mezzo sullo scopo. Come è noto, proprio il ricorso ad una trama di regole prefissate, che dilata la decisione suddividendola in fasi, riesce ad inglobare il carico dirompente di incertezza connaturato geneticamente nel suo contenuto. Questa è la tecnica che il diritto sceglie di adottare per rendere prevedibile la decisione.

È interessante ancora una volta riflettere sulle parole di cui la legge si fa depositaria.

In particolare, l'art. 277 c.p.c titolato "Pronuncia sul merito" ci consegna la sagoma di un concetto, i cui tratti diventano mano a mano più nitidi. Il legislatore statuisce che, nel deliberare il collegio decide tutte le domande proposte e le relative eccezioni e, che, nel decidere definisce il giudizio.

Deliberare, decidere, definire sono forme linguistiche che, seppur appartenenti ad uno stesso campo semantico, si colorano di sfumature diverse.

Il punto di tangenza tra i termini succitati è sicuramente rintracciabile nella particella *de*. Essa individua un moto doppio di allontanamento/provenienza o separazione/derivazione da un'originaria unità; per altro verso, da un campo di possibili alternative. Evocativa, tra le altre, la parola deliberare - da *de-liber- àre* - richiama l'azione del togliere una cosa dalla bilancia (*líbra* o *líbera*), dopo averne individuato il peso; azione generalmente prodromica alla consegna di un bene al compratore. Non a caso tale termine ha assunto il significato di "pesare mentalmente", nel senso di soppesare o ponderare.

È necessario a tal riguardo far riferimento al pensiero aristotelico. Nell'Etica Nicomachea, il filosofo definisce la deliberazione come un'analisi che circoscrive l'oggetto della scelta determinandolo. Più precisamente: "è ciò che è stato precedentemente giudicato dalla deliberazione ciò che viene scelto"[212].

Pertanto la deliberazione se, da un lato corrisponde al fondamento logico della decisione, dall'altro costituisce un micro giudizio nel giudizio. Tale procedimento, che ha a che fare con il calcolo prudente dei mezzi più opportuni per il perseguimento di fini già posti,

[212] Aristotele, *Etica Nicomachea*, a cura di Claudio Mazzarelli, Milano, Bompiani, 2000, 1113 a 5.

equivale, per dirla come Aristotele, alla costruzione di una figura geometrica. Invero "ogni deliberazione è una ricerca"[213], il cui risultato finale è il giudizio o decisione (*κρίσις*)[214].

Rilevante a tal punto è una considerazione che si può assumere dall'insegnamento di Jürgen Habermas: la deliberazione deve pervenire ad un consenso fondato. La fondatezza del consenso è data dal sigillo del "miglior argomento", unico elemento per così dire "coattivo" nel procedimento di ricerca cooperativa della verità. In cosa consiste il miglior argomento o cosa rende un argomento migliore di un altro sono interrogativi che rimangono inevitabilmente aperti[215].

Come precedentemente rilevato, il diritto traduce nel suo linguaggio l'evento così nitidamente scandagliato. Invero la decisione riaffiora dall'assetto codicistico proprio come esito della deliberazione. Più in particolare l'art. 277 comma I c.p.c disciplina la "pronuncia sul merito", inserendola all'interno di un *climax* ascendente, che si snoda dalla deliberazione alla decisione, fino alla "definizione del giudizio". La norma in esame prescrive che il collegio nel deliberare deve decidere e pertanto definire il giudizio. In altre parole il legislatore individua nella "definizione" il profilo funzionale della decisione, che ad un'attenta analisi coincide con il suo contenuto sostanziale. Non a caso il verbo *finire* richiama l'azione di "tracciare confini" e nello stesso tempo di "terminare". Difatti la decisione è la pronuncia che nello stabilire una differenza pone fine alla lite. Diretto è il riferimento all'art. 2909 c.c. Tale norma sancisce che: la "sentenza passata in giudicato fa stato ad ogni effetto tra le parti, i loro eredi e aventi causa" in base al criterio della continuità soggettiva dell'accertamento contenuto nella sentenza. Tuttavia il giudicato può dispiegare un'efficacia riflessa nei confronti di soggetti terzi. In particolare la forza del giudicato investe i terzi, partecipi del rapporto giuridico in questione, la cui posizione giuridica sia subordinata alla posizione di una delle parti. Altro scenario che vede implicati i terzi, seppur in maniera meno dinamica rispetto alla prima ipotesi, può essere illustrato come segue: la cosa giudicata formatasi tra le parti, non può essere

---

[213] Aristotele, *Etica Nicomachea*, *cit.*, a 20 - 25.

[214] La parola *κρίσις* , riconducibile al verbo *κρίνω* da cui il latino *cerno*, *discrimen*, *cribum*, è utilizzata nella produzione aristotelica sia nell'accezione di "giudicare" che di "decidere".

[215] "Coloro che partecipano all'argomentazione non possono fare a meno di presupporre che la struttura della loro comunicazione escluda, per via di caratteristiche da descrivere formalmente, qualsiasi coazione che, oltre a quella costituita dall'argomento migliore, influisca dall'esterno sul processo di intesa o ne derivi, e quindi, neutralizzi ogni movente che non sia quello della ricerca cooperativa della verità": Jürgen Habermas, *Etica del discorso*, a cura di Emilio Agazzi, Roma - Bari, Laterza, 1985 p. 99; sul consenso fondato si veda di Jürgen Habermas, *Verità e giustificazione*, traduzione di Mario Carpitella, Roma-Bari, Laterza, 2001.

disconosciuta dai terzi, titolari di un rapporto giuridico diverso, ma in concreto compatibile, col rapporto dedotto in giudizio.
Alla luce di tali aspetti, è possibile notare come la decisione ultima condivida e allo stesso tempo si differenzi dal comando legislativo per il connotato dell'assolutezza. Pertanto in riferimento al giudicato si può parlare in termini di "assolutezza relativa".

2. Giudicato e forza di legge

La disposizione succitata è indubbiamente carica di significato. La sua lettura ci conduce difatti al cuore segreto della decisione giurisdizionale, che è celato e contestualmente svelato dalla costruzione normativa.
È necessario precisare che tale norma non può essere interpretata se non in riferimento all'assunto che la sentenza passata in giudicato ha "forza di legge" tra le parti, i loro eredi e aventi causa.
Tale espressione richiama l'art. 2 delle disposizioni sulla legge in generale, nella parte in cui il legislatore sancisce che gli atti del Governo hanno forza di legge. Se, da punto di vista procedurale, sancire che i decreti legislativi e i decreti legge hanno forza di legge equivale ad assoggettarli ad un determinato regime giuridico; da un punto di vista sostanziale tale locuzione pone in rilievo il carattere costitutivo della legge: la sua forza.
Il legame tra diritto e forza ha da sempre attraversato il dibattito filosofico e giuridico.
Degna di rilievo, tra le altre, è la riflessione kantiana. Nella *Metafisica dei costumi*, il filosofo sottolinea che il diritto implica in se stesso *a priori*, nella struttura analitica del suo concetto "la facoltà di costringere colui che lo pregiudica". Più precisamente: "quando un certo uso della libertà è esso stesso un ostacolo alla libertà secondo leggi universali (vale a dire è ingiusto), allora la costrizione oppostagli, in quanto impedisce un ostacolo fatto alla libertà, s'accorda con la libertà secondo leggi universali, ossia è giusto: al diritto è quindi immediatamente connessa, secondo il principio di contraddizione, la facoltà di costringere colui che lo pregiudica." Del resto, come è noto, per Kant il diritto consiste proprio nell'accordo della coazione generale e reciproca con la libertà di ognuno.
In questo senso è rilevante sottolineare che il legame tra diritto e forza è duplice: la norma é comando, strutturalmente connesso ad un *surplus* di coazione, la sanzione. Alla luce di queste considerazioni, asserire che la decisione definitiva è precetto, così come

evidenziato dalla dottrina e dalla giurisprudenza di legittimità, conduce allo svelamento del dogma della "forza di legge".

Invero la decisione definitiva fissa la regola del caso concreto. Del resto è stato rilevato che "il giudicato […] partecipa alla natura dei comandi giuridici e, conseguentemente la sua interpretazione non si esaurisce in un giudizio di fatto, ma deve essere assimilata, per la sua intrinseca natura e per gli effetti che produce, all'interpretazione delle norme giuridiche"[216].

Come alla legge, la sentenza passata in giudicato è atto linguistico, che attraverso il veicolo dell'enunciazione, vincola e produce cambiamenti.

Interessante è, a questo punto, osservare la decisione giudiziaria attraverso lo spettro delle grandi categorie concettuali elaborate dalla filosofia del linguaggio. Attraverso tale angolo visuale la decisione passata in giudicato può essere considerata *un enunciato performativo*. Come è noto, è John Langshaw Austin a spiegarci cosa debba intendersi per performativo. Questa parola deriva dal verbo *to perform* (e ovviamente da performare) che ha il significato di eseguire. Stabilire che un enunciato è performativo corrisponde ad affermare che la pronuncia dell'enunciato costituisce l'esecuzione di un'azione. In questo senso la decisione giudiziaria, come del resto la norma, non corrisponde esclusivamente ad un dire qualcosa, ma più propriamente ad un fare qualcosa. Invero la decisione giudiziaria nel momento in cui regola una situazione di fatto la costituisce Tuttavia, affinché il performativo operi correttamente, è necessaria la presupposizione di alcune condizioni. Innanzitutto "deve esistere una procedura convenzionale accettata avente un certo effetto convenzionale, procedura che deve includere l'atto di pronunciare certe parole da certe persone in certe circostanze"[217]. In secondo luogo la procedura deve essere eseguita correttamente e completamente.

Queste condizioni rimandano inevitabilmente alla questione della legittimità e dunque dell'autorità.

A tal proposito significativa è l'osservazione di Émile Benveniste, che nell'analizzare la derivazione di *auctor*, afferma: "Ogni parola pronunciata con un'autorità determina un cambiamento del mondo, crea qualche cosa; questa qualità misteriosa è quello che *augeo*

[216] Così: Cass., sez. I, 24 maggio 2007, n. 12157; conforme: Cass., sez. III, 16 maggio 2006, n. 11356.
[217] John L. Austin, *Come fare cose con parole*, a cura di Carli Penco e Marina Sbisà, Genova, Marietti, 1987, p. 25.

esprime […][218]. Tuttavia il mistero che avvolge l'autorità è, in larga parte, quello relativo al suo fondamento.

Non a caso Montaigne parla di "fondamento mistico" dell'autorità. Più precisamente il filosofo afferma: "Ora, le leggi mantengono il loro credito non perché sono giuste, ma perché sono leggi. È il fondamento mistico dell'autorità; non ne hanno altri […]. Chiunque obbedisca loro perché sono giuste, non obbedisce loro giustamente come deve."[219] Il discorso sulla giustizia è riletto da Pascal, che ne mette in luce il legame imprescindibile con la forza. Spiega il filosofo: "E così, non essendosi potuto fare in modo che quel che è giusto fosse forte, si è fatto in modo che quel che è forte fosse giusto". Del resto "la giustizia senza forza è contraddetta" così come "la forza senza giustizia viene riprovata".[220]

Rimodulando in chiave di decisione tale riflessione si potrebbe affermare che le decisioni giurisdizionali definitive hanno credito non perché sono giuste, ma perché sono forti. Tale forza deriva dalla cogenza propria dell'autorità di giudicato. Per utilizzare le parole di Montaigne siamo di fronte ad una delle *finzioni legittime* sulle quali il diritto fonda "la verità della sua giustizia".[221] Invero l'autorità delle decisioni si fonda proprio sul credito che si accorda loro. Tale investimento è un vero e proprio atto di fede.

Può anche opportunamente essere affermato che un'altra particolare finzione legittima è la "finzione di verità". Di tale concetto troviamo una manifesta traccia in un frammento del Digesto. Invero Ulpiano scrive: che colui che è dichiarato ingenuo per sentenza, va trattato come ingenuo, se pur fosse libertino: "*quia res iudicata pro veritate accipitur*"[222]

La cosa giudicata, dunque, sancisce una verità formale. Utilizzando le parole di Giuseppe Chiovenda "i fatti non veri possono essere veri agli effetti giuridici": questa è la "irrealtà" con cui la teoria della cosa giudicata si misura costantemente[223].

Il giurista, nei Nuovi Saggi di Diritto civile, narra di un fraintendimento della preclusione di impugnativa della nullità e della sua attrazione nel principio della cosa giudicata. L'influenza del diritto germanico, portò all'introduzione a Roma di una distinzione tra nullità sanabili e insanabili, che *ab initio* sopravvivevano entrambe al giudicato. Le prime

---

[218] Lo studioso sottolinea come anticamente il verbo *augeo* designasse l'atto di produrre non riconducibile all'uomo quanto piuttosto agli dei e alle forze naturali: Émile Benveniste, *Il dizionario delle istituzioni indoeuropee*, Torino, Einaudi, 1976, vol. II, p. 398.
[219] Montaigne, *Saggi*, Milano, Adelphi, 1966, pp. 1433 e sg.
[220] Pascal, *Pensieri*, Torino, Einaudi, 1962, p. 145.
[221] Montaigne, *Saggi*, cit., p. 809.
[222] Fr. 25 Dig. De statu hom. 1, 5.
[223]Giuseppe Chiovenda, *Nuovi saggi di diritto processuale civile*, Napoli, Jovene Casa editrice, 1912, p. 85.

potevano essere fatte valere entro un termine, decorso il quale venivano sanate. Tuttavia questa preclusione dell'impugnativa di nullità, fu travolta dal potere trasfigurante della cosa giudicata. Così, se il giudice incompetente si dichiara competente pronuncia nel merito, e la sentenza non è impugnata, la nullità è sanata. Dunque col passaggio in giudicato della sentenza si afferma la verità del diritto che il giudice fosse competente.
Nota ancora il giurista "quando si parla di verità formale, di finzione e di presunzione di verità, si pensa ad un confronto tra ciò che la sentenza è e ciò che potrebbe o dovrebbe essere. Ma questo confronto lo facciamo noi accademicamente discorrendo, non il diritto".[224]
Tuttavia deve essere sottolineato che questa presunzione di verità ha essenzialmente una giustificazione sociale: senza di essa l'ordinamento giuridico non potrebbe esistere.

3. Circuiti decisionali

É bene riflettere, a questo punto, sulla specifica disciplina della "cosa giudicata", che sebbene condivida con la legge un fondamento comune, se ne differenzia per la struttura, la funzione, nonché per l'ambito e la modalità di dispiegamento degli effetti. Ai sensi del succitato art. 2909 c.c. il legislatore definisce "la cosa giudicata" nei termini di giudicato sostanziale.
Tale norma statuisce, come già sottolineato, che la sentenza passata in giudicato è regola preposta ad eliminare l'incertezza dei rapporti dedotti in giudizio. In questo senso, la forza vincolante della sentenza non solo impone allo stato litigioso una stabilità, che ha origine proprio dalla cogenza del provvedimento, ma esclude anche la riproposizione della domanda su cui si è deciso. Altresì la cosa giudicata funge da criterio e limite per l'agire del giudice. Essa impone all'autorità giudiziaria di uniformarvisi e nello stesso tempo le preclude di rinnovare l'esame di merito di una questione che ha in comune con il giudicato gli stessi elementi costituitivi. Del resto il principio del *ne bis in idem* opera entro una serie di limiti soggettivi e oggettivi. Come è noto i primi riguardano i soggetti su cui si esplicano gli effetti del giudicato, i secondi sono invece costituiti dal titolo dell'azione e dal bene della vita che ne forma l'oggetto. A tal punto è necessario sottolineare che la valutazione dell'operatività del principio del *ne bis in idem* integra un momento

[224] *Ivi* p. 89.

decisionale. È il giudice ad accertare l'identità tra un secondo giudizio ed un precedente giudicato per quanto concerne il *petitum* e la *causa petendi*. Entro tali margini il giudicato sostanziale copre non solo il dedotto, ma anche il deducibile[225]. Invero la *res giudicata* si forma non soltanto sulle ragioni di fatto e di diritto fatte valere in giudizio, ma anche sulle questioni, che sebbene non specificamente dedotte, costituiscano le premesse necessarie e i fondamenti logico-giuridico per l'emanazione della pronuncia. Tuttavia è stato statuito che: "per aversi giudicato implicito su di una questione preliminare o pregiudiziale, come logica implicazione della decisione sul merito è indispensabile, che almeno un punto di merito, sia coperto da giudicato esplicito"[226].

Invero se da un lato, la forza vincolante della cosa giudicata porta il sostrato logico e giuridico del *decisum* a consolidarsi, dall'altro senza la preventiva decisione di questioni antecedenti, la causa esplicitamente risolta non potrebbe essere decisa. Inoltre é stato autorevolmente evidenziato che tra la questione decisa esplicitamente e quella risolta implicitamente sussista un rapporto indissolubile tale da determinare "l'assoluta inutilità" di una pronuncia sulla seconda questione[227]. Pertanto tra l'una e l'altra sussisterebbe non un semplice nesso di causa effetto, ma un vero e proprio legame di interdipendenza. Ma a questo punto sembra più appropriato parlare di autonomia relativa del giudicato esplicito rispetto al giudicato implicito e viceversa.

Spostando ora l'attenzione sul processo giurisdizionale nel suo insieme, è facile notare come esso sia costituito da una catena di sottosistemi decisionali interconnessi. Certamente il procedimento di ammissione delle prove fa parte di questo circuito di reciproche relazioni.

Come si evince dal noto brocardo latino, *iura novit curia*: "il giudice conosce il diritto". Più precisamente, il diritto, al contrario dei fatti che ne costituiscono il fondamento, non ha bisogno di essere provato. Ciò emerge *a contrario* dalla lettura dell'art. 2697 c.c. . Del resto, utilizzando le parole di Filippo Vassalli, l'onere della prova è una "condizione imposta dalla legge di valersi di un determinato mezzo se si vuol raggiungere il conseguimento del fine cui si tende: che in questo caso è la vittoria del processo"[228]. La dimostrazione di un fatto è dunque richiesta in quanto conduce, seppur in via mediata, alla prova dell'esistenza di un diritto. Invero la prova, definita dallo stesso Vassalli come

[225] Si vedano: Cass., 13 aprile 1954, n. 1171; Cass., 21 novembre 1967, n. 2794; Cass. 19 marzo 1980, n. 1836; Cass. 6 marzo 1996, n. 2205.
[226] Si veda: Cass., sez I, 29 aprile 2004, n. 8204.
[227] Cass., S. U., 29 aprile 2003, n. 6632.
[228] Filippo Vassalli, *Della tutela dei diritti*, Matera, Antezza, 2014, p. 57.

un "negozio di assicurazione del diritto"[229] determina la convinzione del giudice, cosicché egli ritenga per vero il fatto posto a fondamento della decisione. È evidente che "nella meccanica del processo funzionano delle norme di legge e dei fatti, e si ricerca appunto qual è la norma da applicare ad una determinata specie di fatti per trarne delle conseguenze a favore o contro qualcuno"[230]. In tale procedimento risiede appunto la decisione. Tuttavia per tornare alla premessa iniziale, la decisione ultima risulta dal concatenarsi di una serie di giudizi finalisticamente e funzionalmente ad essa orientati. Il comma I dell'art 116 c.p.c. sancisce che "il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento, salvo che la legge disponga altrimenti". Dunque spetta al giudice di merito individuare le fonti del proprio convincimento. Tale operazione consta del controllo dell'attendibilità delle prove, nonché della scelta, tra le risultanze istruttorie, di quelle idonee ad accertare i fatti oggetto della controversia. Il giudizio in tal modo articolato conduce all'emersione di una preferenza: tra le risultanze processuali solo alcune sono ritenute idonee a dimostrare la veridicità dei fatti ad esse sottese. Può affermarsi a tal punto che la facoltà di escludere la rilevanza di una risultanza probatoria corrisponde ad un sottosistema di giudizio nel più ampio procedimento di valutazione delle prove. Come è stato affermato da un pacifico orientamento giurisprudenziale: "il giudice non è tenuto a valutare analiticamente tutte le risultanze processuali, né a confutare singolarmente le argomentazioni prospettate dalle parti"[231], ma è sufficiente che egli dopo averle valutate nel suo complesso, indichi gli elementi sui quali intende fondare il proprio convincimento, nonché l'*iter* seguito per il raggiungimento delle sue conclusioni[232]. Inoltre è necessario sottolineare che tale apprezzamento è insindacabile in cassazione, se sostenuto da una motivazione immune da vizi logici e giuridici.

Certamente la valutazione della prova si esplica nella sua pienezza in un momento successivo all'assunzione, in modo che sia costantemente misurata con tutti gli elementi acquisiti nel processo. Tuttavia è bene sottolineare che, in sede di ammissione la prova è investita da un preventivo giudizio. Ai sensi del combinato disposto tra l'art. 183 VII comma c.p.c e l'art.184 c.p.c. il giudice istruttore ha il potere-dovere di decidere sull'ammissibilità e sulla rilevanza delle prove. Più specificamente, con particolare

[229] *Ivi* p. 51.
[230] *Ivi* p. 46.
[231] Cass., 23 aprile 2001, n. 5964.
[232] In tal senso Cass., 6 settembre 1995, n.9384; Cass., 30 ottobre 1998, n. 10896; Cass., 10 maggio 2000, n. 6023; Cass., 18 ottobre 2001, n. 12751; Cass., 14 Novembre 2002, n. 16034; Cass., 28 giugno 2006, n.14972.

riguardo all'ammissione della prova testimoniale, l'art. 245 c.p.c. sancisce che il giudice compie un vero e proprio giudizio sulla sua superfluità o genericità. Del resto l'ordinanza istruttoria di cui al I comma del succitato articolo è espressione del potere discrezionale del giudice, che è chiamato a valutare l'astratta idoneità della prova ad incidere sulla decisione. Tale provvedimento, che è privo di efficacia decisoria, dunque insindacabile in sede di legittimità, corrisponde ciononostante alla definizione di un preciso contesto argomentativo.

Dalla lettera dell'art. 245 I comma c.p.c si evince che il giudice opera altresì un sindacato sulla conformità alla legge della prova da ammettere. Egli infatti "elimina i testimoni che non possono essere sentiti per legge". Indubbiamente tale norma richiama l'art. 190 c.p.p. . Ai sensi di tale norma il procedimento di ammissione delle prove è incardinato ad una serie di criteri direttivi. Il primo comma del succitato articolo oltre a sancire il principio di disponibilità della prova, stabilisce che il giudice ha la facoltà di escludere le prove vietate dalla legge, manifestamente superflue o irrilevanti. Dunque la valutazione sulla manifesta superfluità o irrilevanza conduce all'ammissione della prova, anche quando vi sia solo il dubbio che essa possa essere irrilevante o sovrabbondante. Del resto nella dinamica del processo il giudizio in esame esplica una funzione meramente preparatoria e strumentale alla successiva definizione della controversia.

Significativo è altresì il nesso che viene ad instaurarsi tra la sentenza passata in giudicato e il provvedimento conclusivo del processo di esecuzione. In questa sede il giudicato va inteso sia, come atto conclusivo della funzione cognitiva del giudice, sia come presupposto dell'esecuzione[233].

In tale ottica il processo si snoda attraverso una serie di atti decisionali, per un verso finalizzati alla pronuncia della sentenza conclusiva della lite, e per l'altro alla concreta realizzazione di ciò che il giudice in ultima istanza ha statuito nell'interesse del creditore. È evidente che il giudicato è fine dell'azione giudiziaria e presupposto per l'attuazione in forma coattiva del diritto in esso cristallizzato. Ma è necessario effettuare alcune precisazioni. L'accertamento del diritto sostanziale dedotto in giudizio è condensato nel giudicato, che irraggia i suoi effetti nel processo esecutivo.

Del resto il giudizio di esecuzione ha un carattere unilaterale ed eventuale. Invero i provvedimenti del giudice dell'esecuzione sono disposti su ricorso di parte, al mancato

adempimento spontaneo di un'obbligazione da parte del debitore. Invero la sentenza passata in giudicato è il presupposto necessario e sufficiente per l'instaurazione del processo esecutivo. Considerato che il titolo esecutivo ai sensi dell'art. 474 c.p.c. accerta l'esistenza incontroversa di un diritto determinato nell'ammontare ed esigibile, il contenuto del provvedimento conclusivo della fase esecutiva, non ha carattere decisorio, ma piuttosto una definitività attinente alle modalità attuative del diritto, il cui accertamento ha forza di legge tra le parti, gli eredi, gli aventi causa. In effetti il giudice dell'esecuzione ha il potere di ordinare una serie di atti esecutivi, nonché di controllarne la legittimità ed opportunità; di modificarli o revocarli fino a che l'ordinanza che li dispone non abbia avuto esecuzione. Si parla a tal riguardo di potestà ordinatoria. Invero: "la potestà del giudice dell'esecuzione non può estendersi alla emissione di provvedimenti decisivi che abbiano efficacia sostanziale di sentenza".[234] Tuttavia il giudizio esecutivo è diretto a conformare la situazione di fatto a quella di diritto, nei casi in cui la parte soccombente non provveda spontaneamente a realizzare quanto statuito nel giudizio di cognizione. Proprio intorno al rapporto tra giudizio di cognizione e di esecuzione illustre dottrina ha messo in evidenza rilevanti aspetti. In particolare, Giuseppe Chiovenda nel noto saggio: "Sulla tutela giuridica processuale" mette in luce lo stretto legame tra legge e decisione giudiziaria. Per lo studioso la sentenza non è altro che "volontà di legge accertata nel caso singolo: in questo senso *lex specialis*[235]. Successivamente egli specifica che "la sentenza è volontà condizionata, rispetto alla sua attuazione, ad un atto di volontà del privato: il diritto di emettere quest'atto di volontà, il potere giuridico di rendere incondizionata la volontà accertata nella sentenza rispetto alla sua attuazione, è un diritto nuovo, che nasce con la sentenza"[236]. Tale potere è individuato nell' *actio iudicati*. Dalla decisione incontrovertibile promana invero un nuovo rapporto, che sostituisce quello intercorrente tra volontà della legge e volontà del privato: il rapporto tra la volontà del privato e accertamento di volontà contenuto nella sentenza. Ed è proprio l'accertamento "della volontà della legge" che agisce come coazione sulla volontà della parte obbligata. In definitiva, secondo l'analisi di Chiovenda, è possibile evincere che, se da un lato il giudizio di cognizione conserva una sua autonomia rispetto al giudizio di esecuzione, dall'altro, l'attuazione della volontà della legge, raggiunge la sua completezza proprio con l'esecuzione.

---

[234] Cass., 6 settembre 1966, n.2329.
[235] Giuseppe Chiovenda, *Saggi di diritto processuale civile*, Bologna, Zanichelli,1904, p. 97.
[236] *Ibidem.*

Da un altro angolo visuale è altresì interessante notare come il sistema giuridico elabora una differenziazione di competenze e funzioni all'interno di un determinato ambito del potere. In particolare all'interno della sfera giudiziaria si ramificano una serie di funzioni assegnate ai vari uffici. Considerato che in ogni giudizio le micro funzioni sottese ad ogni fase sono svolte da un giudice differente, si può comprendere come la suddivisione del lavoro e la contestuale specializzazione dei magistrati siano i caratteri distintivi del sistema giudiziario. Tali connotati rendono manifesta l'operatività di un sistema autoriflessivo, che attraverso la settorializzazione delle funzioni e la frammentazione tipica della procedura neutralizza la complessità insita nel fine assolto. Tale struttura che si divarica in ambiti sempre più circoscritti, favorisce il più efficiente controllo dell'operato dei singoli giudici rispetto alla propria sfera di competenza. Indubbiamente il sistema delle impugnazioni fa parte di questa rete di garanzie. È bene precisare che la questione delle differenziazioni interne al diritto assumerà forme sempre più articolate, tuttavia, analizzando il problema alla radice, essa risponde alla necessita di decidere le modalità, attraverso le quali incorporare l'incertezza proveniente dalle spinte dell'ambiente esterno.

Per quanto attiene il nesso tra processo cognitivo ed esecutivo, di cui si è trattato precedentemente, è stato notato che, mentre il primo è articolato in una serie di fasi strettamente concatenate volgenti alla sentenza finale, il secondo si compone di una serie di sub procedimenti autonomi, che si concludono con provvedimenti autonomamente attaccabili con l'opposizione di rito.[237]

Il procedimento esecutivo è strumentale rispetto al giudizio di cognizione. Del resto, la funzione satisfattiva ed eventualmente distributiva, che gli è propria, non può prescindere dall'accertamento del diritto sostanziale dal quale origina. L'esecuzione è subordinata all'esistenza del giudicato, in quanto dotato di efficacia esecutiva, ma non è possibile affermare il contrario.

Tale nesso di autonomia relativa non si esaurisce semplicemente in un profilo procedurale.

4. Processo e aspettative

Le vicende processuali che prendono le mosse da una pretesa creditoria sono scenario del continuo percorso verso la stabilizzazione delle aspettative. É Niklas Luhmann a

[237] Così: Cass., S.U., 27 ottobre 1995, n. 11178; Giorgetta Basilico, *La revoca dei provvedimenti civili contenziosi*, Padova, CEDAM, 2001.

sondare tale dinamica. Lo studioso precisa che la relazione sociale si fonda sull'aspettativa di aspettative. Nella fitta trama delle relazioni sociali si ravvisa un inserimento delle aspettative dell'altro nella propria sfera di aspettative, una "prepotente condivisione di aspettative altrui in modo congruente con le proprie aspettative. Il campo delle aspettative, pur comprendendo aspettative altrui, viene armonizzato sulla base delle proprie. Dagli altri non si pretende soltanto il comportamento atteso, ma anche il congruente atteggiamento circa le aspettative. L'altro non solo deve comportarsi in maniera complementare, ma deve anche nutrire le proprie aspettative in tal modo. Solo questo inserimento di aspettative altrui garantisce infatti la certezza delle aspettative, giacché esso solamente postula l'altro come un uomo dal quale si pretende l'adempimento delle aspettative". [238] Pare evidente dunque che "il peso" della delusione determinato dalla selettività armonizzatrice della struttura propria delle aspettative è inevitabile, in via di principio. A tal punto è necessario individuare la distinzione tra aspettative cognitive aspettative normative. Le une connesse alla dimensione dell'essere, la altre del dover essere. Le prime si adattano e mutano in relazione al fallimento; in altre parole sono disposte all'apprendimento. Le seconde, invece reagiscono alla delusione mantenendosi ferme: resistono. Utilizzando le parole di Luhmann sono orientate al "non apprendimento". A garanzia delle aspettative normative, sono istituiti specifici ruoli. In particolare la funzione del giudice è diretta al mantenimento, nonché perseguimento di un'aspettativa delusa. Del resto le aspettative normative sono necessarie al raggiungimento della stabilizzazione del sistema sociale. Invero all'interno di un sistema complesso, l'istituzionalizzazione delle aspettative normative è affidata all'apparato giudiziario. "Il giudizio decisivo" è norma, la cui sanzione è resa oggetto di aspettativa delle parti e dei soggetti estranei alla lite. Le loro aspettative cognitive sono sostituite da "una nuova possibilità": la rappresentazione del loro diritto davanti al tribunale. Dunque l'aspettativa cognitiva relativa al soddisfacimento di una pretesa creditoria acquista il carattere della fissità tramite la sua riaffermazione in aspettativa normativa. Tuttavia nel corso del processo ogni aspetto della lite viene impercettibilmente ritrasformato dal normativo al cognitivo. Del resto il conflitto oscilla da "controversia su aspettative normative di aspettative" a "divergenza cognitiva" tra le parti. Più specificamente nell'aula giudiziaria esse assumono un atteggiamento di tipo cognitivo; anche se non persuase si mostrano disposte all'apprendimento e si riconoscono nei reciproci ruoli.

[238] Niklas Luhmann, *La teoria funzionale del diritto*, Milano, Unicopli, 1981, p. 60.

[239]Infine, la decisione ultima segna l'appagamento della aspettativa normativa della parte vincente e al contempo fissa la delusione della parte soccombente. In tale ottica il processo esecutivo se da un lato è sede della riconferma di una norma, dall'altro é luogo in cui la coincidenza tra l'aspettativa normativa e l'aspettativa cognitiva alla concreta attuazione del diritto vantato dal creditore rimane esclusivamente una eventualità (un caso!).

5. Decidere, accertare, costituire

Fin ora ci è soffermati sulla natura e gli effetti della "cosa giudicata". Ora è necessario approfondire un ulteriore aspetto della "sentenza passata in giudicato" al fine di rafforzare il contenuto di quanto sopra esposto. Dall'assetto normativo emerge la distinzione tra giudicato sostanziale disciplinato dal succiato art. 2909 c.c. e giudicato formale regolato dall'art. 324 c.p.c. Invero tale articolo, titolato "cosa giudicata formale", definisce il giudicato: "la sentenza che non è più soggetta né a regolamento di competenza, né ad appello, né a ricorso per cassazione, né a revocazione per i motivi di cui ai numeri 4 e 5 dell'art. 395". La legge per un verso subordina gli effetti preclusivi ed estensivi propri del giudicato "sostanziale" a presupposti di carattere procedurale, dall'altro rende palese come il carattere sostanziale della decisione definitiva risieda in una serie di requisiti formali. In altre parole la legge sancisce che sostanza del giudicato è la sua forma e viceversa.

È necessario a questo punto lo spostamento da un campo prettamente giuridico a quello filosofico.

Come è noto il discorso su forma e sostanza ha solcato da sempre il dibattito filosofico.

A tal riguardo fondativa è la teoria aristotelica. Essa narra di una inscindibile interconnessione. La sostanza è, per il filosofo, ogni corpo semplice, come la terra, il fuoco, l'acqua e altre cose di tal genere, ma anche i corpi e le cose formate da essi e le loro parti. Queste cose sono sostanza, poiché non sono predicati di un soggetto, ma anzi soggetti di altri predicati. In altre parole la sostanza è causa delle cose che non si predicano di un soggetto. Essa è causa del loro essere. Inoltre, precisa Aristotele: sono sostanza tutte le parti, che stanno nelle cose a cui ci stiamo ora riferendo, che le delimitano e individuano

[239] Ivi p. 80

qualcosa di particolarmente determinato e che, se eliminate, conducono all'eliminazione del tutto. E ancora la sostanza è "l'essenza sostanziale", che in un discorso dà luogo alla definizione. In definitiva la sostanza "è il soggetto ultimo, che non si predica più di nessun' altra cosa", ma anche "un qualche cosa di particolarmente determinato, che sussiste separata; e questo è la forma e la specie di ciascuna cosa"[240]. Tale ragionamento conferisce il fondamento della precedente affermazione ai sensi della quale la sostanza del giudicato risiede nella sua forma, e viceversa.

Come sancito ai sensi dell'art. 2909 c.c. la sentenza passata in giudicato "contiene" un accertamento relativo ad un rapporto giuridico, tuttavia, come è noto, nella teoria generale del processo è stata elaborata la distinzione tra azioni e dunque sentenze dichiarative, di condanna e costitutive.

È bene a questo punto riflettere su tale distinzione terminologica: essa segna, innanzitutto, una differenziazione nell'ambito degli effetti promanati dai provvedimenti in esame. Uno di questi effetti è l'esecutività sancita dall'art. 282 c.p.c. Tale articolo, come è noto, sancisce che "la sentenza di primo grado è provvisoriamente esecutiva tra le parti". Secondo una interpretazione restrittiva della norma, solo le sentenze di condanna sono esecutive prima del loro passaggio in giudicato, in quanto idonee per loro natura a costituire titoli esecutivi. Per di più si è ritenuto che le sentenze dichiarative e costitutive acquistino esecutività anticipata sia per espressa previsione di legge, che qualora ad esse acceda una statuizione di condanna, in forza della riferibilità della statuizione di primo grado alla pronuncia di condanna, indipendentemente dalla sua accessorietà[241]. È vero anche che in sede di merito e di legittimità è stata sostenuta fortemente la tesi contraria, secondo la quale tutte le pronunce di condanna accessorie e consequenziali, sono inidonee a costituire titolo esecutivo, fino a quando la pronuncia principale di accertamento o costitutiva non acquisti efficacia.

Tuttavia l'orientamento più recente della giurisprudenza di legittimità attenua le sfumature di regime giuridico tra sentenze di condanna, dichiarative e costitutive per quanto attiene all'esecutività. La più nitida espressione di codesto *revirement* è formulata nella sentenza della Cassazione 3 Settembre 2007, n. 18512.

---

[240] Aristotele, *Metafisica*, a cura di Carlo Augusto Viano, Torino, Utet, p. 314, 1117 b. 10-25.

[241] Si precisa che tale principio è affermato dalla Corte Suprema, in relazione ad una fattispecie di opposizione a precetto inerente il pagamento delle spese di lite accessorie ad una pronuncia di primo grado di rigetto di una domanda: Cass. 10 Novembre 2004, n. 21367- Conforme: Cass., 3 Agosto 2005, n. 16262; Contra: Cass., 12 luglio 2000, n. 9236.

Il concetto cardine espresso da tale pronuncia è che le sentenze dichiarative e costitutive sono provvisoriamente efficaci tra le parti, salvo che la legge disponga altrimenti. In particolare nel nostro ordinamento non vige alcun principio in forza del quale alla sentenza costitutiva non possano conseguire effetti prima del passaggio in giudicato. Inoltre non si spiega il motivo per il quale in determinate ipotesi la legge preveda espressamente che alcune sentenze esecutive acquistino efficacia solo dopo il passaggio in giudicato. Si pensi a tal riguardo alle decisioni in materia di *status*, divorzio, querela di falso. Tuttavia l'aspetto cruciale del ragionamento della Corte Suprema verte sull'infondatezza della tesi che non riconosce alle sentenze costitutive e di mero accertamento la produzione di effetti prima del passaggio in giudicato. Del resto, ai sensi dell'art. 2909 c.c., ad ogni statuizione di accertamento deve riconoscersi una determinata efficacia. Per quanto riguarda le sentenze costitutive, esse presuppongono l'accertamento dei presupposti individuati dal legislatore per la produzione degli effetti sanciti dall'art. 2908 c.c. Dunque, visto che le sentenze costitutive contengono sempre un accertamento, se ad esse si accompagna una statuizione di condanna anche implicita, la giustificazione dell'esecutività di quest'ultima è la stessa che opera per la sentenza di condanna.

In definitiva il conflitto sull'estensione della provvisoria esecutività alle sentenze di mero accertamento e costitutive, appare in realtà priva di giustificazione, poiché l'art. 282 c.p.c. si riferisce ad ogni statuizione di condanna che abbia come presupposto un accertamento. Utilizzando le parole della Corte: "il senso della norma è che l'accertamento positivo del modo di essere dell'ordinamento, tanto se sia esercitata un'azione di condanna, quanto se sia esercitata un'azione costitutiva, giustifica la possibilità di utilizzare la sentenza come titolo esecutivo, se all'accoglimento di tale azioni si accompagni, come completamento della tutela sostanziale oggetto di esse, una statuizione condannatoria". È evidente a tal punto sottolineare che il principio della provvisoria esecutività delle sentenze di condanna non si evince dall'art. 282 c.p.c, ma dalla *ratio* dell'esecuzione forzata. Il discorso sull'esecutività ci conduce a riflettere sulla decisione quale atto produttivo di effetti, in altre parole sulla già richiamata efficacia.

Indubbiamente porre attenzione sull'efficacia, corrisponde a riferirsi ancora una volta al concetto di forza. È Hans Kelsen a soffermarsi in particolare su tale rilievo. Il suo ragionamento parte dal presupposto che la validità di un ordinamento giuridico dipenda dalla sua efficacia. Il nesso tra la validità e l'efficacia coincide al rapporto sussistente tra dover essere e essere. Tuttavia la realtà naturale non è identica alla realtà del diritto. "Come è impossibile nella determinazione della validità di astrarre dalla realtà, così è

anche impossibile di identificare la validità con la realtà." [242] A tal punto, sostituendo il concetto di realtà, inteso come efficacia dell'ordinamento, con il concetto di forza, la questione del rapporto tra validità ed efficacia, assume le forme del rapporto cruciale tra diritto e forza.

Il diritto si fonda sulla forza, sopravvive per mezzo della forza, è costitutivamente orientato all'organizzazione della forza e nello stesso tempo tende a differenziarsi da essa. In modo analogo Kelsen spiega la non coincidenza tra validità ed efficacia dell'ordinamento giuridico. Tuttavia, se come premesso, la validità dell'ordinamento dipende dalla sua efficacia, la validità di una singola norma non è compromessa dal fatto della sua inefficacia. Come è noto la norma rimane valida, poiché inserita nella concatenazione di atti normativi di un ordinamento giuridico valido. Messo in evidenza il nesso tra validità ed efficacia è possibile addentrarsi nell'analisi della sentenza come atto normativo che incide sulla realtà fenomenica.

Come si è detto le azioni proponibili nel processo di cognizione sono in astratto riconducibili a tre tipi: di mero accertamento, di condanna, costitutive. La prima, mira a determinare, in caso di contestazione, il modo di essere di un determinato rapporto giuridico, dunque l'esistenza, nonché l'ampiezza di un diritto soggettivo. Essa si conclude con una sentenza dichiarativa, che si limita a constatare la piena conformità di una situazione di fatto ad una di diritto. L'esempio più lampante è la sentenza relativa ad una controversia tra proprietari confinanti che stabilisce il limite delle rispettive proprietà come coincidente con la recinzione esistente. In questo caso la forza della sentenza attesta semplicemente una concordanza tra un diritto e una realtà di fatto. L'effetto "costitutivo" risiede essenzialmente nell'estensione di una precisa disciplina giuridica ad una determinata situazione di fatto. A differenza della sentenza dichiarativa, la sentenza di condanna prende le mosse da una contrarietà della situazione di fatto ad una situazione di diritto, che è soggetta ad accertamento. La sentenza in esame è altresì connotata, da un elemento ordinatorio, in quanto è imposto alla parte soccombente di porre in essere un'attività, diretta a rimuovere la difformità, su cui l'azione si fonda. La condanna può avere ad oggetto un fare o non fare specifico o un dare. A titolo di esempio, se previa statuizione del limite di due proprietà in base ai titoli d'acquisto, il giudice intima alla parte soccombente la rimozione di una recinzione, che invade la porzione di terreno di cui la parte vincente è proprietaria, la sua decisione produce un effetto che palesemente

[242] Hans Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 2000, p. 101.

trasforma la realtà fenomenica. In particolare la sentenza attiva la conformazione della situazione di fatto alla situazione giuridica. La controversa questione sulla natura della tutela apprestata dalla sentenza di accertamento e dalla sentenza di condanna è stata al centro di approfonditi studi e numerosi dibattiti. Supremo rappresentante della teoria più fondativa del diritto processuale contemporaneo, Giuseppe Chiovenda sottolinea come non sia opportuno affermare che la sentenza di condanna "ordina" e la sentenza di accertamento "accerta", in quanto ogni sentenza di condanna contiene un accertamento e ogni sentenza di accertamento esterna la volontà di legge, più specificamente un comando. A parere del giurista la linea di demarcazione tra la natura della tutela di accertamento e quella di condanna deve essere ricondotta al legame tra le sentenze di accertamento e di condanna con l'esecuzione forzata. Del resto l'accertamento è stimato come la specifica forma di tutela concernete quei diritti che non esigono una prestazione da parte dell'obbligato. Precisa Chiovenda: "l'azione è di puro accertamento se mira ad effetti diversi dal conseguimento attuale o futuro della prestazione dovuta […], è di condanna, se mira alla prestazione".[243] Nondimeno da ciò non deriva la regola generale per cui ad ogni sentenza di condanna segua l'esecuzione forzata, stante l'autonomia del giudizio di cognizione, né che alla sentenza di accertamento possa riconoscersi o viceversa negarsi efficacia di titolo esecutivo, qualora si verifichi un disaccordo con la controparte. Piuttosto l'aspetto cruciale della questione in esame risiede nella considerazione che alla sentenza di accertamento può seguire esecuzione, che però non corrisponde alla surrogazione della prestazione dell'obbligato.[244]

A tal punto è necessario evidenziare che, sia la sentenza di puro accertamento, che la sentenza di condanna producono, per utilizzare l'espressione di Chiovenda, "un nuovo giuridico". Invero, sia nell'attestazione autoritatitiva, che nell'ordine di prestazione si realizza l'imprescindibile componente costruttivistica del diritto. In particolare è bene riflettere, in maniera più approfondita, sull'effetto costitutivo della sentenza dichiarativa, che rimane perlopiù occultato. Da un lato deve notarsi che la decisione non influenza l'esistenza o la non esistenza di un rapporto giuridico, dall'altro però deve ammettersi che il riconoscimento di un determinato rapporto giuridico è decretato proprio dalla dichiarazione formulata nella sentenza. È vero che il rapporto non è altro da quello dichiarato, ma altresì, che considerare come esistente un rapporto giuridico non dichiarato

[243] Giuseppe Chiovenda, *Saggi di diritto processuale civile*, cit., p. 85.
[244] *Ivi* p. 86.

dal giudice e viceversa, costituisce un'impossibilità logico-giuridica[245]. La potenza della decisione giudiziaria risiede proprio nello scarto che vi è tra effettiva esistenza di un rapporto e l'affermazione della sua esistenza da parte di un organo giudiziario, formulata in base a determinate procedure. In altre parole il "nuovo giuridico" della sentenza sta nel conferimento di legittimità ad una data situazione giuridica. Dunque, da un certo punto di vista, la decisione incontrovertibile costruisce la realtà, anche se si limita semplicemente a riconoscere uno stato di fatto.

Tra le sentenze deve essere menzionata, come anticipato, la sentenza costitutiva, disciplinata dall'art. 2908 c.c.

Ai sensi del suddetto articolo l'autorità giudiziaria può costituire, modificare o estinguere una situazione giuridica soggettiva. A differenza delle sentenze di accertamento, la sentenza costitutiva informa un determinato rapporto giuridico e ove necessario richiede l'adeguamento di una situazione di fatto al nuovo modo di essere della situazione di diritto. L'effetto originario di questo tipo di pronuncia corrisponde alla modificazione di un rapporto giuridico, con efficacia *ex nunc*.

Essa produce l'evento cui è diretta, senza necessità di successivi atti di esecuzione. Tale aspetto la distingue dalla sentenza di condanna. Quest'ultima, infatti, fonda e legittima il mutamento coattivo di una determinata situazione di fatto, conformandola al diritto.

Come emerge dalla trattazione, l'effetto costitutivo, reso palese nella sentenza costitutiva, opera in tutte le sentenze già menzionate, seppur si estrinsechi in forme differenti.

5.1 Costruttivismi

La decisione dunque è imprescindibile da un momento costruttivistico. In altri termini una particolare costituzione del mondo si innesta nell'ordine sociale, che a sua volta è il risultato di una continua opera di costruzione di differenze[246]. Si può affermare invero che la decisione si inserisce in un reticolato di "schemi incorporati", formatisi nel ciclo della storia, che vengono poi inglobati nel corso della storia individuale e che funzionano in "forma pratica e per la pratica (e non ai fini di pura conoscenza)."[247]

---

[245] *Ivi* nota 75, p. 100.

[246] Sul punto si fa riferimento allo studio di Nelson Goodman, *Vedere e costruire il mondo*, trad. it. di Carlo Marletti, Roma-Bari, Laterza, 2008.

[247] Pierre Bourdieu, *La distinzione*, Bologna, il Mulino, a cura di Marco Santoro, trad. it. di Guido Viale, 1983, p.467.

Del resto, come nota, Pierre Bourdieu, da un lato, la conoscenza stessa del mondo sociale corrisponde ad un atto di costruzione, che mette in relazione schemi di pensiero e di espressione, dall'altro "tra le condizioni di esistenza e le pratiche o le rappresentazioni si interpone sempre l'attività strutturante dei soggetti, i quali, lungi dal reagire in modo meccanico a stimoli puramente meccanici, rispondono invece ai richiami e alle minacce di un mondo di cui hanno anch'essi contribuito a produrre il senso"[248].In altre parole nel momento in cui gli individui conoscono il mondo contribuiscono a costruirlo. Ma vi è dell'altro. In particolare le strutture cognitive utilizzate dai soggetti per esplorare il mondo sociale costituiscono strutture sociali incorporate. Se si presuppone, partendo da una condotta "ragionevole", una conoscenza pratica del mondo sociale, non può mettersi in dubbio che essa attivi "forme di classificazione", più precisamente "forme simboliche", relative a "schemi storici di percezione e di valutazione", che sono il risultato di una divisione oggettiva in classi. Dunque i processi di divisione sono lo strumento e il risultato attraverso il quale vengono incorporate le strutture fondamentali di una società. I criteri di divisione sono condivisi dall'insieme dei membri di un'aggregazione sociale; senza la condivisione di schemi di percezione fondamentali, oggettivati, in coppie di aggettivi contrapposti, non sarebbe possibile la configurazione di un mondo comune dotato di senso. Insomma la conoscenza del mondo fenomenico è strutturata su distinzioni di distinzioni, per cui la contrapposizione fondamentale sostiene la contrapposizione di secondo, terzo, quarto tipo. Tale discorso è utilizzato da Bourdieu ai fini dell'affermazione della sua tesi principale: l'efficacia ideologica di ogni contrapposizione apparentemente più insignificante della grande mitologia sociale dipende e rimanda in maniera più o meno manifesta alle fondamentali contrapposizioni dell'ordine sociale: quella tra dominati e dominanti, che poggia sulla divisione del lavoro.[249]

Così si delineano due gruppi: da un lato, il gruppo che produce schemi di classificazione e, dall'altro, il gruppo dei soggetti contro cui vengono prodotti. Tuttavia deve essere notato che tale teoria può essere condivisibile in base ad un approccio sincronico. Invero da un punto di vista diacronico le cose si complicano. Le coppie dicotomiche che compongono la multiforme macchina sociale non assumono mai una posizione fissa; i ruoli del dominante e del dominatore si invertono in relazione ai più vari contesti di riferimento. In tale scenario il sistema giuridico si erge a sistema che produce forme classificatorie in base a schemi di classificazione. Ma vi è di più. Il diritto è il sistema di

[248] *Ibidem*.
[249] *Ivi* p. 470.

classificazione oggettivato e istituzionalizzato per eccellenza, che si interpone tra gli abituali schemi di percezione e valutazione, consacrato dalla sua forza. La sua peculiarità rispetto ad altri sistemi di classificazione risiede nella codificazione degli schemi di produzione del suo ordine e nella evidente semplificazione delle reti decisionali su cui è strutturato. La polimorfia dell'ambiente sociale viene inglobata e trasformata in nuovi schemi di classificazione: distinzioni di distinzioni che conferiscono al sistema giuridico una forma specifica. La sua conservazione è garantita non solo dalla prevedibilità dei procedimenti decisionali, che statuiscono chi deve decidere e come si deve decidere, ma anche da quel potere simbolico, di cui parla Bourdieu "di far vedere e di far credere," [250]che si impone alle strutture mentali e nello stesso tempo promana da esse.

6. P.Q.M

In conformità con quanto sopra esposto, la decisione è riconducibile ad una distinzione di distinzioni.

L'unità stessa del sistema giuridico si esplica tramite quelle che Niklas Luhmann definisce "distinzioni guida". Esse operano mediante una differenziazione, nonché "una moltiplicazione della distinzione del sistema e del suo ambiente nel sistema"[251].

Il sottosistema giudiziario, che si pone come una porzione del sistema giuridico, può essere indiscutibilmente considerato la potente lente attraverso cui analizzare il sistema del diritto.

Dalle decisioni che assumono rilevanza per il diritto, la decisione giudiziaria emerge per un requisito specifico: la motivazione. Tale attributo essenziale è prescritto, come è noto, dall'art. 111 Cost. VI comma. Il succitato articolo al comma VI così recita: "Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati".

Tuttavia tracce dell'obbligatorietà della motivazione risalgono alla legge 14 maggio 1542, che riformava il Tribunale della Ruota toscano. L'atto normativo in questione stabiliva che: "i giudici debbino dare li motivi ed esprimere le ragioni per le quali sono stati mossi a così giudicare o riferire".

[250] *Ivi* p. 485.

[251] Niklas Luhmann, *La posizione dei tribunali nel sistema giuridico*, in *Il diritto della società*, a cura di Luisa Avitabile, Torino, Giappichelli, 2013, p. 295.

Successivamente si uniformarono a tale obbligo le Ruote di Roma, Genova, Lucca, Siena, nonché Napoli.[252] Risulta incontrovertibile la funzione garantista della "motivazione": il ragionamento che ha condotto il giudice a prendere una determinata decisione deve essere riprodotto e giustificato al fine di assicurare la trasparenza del procedimento decisorio.

Da ciò segue, che il libero convincimento del giudice sul fatto formatosi nel corso del giudizio, attraverso la valutazione discrezionale delle prove e delle acquisizioni allegate, deve convergere in piena armonia logico-giuridica con il dispositivo. Più precisamente, il giudizio che investe il fatto deve congiungersi in maniera sintonica con il prodotto della qualificazione giuridica della fattispecie, nonché con il risultato dell'individuazione delle conseguenze ad essa connesse. Il complesso percorso che conduce al dispositivo è oggetto dell'argomentazione.

La radice di questa parola ci conduce ad un significato nascosto, che sembra proiettarci di fronte al suo senso profondo. Invero, *arg*, riconducibile al greco *arg*ós, ha il significato di "bianco", "lucente" ed è associabile alla forma verbale "splendere". Alla luce di questo riferimento linguistico, può dunque affermarsi, che come l'argento (*arg-yros*) è luminoso e splendente, allo stesso modo l'argomento conferisce visibilità ai sentieri entro cui si dirama la decisione.

Dall'assetto normativo emerge che la motivazione del ragionamento del giudice è requisito imprescindibile della decisione. Ai sensi dell'art. 132 c.p.c la sentenza deve contenere "la concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione"; invero la totale carenza di motivazione ne comporta la nullità, così come sancito dall'art. 161 c.p.c. I comma. In merito al difetto di motivazione, denunciabile come motivo di ricorso per Cassazione ai sensi dell'art. 360, n. 5, c.p.c., si precisa che esso può riguardare esclusivamente l'accertamento e la valutazione dei fatti "controversi e decisivi per il giudizio", non anche l'interpretazione di norme giuridiche. Quest'ultima, infatti, può essere apprezzata sotto il profilo dell'*error in iudicando* e può portare o alla Cassazione della sentenza, se la violazione o falsa applicazione di norme di diritto ha dato luogo ad un dispositivo contrario alla legge o alla integrazione o correzione, a norma dell'art. 384, 2º comma, c.p.c., quando il dispositivo sia comunque conforme al diritto pur se manchi o sia erronea la motivazione. Volgendo ora l'attenzione alla materia processualpenalistica, è degno di menzione l'art. 546 c.p.p , nella parte in cui stabilisce che "la sentenza contiene

[252]Cfr. Karl Joseph Anton Mittermaier, *Teoria della prova nel processo penale*, traduzione italiana a cura di Filippo Ambrosoli, Milano, Sanvito, 1858; Federico Sclopis, *Storia della Legislazione italiana*, III volume, Torino, Unione Tipografico Editrice, 1863.

[…] la concisa esposizione dei motivi di fatto e di diritto su cui la decisione è fondata, con l'indicazione delle prove poste a base della decisione stessa e l'enunciazione delle ragioni per le quali il giudice ritiene non attendibili le prove contrarie". A tal riguardo si fa altresì menzione dell'art. 3 del c.p.a, titolato: "Dovere di motivazione e sinteticità degli atti". Il suddetto articolo sancisce che: "Ogni provvedimento decisorio è motivato. Il giudice e le parti redigono gli atti in maniera chiara e sintetica".

In via preliminare è opportuno precisare che le parole "ragione" e "motivo", seppur usate nei codici come sinonimi, vivono di un'originaria divaricazione semantica. Di fatti, mentre il primo termine deriva dal latino *ratio-onis* ed ha il significato di "calcolo", "misura", "regola", il secondo, riconducibile al verbo *movēre,* è declinabile in chiave di impulso. Dunque, il motivo, letteralmente "ciò che muove", "ciò che suscita a fare" diverge originariamente dalla "ragione", che manifestamente assume la connotazione di spiegazione razionale. Come è noto questo divario nel linguaggio corrente è colmato. In linea con quanto detto, un'altra riflessione scaturisce dalla considerazione che è il ragionamento ad essere applicato ai motivi e non viceversa, nel senso che è la ragione che valuta i motivi e non il contrario. D'altronde mentre le ragioni implicano l'attivazione di un procedimento logico, il motivo conserva una connotazione non razionale.

Dalla lettura dei succitati articoli di legge, è possibile affermare che il legislatore non pone un modello meramente logico di motivazione, basato sul principio di non contraddizione, ma altresì un paradigma legale[253]. Proprio attraverso di esso, deve essere riportata entro gli argini della determinatezza l'aura di indeterminatezza e incertezza, che investe non solo ogni giudizio, ma anche ogni microgiudizio, come ad esempio il subprocedimento di valutazione delle prove.

A questo punto della trattazione è necessario soffermarci sul legame tra ragionamento e motivazione.

Come è stato in precedenza sostenuto, in linea con la definizione aristotelica, la decisione è ciò che segue dalla deliberazione. Dunque è bene distinguere tra il processo valutativo attraverso il quale il giudice perviene al dispositivo e il discorso per mezzo del quale egli lo rende manifesto e lo motiva. La rilevanza di questa distinzione risiede nella circostanza che non necessariamente il discorso giustificatorio riproduce in maniera pedissequa il ragionamento deliberativo che si svolge "in segreto nella camera di consiglio". In questo

[253] Giuseppe De Luca, *Profilo storico del libero convincimento del giudice*, in Quaderni del Consiglio Superiore di Magistratura, 30 Novembre - 2 Dicembre 1990, consultabile su http://www.csm.it/quaderni/quad_50.pdf

senso l'argomentazione costituisce un ragionamento sopra il ragionamento (metaragionamento).

Al contrario, per alcuni, come sarà illustrato ampiamente nel corso dell'elaborato, la deliberazione sarebbe il luogo della forte incidenza di moti irrazionali; in quest'ottica l'argomentazione corrisponderebbe ad uno strumento di "razionalizzazione" *ex post* della decisione.

Tale ricostruzione si discosta dalla tradizionale teoria di matrice positivista, secondo la quale la decisione è considerata il risultato di un'operazione logica declinabile in termini di sillogismo, di cui la premessa minore è il fatto ricostruito nel corso del processo e la premessa maggiore è la norma, quale prodotto dell'interpretazione. Invero, si è andata sviluppando in epoca moderna una logica meccanicista, per la quale il dispositivo scaturisce dalla sussunzione della premessa minore nella premessa maggiore. Tale configurazione pare una indubbia semplificazione, una riduzione estrema della complessità che investe il giudizio. Del resto si sa ogni costruzione normativa o più specificamente ogni fase processuale è imprescindibile da un'aura di cognitività. Tale componente è connaturata in ogni decisione.

A livello meramente indicativo si possono indicare solo alcune delle numerose variabili che ricadono più o meno manifestamente sulla decisione[254].

Dal punto di vista del decisore incidono:

- la composizione monocratica o collegiale dell'organo decidente;
- le dinamiche interattive dei microgruppi;
- la composizione togata oppure mista del Collegio deliberante;
- lo stile di conduzione del processo e della Camera di Consiglio da parte del Presidente;
- i criteri non codificati di gestione del pensiero minoritario-divergente;
- la cultura, l'ideologia, l'esperienza, la biografia del decidente;
- la gravità dell'imputazione;
- il livello di autorevolezza e professionalità delle difese delle parti e dei rappresentanti dell'Accusa;
- la percezione dell'imputato e della vittima;
- l'interesse dei mass media ai risultati del processo.

[254] Sulle variabili che incidono sulla decisione si tenga in considerazione: *Incontro sul tema: la motivazione della sentenza penale*, Nona Commissione-Tirocinio e Formazione Professionale, Consiglio Superiore della Magistratura, Roma, 14-16 Settembre 2009.

Rispetto alla fitta trama di fasi, in cui si susseguono i momenti decisionali, la motivazione si pone pertanto come una valvola di controllo dei passaggi nodali della decisione, nella consapevolezza che quest'ultima serba una linea sottile ma insopprimibile di indeterminatezza, che si sottrae ad ogni previsione e regola.

Ma vi è di più. Non può invero sfuggire, che il giudizio trasforma il suo oggetto, e in un certo senso lo manipola.

A tal proposito indimenticabili le parole di Heidegger che *in Brief den über* "*Humanismus*" scrive: "Ogni valutazione, anche quando è una valutazione positiva, è una soggettivazione. Essa non lascia essere l'ente, ma lo fa valere solo come oggetto del proprio fare"[255].

Alla luce di queste considerazioni preliminari, una buona teoria dell'argomentazione motivata non può prescindere dal riconoscimento di alcune dinamiche non sempre manifeste.

L'argomentazione è stata sempre descritta come la formulazione di ragioni convincenti, che danno sostegno ad una decisione. Tale concezione comporta la necessità di ricercare il fondamento delle ragioni. Per avere delle ragioni si è obbligati a ricorrere a principi. Questi ultimi sono affermati, in ultima istanza, con il riferimento all'ambiente del sistema in cui gli stessi vengono riconosciuti.

In definitiva, per dirla alla Luhmann la dichiarazione di un principio comporta l'attivazione di un processo di distinzioni che procede per "ripetizione" e "modificazione", per "condensazione" e "confermazione", per *distinguishing* e *overruling* .[256] Si sa l'argomentazione è modulata alla specificità del caso.

Soprattutto, ma non esclusivamente negli ordinamenti di *Common Law*, i casi sono soggetti a comparazione, nella misura in cui venga rispettato il principio di giustizia secondo il quale l'uguale deve essere trattato in modo uguale e il diseguale in maniera diseguale. Tuttavia l'applicazione di tale massima deve fare i conti con il naturale scarto, sussistente tra il caso deciso, ovvero una precedente decisione giurisprudenziale e la peculiarità della situazione concreta emergente. Tale slittamento può risolversi nell' "identificare regole e confermare l'identificazione, nonostante la non-identità della situazione-caso"[257], oppure nel non confermarla, decidendo di effettuare una distinzione e di formulare un'altra regola di decisione. Del resto, l'argomentazione, in quanto

[255] Martin Heidegger, «*Lettera sull'Umanismo*», Adelphi, Milano, 1995, pp. 82-83.
[256] Niklas Luhmann, *L'argomentazione giuridica*, in Il diritto della società cit. p. 322.
[257] *Ivi* p. 325.

ricostruzione di un ragionamento che giustifica i suoi effetti di selezione, è una sequenza di enunciati che rende applicabili distinzioni[258].

Da un punto di vista funzionale, Luhmann pone in rilievo gli effetti perlocutivi della motivazione: attraverso di essa il sistema giuridico "si convince delle proprie decisioni"[259]. Le argomentazioni, nell'ottica sistemica, corrispondono a comunicazioni speciali che livellano l'incertezza connaturata nell'attività decisoria attraverso la formulazione di ragioni.

In tale prospettiva la motivazione della sentenza corrisponde ad una finzione necessaria. "Siccome le ragioni sono difficilmente sostituibili nella loro funzione di garantire nessi di decisione, agli occhi di giuristi appare come se fossero le ragioni a giustificare le decisioni, e non le decisioni a giustificare le ragioni"[260].

7. Logica e decisione

A questo punto della trattazione è bene chiedersi che ruolo ha la logica nelle dinamiche decisionali.

È indubbio che la logica non possa fondare le decisioni, tuttavia essa risulta un efficace strumento per verificare la correttezza del ragionamento sul quale poggiano.

L'errore nel ragionamento può insidiarsi o nell'infrazione di connessioni logiche o nell'adozione di premesse insostenibili. L'analisi logica dell'argomento deve dunque essere considerata come una tecnica di "confutazione, riorganizzazione delle decisioni"[261]. Su un versante di segno opposto, precisa Luhamann, essa è funzionale alla previsione delle conseguenze giuridiche di una decisione al fine di canalizzare le perturbazioni del sistema. Come è noto dai fatti non possono desumersi le norme, tuttavia attraverso la logica è possibile prevedere le conseguenze di una modificazione normativa o *overruling* all'interno del sistema; in altre parole è possibile produrre argomenti pro o contro un cambiamento normativo[262]. In tema di *overruling* è però necessario effettuare alcune precisazioni. La questione dell'abrogazione di un precedente giudiziario è sovente

[258] *Ivi* p. 357.
[259] Espressione usata da Jürgen Habermas, in *Fatti e norme. Contributi ad una teoria del diritto e della democrazia*, a cura di Leonardo Ceppa, Milano, Guerini e Associati, 1997, p. 65.
[260] Niklas Luhmann, *Die soziologische Beobachtung des Rechts*, Frankfurt-Main, Metzner, 1986, p. 33.
[261] Niklas Luhmann, *L'argomentazione giuridica*, in Il diritto della società, cit., p. 372.
[262] *Ivi* p. 373.

riconducibile ad una diversa valutazione funzionale e finalistica degli interessi degni di tutela in gioco o semplicemente a motivi di opportunità politica[263].

La tecnica del sovvertimento del precedente è connessa irrimediabilmente ad una decisione sul dispiegamento dei suoi effetti nel tempo. In tale ottica si può effettuare una distinzione tra *pure overruling* e *perspective overruling* a seconda della retroattività o al contrario dell'irretroattività della decisione giudiziaria innovativa. In questa seconda ipotesi, il giudice pronuncia una nuova *regula uris*, ma sottomette il caso in corso di giudizio al precedente vincolante. Tale scelta è modulata alla ponderazione dei pro e dei contro connessi all'applicazione retroattiva, anche in considerazione del legittimo affidamento delle parti riposto su un principio di diritto palesemente contrapposto a quello nuovo affermato. Tornando alla questione iniziale è bene circoscrivere il campo della logica.

John Stuart Mill nella sua famosa opera *Sistema di Logica*, si preoccupa dapprincipio di definirla.

Essa è allo stesso tempo scienza e" arte del ragionamento". Spiega Mill: "*si intende*, [corsivo mio] col primo termine, l'analisi del processo mentale che ha luogo ogni volta che ragioniamo, e con il secondo le regole, fondate su quell'analisi, per portare correttamente a termine il processo"[264].

Del resto l'insieme di regole idonee a guidare il pensiero, deve fondarsi sulle condizioni e le tappe del processo intellettivo.

Più specificamente la logica è quella disciplina che ha ad oggetto il procedimento inferenziale di proposizioni da: "dati antecedenti", "osservazioni", "percezioni particolari" o dall'esperienza.

Continua Mill: "La logica non è la scienza della credenza, ma della dimostrazione [*proof*] o prova [*evidence*]. Nella misura in cui la credenza professa di fondarsi sulla prova, l'ufficio della logica è quello di fornire il criterio per stabilire se la credenza sia, o no, ben fondata"[265].

Tuttavia essa non si preoccupa di trovare la prova, ma di stabilire se e in quali circostanze siano state scoperte. In definitiva tale scienza ha ad oggetto i meccanismi dell'intelletto

---

[263] Un esempio storico di *overruling* è dato dall'assunzione da parte di Hitler del potere di derogare alle norme costituzionali, così come sancito dall'art. 2 del Decreto dei pieni poteri, emanato il 24 marzo 1933. La questione è affrontata da Carl Schmitt in *Legalità e Legittimità*, in *Le categorie del politico*, Bologna, il Mulino, 1972.

[264] John Stuart Mill, *Sistema di logica deduttiva e induttiva*, Novara, UTET, 2013, introduzione.

[265] *Ibidem*.

che fungono da strumento di valutazione della prova, come il procedere "da verità note ad ignote"[266].

Ed ogni tentativo di intercettare l'origine degli assiomi di un sistema, cade al di fuori della giurisdizione della logica. Del resto il dato noto è a noi noto "oltre ogni possibilità di dubbio"[267].

Tra le numerose riflessioni suscitate dall'elaborazione di Mill, è opportuno, a questo punto, soffermarci sulla considerazione che la dimostrazione è retta da regole logiche, per poi stabilire invece da quale tipologia di meccanismi è retta l'argomentazione.

Interessante a tal proposito è la lettura data da Chaïm Perelman e Lucie Olbrechts – Tyteca nel famoso *Trattato dell'argomentazione*. Spiegano gli autori, che ogni dimostrazione è fondata su un'univocità di elementi; è ritenuto che questi ultimi siano compresi da tutti, tramite "mezzi di conoscenza supposti intersoggettivi"[268]. Dunque l'oggetto del ragionamento è circoscritto agli elementi non ambigui, manifesti e significativi tal che, da dati validi sono dedotti dati ugualmente validi secondo le regole di trasformazione proprie del sistema. Di conseguenza la dimostrazione non pone problemi di interpretazione; anzi nel momento in cui essi si presentassero sarebbero rimossi. Il contenuto di questo discorso non è applicabile all'argomentazione.

Uno studio sull'argomentazione non può prescindere non solo da un'analisi della selezione dei dati, ma anche della modalità della loro interpretazione, nonché da un'indagine del significato che si vuole loro attribuire[269].

Se, come affermano Perelman e Tyteca, si considerano i dati come elementi fondati su un consenso convenzionalmente o temporaneamente univoco, la questione della loro interpretazione implica una duplice scelta. La prima e più banale riguarda la decisione circa interpretazioni apparentemente incompatibili poste su un determinato piano; la seconda invece ha ad oggetto la scelta del piano sul quale si gioca il tentativo di interpretazione.

Tuttavia è necessario sottolineare che ogni selezione, come ogni decisione cela una creazione di significato[270]. Questa dinamica investe una molteplicità di possibili interpretazioni, tra di esse, una risulterà prevalente. A tal proposito è opportuno rilevare

---

[266] Cfr David Hume, *Trattato sull'intelligenza umana*, Bari, Laterza, 1967.
[267] *Ibidem*
[268] Chaïm Perelman, Lucie Olbrechts- Tyteca, *Trattato dell'argomentazione*, Torino, Einaudi, 2013, p. 130.
[269] *Ivi* p. 131.
[270] Interessante a questo proposito è tenere presente la grande riflessione filosofica fenomenologica di Husserl su senso (*Sinn*) e significato (*Bedeutung*). A tal scopo si rinvia a: Edmund Husserl, *Ricerche logiche*, Vol. I, a cura di Giovanni Piana, Milano, Il Saggiatore, 1988.

che il senso di un enunciato, non può essere isolato dall'intreccio di argomenti a cui è collegato, senza farsi carico di sempre maggiore ambiguità. Si legge nel *Trattato dell'argomentazione*: "L'infinita complessità delle interpretazioni, la loro mobilità e l'azione che esse esercitano le une sulle altre, spiegano a sufficienza l'impossibilità di ridurre gli enunciati a proposizioni la cui probabilità numerica possa essere determinata."[271] Da ciò si desume, come affermato in precedenza, che l'argomentazione non ha a che fare con l'univocità. Non a caso, il più delle volte, essa converge nell'esplicazione di diverse modalità di interpretazione di un fatto, o di una norma.

Cionondimeno, come sottolineano Perelman e Tyteca, è il contesto che guida l'interprete ad assegnare alle parole la propria funzione[272]. Da tali affermazioni emerge un'ulteriore differenziazione tra dimostrazione e argomentazione: mentre la prima è costruita su procedimenti che agiscono in un sistema isolato, la seconda è connotata dall'interconnessione di una serie di fattori, alcuni dei quali prescindono della mera applicazione delle regole del linguaggio. E ancora, mentre la prima è governata dalla logica, la seconda si fonda su "uno sforzo di riduzione o di precisione, di natura non formale", che conferisce agli argomenti "un'apparenza dimostrativa"[273]. Questo è il motivo per il quale essi sono definiti "quasi logici". Pertanto ogni argomento "quasi logico" è prontamente riconoscibile, in quanto ruota su uno schema formale, nonché su operazioni di "riduzione" attraverso le quali le sue componenti sono inserite nel suddetto schema. Premesso che il ragionamento formale deriva da un processo di semplificazione, possibile esclusivamente in specifiche condizioni, verificatesi in sistemi circoscritti, gli argomenti "quasi logici" ricevono la loro forza "persuasiva" proprio dall'accostamento con queste modalità di ragionamento dotate di una validità riconosciuta[274].

Indubbiamente l'argomentazione giudiziaria si fa specchio di questa tensione. La struttura della sentenza ne fornisce la prova più evidente. L'organo giudicante procede formalmente dall'elaborazione dei motivi in fatto e in diritto al dispositivo. Pare dunque che il ragionamento del giudice conduca da premesse fattuali e normative alla regola del caso, secondo determinate regole di inferenza. Tuttavia in concreto il procedimento decisionale, se da un lato è costruito su questo modello, dall'altro se ne discosta. Esso sembra oscillare dal campo definito della logica a quello più sfuggente della "quasi

[271] Chaïm Perelman, Lucie Olbrechts- Tyteca, *op.cit*, p. 132.
[272] *Ivi* p. 134.
[273] *Ivi* p. 209.
[274] *Ibidem*.

logica". Così, mentre richiama nella forma connessioni logiche, sostanzialmente ne prende distanza. Da questa dicotomia tra decisione così come la procedura la costruisce e decisione come effettivamente scaturisce dalla mente del giudice, discende un'ulteriore riflessione, che affonda le radici nella prassi del momento decisionale. Precisano gli autori del *Trattato dell'argomentazione*: "Accade d'altra parte molto spesso, e non è necessariamente deplorevole, che anche un magistrato, il quale ben conosca il diritto, formuli il suo giudizio in due tempi: le conclusioni sono ispirate fin da principio da quanto gli sembra più conforme al suo senso dell'equità, la motivazione tecnica sopravviene solo in un secondo momento. Bisogna concludere in questo caso che la decisione è stata presa senza alcuna deliberazione preventiva? Per nulla affatto, poiché il pro e il contro possono essere soppesati con la massima cura, ma al di fuori delle considerazioni della tecnica giuridica"[275].

In tal senso viene in evidenza come la decisione giurisdizionale muova dal "contesto della scoperta" "al contesto della giustificazione".

Se è vero, da una parte che, in conformità al principio dispositivo, il giudice non può statuire oltre il limite contrassegnato dalle domande e eccezioni opposte dalle parti e che è vincolato nella sua funzione all'applicazione della legge; dall'altra è evidente che egli ricostruisce significati, i veicoli di senso delle disposizioni normative, dunque sceglie ed esprime una preferenza per un particolare significato emergente tra gli altri, contribuendo oltretutto a forgiarlo.

Inoltre talvolta, la decisione risulta conforme a preconcetti connessi alla formazione dell'interprete o addirittura, come sottolineano Perelman e Tyteca, ad una sua particolare visione della giustizia. Questa evidenza non è eliminabile. Necessario è, a questo punto, il controllo *a posteriori* del ragionamento del giudice, dunque la valutazione della sua conformità al principio logico di non contraddizione. Del resto se il procedimento che conduce il giudice alla formulazione del dispositivo è spesso riconducibile ad una sfera estranea alla mera deduzione logica di una formula da premesse determinate o determinabili, l'argomentazione motivata garantisce la giustificazione della tesi espressa nel dispositivo della sentenza. In altre parole essa canalizza le componenti non prevedibili né misurabili del giudizio.

---

[275] *Ivi* p. 47.
È curioso notare come tale prassi richiami la norma di saggezza per la quale in una buona opera l'introduzione si scrive a lavoro concluso.

In tal modo, al termine del procedimento decisionale, il verdetto risulterà formalmente il prodotto di una concatenazione di enunciati che discendono l'uno dall'altro secondo una coerenza logico- formale.

Da quanto detto, emerge nell'argomentazione giudiziaria quella tensione propria degli argomenti "quasi logici" che sembrano acquisire la loro forza persuasiva dall'avvicinamento a forme di ragionamento che godono di una validità incontestata.

È imprescindibile per la composizione di una teoria dell'argomentazione giuridica il costante riferimento alla più volte citata opera: *Trattato dell'argomentazione*. Essa testimonia la forte attenzione per il ragionamento retorico, che si era riaccesa dal secondo dopoguerra. D'altronde è oramai indiscusso che la motivazione delle decisioni sui significati, sia costruita su schemi di argomentazione retorica. La ragione di tale rinnovato interesse deve essere ricondotta ad una reazione nei confronti di una particolare connotazione del neopositivismo[276]. Secondo tale corrente filosofica il discorso giuridico al pari del discorso etico, politico, metafisico non è né controllabile, né gestibile mediante la logica; dunque i ragionamenti, che si sviluppano in seno a tali ambiti, costituiscono mere manifestazioni di emozioni, sentimenti, ideologie. "La nuova retorica" dunque si pone come una teoria generale sul discorso persuasivo, che prende le distanze, da un lato, da un impianto logico-dimostrativo e, dall'altro, dal campo squisitamente irrazionale del condizionamento emotivo e psicologico. Più specificamente essa si presenta come la possibilità di una teoria della persuasione e della giustificazione "ragionevole" del discorso. Ampio spazio dell'opera è dedicato al ragionamento giuridico. Esso costituisce l'esempio paradigmatico di ragionamento pratico, preposto a sostenere e dunque a legittimare una decisione. Più precisamente, a differenza del ragionamento teorico, il quale tende, per dirla con Tarello, "alla scoperta del vero", esso deve essere inteso, come "tecnica di persuadere all'azione, alla decisione"[277]. E ancora, mentre la conclusione di un ragionamento teorico consiste in una asserzione di verità, la conclusione di un ragionamento pratico costituisce una decisione che rimanda ad un'autorità competente a giudicare, secondo determinati principi e regole. Inoltre deve essere sottolineato che, seppur la teoria proposta dagli esponenti della "Nuova retorica" venga accusata di non riferirsi all'intero campo dei ragionamenti giuridici svolti da soggetti istituzionali diversi,

[276] Sul punto si rinvia a Giovanni Tarello, *Introduzione teorica allo studio del diritto* di Silvana Castignone, Giovanni Tarello, Riccardo Guastini, Genova, Ecig, 1979, pp. 348- 351.
[277] *Ivi* p. 357.

in quanto prende in esame esclusivamente il ragionamento del giudice, essa offre ugualmente rilievi di carattere generale, validi per tutta l'esperienza normativa.

8. Sull'argomentazione

Precisati questi aspetti preliminari, si può procedere ad una più attenta disamina circa l'assetto formale, nonché circa i profili contenutistici del *Trattato dell'argomentazione*.
Gli autori procedono ad un'analisi della struttura dell'argomentazione, che tuttavia non gode di una pretesa di completezza. Come è noto, i due pilastri costitutivi attorno ai quali l'imponente lavoro poggia sono: le premesse e le tecniche dell'argomentazione. Più in particolare il focus della trattazione verte, da un lato, sugli oggetti dell'accordo che costituiscono i punti di partenza del ragionamento, dall'altro sulle forme in cui esso si esplica, per mezzo di procedimenti di connessione e di dissociazione[278]. Le premesse sono raggruppabili in due classi: quelle che riguardano il reale e quelle che hanno ad oggetto il preferibile. Le prime sono ulteriormente suddivise in: fatti, verità e presunzioni; le seconde in: valori, gerarchie e luoghi. Più specificamente le gerarchie consistono in rapporti di preferenza e i luoghi in premesse generalissime che fondano la giustificazione sia delle gerarchie che dei valori. Celebre è la classificazione aristotelica di: accidente, genere, proprietà, definizione e identità, come luoghi che corrispondono a premesse di sillogismi dialettici o retorici[279].
Ovviamente nell'argomentazione un ruolo decisivo è assunto dalla scelta preliminare dei dati che fungono da punto di partenza per il ragionamento, nonché dal loro adattamento in vista di determinati scopi. Invero ogni argomentazione schiude una serie di selezioni, che celano un più o meno alto grado di approssimazione.
L'effetto di tale specie di decisioni è quello di riconoscere ad alcuni elementi una "presenza", connotato fondamentale dell'argomentazione, troppo spesso posto in secondo piano nelle teorie razionalistiche del ragionamento. A tal proposito viene precisato nel succitato Trattato: "una delle preoccupazioni dell'oratore sarà quella di rendere presente, solo grazie alla magia della sua parola, ciò che in realtà è assente e che egli considera

[278] Chaïm Perelman, Lucie Olbrechts- Tyteca, *op. cit*, p. 71; sul punto si veda di Robert Alexy, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 130.
[279] Cfr. Aristotele, *Topic*i, a cura di Attilio Zadro, Napoli, Luigi Loffredo, 1974, 1.III, 116 a -119 a.

importante per la sua argomentazione, oppure di valorizzare, rendendoli più presenti, alcuni degli elementi che sono effettivamente offerti alla coscienza. [280]

Un' ulteriore scelta è quella concernente la tecnica con la quale certi elementi del discorso vengono presentati. Da questo punto di vista, Perelman e Tyteca suddividono le forme argomentative in due gruppi: quelle che servono all'associazione e quelle che servono alla dissociazione. Nel primo caso si fa riferimento a procedimenti di connessione di elementi distinti, che vengono strutturati o valorizzati positivamente o negativamente, l'uno per mezzo dell'altro; nel secondo caso a forme di cesura tra elementi che formano un'unità in un dato sistema di pensiero. È opportuno notare che logicamente ogni connessione implica una rottura e viceversa. Del resto: "la stessa forma che congiunge elementi diversi in un tutto ben strutturato, li distingue dal fondo neutro dal quale li distacca"[281].

Tre tipi di argomenti sono funzionali all'associazione: gli argomenti quasi logici, gli argomenti che poggiano sulla struttura della realtà, gli argomenti che fondano la struttura della realtà.

Mentre i primi, come si è detto in precedenza, rivendicano una certa pretesa di validità grazie alla loro apparenza razionale, i secondi richiamano la struttura del reale per stabilire una connessione tra giudizi già ammessi e quelli che si cerca di far accettare. Infine gli argomenti sui quali si fonda la struttura del reale sono suddivisi in quelli che si riferiscono al caso singolo, come la generalizzazione, e in quelli che concernono l'analogia.

Vale la pena a tal punto soffermarsi su alcuni di essi.

A titolo esemplificativo, una delle tecniche attraverso le quali l'argomentazione quasi-logica viene in evidenza è l'*identificazione*. Si sa che ogni classificazione, ogni ricorso all'induzione, ogni uso di un concetto implica un'approssimazione, o più specificamente una "riduzione" di alcuni elementi a ciò che in essi è identico o interscambiabile[282]. Il risultato di tale operazione non è né certo, né palesemente discutibile, ma può essere oggetto di una giustificazione argomentativa. L'applicazione più corrente di identificazione è la definizione. Si pensi alla definizione normativa, connotata dall'identificazione di ciò che è definito con ciò che si definisce. È opportuno a tal riguardo rammentare che la norma non è suscettibile del giudizio di verità /falsità. Tale

[280] Cfr. Chaïm Perelman, Lucie Olbrechts- Tyteca, *op. cit*, p. 127.
[281] *Ivi* p. 207.
[282] *Ivi* p. 227.

evidenza accresce la forza argomentativa delle proposizioni normative, in quanto non sono soggette alla prova verità, bensì direttamente alla cogenza del significato normativo. Il carattere quasi – logico delle proposizioni normative si confà dunque alla non apofanticità delle sue prescrizioni.

Un altro tipico esempio di argomento quasi-logico è dato dalla relazione di *reciprocità*, in cui l'identificazione delle situazioni presuppone l'applicazione del nesso di simmetria. In geometria, come è noto, quest'ultimo individua la disposizione dei vari elementi che costituiscono un oggetto, tal che, rispetto ad un punto cui si fa riferimento, vi è tra essi la stessa distanza. Da un punto di vista logico-formale, analogamente, la simmetria si verifica quando tra *b* e *a* sussiste lo stesso rapporto che vi è tra *a* e *b*. L'ordine di questi elementi può essere dunque scambiato. Tale nozione aiuta a comprendere come in un contesto argomentativo il nesso di reciprocità realizzi "l'assimilazione" di situazioni ad opera della loro simmetria. Ovviamente l'applicazione di tale argomento è subordinato alla valutazione della rilevanza degli elementi che identificano o distinguono determinate situazioni.

Rilevante ai fini della nostra analisi è altresì l'argomento di *transitività*. In base ad esso, data la premessa che esiste una relazione sia tra A e B che tra B e C, si giunge alla conclusione che vi sia un nesso anche tra A e C. Quando il rapporto di transitività, che poggia su uno schema formale per eccellenza, impone precisazioni o adattamenti, assume il connotato di argomento quasi-logico. Il ragionamento sillogistico, costruito sulla relazione della conseguenza logica, è proprio fondato sulla transitività. Non può essere trascurato che ogni relazione transitiva di una specie può essere connessa a sua volta ad altre relazioni transitive di specie diversa. Del resto le relazioni di uguaglianza, di inclusione, di ascendenza, di superiorità e di implicazione corrispondono tutte a tipologie di relazioni transitive. Invero le catene transitive possono essere formate da relazioni di conseguenza logica tra loro diverse. In tal modo è strutturata la maggior parte dei ragionamenti[283].

Degni di menzione, a questo punto, soprattutto per i risvolti assunti nella dimensione giuridica, sono i due argomenti che discendono dalla relazione del tutto e le sue parti: il primo verte sulla constatazione del legame di inclusione delle parti nel tutto, il secondo invece ha ad oggetto la divisione del tutto in parti, nonché le nuove relazioni che ne derivano. La costruzione del rapporto che intercorre tra le parti e il tutto è riconducibile

[283] Sulla relazione di transitività si faccia riferimento ancora una volta a Chaïm Perelman, Lucie Olbrechts-Tyteca, cit. pp. 246-250.

agli argomenti *a pari* e *a contrario.* Più specificamente il primo è inteso come identificazione, il secondo come divisione. Tuttavia, non può non essere notato che, nel momento in cui l'identificazione corrisponde "all'assimilazione" di due specie dello stesso genere, essa determina l'argomento *a contrario*. Nella teoria generale del diritto quest'ultimo si fonda sull'assunto per cui *ubi lex voluit dixit, ubi tacuit noluit*: ciò che il legislatore non ha detto, evidentemente non intendeva dirlo, giacché se avesse voluto dirlo l'avrebbe detto. Dunque è escluso che venga attribuito ad una disposizione normativa un significato diverso da quello letterale.

Invero l'argomento a contrario è generalmente utilizzato per motivare un'interpretazione restrittiva.

Perelman e Tyteca formulano il seguente esempio: una legge riconosce alcuni diritti ai figli eredi; in conformità all'argomento a pari la disposizione normativa è estesa anche alle figlie; mentre in base all'argomento a contrario essa non è applicata ai soggetti di sesso femminile.

In altre parole, data una norma, che sancisce una determinata qualificazione normativa (un potere, un obbligo, uno status) nei confronti di un soggetto o di una classe di soggetti, si deve escludere, in mancanza di una espressa previsione, l'applicazione di una diversa norma che predichi la stessa qualificazione normativa per un altro soggetto o classe di soggetti. In questo senso l'argomento a contrario non è solo una regola di interpretazione, ma anche una regola sull'esclusione di produzione giuridica[284].

Tralasciando l'analisi degli altri argomenti quasi-logici: di paragone e probabilità, è necessario ora soffermarci sugli "argomenti basati sulla struttura della realtà". Tra tutti si fa menzione del ragionamento costruito sul nesso di causalità. Esso, tipico legame di successione, è connesso a tre tipi di argomentazioni[285]:

- la prima ha ad oggetto il collegamento di due eventi;
- la seconda, dato un evento, tende a risalire alla causa che lo ha determinato;
- l'ultima, da un evento è diretta a individuare l'effetto che ne discende.

È evidente che nei legami di successione un evento può fungere alternativamente da conseguenza di una certa causa da individuare o, per converso, da causa produttiva di una conseguenza.

---

[284] Sul punto e relativamente alla storia dell'uso dell'argomento *a contrario* si rinvia a Giovanni Tarello, *Introduzione teorica allo studio del diritto* di Silvana Castignone, Giovanni Tarello, Riccardo Guastini, Genova, Ecig, 1979, pp. 336-338.

[285] *Ivi* pp. 285-288.

La valutazione di un evento, in funzione delle conseguenze che ne derivano, intercetta l'argomento pragmatico. Esso riveste un'importanza indiscussa nella logica dei giudizi di valore.

Più precisamente le conseguenze sono considerate "origine del valore dell'evento",[286] il quale sarà apprezzato alla luce dell'individuazione dell'effetto, che tra il flusso degli altri, ne costituisce la condizione necessaria.

Tra gli argomenti basati sulla struttura di realtà vanno annoverati quelli che hanno ad oggetto il legame tra la persona e i suoi atti. Essi vertono sul nesso di coesistenza, che a differenza del nesso di successione, collega due termini situati su piani diversi della realtà fenomenica.

La persona innesta nell'argomentazione due aspetti opposti: un'istanza di stabilità e una tensione verso il mutamento. Per dirla come Perelman e Tyteca: "la persona, considerata come supporto di una serie di qualità, autrice di una serie di atti e di giudizi, oggetto di una serie di apprezzamenti, è un essere durevole intorno al quale si raggruppa tutta una serie di fenomeni ai quali esso dà coesione e significato; ma come soggetto libero, la persona possiede quella spontaneità, quel potere di cambiare e di trasformarsi, quella possibilità di venir persuasa e di resistere alla persuasione, che fanno dell'uomo un oggetto di studio *sui* generis[…]"[287]

Stringente è il legame tra la persona e le sue emanazioni, dunque atti, discorsi, giudizi e atteggiamenti. Il valore che attribuiamo all'atto influisce sul conferimento di valore alla persona, così come la componente stabile di quest'ultima contribuisce ad anticipare una valutazione sull'atto.

A tal proposito è necessario precisare che spesso il giudizio sulla persona costituisce il punto di partenza dell'argomentazione. Esso è finalizzato a prevedere atti ignoti, a interpretare in un certo modo gli atti noti e a spostare sugli atti il giudizio formulato su chi li compie.[288]

Il giudizio sull'atto è influenzato, tra gli altri, dal fattore prestigio. Il tipico argomento del prestigio è l'argomento di autorità, il quale, per avvalorare una tesi, impiega giudizi di una persona o di un gruppo.

---

[286] *Ivi* p. 289.
[287] *Ivi* p. 320.
[288] *Ivi* p 325.

Seppur di estrema rilevanza non si può non notare che questo argomento ha la proprietà di svelare l'irrazionalità delle credenze, proprio perché fondate sull'autorità di persone autorevoli, o sul consenso della maggioranza[289].

Infine si può procedere all'analisi delle relazioni che fondano il reale per mezzo del ricorso al caso particolare. L'argomento basato sull'esempio rientra in questo genere di legami.

L'uso di questo tipo di argomentazione determina il passaggio da un esempio ad una conclusione altrettanto particolare, proprio per questo essa è definita: argomentazione dal particolare al particolare.

Tuttavia è opportuno rilevare che il caso particolare ha funzione di regola, che garantisce il passaggio da un caso ad un altro. Una classica applicazione di tale procedimento è riconducibile alla prassi decisoria incardinata nella tradizione del precedente giudiziario. Nei sistemi di common law il precedente funge da esempio che fonda una regola, come nei sistemi di *civil law* la disposizione normativa è considerata il modello che rimanda ai principi generali dell'ordinamento.

A tal riguardo degno di menzione è l'*exemplum in contrarium*, che circoscrive l'ambito di applicazione di una regola e ne delimita la forza generalizzante. Karl Popper si sofferma su tale tecnica come criterio che permette il controllo empirico di una legge naturale[290].

Ampio spazio all'interno del "Trattato dell'argomentazione" è dedicato all'analogia, come tecnica che fonda la struttura del reale. Come è noto essa è riconducibile schematicamente ad un rapporto tra quattro termini riuniti in coppie: A sta a B come C sta a D; tuttavia ognuno di essi corrisponde ad una serie di ulteriori relazioni. L'analogia, che verte dunque formalmente su una somiglianza di rapporto tra due coppie di termini, è imperniata su un giudizio di rilevanza dei caratteri che congiungono i termini confrontati. Essa è "un mezzo di argomentazione instabile,"[291] che muove dal campo di osservazione di una struttura già definita, al campo della scoperta di legami inaspettati. Incorporata nel diritto come regola sulla produzione giuridica, nonché come regola di interpretazione rivela tutto il potere che il giudice esercita sul linguaggio, potere

[289] Gli autori del Trattato dell'argomentazione rinviano a Pareto che definisce l'argomento di autorità "come mezzo per dare una vernice logica alle azioni non-logiche ed ai sentimenti da cui queste hanno origine", cfr. Vilfredo Pareto, *Trattato di sociologia generale*, I, Barbera Firenze, 1923, p. 209, così come citato da Chaïm Perelman, Lucie Olbrechts- Tyteca, cit, p.332.

[290] Cfr. Karl Popper, *Logica della scoperta scientifica*, Torino, Einaudi, 2010.

[291] Chaïm Perelman, Lucie Olbrechts- Tyteca,. cit, p. 427.

indiscutibilmente circoscritto entro i confini ben definiti delle parole. Nella prassi giuridica l'argomento a simili si presenta come l'opposto dell'argomento a contrario, dunque data una norma, che sancisce una determinata qualificazione normativa di un soggetto o di una classe di soggetti, si deve ritenere valida una diversa norma che predichi quella stessa qualificazione normativa nei confronti di un soggetto o di una classe di soggetti, che abbia col primo soggetto o classe di soggetti una somiglianza stimata come rilevante[292]. Nell'applicazione summenzionata l'analogia funge da criterio di produzione giuridica.

Nel caso invece essa si atteggi a regola di interpretazione, si deve estendere il significato di un termine dell'enunciato normativo a soggetti in esso non letteralmente inclusi, che però condividano con i soggetti espressamente inclusi una somiglianza rilevante. Da un altro angolo visuale le conseguenze giuridiche di una fattispecie regolata sono estese alla fattispecie non regolata che condivide con quella regolata la stessa *ratio*.

Non si può non precisare che la rilevanza della somiglianza necessita essa stessa di argomentazione.

Dall'analisi delle tecniche argomentative elaborate da Perelman e Tyteca è rilevabile che l'argomentazione giuridica si costruisce sia su modalità quasi-logiche, che su relazioni che si basano sulla struttura del reale, nonché su legami su cui si fonda la struttura del reale.

Solo il contesto, la valutazione del caso concreto, l'individuazione dello scopo perseguito dalle disposizioni normative determineranno il ricorso o la prevalenza di un argomento rispetto ad un altro[293].

Dopo aver esaminato le tecniche associative è bene spostare l'attenzione seppur in maniera non approfondita su quelle dissociative.

La dissociazione presuppone non esclusivamente la rottura dei legami tra gli elementi concordi nell'ambito di una determinata concezione, ma anche la produzione di un nuovo ordine, nonché l'impostazione di una nuova struttura dei dati concettuali. Questa tecnica, come precisato da Perelman e Tyteca gioca un ruolo fondamentale nello svolgimento delle attività giuridiche.

Se in generale la dissociazione è mossa dalla tensione di eliminare un'incompatibilità tra norme, verità o fatti, è evidente che essa è uno degli strumenti attraverso i quali il diritto

---

[292] Sul punto si rinvia a Giovanni Tarello, *Introduzione teorica allo studio del diritto* di Silvana Castignone, Giovanni Tarello, Riccardo Guastini, Genova, Ecig, 1979, p. 371.
[293] Chaïm Perelman, Lucie Olbrechts- Tyteca, cit, p. 262.

decide sulle incompatibilità[294]. Più precisamente la tesi sostenuta dagli autori del trattato è che lo scopo del diritto non consiste nella sintesi logica, ma nel compromesso. Il giudice, che nel corso di un processo, si trova a dover sciogliere un'antinomia, non può ignorare integralmente una delle leggi in conflitto, ma piuttosto circoscriverne il campo di applicazione. Sempre nel rispetto della coerenza del sistema, il giudice, come il legislatore o il teorico del diritto, "introdurrà distinzioni, destinate a conciliare ciò che, senza di esse sarebbe, inconciliabile.[295]"

Da un punto di vista più generale, possono essere annoverate tre tecniche di trattamento delle incompatibilità, che concernono tre diversi atteggiamenti. Il primo è definito "logico". Con esso si suppone che il contenuto delle nozioni utilizzate sia precisato e che si faccia riferimento a regole chiare e determinate. È il tipico contegno dello scienziato che formula leggi mediante deduzioni.

Il secondo atteggiamento è proprio dell'uomo pratico, che affronta le questioni spinose mano a mano che si presentano; le nozioni sono ripensate e modulate in relazione del caso concreto. Questa condotta è riconducibile all'operato del giudice: le sue tesi interpretative non sono estese a casi la cui complessità potrebbe sfuggirgli.[296]

Il terzo atteggiamento, denominato "diplomatico", consiste nel rimandare la decisione sul conflitto ad un momento più opportuno; l'incompatibilità dunque non è resa evidente, ma ingannata. Più in particolare l'atteggiamento diplomatico procrastina o delocalizza la scelta, nella speranza che ulteriori circostanze possano evitare il naturale sacrificio che ne deriva. È opportuno notare che gli atteggiamenti sopra menzionati possono essere tutti riletti nel contesto strategico della pratica giuridica, il quale è ulteriormente condizionato dal principio costitutivo della coazione a decidere.

8.1 Una teoria dell'argomentazione giuridica

Appare evidente che la teoria dell'argomentazione giuridica corrisponde ad una particolare teoria del discorso.

---

[294] A proposito di incompatibilità è necessario porre una precisazione, Chaïm Perelman, Lucie Olbrechts-Tyteca, cit, p. 217: "Le incompatibilità differiscono dalle contraddizioni perché esistono solo in funzione delle circostanze: bisogna che due regole, per entrare in un conflitto che impone una scelta siano applicate simultaneamente a una stessa realtà"

[295] *Ivi* p. 499.

[296] *Ivi* p. 214.

A tal proposito non si può non fare riferimento all'ampio studio che Robert Alexy ha dedicato alla teoria normativa del discorso. Il punto di partenza del ragionamento dello studioso è che "la teoria del discorso razionale è una teoria normativa del discorso"[297]. Invero si può definire "normativa" la teoria che ha ad oggetto la formulazione e la giustificazione dei criteri per la razionalità dei discorsi[298].

Da ciò segue che le regole del discorso pratico razionale corrispondono a norme preposte alla giustificazione di norme. A questo punto si può procedere con l'enucleazione di quelle che Alexy definisce le quattro "possibilità di pervenire alle regole del discorso" [299]. La prima verte sulla considerazione delle regole del discorso come regole tecniche. Il discorso dunque sarebbe retto da regole che prescrivono i mezzi per il raggiungimento di determinati scopi. Questa modalità di giustificazione incorre però secondo lo studioso in due ordini di critiche. In primo luogo, posto che è lo scopo che deve giustificare le regole, si pone il problema della sua giustificazione. In altri termini non è possibile presupporre scopi giustificati.

La seconda critica invece investe lo scopo capace di giustificare tutte le regole del discorso, proprio in quanto esso, per la sua estrema generalità, potrebbe essere sorretto da mezzi posti da norme incompatibili tra loro, oppure potrebbe essere già delineato dall'osservanza di queste stesse norme. Si pensi ad esempio alla giustizia o alla verità come lo scopo ultimo che dovrebbe essere raggiunto dall'applicazione di certe regole. Questa modalità di formulazione delle regole del discorso è per Alexy insoddisfacente dal momento che non riesce a giustificare tutte le regole.

Invero è opportuno precisare che non sempre nell'universo normativo le norme poggiano sulla costitutività del rapporto mezzo/fine. Questo nesso è reso evidente dalla struttura delle norme tecniche, le quali assumono la forma propria dell'imperativo ipotetico: "se vuoi B, devi fare A". Tuttavia vi sono norme che non sono costruite in tal modo. Si prenda a titolo esemplificativo l'art. 1 comma 1 della Costituzione italiana, nella parte in cui sancisce che: "L'Italia è una Repubblica democratica fondata sul lavoro". In questa norma non è ricavabile il nesso costitutivo mezzo/fine. Invero se "il lavoro" può essere

---

[297] Robert Alexy, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, a cura di Massimo La Torre, Milano, Giuffrè, 1998, p.143.

[298] I*vi* p. 142: "Una teoria del discorso può essere empirica, analitica e/o normativa. È *empirica*, se descrive e chiarisce, per fare solo alcuni esempi, la correlazione che esiste tra determinati gruppi di parlanti e l'uso di determinati argomenti, l'efficacia degli argomenti, oppure le concezioni che predominano in determinati gruppi in relazione alla validità degli argomenti. La teoria del discorso è *analitica*, se tratta la struttura logica degli argomenti effettivamente utilizzati e di quelli semplicemente possibili, Infine è *normativa*, se enuncia e giustifica i criteri per la razionalità dei discorsi".

[299] *Ivi* p. 143.

considerato un fine costituzionalmente protetto dall'ordinamento, non è deducibile dalla disposizione il mezzo che ne condiziona la realizzazione. Tuttavia è necessario riflettere sull'equiparabilità dei termini "fine" e "fondamento". Considerare il lavoro come fondamento della Repubblica democratica italiana corrisponde ad ergerlo a suo presupposto. In questo caso è forte la dimensione epistemologica. Al contrario porre "il lavoro" come fine della costituzione democratica, lascia prevalere una prospettiva teleologica. Mentre il fondamento affonda le radici in una sfera precategoriale, il fine è oggetto di una decisione statuita *ex post*. Ogni principio fondamentale oscilla invero da una dimensione teologica ad una teleologica. Esempi simili a quello attinto dall'art. 1 della Costituzione sono numerosi. Essi dimostrano che il rapporto mezzo/fine non corrisponde ad un valido criterio giustificativo delle regole del discorso. Del resto è il contesto che di volta in volta individuerà se il predicato normativo è il mezzo più appropriato per il raggiungimento di un fine, a sua volta tracciato dal caso concreto. La critica che Alexy fa a questo modello, rivela senz'altro la problematicità della giustificazione dello scopo delle norme. D'altronde il tentativo di individuare in scopi generalissimi la legittimazione di tutte le norme deve fare i conti con l'impossibilità di definirli una volta per tutte. Considerando la verità e la giustizia come alcuni di questi scopi generalissimi, è necessario affermare che esse non possono essere definite dall'osservatore esterno al sistema, ma sarà il sistema a decidere la verità e la giustizia del caso concreto.

La seconda possibilità di approdare alle regole del discorso consiste, secondo lo studioso, nell'individuare le regole che vengono effettivamente osservate, oppure nel dimostrare che il risultato dell'applicazione delle regole corrisponde a "nostre convinzioni normative effettive"[300]. Questo tipo di giustificazione può essere denominato "empirico". Il rilievo problematico di questa impostazione risiede proprio nel passaggio dalla constatazione dell'effettività della norma al suo carattere razionale. Questa derivazione sarebbe ammissibile solo se si considerasse l'intero meccanismo della prassi come razionale; si verrebbe in questo modo a configurare una "razionalità implicita", presupposta senza poter essere dimostrata. Inoltre tale ricostruzione sembra fondarsi sulla deducibilità di un dover essere dall'essere, passaggio logico, che come la legge di David Hume ci ricorda, non è percorribile.

[300] *Ivi* p. 144.

Del resto ricavare la norma dalla realtà conduce alla fallacia naturalistica, l'errore nel ragionamento per il quale si crede che la norma si conformi alla realtà[301]. Da quanto sostenuto, è necessario affermare che la giustificazione empirica deve essere aggiustata alla luce di altri tipi di giustificazioni.

Una di queste può essere rintracciata nel modello per il quale la mera presentazione di un sistema di regole costituisce la ragione fondamentale per la sua accettazione. Più specificatamente questo tipo di giustificazione, chiamata "definitoria", prende in esame le regole che compongono un gioco linguistico. Più specificamente le regole del discorso per il fatto di essere esplicitate sono anche automaticamente accettate dunque in maniera intrinseca giustificate.

L'ultimo modello di giustificazione del discorso, spiega Alexy, verte sul rilievo che la validità di determinate regole "è condizione di possibilità della comunicazione linguistica"[302]. Questo tipo di giustificazione ha ad oggetto l'analisi dei presupposti generali e necessari della comunicazione[303]. Conformemente all'insegnamento di Habermas, un modello così orientato può essere chiamato: "pragmatico-universale". Esso implica, tra l'altro, che le regole presupposte necessariamente come base della comunicazione linguistica siano costitutive e che senza di esse non sarebbero configurabili forme di comportamento umano. Da quanto detto il problema che si pone non consiste tanto nell'individuazione delle regole costitutive degli atti linguistici, ma piuttosto nella "possibilità epistemologica" di tale procedimento di giustificazione.

In definitiva le quattro modalità di giustificazione delle regole del discorso sin qui elaborate aprono un varco verso la questione dell'infondatezza circa la grande costruzione del linguaggio. Più precisamente la catena di giustificazioni circa le giustificazioni è destinata prima o poi ad essere interrotta. Tuttavia da questo procedimento si giunge ad enucleare un insieme di regole che sta alla base non solo dell'agire, ma anche del pensare umano. Invero, come Ludwig Wittgenstein, ha chiaramente precisato, da alcune proposizioni dipende tutto il nostro sistema di giudizio. Dunque è possibile asserire che ogni sistema di credenze poggia su un dato per scontato e immutabile, che ne costituisce

[301] Sul punto si rinvia a David Hume, *Trattato sulla natura umana*, Vol. I, Roma- Bari, Laterza, nonché a Eligio Resta, *Le regole della fiducia*, Roma – Bari, Laterza, 2009, p.93; Luigi Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, Laterza, Roma- Bari, 2007.

[302] Robert Alexy, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, cit., p.146

[303] Sul punto si veda di Jürgen Habermas, *Etica del discorso*, a cura di Emilio Agazzi, Roma-Bari, Laterza, 1985.

il "*telos* riproduttivo"[304]. Questa impalcatura è capace di rivelare la base pratica-esistenziale della conoscenza. In particolare il discorso giuridico è un gioco linguistico strettamente connesso alla prassi di vita comune rappresentata da una determinata forma di vita, imperniata su regole e convinzioni. Queste ultime nel delineare la forma di vita, formano "il substrato" del nostro cercare e asserire. Tale substrato può essere definito "l'immagine del mondo": ciò che "giace al di là del giustificato o dell'ingiustificato"[305]. Tuttavia è necessario rilevare che ogni forma di vita si basa su un sistema di giudizi, che a sua volta poggia sul riconoscimento di certe autorità.

Ogni regola del discorso giuridico rimanda costantemente ad un'autorità che la pone legittimandola. Tale meccanismo, come è noto, costituisce la chiave di volta del sistema kelseniano; invero l'intero ordinamento giuridico trova la sua legittimità in una norma generalissima, che non può essere posta, ma esclusivamente presupposta: la *Grundnorm*. La concatenazione strutturale di norme, che costituisce l'ordinamento, rimanda quindi a questo concetto imprescindibile che fonda senza poter essere fondato.

Affrontata la questione circa la giustificazione delle regole del discorso, si può ora far riferimento ad un insieme di regole fondamentali che costituiscono il presupposto della possibilità della comunicazione linguistica. È ancora Robert Alexy ad esporre criticamente l'elenco di queste regole.

Dal canto suo Habermas precisa che le regole del discorso enunciate da Alexy non sono costitutive per i discorsi in senso stretto, ossia come le regole degli scacchi lo sono per le partire giocate. Invero, mentre le regole degli scacchi costruiscono effettivamente una prassi di gioco, "le regole del discorso sono solamente una forma dell'esposizione di presupposti pragmatici tacitamente accettati e intuitivamente noti di una distinta prassi del discorso"[306].

Esse sono così enucleate:

- nessun parlante può incorrere in una contraddizione;
- ogni parlante può affermare solo ciò in cui crede;
- ogni parlante che applica un predicato X ad un oggetto Y deve essere incline ad applicare X ad ogni altro oggetto che sia simile ad Y in un aspetto rilevante;

[304] Franco Cassano, *La certezza infondata*, Bari, Edizioni Dedalo, 1983, p. 43; nonché di Ludwig Wittgenstein, *Della certezza*, trad. it. di Mario Trinchero,Torino, Einaudi, 1978, pp. 64-65.
[305] Ludwig Wittgenstein, *Della certezza*, *op. cit*., p. 57; sul concetto di "forma di vita" si faccia riferimento altresì a Ludwig Wittgenstein, *Ricerche filosofiche*, a cura di Mario Trinchero, Torino, Einaudi, 2009.
[306] Jürgen Habermas, *Etica del discorso*, cit., p. 101.

- parlanti diversi non possono usare la stessa espressione conferendogli significati diversi.

Certamente non si deve cadere nell'equivoco secondo il quale tutti i discorsi che si svolgono realmente debbano soddisfare le suddette regole, poiché, come sottolinea ancora una volta Habermas, in molti casi ciò non avviene e negli altri ci troviamo di fronte ad approssimazioni[307].

Possiamo comunque procedere all'analisi delle succitate regole.

La prima richiama indubbiamente una regola logica. Ciò presuppone che alle proposizioni normative, a cui come anticipato, non si confà il carattere dell'apofanticità, si possano applicare le regole di logica. Come è noto, tale rilievo, non privo di criticità, è stato discusso col nome di "dilemma di Jørgensen". Tale questione, che sarà affrontata nel corso della trattazione, conduce alla possibilità di accostare il principio di non contraddizione alle incompatibilità di tipo deontico.

La seconda regola invece si riferisce alla condizione di sincerità, come imprescindibile presupposto di ogni comunicazione linguistica[308].

La terza regola prescrive al parlante un obbligo di coerenza, per cui in situazioni simili per un aspetto rilevante, egli deve affermare gli stessi giudizi di valore.

L'ultima regola può essere considerata come un'ulteriore variante del principio di non contraddizione, in quanto statuisce che una stessa espressione non può essere usata dai parlanti con un significato diverso. Tuttavia è necessario precisare che sussiste altresì un accordo sulla variazione del significato delle locuzioni linguistiche.

Si fa dunque riferimento al carattere comunitario e allo stesso tempo comunicativo dell'uso del linguaggio. Il percorso che conduce a questa sorta di accordo sul significato e sulla variazione di significato delle parole è oggetto di numerosi dibattiti e di una mai celata curiosità scientifica. Del resto come ci ricorda Habermas, il linguaggio vive proprio dell'intesa comunicativa tra i parlanti, i quali si comprendono reciprocamente.

L'impiego comunicativo di espressioni linguistiche rimanda ad una particolare forma di razionalità, chiamata comunicativa, che é imperniata sul carattere unificante del discorso orientato all'intesa. Più specificamente nell'uso comunicativo del linguaggio il parlante accorda se stesso circa qualcosa con qualcuno. E per giunta ciò che il parlante intende dire è connesso sia ad un dato letterale, sia "all'azione" nel senso della quale ciò che è

---

[307] *Ibidem.*

[308] Sulla condizione di sincerità si veda: John Langshaw Austin, *Come fare cose con parole*, Genova, Marietti, 1987; John Searle, *Atti linguistici*, Torino, Boringhieri, 1976.

detto deve essere inteso[309]. Per utilizzare le parole di Habermas: "la razionalità comunicativa si incarna in un processo di intesa che si svolge intorno a pretese di validità soltanto quando parlanti e ascoltatori, in atteggiamento performativo-indirizzato a seconde persone - si intendono (o vogliono intendersi) circa qualcosa nel mondo"[310].

È opportuno altresì precisare che l'agire comunicativo è connotato da una diversa gradazione dell'accordo, a seconda che esso concerna un'intesa circa un fatto o un'intesa circa l'intenzione del parlante. Più precisamente siamo di fronte ad un accordo quando gli interlocutori condividono una pretesa di validità in base alle stesse ragioni, mentre si parla di intesa quando l'uno comprende che l'altro ha buone ragioni per l'intenzione dichiarata, senza perciò condividerle.

Connessa a questa distinzione Habermas ne effettua un'altra: quella relativa all'agire comunicativo in senso debole e quella relativa all'agire comunicativo in senso forte. Il primo tipo di intesa verte sulla volontà unilaterale dell'attore e implica pretese di "verità" e veridicità; invece il secondo tipo di intesa, che implica la sussistenza di valori intersoggettivamente condivisi, vincola la volontà dei partecipanti al di là delle loro preferenze ed è imperniata su pretese di giustezza. Tale tipologia di accordo ha la caratteristica di individuare e di fissare le modalità di perseguimento dei fini d'azione[311].

A questo punto è rilevante ribadire che ogni discorso pratico è orientato alla giustificazione delle proposizioni normative. In altre parole può affermarsi la regola generale per la quale ogni parlante deve giustificare ciò che afferma su richiesta, a meno che possa motivare il suo rifiuto di offrire una giustificazione[312].

Del resto ogni formulazione di un giudizio di valore o di obbligo è accompagnato da una pretesa di correttezza, ossia mira ad una giustificazione di tipo razionale.

Le regole sopra esposte, sulle quali poggia il discorso pratico generale possono essere trasposte con alcune variazioni nel discorso giuridico.

Diversificati sono i discorsi giuridici: si pensi ad alcuni procedimenti istituzionalizzati come la deliberazione giudiziale, il processo, la deliberazione legislativa; o ad alcune pratiche non ritualizzate come le discussioni della dottrina o tra avvocati. In tutte queste modalità discorsive si argomenta giuridicamente. Questo tipo di argomentazione è soggetta ai limiti che il diritto vigente impone.

---

[309] Cfr. Jürgen Habermas, *Verità e giustificazione*, traduzione di Mario Carpitella, Roma-Bari, Laterza, 2001, p.105.
[310] *Ivi* p. 110.
[311] *Ivi* pp. 111-118.
[312] Cfr. Robert Alexy, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, cit., p. 152.

Per giunta può essere colta un'ulteriore differenziazione tra il discorso pratico generale e il discorso giuridico: gli enunciati normativi formulati come giudizi, non si fondano tanto sulla pretesa della loro razionalità, ma più che altro sul "dovere" giuridico di essere razionalmente giustificati in conformità all'ordinamento normativo vigente. Invero l'analisi della decisione giuridica presuppone lo smantellamento del classico concetto di razionalità, come l'adeguamento delle nozioni di correttezza e verità e giustizia.

In definitiva, l'argomentazione giuridica è innanzitutto un'attività linguistica, che ha ad oggetto la correttezza delle proposizioni normative, nonché la verifica della coerenza delle singole proposizioni con l'intero impianto motivazionale della sentenza. Come emerge chiaramente dall'analisi di Robert Alexy, il discorso giuridico costituisce un caso particolare del discorso pratico generale, proprio perché l'argomentazione giuridica si dispiega all'interno di una serie di condizioni limitative. Considerati come punti di partenza del discorso le convinzioni normative, i desideri, le interpretazioni dei bisogni e le informazioni empiriche dei parlanti, le regole del discorso costituiscono le linee direttrici per mezzo delle quali giungere alla pronuncia di enunciati normativi fondati. Tuttavia il percorso che, dai succitati punti di partenza conduce alla conclusione del discorso, non è preventivamente tracciato. Invero innumerevoli possono essere le interpretazioni dei bisogni o i desideri da cui le proposizioni normative prendono le mosse[313]. Così per dirla come Alexy "si potrebbe dire che le regole del discorso definiscano un procedimento decisionale in cui non è stabilito cosa si debba ipotizzare come base decisionale ed in cui non tutte le mosse sono prescritte. Questo da una parte è un difetto, dall'altra un vantaggio. Il difetto è evidente. Il vantaggio consiste nel fatto che la base da cui prendere la decisione ed una serie di singole mosse decisionali sono rimesse agli interessati, non essendo già stabilite da un qualsiasi teorico della decisione, il quale – a sua volta – dovrebbe partire dalle proprie rappresentazioni"[314]. Più in generale "rules do not rule their application"[315].

[313] *Ivi* p. 18.
[314] *Ivi* p. 19.
[315] Questo rilievo che ha chiara matrice wittgensteiniana è stato poi ripreso da Herbert L. A. Hart, *Il concetto di diritto*, a cura di Mario A. Cattaneo, Torino, Einaudi, 1965; cfr. Massimo La Torre, *Sullo spirito mite delle leggi. Ragione, razionalità, ragionevolezza*, Napoli, Editoriale scientifica, 2012, p. 76.

9. *Rules do not rule their application*

Le disposizioni legislative non regolano esaustivamente il procedimento della loro applicazione. Come è stato ampliamente affermato, il modello meccanicista, alla luce del quale la decisione giudiziaria corrisponde al prodotto di un operazione logica, risulta oltremodo insoddisfacente.

Ciò è dovuto ad una serie di fattori. Si può procedere con l'enucleazione dei principali.

Innanzitutto ogni verdetto implica l'interpretazione di enunciati normativi. Ciascun enunciato normativo rimanda a sua volta ad una molteplicità di aree semantiche. Ma c'è di più. I segni linguistici non sempre sono in grado di riflettere tutte le sfumature dei dati reali simboleggiati. È invero evidente un certo scarto tra linguaggio e realtà. In tale ottica l'interpretazione corrisponde ad una decisione sulla definizione del significato da attribuire ad un ente linguistico.

Per dirla con Gustavo Zagrebelsky: "il diritto scritto nelle leggi serve a dare ai casi la regola che compete loro. Ma in cosa ciò consista, non è nel potere esclusivo del diritto legislativo determinarlo"[316]. In queste parole è condensato l'enigma della decisione.

Il significato dei termini contenuti nelle disposizioni normative non sono definiti dalle regole stesse, bensì ricavati da ciò che si pone al di fuori di esse[317]. L'art. 12 delle disp. prel. c. civ. sancisce che: "Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dall'intenzione del legislatore. […]". La norma in questione rinvia in principio all'uso comune del linguaggio. Invero l'individuazione del significato dei termini che compongono il testo legislativo è affidato ad un criterio extralegislativo: il ricorso al cosiddetto "senso comune" delle parole. Tuttavia è compito dell'interprete definirne la portata e scegliere dunque il significato dei termini contenuti nelle leggi. Questa decisione risulta co-determinante, assieme all'enunciato normativo, del significato della norma. Per quanto riguarda il richiamo all'articolo 12 delle disp. prel. c. c. all' "intenzione del legislatore", è evidente che la norma pone un criterio diverso da quello "proprio" dell'uso ordinario del linguaggio, ed è ancora affidato all'operatore del diritto il compito di definire il significato attribuito dall'intenzione del legislatore. Scelta co-determinante nell'attribuzione di significato alla disposizione legislativa. In altre parole nel conferimento di significato all'enunciato normativo l'interprete si riferisce ad una serie d

[316] Gustavo Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992, p. 186.
[317] Così come in Giovanni Tarello, *Introduzione teorica allo studio del diritto*, cit., p. 233.

fattori extralegislativi. In questo senso la legge non è solo interpretata, ma anche "integrata".[318]

In secondo luogo può accadere che, il caso su cui il giudice è chiamato a pronunciarsi, a causa della sua peculiarità, non possa essere sussunto in alcuna delle norme vigenti.

E ancora, la mera concatenazione logica di una decisione da almeno una premessa di tipo normativo è scongiurata altresì dall'ipotesi di conflitto tra leggi.

Invero può verificarsi che due enunciati qualifichino giuridicamente uno stesso comportamento secondo modalità confliggenti o incompatibili. Come è noto l'ordinamento giuridico italiano ha elaborato tre criteri di risoluzione delle antinomie: il criterio cronologico disciplinato dall'art. 15 disp. prel. c.c.; il criterio gerarchico formulato sia nell'art. 134 Cost. per il rapporto tra legge costituzionale e ordinaria, che nell'art. 4 disp. prel. c.c., per il rapporto tra legge e regolamento, inoltre nell'art. 360 c.p.c. e nell'art. 524 c.p.p. per i rapporti tra legge e sentenza, nell'art. 1343 c.c. per i rapporti tra legge e negozi giuridici. Mentre il criterio di specialità trova la sua enunciazione nell'art. 15 c.p.[319]

Dall'analisi dei succitati articoli risulta che la codificazione dei vari criteri di risoluzione delle antinomie non né completa, né esaustiva. Ad esempio: il principio di specialità è regolato in via generale e la sua enunciazione non riesce a risolvere il problema del conflitto tra diverse ragioni di specialità; il criterio cronologico non è funzionale alla risoluzione di conflitto fra enunciati contenuti nello stesso testo legislativo e infine il criterio gerarchico non risolve i conflitti tra norme dello stesso livello. È importante rilevare che tra i criteri di soluzione delle antinomie si possono creare conflitti di secondo grado. Non è ad esempio oggetto di regolamentazione il conflitto tra criterio della posteriorità e quello della specialità. La decisione su queste questioni è ancora una volta affidata all'interprete, il quale, come ha osservato Tarello, ricorrerà nella sua scelta ad elementi extralegislativi: ideologie e anche idee personali sul modo di concepire il diritto.

L'ultima ragione, per la quale è possibile affermare che la decisione sul caso concreto non è mera operazione logica, risiede nella considerazione che essa è spesso il risultato dell'applicazione di una porzione di legge, o dalla combinazione di diversi segmenti di una legge. Invero la decisione circa la regola del caso presuppone un'attività di scomposizione e ricomposizione del discorso legislativo, che è svolta in riferimento

---

[318] *Ivi* pp. 234-235.

[319] Per una minuziosa trattazione dal punto di vista della teoria generale del diritto si rinvia a Norberto Bobbio, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, Giappichelli, 1960.

all'intero sistema normativo. L'interpretazione è dunque inserita in un contesto, che non può non essere influenzato, tra l'altro, dalle ideologie, nonché dalle tecniche e prassi mediante le quali la frammentazione e la ricomposizione degli enunciati normativi è effettuata.

Alla luce di quanto detto è possibile affermare che "le attività di apprendimento di un diritto oggettivo" si articolano in una serie di operazioni decisionali complesse[320].

In particolare l'applicazione della legge richiede non solo decisioni sulla definizione degli enti linguistici, ma anche sull'eliminazione dei conflitti tra leggi, sulla loro integrabilità, nonché sulla ricomposizione sistematica del discorso legislativo.

Ogni disposizione legislativa è oggetto di interpretazione. A questo punto è necessario riflettere su un vecchio brocardo, utilizzato ampiamente dagli studiosi operanti dal XVI secolo al XVIII secolo: *in claris non fit interpretatio*. Va precisato che tale brocardo aveva presso gli scrittori di diritto comune un significato divergente da quello fatto proprio da alcuni ambienti giuridici. L'*interpretatio* era il risultato dell'attività di commento dei dottori e dell'attività dei tribunali, cui veniva conferita l'autorità di diritto. La *lex*, invece, corrispondeva al corpo del diritto romano-giustinianeo e alla produzione statuaria dei sovrani e degli organi delegati. In tale ottica il principio: *in claris non fit interpretatio* era un criterio di gerarchia delle fonti, con il quale veniva escluso il ricorso alle fonti del diritto "interpretatio", nei casi direttamente regolati dalla *lex*[321]. Con la codificazione civile napoleonica e con le altre codificazioni moderne il termine *interpretatio* non ha conservato il valore di fonte del diritto ed interpretazione è venuta ad acquisire il significato di attribuzione di significato a testi legislativi.

Oggi, come spiega Tarello, tale brocardo può essere considerato alla stregua di una "direttiva metodologica" In tal senso tale canone prescrive, ove è possibile, di attenersi ad una interpretazione dichiarativa[322]. Del resto l'attività interpretativa investe anche il

---

[320] Espressione utilizzata da Giovanni Tarello, *Introduzione teorica allo studio del diritto*, cit. p. 240. Si precisa che mentre Tarello tratta delle ragioni per le quali il diritto oggettivo non può regolare compiutamente la molteplicità dei rapporti sociali, Robert Alexy affronta il discorso circa le ragioni per le quali l'applicazione delle norme non può essere ridotto a mera sussunzione logica secondo premesse normative. Le ragioni coincidono quasi completamente. In effetti solo l'ultima ragione diverge nei due autori. Mentre Tarello tratta dell'interpretazione sistematica, Alexy pone l'evidente questione: "della possibilità di decidere in casi particolari anche in senso contrario al senso letterale di una norma": Robert Alexy, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, cit. p. 7.

[321] Cfr. Giovanni Tarello, *Introduzione teorica allo studio del diritto*, cit. p. 242; Giovanni Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna, il Mulino, 1976, p. 68; nonché Gino Gorla, *I precedenti storici dell'articolo 12 delle disposizioni preliminari del codice civile del 1942*, in "Foro Italiano" 1969, Pt. V, col. 112 ss. Per un'analisi delle tesi di Gorla si rinvia a Giovanni Tarello, *Diritto, enunciati, usi*, Pt. IV, cap. II, Bologna, il Mulino, 1974.

[322] Sul punto si rinvia a Giovanni Tarello, *Introduzione teorica allo studio del diritto*, cit., p. 243.

succitato brocardo, *in claris non fit interpretatio,* anche esso inevitabile oggetto di interpretazione.

Particolarmente rilevante ai nostri fini è il riferimento all'analisi di Hans Georg Gadamer. Lo studioso presenta l'interpretazione come un processo costituito da una serie di microdecisioni, ognuna della quali vanta una ragione giustificatrice[323].

In essa confluiscono una miriade di orizzonti. Invero l'interpretazione oscilla dalla oggettività del testo al "presente" dell'interprete, dalla precomprensione del dato linguistico alle pre-supposizioni personali e alle opinioni del soggetto interpretante.

Il compito dell'ermeneutica non consiste in un appiattimento di queste fluttuazioni, ma al contrario nel loro isolamento. Del resto solo una presa di coscienza delle proprie "anticipazioni" conduce alla possibilità di controllarle. "Bisogna essere consapevoli delle proprie prevenzioni perché il testo si presenti nella sua alterità e abbia concretamente possibilità di far valere il suo contenuto di verità nei confronti delle presupposizioni dell'interprete"[324]. Ma vi è di più. Le presupposizioni e i pregiudizi possono essere considerate vere e proprie condizioni della comprensione di un testo.

A tal proposito è interessante sottolineare che Gadamer coglie non solo l'accezione negativa o limitativa del termine "pregiudizio", ma anche un'accezione positiva.

Letteralmente il pregiudizio è un giudizio che viene formulato prima di un esame definitivo, dunque è ciò che fonda una conseguenza negativa. In considerazione di ciò, esso può essere valutato semplicemente alla stregua del termine "precedente"[325].

Alla luce di quanto detto è possibile affermare che l'interpretazione è attività fortemente imperniata sulla relazione che essa stringe costantemente con i preconcetti dell'interprete. D'altronde riuscire nell'intento di tenere le pre-supposizioni e i pregiudizi fuori dal contesto interpretativo, non è solo impossibile ma è anche un vero e proprio "controsenso"[326].

L'interpretazione giuridica e più specificamente quella giudiziaria si pongono come una *species* dell'attività pocanzi esaminata. Il giudice, per utilizzare un termine caro a Gadamer, ha il compito di "concretizzare" la legge nel caso particolare. Tale

---

[323] Hans Georg Gadamer, *Verità e Metodo*, Vol. I, traduzione italiana a cura di Gianni Vattimo, Milano, Bompiani, 1994, p. 460: "L'interpretazione nel suo insieme si costituisce attraverso una miriade di decisioni microscopiche, ognuna delle quali pretende di essere giusta". In tema di interpretazione non si può non far riferimento altresì ad Emilio Betti, *Teoria generale dell'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1990. Si faccia altresì riferimento a: Francesco Viola, Giuseppe Zaccaria, *Diritto e interpretazione: Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma- Bari, Laterza, 1999.

[324] Hans Georg Gadamer, *op. cit.*, p. 316.

[325] *Ivi* p. 318.

[326] *Ivi* p. 456.

procedimento comporta un'insopprimibile mediazione tra "il perfezionamento creativo" e la sottomissione alla legge.

10. La ragionevolezza

Come in precedenza osservato e alla luce di quanto fin ora enunciato, il metro di misura della razionalità mal si addice a connotare correttamente la decisione giudiziaria.

La razionalità, come è noto, ha a che fare con il calcolo dei mezzi più efficaci per il raggiungimento di determinati fini, con l'evidenza dei nessi di consequenzialità, con la precisione delle formule algoritmiche. Così considerato, che la decisione non è un calcolo, ma discorso, è necessario introdurre il canone della ragionevolezza. Essa si confà più elasticamente alla componente linguistica, performativa e argomentativa della decisione.

Si è detto nel corso della trattazione che il verdetto del giudice non è il risultato della mera applicazione di un criterio logico-deduttivo, né di un criterio logico induttivo o empirico/strumentale. Invero, se da un lato la decisione giudiziaria è conforme al principio di non-contraddizione e di causa efficiente, dall'altro non si esaurisce in essi.

Alla luce di quanto detto la ragionevolezza non coincide né con una razionalità deduttiva, né con una razionalità probabilistica propria delle scienze empiriche, né altresì converge con una razionalità di tipo strategico[327]. All'interno del dibattito giusfilosofico essa è stata generalmente ricostruita come una forma particolare di razionalità. Più specificamente, secondo alcuni, la ragionevolezza corrisponderebbe al concetto di *phronesis* aristotelica, la quale individua ciò che nella situazione concreta è ragionevole fare. In questo senso la ragionevolezza coincide con un criterio di giustizia Ma è bene a questo punto esaminare come essa è stata ricostruita nel discorso giuridico e filosofico. Nota è l'analisi di Georg Henrik von Wright, secondo il quale la ragionevolezza coinciderebbe con la razionalità materiale.

Osserva lo studioso: "La razionalità, allorché la si confronti con la ragionevolezza, ha a che vedere in primo luogo con la correttezza formale del ragionamento, con l'efficacia dei mezzi per un fine […]. I giudizi di ragionevolezza, invece, sono orientati ai valori. Essi vertono sulla maniera corretta di vivere, su ciò che si ritiene sia buono o cattivo per

[327] Sul punto si fa riferimento a Massimo La Torre, *Sullo spirito mite delle leggi. Ragione, razionalità, ragionevolezza*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, p. 74.

l'essere umano. Ciò che è ragionevole è, naturalmente anche razionale, ma ciò che è "meramente razionale" non è sempre ragionevole"[328].

Un ulteriore impiego della ragionevolezza come forma di razionalità pratica viene operato nell'ambito della filosofia politica. In particolare John Rawls in "Liberalismo politico" distingue tra razionalità della condotta, come orientamento strumentale a certi fini soggettivi e *reasonableness*, intesa come conformità dei comportamenti a principi intersoggettivi di giustizia.

Molteplici sono le letture della ragionevolezza in questa direzione. Degna di menzione è la tesi di Aulis Aarnio. Lo studioso sostiene che la razionalità giuridica è propriamente ragionevolezza. Essa individua un criterio di giustizia entro un paradigma istituzionale comunitario. Tuttavia a differenza della razionalità, la *reasonableness*, non riuscirebbe a varcare la soglia di una determinata "forma di vita", dunque, nell'ambito del diritto, i confini di una particolare cultura giuridica. In altre parole essa non corrisponderebbe ad un criterio universalizzabile.[329]

Non può a questo punto tacersi il riferimento all'uso del principio di ragionevolezza come criterio di controllo della costituzionalità delle leggi. In particolare la Corte Costituzionale italiana ne fa espressa menzione in numerose sentenze e pronunce, senza tuttavia fornire una esaustiva definizione.

Frequentemente è stata ad essa attribuita una connotazione coincidente col principio di uguaglianza: una legge è stata considerata "irragionevole" se contraria al principio di uguaglianza cristallizzato nell'art. 3 della Costituzione. In tempi più recenti invece la ragionevolezza è utilizzata con l'accezione di coerenza sistemica e ancora di adeguatezza dello scopo attribuito alla legge sottoposta al giudizio di legittimità costituzionale.

Spostando ora lo sguardo al paradigma tedesco, la ragionevolezza coincide questa volta con il principio di proporzionalità (*Verhältnismässigkeit*).

Tuttavia come afferma Gustavo Zagrebelsky in un noto saggio: "Dietro tutte le formulazioni c'è sempre qualcosa che sfugge".[330] Più specificamente la ragionevolezza non si adatta ad una categorizzazione *ex ante*.

È possibile affermare che la particolare forma di razionalità che investe le decisioni giudiziarie, la ragionevolezza, non si esaurisca, dunque, nel principio di non

---

[328] Georg Henrik von Wright, *Images of Science and Forms of Rationality* in *The Tree of Knowledge and Other Essays*, Leiden, Brill, 1993, p. 173.

[329] Cfr. Aulis Aarnio, *The rational as Reasonable*, Dordrecht, Reidel 1987.

[330] Gustavo Zagrebelsky, *Su tre aspetti della ragionevolezza*, in *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1994, p. 180.

contraddizione rispetto all'ordine sistemico, ma vada piuttosto intesa come un imperativo di giustizia modulato al caso concreto. Chiarirò a breve questo mio riferimento, nella considerazione che l'utilizzo della parola giustizia porta con sé un nodo problematico. Quest'ultimo senz'altro deriva dalle influenze che il positivismo legalistico dello stato di diritto ha arrecato nel pensiero giuridico. Alla luce di questa corrente non era concepibile il richiamo ad un criterio di giustizia non condensato e pertanto indipendente dalla legge. Come è noto, è lo stato costituzionale di diritto ad esaltare la legge come espressione di diritti politici di partecipazione, nonché come atto che trova la sua dignità nella Costituzione. Proprio la Costituzione sancisce il primato dei principi di diritto e di giustizia sulle regole, arricchendo la logica monolitica, che reggeva precedentemente il rapporto tra atti normativi.

Dunque nel delineare il canone di ragionevolezza come un imperativo di giustizia si è voluto richiamare un criterio ispirato ai principi custoditi nella Costituzione. In quest'ottica Zagrebelsky ha affermato che la ragionevolezza consiste "nella congruità della soluzione normativa alle caratteristiche di senso e valore del caso disciplinato, congruità valutata non liberamente ma alla stregua dei principi costituzionali"[331].

Dunque la decisione ragionevole è conforme ai principi come "punti di vista" costituzionali attraverso

i quali guardare la realtà e nello stesso tempo conferire nuova luce agli accadimenti della vita.[332]

11. Il dilemma di Jørgensen

Si sa la decisione giudiziaria e più in generale la decisione giuridica non implica esclusivamente un giudizio di tipo assiologico sul contenuto, bensì anche un controllo sulla coerenza logica dei passaggi argomentativi. L'osservanza del principio di non - contraddizione ci conduce ancora una volta a riflettere sulla questione dell'estensibilità delle dinamiche proprie della logica aletica alle proposizioni normative. Questo nodo problematico è stato sciolto da Alf Ross nella sua opera: "Direttive e norme". Lo studioso asserisce che la non apofanticità delle norme non esclude la possibilità di una logica deontica. Per utilizzare le sue parole: "Il fatto che le norme (direttive) siano senza valore

[331] Gustavo Zagrebelsky, *Principi e voto*, Torino, Einaudi, 2005, p. 85.
[332] Gustavo Zagrebelsk, *Su tre aspetti della ragionevolezza*, cit. p. 189.

di verità non esclude la possibilità di una logica deontica”[333]. Il punto di partenza del suo ragionamento è se abbia senso o meno accettare l’esistenza di inferenze deontiche, ossia di quelle inferenze in cui una o più premesse abbiano natura direttiva. Questa questione è chiamata da Ross: dilemma di Jørgensen.

Prima di addentrarci nelle pieghe di tale argomento è bene precisare cosa lo studioso intenda per norma e successivamente per direttiva. La prima può essere definita come la direttiva che in determinate situazioni si trova in rapporto di corrispondenza con certi fatti sociali. La seconda, invece è “l’idea di un’azione considerata come modello di comportamento”[334]. Da ciò consegue che le regole giuridiche sono direttive impersonali. Il carattere dell’impersonalità deriva dal fatto che esse non sono indirizzate ad un destinatario determinato, ma ad una generalità di “riceventi”. E ancora: le regole giuridiche possono essere definite “quasi comandi”, in quanto godono dell’autorità di un ordinamento impersonale di norme. Alla luce di quanto detto, oggetto della nostra analisi sono quei particolari enunciati direttivi che, per dirla come Ross, non derivano da una fonte *definita*, ma sostanzialmente da una *fictio* e che, nello stesso tempo, si impongono indipendentemente dall’accettazione del destinatario, in quanto incardinati in un ordine *dato* ed *esistente*.

Il dilemma di Jørgensen consiste proprio nella considerazione che, se da un lato, non è correttamente configurabile l’esistenza dell’inferenza deontica, dall’altro appare evidente che tale tipologia di inferenza ha luogo. Il primo argomento è suffragato dalla valutazione che in generale la logica studia la relazione tra i valori di verità di proposizioni formulate in enunciati. Come è noto, inferire logicamente F_2 da F_1 significa che se F_1 è vero, anche F_2 è vero. In termini di imperativo ipotetico se le premesse F_1, F_2…, F_n, sono vere anche la conclusione C è vera.

Da ciò deriva che un’inferenza logica poggia su enunciati che hanno valore di verità. Considerato che le direttive non possono essere né vere né false, si dovrebbe dedurre che le relazioni logiche tra direttive non siano concepibili. Resta però il fatto che vi sono dei ragionamenti poggianti sull’inferenza logica, anche se una o più premesse sono direttive. Si pensi al sillogismo giuridico.

È bene a questo punto formulare un esempio, partendo dell’enunciazione dell’art. 575 c.p.:

[333] Alf Ross, *Direttive e norme*, trad.it a cura di Mario Jori, Milano, Edizioni di Comunità, 1978, p. 209.
[334] *Ivi* p. 87.

"Chiunque cagiona la morte di un uomo è punito con la reclusione non inferiore ad anni ventuno;"

Tizio è stato colto nell'atto di uccidere Caio;

Tizio deve essere condannato alla reclusione.

In relazione al nostro interrogativo di partenza: se le relazioni logiche possono essere applicate agli enunciati direttivi, è necessario analizzare, conformemente a quanto fa Ross, la tesi di Ingemar Hedenius. Egli ha sostenuto che la possibilità di relazione logica tra direttive consiste in una palese illusione[335]. Più specificamente, secondo lo studioso, ad ogni direttiva corrisponde un indicativo corrispondente; quest'ultimo asserisce il fatto che la direttiva esiste in quanto è stata proposta[336].

A questo punto riproponiamo l'esempio di Hedenius.

Se A avanza la seguente direttiva a B:

1) Porta tutte le scatole alla stazione

è ipotizzabile l'indicativo corrispondente dotato del valore di verità:

2) B ha ricevuto l'ordine di portare tutte le scatole alla stazione

Se si aggiunge un'ulteriore premessa:

3) Questo è una delle scatole

Allora le premesse (2) e (3) formano una inferenza indicativa che ha come conclusione:

4) B ha ricevuto l'ordine di portarla alla stazione.

Hedenius sostiene che, tramite questa inferenza indicativa, B vaglia la verità dell'asserzione contenuta nella conclusione.

In definitiva, per lo studioso, le direttive non possiedono valori di verità e quindi non possono costituire una inferenza logica.

Ross si oppone radicalmente alla tesi qui sostenuta. Più in particolare l'inferenza indicativa a cui si è fatto riferimento non è corretta. Essa corrisponde ad un modo velato di formulare l'inferenza deontica in base alla quale la direttiva generale: "Porta tutte le scatole alla stazione" implica che ciascuna scatola deve essere portata alla stazione. Se non si coglie coscientemente l'inferenza deontica per cui la direttiva generale implica quella particolare, cade la connessione logica su cui basare l'inferenza indicativa

---

[335] Ingemar Hedenius, *Om rätt och moral*, Stockholm, Wahlström & Widstrand, 1963, p. 122.
La tesi di Hedenius è ripresa e approfondita da Manfred Moritz in *Der praktische Syllogismus und das juridische Denken*, "Theoria", 1954, p. 78 ss.

[336] A tal proposito Ross definisce un enunciato del discorso indicativo: "una figura linguistica che esprime una proposizione (un indicativo), cioè l'idea di un argomento considerato come reale" cfr. Alf Ross, *Direttive e norme*, cit., p. 60.

parallela. Del resto, tra la prima direttiva e la seconda non vi è una connessione che dipende esclusivamente dal significato dei termini impiegati nei due enunciati. L'enunciato (2) dichiara un fatto storico, così come l'enunciato (4). Spiega Ross, che l'implicazione del secondo nel primo, se si escludano le inferenze deontiche, non è una questione logica, ma empirica.

Appare manifesto che l'inferenza di Hedenius deriva la sua apparente correttezza da una inferenza deontica implicita secondo la quale le direttive generali implicano quelle singolari. Tra l'altro, considerando gli enunciati come indicativi, non si ha un sillogismo corretto. Una regolare inferenza andrebbe riformulata in questo modo:

2 a) Tutte le scatole hanno la proprietà di dover essere portate alla stazione

3) Questa è una delle scatole

4 a) Questa ha la proprietà di essere portata alla stazione.

In questo modo si arriva a comprendere che l'enunciato (2 a) non è un autentico indicativo, ma piuttosto una "formulazione criptica" della direttiva che impone il "dovere" di portare tutte le scatole alla stazione. Quanto detto vale anche per l'enunciato (4 a)[337].

Il tentativo di Ross consiste proprio nel non celare e dunque nel far emergere l'inferenza deontica.

A questo punto se si ammette che le inferenze operanti nel discorso direttivo non possano essere intese come funzioni di verità, è necessario riflettere sulla possibilità di conferire loro una diversa interpretazione. Si sviluppa dunque la necessità di definire i connettivi logici agenti nelle direttive secondo lo spettro di una coppia di valori differente da quella formata da verità/falsità. Una volta che questa coppia di valori venga delineata sarebbe "irragionevole" non definire "logiche" le relazioni operanti tra enunciati direttivi. In questo modo, sostiene Ross: "la logica deontica si troverebbe allo stesso livello del tradizionale calcolo proposizionale - una nuova interpretazione dello stesso sistema formale, con lo stesso status del precedente"[338].

---

[337] Alf Ross, *Direttive e norme*, cit., p. 213.

[338] *Ivi* p. 214: "Se si potesse dimostrare che i connettivi funzionanti nel discorso direttivo sono definibili per mezzo di tavole di valori analoghe a quelle che si conoscono nella logica ordinaria, con la sola differenza che i due indefinibili fossero interpretati non come riferentesi a verità o falsità, ma ad un'altra coppia di valori, sarebbe allora irragionevole non considerare logiche le relazioni definite in questo modo".

12. Decidere la verità

È bene a questo punto riflettere sulla portata e il contenuto della verità sancita da una decisione giudiziaria.

Come è noto Luigi Ferrajoli sostiene che la verità processuale si compone di due tipologie di verità congiunte: la verità fattuale e la verità giuridica[339].

La verità fattuale – *quaestio facti*- indica la corrispondenza del fatto oggetto del processo con un fatto realmente accaduto. A titolo di esempio l'enunciato "Tizio ha colpevolmente commesso un fatto" esprime un'affermazione vera, laddove Tizio abbia colpevolmente commesso tale fatto; tale verità è accertabile tramite la prova.

La verità giuridica -*questio iuris*- invece è la previsione del fatto come giuridicamente rilevante.

L'enunciato "il fatto è denotato dalla legge come reato" corrisponde ad una verità giuridica qualora l'ordinamento preveda tale fatto come reato. Tale verità è accertabile tramite l'interpretazione[340].

È opportuno però rilevare che nel corso del processo la verità fattuale e quella giuridica non risultano disgiunte: il fatto viene sin dall'inizio incorporato nella costruzione giuridica.

Secondo Ferrajoli una proposizione giurisdizionale si dirà vera solo se sia fattualmente e giuridicamente accertata.

La verità processuale in tal modo concepita richiama il concetto di verità come corrispondenza di matrice aristotelica Tuttavia essa cela un'approssimazione rispetto all'ideale illuministico della perfetta corrispondenza tra fatto e realtà e diritto e fatto.

Allo stesso modo la verità di un teoria scientifica è solo un *avvicinamento* all'ideale della verità oggettiva. Essa è relativa allo stato di conoscenze ed esperienze compiute fino ad un dato momento. A tal proposito Paul Feyerabend ha dimostrato come all'interno della comunità scientifica i ricercatori giungano ad una sorta di accordo "stipulativo" al fine di decretare la validità di una dottrina[341].

---

[339] Luigi Ferrajoli, *Diritto e ragione*, Roma-Bari, Laterza, 2008. Lo studioso analizza la verità processuale partendo dall'analisi della giustizia penale, tuttavia la sua affermazione può essere applicata in via generale.
[340] *Ivi* p. 21.
[341] Paul Feyerabend, *Contro il metodo*, trad. it. a cura di Libero Sosio, Milano, Feltrinelli, 2002; sul punto si fa altresì riferimento a Thomas Kuhn, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, trad. it. a cura di Adriano Carugo, Torino, Einaudi, 1999.

La definizione di verità processuale non risponde così ad alcun criterio oggettivo o realistico di accettazione della verità, ma si limita ad indicare le condizioni d'uso del termine *vero*[342].

I limiti della verità processuale sono quasi totalmente comuni a quelli delle teorie scientifiche.

Luigi Ferrajoli ne individua quattro:

A. *L'induzione formale e la verità probabilistica della conclusione*:

La verità processuale, nella sua componente fattuale e in quella giuridica, non può mai essere dedotta da osservazioni dirette.

La *questio facti* è una specie particolare di verità storica.

La *questio iuris*, invece, è una verità classificatoria, che qualifica i fatti a seconda di categorie legali. I problemi di verificabilità sono diversi per queste due tipologie di verità.

La verificabilità della verità fattuale è simile ai criteri di accertabilità della verità storica. Essa dipende dagli effetti che gli eventi lasciano nel presente: i cosiddetti segni di *passasità*[343].

L'accertamento della verità fattuale è dato da un'inferenza induttiva del giudice, che cerca di risalire dal dato certo – le prove – a quello incerto – il fatto.

Essa può essere definita come una verità probabilistica: nella ricostruzione del fatto il giudice si rifà alla frequenza di determinate conseguenze rispetto ai fatti generatori.

B. *Deduzione giuridica e verità opinabile*

La verità giuridica è il risultato della sussunzione, tipico procedimento classificatorio.

In questo caso il passaggio inferenziale è deduttivo, la conclusione è certa, ma resterà opinabile.

A titolo di esempio, una norma prevede una sanzione per un determinato reato, la conclusione sarà dunque quella sanzione, ma tutto sta nello stabilire se il fatto commesso rientra in quelli previsti dalla norma come reato.

Ferrajoli sostiene che la validità della sussunzione dipende dalla precisione della norma e dall'enunciazione fattuale di parte. Se da un lato questi due elementi aumentano il livello di corrispondenza tra il fatto e l'evento, dall'altro la verità giuridica resterà sempre opinabile.

---

[342] Cfr. Alfred Tarski, "*La concezione semantica e i fondamenti della semantica*", in Semantica e filosofia del linguaggio a cura di Leonard Linsky, trad. it. a cura di Alberto Meotti, Milano, Il Saggiatore, 1969.

[343] Sul concetto di passasità si fa riferimento a Clarence Irving Lewis, *Mind and the world order*, New York, Scribner, 1929.

Invero una diversa interpretazione della norma può condurre alla affermazione di una differente verità giuridica.

C. Soggettività specifica della conoscenza giudiziaria

Il terzo fattore privativo della certezza della verità processuale consiste nel carattere non impersonale dell'attività del giudice. Affermare che il giudice è "indifferente ricercatore del vero" corrisponde ad un'utopia[344]. Ogni giudizio può essere invero influenzato da convinzioni personali di tipo ideologico, morale, religioso del decidente.

D. Il metodo legale dell'accertamento giudiziale

Il processo di accertamento giudiziale è subordinato al rispetto di numerose regole di rito: regole classificatorie delle prove legali, regole di ammissibilità delle prove, criteri di interpretazione, regole che prescrivono termini processuali. Se queste regole non vengono rispettate l'accertamento giudiziale non acquista rilevanza giuridica.

È evidente che spesso tali regole decretano un allontanamento dalla pura verità, poiché ad esempio l'inammissibilità di una prova per l'insussistenza di requisiti richiesti dalla legge non giova alla conoscenza effettiva del fatto.

Tuttavia l'irriducibilità dei limiti legislativi non può condurre ad uno scetticismo giuridico radicale, fondato sull'abbandono di ogni pretesa di verità.

Ferrajoli propone a tal punto una tesi intermedia tra il dogmatismo realistico che attribuisce alla scienza una pretesa assoluta di verità e lo scetticismo realistico che reputa la verità inaccessibile. Queste due posizioni teoriche estreme non sono accettabili.

Quanto sopra esposto si può riproporre in base ad una diversa chiave di lettura: la verità processuale è un tipo particolare di verità. Essa richiama, meccanismi di compatibilità che il diritto pone in essere rispetto ad altre forme di verità.

Più in particolare la verità processuale è una verità *stipulativa* e *convenzionale*, scandita da vincoli e limiti. Il giudice non è investito del potere-dovere di sancire la verità o la falsità di determinati avvenimenti, ma di fondare su un fatto accertato come vero una decisione coerente e razionalmente argomentata[345]. Del resto la funzione del processo non risiede nell'accertamento della verità o falsità di un fatto, ma nella determinazione della sua rilevanza giuridica.

---

[344] Il giudice come "indifferente ricercatore del vero" è definito da Cesare Beccaria, in *Dei Delitti e delle pene*, Milano, Mondadori, 1991.

[345] Cfr. Eligio Resta, *Diritto vivente*, cit. p. 143.

CAPITOLO IV

DIRITTO, DECISIONE, SECOLARIZZAZIONE

1. In origine

La modernità è il luogo di una scissione, che tuttavia conserva tracce di un'antica unità. In altri termini un enigma. Questa parola, dal greco *αἴνιγμα*, evoca un discorso oscuro; non a caso il verbo αἰνίσσομαι è traducibile in "parlare copertamente". Riuscire a sollevare anche per un attimo il velo che si posa sul moderno, significa scavare nel presente e decifrare quei segni che rimandano ad un'antica storia.

È noto che il contesto socio-politico attuale è il risultato di un processo ancora in fieri di secolarizzazione. Il *saeculum* richiama una separazione. *Secare* equivale a tagliare nettamente una massa unitaria. La secolarizzazione equivale dunque alla separazione di due dimensioni un tempo indifferenziate: la sfera spirituale e la sfera temporale. Misconoscere questa origine e considerare la modernità come principio autoevidente delle libertà individuali e di ogni sorta di progresso, conduce, come ogni patologia dell'osservazione, ad un visione distorta della realtà, incapace di riprodurne l'intima verità.

Appare necessario, al fine di cogliere l'originaria connessione tra il sacro e il profano, far riferimento all'antica figura di diritto romano arcaico del *sacer esto*.

È un passo di Festo, riportato nel trattato *De verborum significatione* a far luce su questo istituto, di per sé contraddittorio. Come è stato ampliamente ricostruito, l'inosservanza delle *leges sacratae*, le quali erano introdotte dai tribuni col giuramento di tutto il popolo, conduce alla dichiarazione di sacertà.[346] Sacro è l'uomo di cui è stato autorizzato l'omicidio, ma chi lo commetterà non sarà condannato. Egli non può però essere ucciso nelle forme previste dal rito *neque fas eum immolari*[347]. Il verbo *immolari* indica l'atto di cospargere la vittima con la mola salsa prima di sacrificarla. Questa farina di farro tostato mescolata col sale, per mezzo di una pietra detta mola, attribuiva al sacrificio un valore simbolico e rituale.

Come è noto, l'*homo sacer* si posiziona fuori dalla comunità nella forma della sua insacrificabilità, ma nello stesso tempo le appartiene nella forma della sua uccidibilità. L'insacrificabilità, spiega Kerényi, è indice di una appartenenza alla divinità[348]. Il sacrificio di un'entità già sacra sarebbe priva di una ragione giustificatrice. Non a caso la parola sacrificio, deriva dal latino *sacrum-facio* dal significato di rendere sacro. In linea

[346] Luigi Garofalo, *Studi sulla sacertà*, Padova, Cedam, 2005.
[347] Festo, *De verborum significatione*, s.v. *Sacer Mons*, Parigi, Lindsay, in Glossaria Latina IV, 1930.
[348] Karl Kerényi, *La religione antica nelle sue linee fondamentali*, Roma, Astrolabio, 1951.

con una nota ricostruzione è possibile cogliere nella figura arcaica del *sacer esto* l'impostazione originaria della dimensione politica, la quale è portatrice di un potere di sospensione sulla vita proprio nel momento in cui la include a sé[349].

La sacertà corrisponde ad una sorta di intangibilità doppia: del trasgressore delle *leges sacratae* (*neque fas est eum immolari*) e dell'uccisore dell'uomo sacer (*qui occidit, parricidi non damnatur*)[350]. La stessa intangibilità che connota l'essenza del potere sovrano. Da un analisi squisitamente linguistica, compiuta da Émile Benveniste, i termini *sacer* e *sanctus* appartenevano ad uno stesso campo semantico poi sdoppiatosi in profili diversi.

Sacer, come *hierós*, indica una situazione di abbondanza, potenza e prosperità, un'espansione di origine divina; *sanctus* come *hágios* invece corrisponde ad un divieto, associato ad una legge che lo sancisce[351]. Il campo semantico del sacro sembra quindi divaricarsi in due prolungamenti concettuali connessi: il profilo positivo della vitalità e della potenza e il profilo negativo della legge e del divieto. Non a caso l'espressione *legem sancire*, sta ad indicare la sanzione applicata a colui che contravviene al comando della legge. Secondo una nota definizione del Digesto "*sanctum est quod ab iniuria hominum defensum atque munitum est*" (1.8.8). *Sanctum* per Benveniste è ciò che è difeso da ogni violazione, il confine che si innesta tra il sacro e il profano e individua una sfera di intangibilità. L'essenza vitale del *sacer* e il suo rovescio negativo, il *sanctus* connotano una stessa condizione di essere. Questo *excursus* è indicativo del originaria compenetrazione della primitiva sfera politica nella sfera sacra; probabilmente ciò corrispondeva all'unica possibilità di sopravvivenza e di consacrazione per il diritto.

La religione è considerata da sempre come quel particolare collante, capace di generare sentimenti comuni necessari a rendere coeso il corpo sociale. Secondo Émile Durkheim, con l'avanzare della divisione del lavoro sociale il procedimento per cui la religione corrispondeva al tessuto connettivo della comunità cominciò a marginalizzarsi. Le funzioni politiche ed economiche cominciano a poco a poco a rendersi indipendenti dalla sfera sacrale. La specializzazione, propria delle società industrializzate, spezza dunque quei legami di solidarietà, che sussistevano tra elementi sociali di uno stesso corpo collettivo, le cui coscienze individuali erano conformi ad un tipo psichico comune[352].

---

[349] Giorgio Agamben, *Homo sacer*, Torino, Einaudi, 1995.
[350] Festo, *op. cit.*
[351] Émile Benveniste, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee*, Torino, Einaudi, 1976, p. 426.
[352] Èmile Durkheim, *La divisione del lavoro sociale*, Ivrea, Edizioni di Comunità, 1971, p. 124 e ss.

Secondo la nota ricostruzione di Roberto Esposito, il fulcro della *communitas* ruotava attorno al *munus*, dono e allo stesso tempo onere. I membri della comunità erano obbligati alla condivisione di un *munus*, attraverso il quale acquisivano il prestigio di un *officium*. In questo modo nasceva il vincolo tra il membro che effettuava il dono e l'intera comunità[353].

Recentemente il dibattito sulla comunità è stato fortemente ripreso, anche in riferimento al ritrovato interesse per la tematica del "bene comune"[354].

Il passaggio da un'età della comunità ad un età della società segna non la scomparsa della religione ma la sua metamorfosi.

2. Secolarizzazione. Profili interpretativi

Il processo di secolarizzazione può essere osservato da diversi punti di vista, ed essere definito in base agli elementi prevalenti che l'osservatore coglie; oppure può essere valutato come il punto di fuga in cui convergono e quindi convivono differenti aspetti di ogni tipologia di teorizzazione[355]. Per un primo schema interpretativo, in linea col pensiero di Weber, la secolarizzazione è descritta come desacralizzazione: perdita di punti di riferimento soprannaturali e la contestuale sostituzione di essi con un sistema razionale, fondato empiricamente. La religione non scompare dal mondo disincantato e razionalizzato, ma perde ogni capacità di subordinare a sé i vari settori della vita sociale, ed è relegata "all'incomunicabilità inafferrabile dell'esperienza mistica"[356].

La secolarizzazione può essere considerata anche come un procedimento di privatizzazione. Per alcuni studiosi, tra cui Berger, essa riflette una vera e propria situazione di mercato, in cui le istituzioni religiose divengono vere e proprie aziende commerciali, le cose sacre beni di consumo, i contenuti religiosi rispondono alla domanda dei consumatori. La Chiesa, dopo la Riforma protestante, sembra perdersi nella mondanità, ledendo irrimediabilmente la sua essenza. Osservata da un ulteriore punto di vista, la secolarizzazione appare come la trasposizione della religione nella sfera secolare. Le categorie sacre non si dissolvono, ma sono trasferite nella dimensione laica. Conformemente a questa ricostruzione Karl Barth, legge nella modernità un lungo

[353] Roberto Esposito, *Immunitas*, Torino, Einaudi, 2002, p. 9.
[354] Ugo Mattei, *Beni Comuni. Un manifesto*, Roma-Bari, Laterza, 2011.
[355] Cfr. Giacomo Marramao, *Cielo e Terra*, Roma-Bari, Laterza,1994: Id, *Potere e secolarizzazione*, Torino, Bollati Boringhieri, 2005.
[356] Max Weber, *Sociologia della religione*, Ivrea, Edizioni di Comunità, 1920, p. 533.

processo di interiorizzazione dei principi giudaico–cristiani nello Stato[357]. Carl Schmitt è uno dei pensatori che concepisce la secolarizzazione come una trasposizione del sacro in forme secolari. Degno di nota a tal riguardo è lo scambio epistolare tra Schmitt e Blumenberg. Il primo definisce la secolarizzazione come *Umsetzu*ng, trasposizione di contenuti teologici nel sistema politico e giuridico; mentre il secondo la considera piuttosto come *Umbesetzung*, rimaneggiamento di posizioni divenute vacanti, che per lungo tempo avevano costituito le risposte, seppur insufficienti a domande esistenziali.
La continuità tra passato e presente è garantita dalla metafora. Gli istituti teologici veicolati nel presente subiscono una trasformazione, che non riesce però a cancellare il legame con l'origine divenuta irriconoscibile. Il carattere mondanizzato delle società differenziate rimanda a ciò che mondano non è, il principio. In questo senso l'autocomprensione del moderno concerne la coscienza di un senso nascosto. Compreso questo nesso con l'origine, è possibile chiederci, utilizzando l'espressione di Niklas Luhmann, in cosa consista "Il moderno della società moderna"[358]? Blumenberg si pone una domanda simile, per poi presentare la mondanità come "compito critico permanente" e non come una connotazione storica garantita[359].
La teologia politica è una delle forme in cui la categoria della secolarizzazione, così intesa, si manifesta. Come è noto, la commistione di concetti politici, giuridici e sacrali permea e radica, il pensiero di Schmitt.

3. Il mistico del moderno

Il moderno, luogo della laicizzazione più estrema, vede riaffiorare al suo interno forti connotazioni riconducibili alla dimensione del mistico.
Una dimostrazione può essere data dalla lettura di un passaggio della teoria schmittiana, che richiama le categorie della dottrina agostiniana.
Nello scritto giovanile *Der Wert des Staates,* lo studioso sottolinea l'analogia strutturale tra il concetto di Dio e il concetto di Stato.

[357] Karl Barth *La teologia protestante nel XIX secolo*, Vol. 2, Jaca Book, Milano, 1980.
[358] Niklas Luhmann, *Osservazioni sul moderno*, Roma, Armando Editore, 2006.
[359] Hans Blumenberg, Carl Schmitt, *L'enigma della modernità*, Roma-Bari, Laterza, 2011; si fa inoltre riferimento a Hans Blumenberg, *La legittimità dell'età moderna*, trad. it. Cesare Marelli, Torino, Marietti, 1992.

Lo Stato deriva la propria unità strutturale dall'Idea giuridica e, nello stesso tempo, se ne discosta, poiché ogni realtà empirica non può riprodurre fedelmente l'Idea di diritto. Il comando dunque nasce dalla necessità di rendere effettuale il diritto, operazione che rivela la perenne discontinuità tra la Norma ideale e la contingenza della produzione del diritto. L'analogia tra Dio e lo Stato sembra essere attinta dalla costruzione teologica di Sant'Agostino intorno alla definizione di Dio e in alcun modo pare celata.

Nel *De civitate Dei* (XI, 24) la Trinità è definita come: *origo, informatio, beatitudo* della città celeste.

La presenza di Dio che è Padre, Figlio e Spirito Santo si riverbera in tutte le sue opere "*universa nobis Trinitas in suis operibus intimatur. Inde est civitatis sanctae, quae in sanctis angelis sursum est, et origo, informatio et beatitudo*"[360].

Schmitt riprende questa immagine per definire il diritto quale origine, forma e compimento finale dello Stato.[361] Il mondo è una creazione di Dio e tale origine si rivela, non solo nella realtà naturale, ma anche nella realtà politica che da Lui deriva, la città celeste.

Così lo Stato deriva la propria unità dall'Idea giuridica che ne è origine, forma, e fine ultimo. Lo Stato, in *Der Wert des Staates* è ciò che deriva dalla necessità di rendere efficace l'Idea giuridica e di conferire dunque una regolamentazione alla contingenza degli eventi umani. Il diritto nella sua purezza è infatti una dimensione che non elimina il caos, ma gli conferisce nuova forma. L'origine della forma giuridica è, in parte nell'Idea, la trascendenza e, in parte nell'eccezione, l'empiria, che, radicalizzata in una dimensione contingente, è allo stesso tempo elemento di autoconferma dell'ordine. Lo Stato sintetizza per Schmitt, l'azione politica che mette in forma l'Idea di diritto e che, nella sua produzione più matura, consisterà nella decisione sovrana. È necessario a questo punto effettuare un'indagine filologica che abbia ad oggetto la parola Stato. Nel saggio del 1932 "Il concetto di politico", Schmitt lo definisce come quella determinata situazione di un popolo, a cui spetta il criterio decisionale nel caso d'eccezione. Il pensatore non si limita a definirlo, conformemente all'accezione moderna, come "status politico di un popolo organizzato su un territorio delimitato"[362]. Il suo intento è di porre in rilievo il carattere di *status* esclusivo di fronte ai possibili *status* individuali e/o collettivi.

---

[360] Agostino, *La città di Dio*, a cura di Giuseppe De Libero, Milano, Hoepli, 1977, p. 227 e ss.
[361] Carl Schmitt, *Der Wert des Staates un die Bedeutung des Einzelnen*, Hellerau, Jakob Hegner, 1917, p. 48 e ss.
[362] Carl Schmitt, *Il concetto di Politico* in *Le categorie del politico*, Bologna, il Mulino, 1972, p. 102.

Un'entità chiara, univoca e determinata contrapposta ai gruppi e agli affari non politici, nella quale si condensa tutto l'agire politico in senso specifico. Come è noto, Schmitt sottolinea che tutti i concetti inerenti alla sfera politica sono concetti polemici, connessi ad una situazione concreta, ad un preciso conflitto, che porta allo schieramento, interno allo stato, di due raggruppamenti contrapposti: amico/nemico. I termini: stato, repubblica, dittatura si rivelano vuote astrazioni, se non sono intesi come il luogo dell'individuazione di chi in "concreto deve venir colpito, negato e contrastato",[363] dall'agire politico.

La distinzione amico-nemico, innestata in ogni comportamento politico, riflette la contrapposizione tra i gruppi partitici. Lo Stato, definito nella "Dottrina della Costituzione" come l'unità politica di un popolo, è tale, se comprendendo al suo interno la conflittualità dei partiti, è in grado di neutralizzarla. Tuttavia la possibilità concreta della lotta deve sempre conservarsi viva, affinché possa essere raggiunto "il grado estremo di sviluppo della politica interna"[364]. Da queste affermazioni si evince che per Schmitt lo Stato è *stasis*, guerra civile, il luogo, in cui si consuma la possibilità del conflitto.

Un mondo totalmente pacificato sarebbe un mondo senza politica. Il raggruppamento orientato al caso critico è senz'altro politico. Una sfera totalmente neutrale in cui l'uomo, geneticamente incapace di evitare il conflitto, possa trovare pace, non è configurabile. Lo Stato è la costruzione umana decisiva, la cui funzione è quella di assicurare una pace stabile, in modo da realizzare quella "situazione normale" [365] che costituisce il presupposto della validità delle norme. Ogni norma presuppone questa situazione. È evidente dunque che il concetto di Stato presuppone quello di politico e, traendo la sua forza da ogni tipo di contrapposizione umana, religiosa, politica o morale, misura e nello stesso tempo riflette "il grado di intensità di un'associazione o di una dissociazione umana"[366].

Appare costante nell'intera produzione di Schmitt la preoccupazione di ricercare il fondamento, che assurge anche ad origine, dell'ordinamento giuridico, nel tentativo disperato di colmare il vuoto originario su cui poggia la costruzione politica. Il problema dell'origine in quanto epifania della forma umana aveva interrogato profondamente Sant'Agostino.

---

[363] Carl Schmitt, *Dottrina della Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1984.
[364] Carl Schmitt, *Il concetto di Politico* in *Le categorie del politico*, cit. p.113.
[365] Carl Schmitt, *Teologia Politica* in *Le categorie del Politico*, cit., p. 39.
[366] Carl Schmitt, *Il concetto di Politico* in *Le categorie del Politico*, cit. p.121.

L'*origo*, l'*informatio* e la *beatitudo* scaturiscono e trovano compimento finale nella potenza miracolosa di Dio, Colui che riesce a tramutare ogni assenza in presenza, come nella costruzione dogmatica schmittiana, promanano dal sovrano, la cui attività è eretta su di una voragine. La decisione tenta di arginarla, rimanendo perennemente esposta al rischio che la base, da essa costituita, possa tornare a cedere.

4. Genealogia del *nomos*

Nella notissima opera, *Il nomos della terra*, Schmitt torna a porsi il problema del fondamento "dell'intero diritto"[367]. Il titolo giuridico su cui poggia l'ordinamento è l'occupazione della terra, irrimediabilmente connessa ad un'operazione di misurazione e di ripartizione. La fondazione di città, la fortificazione delle mura, la costituzione di una nuova colonia procedono dalla terra. Un gruppo di individui può spingersi ad occupare un territorio in cui sono insediati altri popoli o acquistare una porzione di territorio giuridicamente libero. Secondo la ricostruzione di Schmitt queste due modalità costituiscono il fondamento del diritto internazionale. Lo studioso tedesco spiega chiaramente che ogni diritto si radica nel suolo (*boden-hafter Urgrund*) e, in esso, confluiscono spazio e diritto, ordinamento e localizzazione. La terra incorpora l'azione del "mettere le radici nel regno del senso della storia"[368] e costituisce quindi il *radical title*, da cui scaturiscono i rapporti di proprietà e possesso[369]. L'*incipit* del *Nomos der erde* è immagine poetica che raffigura la terra.

La terra, madre del diritto, contiene al suo interno il codice della misura; la fatica con cui l'uomo semina e la lavora viene ricompensata da un'intima giustizia, coagulata nel raccolto. Il terreno mostra a chi l'osserva le linee scavate, che delimitano la varietà dei campi, le pietre e le costruzioni. Questi segni palesano "gli ordinamenti e le localizzazioni della convivenza umana"[370]. Dunque, sottolinea Schmitt, la terra è connessa al diritto, in quanto lo conserva al suo interno come ricompensa della fatica umana e lo rivela nei confini come contrassegno pubblico dell'ordinamento. Il legame tra criterio della misura e terra è incorporato nella parola greca *nomos*, la ripartizione e misurazione originaria. Il

[367] Carl Schmitt, *Il nomos della terra: nel diritto internazionale dello Jus Publicum* Europaeum, Adelphi, Milano, 1991, p. 24.
[368] *Ivi* p. 55.
[369] *Ivi* p. 26.
[370] *Ivi* p. 20

termine *nomos* deriva da *nemein*, verbo a cui è attribuito il significato sia di "pascolare" che di "dividere". Esso é misura che ripartisce la terra e divide il pascolo e, nello stesso tempo, forma che svela l'ordinamento politico sociale e religioso di un popolo. Schmitt narra la storia di un'origine, l'origine di ogni occupazione del suolo che si erge "a campo di forza di un ordinamento"[371]. Misura, forma, ordinamento si rivelano nella parola *nomos*, che ha iniziato ben presto a designare un mero atto di posizione, un dover essere disgiunto dal suo essere (*physis*) e dunque una disposizione normativa priva dell'antica forza vitale, che congiungeva localizzazione (*Ortung*) e ordinamento (*Ordnung*).

Il termine *Gesetz*, sembra conservare tracce di una potenza "*numinosa*" e sublime, anche se non riproduce integralmente l'immediatezza prorompente della forza giuridica inglobata nel termine *nomos*. Questo concetto trasposto nel moderno sistema legislativo perde delle sfumature di senso acquistando il connotato di "posizione di imposizioni" [372] (*Setzung von Setzungen*). Le regolamentazioni, che sono il risultato di nuove delimitazioni, promanano dalla misura interna di un atto originario costitutivo e ordinativo, l'*ordo ordinans*. L'intento di ricostruire i processi di "fondazione dell'ordinamento" è per Schmitt un elemento genetico, in quanto struttura tutti i suoi scritti. Questione, quella dell'origine dello Stato, che suscita nei giuristi positivisti una notevole indifferenza; risolta con la concettualizzazione della *Grundnorm*, che si pone alla base dell'ordinamento e lo legittima. Come è noto, essi si mostrano più interessati alla legge del funzionamento della macchina pubblica; non a caso la legalità è definita come la modalità di funzionamento della burocrazia statale.

I concetti di "*origo*, *informatio* e *beatitudo*" dell'ordinamento politico sono delineabili nell'intera produzione schmittiana. In particolar modo dall'analisi del saggio del 1922 *Teologia politica* si evince chiaramente, che il rapporto tra concetti teologici e concetti giuridici è alla base della costruzione metodologica di Schmitt. "Tutti i concetti più pregnanti della dottrina della Stato sono concetti teologici secolarizzati"[373].

Il quadro metafisico proprio di una determinata epoca rispecchia la forma della sua organizzazione politica. Le identità spirituali, sulle quali una struttura sociale poggia, sono trasponibili in concetti metafisici di natura giuridico - politica.

L'uomo moderno ha sostituito Dio con entità terrene: il sovrano, l'individuo, la nazione, il progresso scientifico. Tale atteggiamento rivela un'impossibilità di riempire il vuoto

[371] *Ivi* p. 59.
[372] *Ivi* p. 61 e ss.
[373] Carl Schmitt, *Teologia politica*, cit. p. 62.

su cui si fonda il moderno, la cui verità non è trascendente, ma decisa e perennemente soggetta al caos e rivela, da una parte, un'impossibilità, e dall'altra, una necessità di politica intesa come coazione all'ordine. Considerato ciò, l'espressione teologia politica non individua una impercettibilità, ma un ricordo seppur sbiadito.

Il Dio onnipotente per la dottrina dello Stato è l'onnipotente legislatore. Dio crea la materia, da lui tutto ha origine, è causa originaria, legislatore e autorità legittimante, allo stesso modo il sovrano è legislatore e autorità legittimante dell'ordinamento giuridico[374]. Al sovrano si applicano le virtù proprie di Dio; la sua azione è creazione continua, in base a proporzioni e leggi da lui stabilite. Nella costruzione schmittiana si avverte chiaramente la radicalizzazione del pensiero di Thomas Hobbes. Uomo e Dio, e in particolare, sovrano e Dio sono oggetto di una comparabilità. La decisione razionale, deliberata e condivisa da gli uomini sulla base di un patto, è atto generativo, che richiama la creazione. Il grande Leviatano è definito uomo artificiale e dio mortale. L'elemento del divino permea tutto il trattato hobbesiano[375]. Il moderno è il luogo di una trasposizione e di una comparabilità con attributi afferenti alla sfera teologica. Tuttavia la teologia politica, - *logos* sulla dimenticanza del *theos* - narra del fondamento dell'ordinamento giuridico, non della sua origine, parola che evoca la pienezza della presenza costante di Dio.

Upokeimenon, letteralmente "ciò che sta sotto", corrisponde alla spinta necessaria verso l'ordine. Schmitt precisa che il diritto non può realizzarsi autonomamente, ma ha bisogno di una precisa "configurazione e formazione", di un evento o di un'azione nel quale trovare il proprio fondamento. La struttura politica prende forma proprio dall'agire umano che si condensa in un punto, il caso concreto, per utilizzare la parole di Schmitt "l'emergenza esterna, il pericolo per l'esistenza dello Stato"[376]. Il caos diventa possibilità di ordine e l'ordine specularmente prende vita dal flusso continuo del disordine. L'eccezione è la concretezza non sussumibile nella costruzione normativa, che porta alla sospensione o all'abrogazione dell'ordinamento giuridico. Ciò nonostante lo Stato continua a sussistere in virtù del proprio diritto di "autoconservazione". L'eccezione è confusione, ma anche *kairos*, il tempo debito, che non è ripetizione cronologica dei secondi, minuti, ore e giorni (*kronos*), dunque occasione dell'origine della forma della Norma Ideale. Solo il sovrano può decidere sullo stato d'eccezione: se lo Stato

[374] *Ivi* p. 70.
[375] Thomas Hobbes, *Leviatano*, (1651), trad. it. a cura di Arrigo Pacchi, Roma-Bari, Laterza, 1989.
[376] Carl Schmitt, *Teologia politica*, cit. p. 34.

d'emergenza sussiste e su come far fronte al suo superamento e, in questo modo, è spezzata la discontinuità tra Idea ed empiria. Schmitt parte dal presupposto che l'Idea giuridica nella sua purezza non diventerà mai realtà, il pensiero giuridico dunque può solo trasformare l'Idea di diritto in altro "aggregato" concettuale. Alla base di questa trasformazione c'è un'*auctoritatis interpositio*[377]. Il sovrano, interponendosi tra il caos e la possibilità d'ordine, sospende la distanza tra l'Idea e il diritto, tra il dover essere e l'essere. Si evince nitidamente dall'impostazione schmittiana come l'ordinamento poggi le sue radici nella decisione. Il caos può essere trasformato in legge; "giuridicamente si può rintracciare il fondamento ultimo di tutto ciò che ha validità e valore giuridico in un processo della volontà, che è in grado essa sola in quanto decisione di creare diritto" […][378]. Il sovrano presuppone il suo diritto a dire l'ultima parola sul caso critico.

Decisione ed eccezione sembrano perdere i loro confini. Difficile stabilire se sia la decisione che attinge dal caos la sua forma o se sia il disordine a confondersi nella decisione. È nella decisione che l'Idea giuridica si coagula, senza di essa la norma sarebbe espressione di un'incompletezza, non potendo includere il caso-limite non previsto dall'ordinamento giuridico vigente. L'eccezione è *occasio*, (*ob- cadere*), è l'imprevisto che tramite l'intervento di un uomo, il sovrano, è sussumibile nella norma. Tuttavia la decisione, "essenza dell'autorità statale",[379] non potrebbe sussistere senza la sua eccezione e viceversa. L'eccezione dà forma alla sua decisione e la decisione alla sua eccezione.

In questo senso decisione ed eccezione sono termini relazionali.

Decisione e eccezione sono concetti generali della dottrina dello Stato che si pongono nella linea d'ombra tra la sfera giuridica e la sfera politica. La decisione, libera da ogni vincolo normativo, in quanto fondata dal nulla, trascende la norma e, allo stesso tempo, é il presupposto definitorio di ogni norma. Il sovrano dimostra, decidendo sullo stato d'eccezione, di non aver bisogno di diritto per produrlo. L'eccezione non è solo conferma della norma, ma è vita stessa della norma, attraverso di essa, la forza della vita reale rompe la crosta di un meccanismo di rigida ripetizione[380]. Quel particolare caso concreto, che individua l'ipotesi di pericolo per l'ordinamento e che, non essendo riconducibile ad una fattispecie astratta, si pone in una dimensione extra-normativa.

---

[377] *Ivi* p. 55.
[378] Carl Schmitt, *I tre tipi di pensiero giuridico*, cit., p. 261.
[379] Carl Schmitt, *Teologia politica*, cit. p. 40.
[380] *Ivi* p. 41.

Spiega Schmitt, in Teologia Politica, che ogni norma generale per essere applicata richiede "una strutturazione normale dei rapporti di vita"[381]. Risulta infatti impossibile applicare una norma sul caos. Necessario è quindi questo impulso diretto al raggiungimento di "una situazione media omogenea". Il sovrano in questo senso detiene il monopolio della decisione, poiché stabilisce, in modo definitivo, se e quando si realizzi quella situazione "normale" che è necessaria all'applicazione delle norme. La creazione del diritto appare in questo passaggio di Teologia politica una manipolazione della realtà (*Wirklichkeit*). Sovrano è chi riesce ad interrompere il fluire degli eventi.

5. Origine come *informatio* dell'ordinamento

Il problema dell'origine dell'ordinamento giuridico è inerente al problema della forma giuridica, il risultato di quell'agire umano che riempie il solco che divide l'idea e l'eccezione. Quest'azione non implica un rispecchiamento dell'Idea nel caso eccezionale, ma l'atto tragico del "tagliare, troncar-via", dal latino *de - caedere*. La fondazione del diritto per Schmitt non è mediazione, ma cesura; l'assunzione di un rischio che poggia sul disordine netto e contingente. L'origine dell'ordinamento giuridico sembra poggiare su di un abisso. Sorge spontaneo il riferimento alla creazione del mondo, ricostruita da Sant'Agostino nelle Confessioni. Il filosofo presenta la terra come un abisso in cui non filtrava luce: "Dio fece il cielo e la terra; ma la terra era invisibile e informe, e le tenebre erano al di sopra dell'abisso". (*Conf.*12.8.8)[382]. Dio crea tutte le cose dal nulla, inteso non in termini di assolutezza, ma come assenza di forma. Il cielo e la terra, intese come dimensione spirituale l'una, e dimensione temporale l'altra, contenevano in modo confuso quegli elementi, a cui il Creatore assegnò una forma.

L'ordine costituisce la trascrizione di quegli elementi caotici, a cui è conferita una determinata struttura geometrica. "Tu infatti Signore facesti il mondo da una materia informe, che facesti dal nulla quasi come un nulla" (*Conf.* 12.8.8). Diretta è l'analogia con il pensiero platonico. Sant'Agostino era profondamente affascinato dalla filosofia platonica, le cui tracce sono presenti nei suoi scritti. "Nei platonici si insinua in molti modi l'idea di Dio e del suo Verbo" (*Conf.* 8.2.3)[383]. Nel Timeo Platone ripercorre la

[381] *Ivi* p 39.
[382] Agostino, *Confessioni*, traduzione di Giorgio Sgargi, Siena, Barbera Editore, 2007, p. 467.
[383] *Ivi* p. 247.

generazione dell'universo. La *χώρα*, menzionata proprio in quest'opera, è uno spazio primordiale, definito, ma privo di ogni determinazione. Come il contenitore, nel quale prendono vita i profumi, deve essere il più possibile inodore, essa è priva di forma, in quanto le cose che in essa sono prodotte non ne assumano l'aspetto. In questo spazio sono impresse le tracce di tutti gli elementi, che sono scossi da un continuo movimento provocato da forze disomogenee. Il demiurgo modella, come l'artigiano la creta, questa massa informe, configurando l'universo secondo forme e numeri. (53b).[384] Al demiurgo non può essere attribuita l'origine di ogni cosa, ma la sua messa in forma: gli elementi dissimili si separano, quelli simili si uniscono, secondo le intenzioni del demiurgo. (53b). Appare chiaramente, sulla base di questi riferimenti testuali, che l'origine è strettamente connessa all'*informatio*, come la creazione dell'ordinamento giuridico per Carl Schmitt è inscindibilmente legata all'origine della forma giuridica. Il sovrano, come Dio e come il demiurgo, è artefice dell'attività dell'*informare*. L'ordine rimane comunque perennemente esposto al Nulla originario, dunque alla contingenza; disordine e eccezione restano le possibilità escluse ma mai del tutto eliminabili. Il sovrano si erge sulla crisi contingente, proprio come il demiurgo, plasma la massa primordiale. Il Dio cristiano invece è considerato come Colui da cui tutto proviene: "non solo ciò che è creato e formato, ma anche qualsiasi cosa che si può creare e formare l'hai fatta tu, dal quale sono tutte le cose"[385]. (*Conf.* 12.19. 28). Il sovrano schmittiano allo stesso modo crea l'ordine giuridico ed è l'artefice della possibilità interna al caos di assumere una forma. Decidendo rivela all'ordinamento la sua origine, realizzando, seppur dal Nulla, la forma giuridica. La parola "*forma*" richiama la radice sanscrita *dhar*, risolta nel latino in *far-for*, da cui il significato di tenere, sostenere, contenere. Generalmente è considerata la disposizione esteriore delle parti di un tutto, il modello attraverso cui la materia assume una determinazione geometrica. Il concetto di forma, nella sua accezione di "*informatio*", tracciato compiutamente da Schmitt soprattutto in "Dottrina della Costituzione", è operazione creativa e vitale, non mera ridefinizione di confini spaziali. La Costituzione è definita in questo scritto come forma dell'unità politica e dell'ordinamento sociale, la condizione sostanziale dell'ordine. Lo Stato è quindi una particolare forma assunta dalla volontà del popolo, costituzione nel senso di "condizione presente e conforme a se stessa"[386].

---

[384] Platone, *Timeo*, a cura di Francesco Fronterotta, Milano, Bur, 2003, p. 279.
[385] Agostino, *op cit.* p. 487.
[386] Carl Schmitt, *Dottrina della Costituzione*, cit., p. 16.

Occorre determinare a questo punto in che senso la Costituzione sia forma del potere politico. L'art 76 della Cost. di Weimar subordina la modifica della Costituzione a due contrassegni formali: la presenza dei due terzi del numero legale dei componenti del *Reichstag* e il voto favorevole dei due terzi dei presenti. Il procedimento descritto dall'art. 76 dimostra "l'accresciuta forza di legge" delle leggi costituzionali, ma non definisce in alcun modo "l'essenza dell'oggetto modificato"[387]. Di rilevante importanza è dunque la necessaria distinzione tra legge costituzionale e costituzione, poiché la decisione fondamentale sull'unità politica non può in alcun modo subire quella che Schmitt definisce una "putrefazione formalistica"[388]. Secondo Schmitt la forza della Costituzione di Weimar non promana da un criterio di modificabilità, ma deriva da componenti ad essa geneticamente intrinseche. La Costituzione è la decisione che determina la specie e la forma dell'esistenza del corpo sociale. Da questa celebre definizione è ora possibile rintracciare il significato che Schmitt attribuisce alla parola forma. Essa "indica qualcosa di conforme all'essere, uno status, e non qualcosa di conforme ad un principio giuridico o di normativamente dovuto"[389]. Il concetto di conformità evocato da queste parole, rimanda alla trascrizione di un'idea che ricalca un modello esistente. Tuttavia attribuire alla Costituzione esclusivamente il connotato di mera riproduzione di una determinazione politica effettiva, mette in ombra la carica dirompente che Schmitt attribuisce alla "forma".

L'*informatio* è attività diversa dalla *conformatio*. Essa è spinta ordinatrice, che prende vita dall'assenza totale di ordine. Lontano dalla relativizzazione che il formalismo reca con sé, Schmitt coglie dunque l'energia dinamica da cui ha origine e prende forma l'ordinamento statale.

La Costituzione è definita, infatti, come "principio del divenire dinamico dell'unità politica, del processo di nascita e di formazione sempre nuova di questa unità con una forza ed energia che sta alla base ed agisce dalle fondamenta"[390].

In questo senso è *origo* e *informatio* e *beatitudo* della volontà statale, concreto divenire, non statica espressione di un dover essere, che emana da un potere costituente. La Costituzione è decisione, atto generativo che disegna l'unità politica, "nella sua concreta forma esistenziale" [391]. Limitandoci ad affermare che essa è l'insieme di leggi

[387] *Ivi* p. 36.
[388] *Ivi* p. 39.
[389] I*vi* p. 17.
[390] I*vi* p. 18.
[391] I*vi* p. 39.

costituzionali scritte, la cui modificazione è sottoposta ad un procedimento aggravato, lederemmo la sua natura di fondamento giuridico. La sua vigenza è determinata dalla volontà di chi la pone. Il fondamento dell'ordine dunque non è la norma, ma un elemento prettamente volontaristico, che tra l'altro necessita di una salvaguardia. A questo punto è necessario richiamare il dibattito tra Carl Schmitt e Hans Kelsen sul "Custode della Costituzione". Partendo dall'assunto che la Costituzione è decisione e non un contratto, il quale presupporrebbe l'alleanza tra diverse fazioni politiche, incompatibile con il principio dello Stato come unità politica tesa a neutralizzare i conflitti interni, il Custode della Costituzione per Carl Schmitt è il politico. Solo il sovrano, infatti, può modellare la forma dell'ordinamento statuale[392]. Divergente è la posizione di Hans Kelsen, che riconosce nell'organo preposto alla salvaguardia della Costituzione la Corte Costituzionale.

6. Decisione e *beatitudo*

Il sovrano, tracciato dall'impostazione schmittiana, non è solamente l'artefice dell'origine e nello stesso tempo della forma dell'ordinamento. L'origine e la messa in forma dell'ordinamento giuridico sono diretti al raggiungimento dell'ordine, che può essere considerato *beatitudo*, fine ultimo della costruzione politica.

Come Dio nel pensiero di Sant'Agostino illumina le tenebre della fragilità umana, la decisione irradia l'opacità del disordine. La struttura argomentativa di Schmitt è tesa in maniera evidente alla secolarizzazione del miracolo. L'attività politica costruttiva e distruttiva del sovrano è analoga all'attività miracolosa del Dio. Il miracolo è l'anomalia che sovverte l'andamento regolare degli eventi; una frattura radicale tra ciò che era e ciò che. La decisione è il miracolo, attraverso il quale, il caso concreto non sussumibile nell'architettura delle norme trova una sua collocazione all'interno dell'ordinamento giuridico. Nella decisione la norma trova il suo fondamento e viceversa, senza la norma la decisione è sospesa; così come senza la decisione la norma non può sussistere. La decisione è infatti elemento fondante della comunità politica che, altrimenti, si dissolverebbe a causa di un qualsiasi conflitto.

[392] Ernst Wolfang Böckenförde, *Diritto e secolarizzazione*, Roma-Bari, Laterza, 2007, p. 123.

Solo l'attività miracolosa del sovrano è capace di colmare una incompletezza, corrispondendo ad una possibilità dell'ordine di prendere forma. Posizione ambivalente quella del sovrano, che si pone al di fuori dell'ordinamento giuridico e simultaneamente all'interno di esso, avendo la competenza di decidere se la costituzione debba essere sospesa in caso di pericolo per la sicurezza e la salute pubblica. L'essere contemporaneamente interno - esterno del sovrano richiama il Dio di Sant'Agostino, che nelle Confessioni, è definito: "*Tu autem eras interior intimo meo et superior summo meo*" (*Conf.* 3.6.11)[393]. Dio è la parte più interna dell'intimo di Agostino e allo stesso tempo la parte più esterna della sua esternalità. Dio è sia nella profondità delle membra, sia nella parte più esterna che va quasi a coincidere con ciò che al di fuori dell'uomo. Accanto alla costruzione teorica schmittiana non può tacersi il tessuto normativo, che faceva da sfondo a questa impostazione. Automatico è il riferimento alla costituzione di Weimar che ai sensi del'art. 42 sancisce espressamente il dovere del Presidente del Reich di proteggere la costituzione e le leggi. Il Presidente è l'individuo che può ergersi al di sopra delle norme, in quanto nel caso critico l'ordinamento giuridico è sospeso. L'art. 48 comma II stabilisce che il Presidente dell'Impero "può prendere le misure necessarie al ristabilimento dell'ordine e della sicurezza pubblica, quando essi siano turbati o minacciati in modo rilevante e, se necessario, intervenire con la forza armata". Per garantire il ripristino della situazione che precede il caso eccezionale, il sovrano può sospendere in tutto o in parte l'efficacia dei diritti fondamentali. La libertà personale, l'inviolabilità del domicilio, la segretezza della corrispondenza, la libertà di riunione e di associazione, la libertà di opinione e il diritto di proprietà risulterebbero sacrificati da un diritto di ordinanza. Tuttavia secondo il preambolo della Costituzione è il popolo stesso che ha adottato la decisione politica concreta che fissa la forma dell'esistenza del corpo politico*: "*il popolo tedesco si è dato questa costituzione". L'art. 1 comma 2 della Cost. di Weimar nel sancire che "il potere dello Stato emana dal popolo", costituisce il fondamento per ogni successiva normazione. Considerata la base plebiscitaria dell'elezione del Presidente del Reich, la volontà esistenziale del popolo si identifica per definizione nella volontà esistenziale del detentore del potere politico, costituendone la legittimazione originaria. Lo Stato è costruito su una dimensione aporetica che fa del popolo e del sovrano due volontà reciprocamente auto-conformanti. Il popolo è lo spirito

[393] Agostino, *Confessioni*, cit., p. 75.

che conforma a sé la Costituzione e il sovrano è l'autorità suprema che si conforma allo spirito del popolo.

Tuttavia, nel delicato passaggio tra la crisi della Costituzione di Weimar e l'approvazione dell'atto per mezzo del quale il 24 marzo del 1933 Hitler acquisiva i pieni poteri, il popolo, diviene un vuoto strumento, attraverso il quale il potere del popolo, trova una legittimazione solamente formale[394].

L'art. 1 dell'atto dei pieni poteri, sanciva che le leggi varate dal Governo potevano prescindere dalla Costituzione di Weimar, a tempo indeterminato, violando il presupposto dello Stato d'emergenza che si fonda proprio sulla sua revocabilità, una volta superata la crisi. Nel saggio Legalità e legittimità [395]Schmitt non esita a definire il Presidente dell'Impero come "ultima fonte di legalità e ultimo fondamento di legittimità". Queste parole rendono evidente lo snodo cruciale dell'impostazione politico-filosofica di Schmitt. L'ordinamento ruota interamente attorno alla figura imponente del sovrano, il quale attraverso la decisione fonda e precede ogni regolamentazione. La legittimità del potere è irrimediabilmente connessa alla sua effettività. "Il diritto all'esistenza" di ogni corpo politico non è dato dall'applicabilità delle sue norme, ma dal fatto stesso di esistere. È il carisma a legittimare il sovrano della teoria schimittiana. Il potere, secondo l'analisi weberiana, può fondarsi su un modello legale razionale, su un modello tradizionale e su un modello carismatico. La giustificazione del potere carismatico risiede, prendendo in prestito le parole di Weber, nella "dedizione piena di fiducia"[396] da parte del popolo, a ciò che è straordinario. Una scintilla, sorta da un moto inspiegabile dell'animo, accende l'entusiasmo di un gruppo di uomini. Questo potere nasce come dono della grazia, che, per sua natura, non è inglobato in una forma ordinamentale. L'essenza di questo potere è fotografata chiaramente da Weber, che ne sottolinea la forza rivoluzionaria. Il potere carismatico manifesta la sua spinta travolgente dall'interno, operando una "*metanoia* centrale nella mentalità dei dominati"[397]; al contrario il potere legale - razionale agisce dall'esterno. Il carisma sovverte l'ordine dettato dalla tradizione e la regolarità connaturata nel sistema normativo. Potenza che sospende la regola, suscitando soggezione verso ciò fuoriesce da ogni canone preesistente. Tuttavia il carisma è destinato ad essere ingabbiato in una dottrina o in un dogma, ad essere regolato e regolarizzato. È

[394] Sulla ricostruzione teorica del totalitarismo si fa riferimento a Hannah Arendt, *Le origini del totalitarismo*, trad. it. di Amerigo Guadagnin, Torino, Einaudi, 2004.
[395] Carl Schmitt, *Legalità e legittimità*, cit., p. 214.
[396] Max Weber, *Economia e società*, Milano, Edizioni di Comunità, 1961, p. 435.
[397] *Ivi* p. 437.

l'impatto con le formazioni sociali permanenti di matrice ecclesiastica o statale che producono effetti di disciplinamento e oggettivizzazione. Il carisma dunque non sfugge all'opera livellatrice della regola. Ogni carisma conserva tracce di un'antica origine, rappresentando una manifestazione della grazia divina. Torna irrimediabilmente alla luce la teoria della *persona mixta* sviluppatasi nel Medioevo. Il corpo del re corrispondeva al luogo della mescolanza di capacità politiche e attributi spirituali. Una duplice natura è incarnata nel sovrano, una umana, l'altra resa immortale dalla grazia, che si irraggia per mezzo dell'unzione e della consacrazione. Due nature si coagulano in un solo corpo, dogma che rimanda direttamente alla doppia natura[398] di Cristo.

7. Dalla χάρις come dono alla grazia come atto di clemenza.

Ancora una volta sono le parole che disegnano legami scolorati nel tempo. La parola carisma deriva dal greco χάρισμα, da χάριζομαι, ungere, non a caso χριστός, significa unto, colui che ha ricevuto i doni dello Spirito Santo. Da un'ottica puramente teologica la χάρις corrisponde alla grazia infusa all'atto del battesimo. Essa é dono dello Spirito che permette all'uomo di entrare in comunione con Dio, una sorta di benevolenza nei confronti del battezzato, che si fa tabernacolo di Dio. Prendendo le mosse dal pensiero di Sant'Agostino, la grazia è amore, *appetitus* verso un'entità riconosciuta proprio come è e amata per ciò che é. Il campo semantico della *χάρις* si articola in profili diversi, da azione santificante, si manifesta anche come motore che permette all'uomo di godere della *beatitudo*, il luogo della pienezza, oggetto di una ricerca incessante. L'animo umano, secondo Agostino non trova su questa terra un oggetto d'amore adeguato alla sua dismisura, anche se in realtà lo ha già conosciuto all'origine della sua storia: *Iam te amabam*[399]. L'uomo tende verso Dio, verso quell'origine che è anche meta, assenza e beatitudine nello stesso tempo. Inciampa, cade, si ritrova sull'orlo di un precipizio nella ricerca affannosa di quella felicità intravista che nel suo presente è ancora irreale. "Cercavo qualcosa da amare, amando amare […], poiché dentro avevo una fame di cibo interiore: proprio di te, mio Dio" (*Conf.* 3.1.1). Vedere il volto di Dio è riconoscere quella felicità mai assaporata pienamente. L'inquietudine propria dell'umano è *determinata* dall'essere fuori da Dio. *"Ti cercavo fuori di me e non ti trovavo, Dio del mio cuore*." (*Conf.* 6.1.1). Dio è *autem eras interior intimo meo et superio summo meo*. (*Conf.* 3.6.11*).*

[398] Ernst Kantorowicz, *I due corpi del re*, Torino, Einaudi, 1989.
[399] Remo Bodei, *Ordo amoris. Conflitti terreni e felicità celeste*, Bologna, il Mulino, 2005, p. 108. Interessante è il riferimento a Hannah Arendt, *Il concetto d'amore in Agostino*, Milano, Se Editore 2004.

Con l'unione dell'i*nterior intimo meo* all'*intimus nostri* ciascuno sarà finalmente se stesso, trovando la dimora della propria identità. Lo sguardo limitato dell'uomo si apre alla Verità. San Paolo scrive nelle *Lettere*: *Ora noi traguardiamo in uno specchio,in enigmi, allora invece faccia a faccia* (1*Cor*., 13,12). La beatitudine consiste nell'attraversamento di una soglia, l'essere al di là e non al di qua del confine che separa il finito dall'eterno e nel vedere al di là dello specchio. La visione beatifica è quel desiderio che non si consuma perché continua ad essere saziato incessantemente. L'anima corre verso l'abbraccio con Dio, fino a perdersi nel suo volto. La parola "volto" ritorna inaspettatamente nella trama delle Confessioni. Nel *Dictionnaire étimologique de la langue latine* di Ernout e Meillet la parola *vulnus* è definita come *visage, en tant qu'interprète des émotions de l'âme*. [400] Questa parola, non ha una derivazione univoca. Essa potrebbe infatti essere composta da una radice *gvol* da cui il gotico *vulthus* e il tedesco *wuldar*, termini che hanno entrambi il significato di splendore. Il volto del creatore è infatti splendore, luce immutabile[401]. "Tu infatti, o Dio nostro, illuminerai le nostre tenebre: da te vengono le nostre vesti e le nostre tenebre saranno come il meriggio". (*Conf*. 13.8.9)[402]. Tuttavia la parola *vultus* potrebbe derivare da una radice *val* da cui *volle, voluptas*. Il volto di Dio è infatti il luogo in cui il desiderio dell'uomo trova la sua dimora, dove l'inquietudine si trasforma in quiete[403]. La tesi più condivisa, invece, appare quella che ricondurrebbe il termine "volto" al participio presente del verbo *volgere*. La visione del volto del Creatore è metafora dell'adesione a Dio, dono e restituzione di ciò che era stato perso. La beatitudine non a caso evoca una dimenticanza. Scrive Sant'Agostino: "Quando la memoria perde qualcosa, come capita quando dimentichiamo e cerchiamo di ricordare, dove andiamo a cercare se non nella memoria?" (*Conf*. 10.19.28)[404]. Remo Bodei, in *Ordo amoris*, sottolinea che l'amore, come realizzazione del desiderio di eternità, è anche *memoria* e "costituisce la continua resurrezione nel tempo di quell'eternità già nota e dimenticata, antica e nuova che lavora dentro di noi e che rende il nostro cuore inquieto"[405]. Interessante è osservare come la grazia da dono dell'amore divino viene incorporata nei moderni ordinamenti costituzionali e tradotta in provvedimento di clemenza. L'art. 87 comma 11 della Costituzione italiana riconosce al

[400] Alfred Ernout, Antoine Meillet, *Dictionnaire Etymologique de la langue latine*, Paris, Klinksieck, 2002.
[401] Ottorino Pianigiani, *Dizionario etimologico*, Genova, I Dioscuri, 1988.
[402] Agostino, *Confessioni*, cit., p. 519.
[403] Ottorino Pianigiani, *op. cit*.
[404] Agostino, *op. cit*, p. 365.
[405] Remo Bodei, *op. cit*. p. 135.

Presidente della Repubblica la facoltà di concedere la "grazia e di commutare le pene". Istituto complesso che rimanda al potere illimitato del monarca, capace di cancellare la pena, come Dio può rimettere i peccati. Il diritto ingloba questo istituto e lo procedimentalizza. L'art. 681c. p. p. è il paradigma di una traduzione. L'istituto della grazia estingue in tutto o in parte la pena principale o la trasforma in un'altra pena. L'antica connotazione della χάρις sembra sbiadita, ma un'antica traccia permane. Una forte capacità di sospendere il preordinato fluire degli eventi, che portano l'uomo alla perdita di sé stesso, trova nel codice del diritto una possibilità di fuoriuscita da una decisione irrevocabile. Possibilità, non esente da rischi, di non ridurre ciò che un individuo è a ciò che il condannato ha commesso un tempo[406]. Cammino impervio quello del diritto che cerca di differenziarsi dai sistemi al lui esterni, soprattutto considerando la storia della sua origine. Il diritto degli albori partecipava di un'intima connessione con l'universo morale e religioso. Fusione e collisione, compenetrazione e affrancamento caratterizzano la convivenza tra legge positiva e principio morale. Nel Medioevo i confini tra lo *ius fori*, e lo *ius poli* sono labili. La Chiesa tendeva a farsi portatrice di entrambi i diritti e lo Stato, d'altra parte, tendeva ad influenzare la sfera penitenziale. Colpa e reato configuravano un peccato e viceversa. Non a caso, Paolo Prodi, in "Una storia della Giustizia", definisce la relazione tra Stato e Chiesa come un osmosi[407]. Chiesa e Stato, come insegna Michel Foucault, concorrono al controllo sulle coscienze al disciplinamento dei comportamenti umani[408]. La modernità è segnata dal riconoscimento del reato come la trasgressione di una norma e dalla consapevolezza di una divergenza tra reato e peccato. Tuttavia il diritto moderno è costruito su uno strato sotterraneo, in cui il foro della coscienza e il foro della legge positiva si confondono. La modernità si afferma nella scommessa, mai vinta una volta per tutte che, questi retaggi non riemergano e il diritto possa, differenziandosi, sopravvivere come sistema autonomo. Come sostiene Jhering, da un tempo in cui, senza il sostegno della religione e la sua "consacrazione", il diritto sarebbe scomparso a causa "degli attacchi dell'arbitrio, del capriccio, della rozzezza"[409], si muove ora verso un epoca in cui l'autosufficienza da altri sistemi risulta vitale. L'autonomia

[406] Eligio Resta, *Diritto vivente*, Roma- Bari, Laterza, 2008, p. 145.
[407] Paolo Prodi, *Una storia della giustizia*, Bologna, il Mulino, p.169.
[408] Si faccia particolare riferimento a Michel Foucault., *L'archeologia del sapere*, Milano, Rizzoli, 1971; Id. *Microfisica* del *potere*, Torino, Einaudi. 1977.
[409] Rudolf von Jhering, *Lo spirito del diritto romano nei diversi gradi del suo sviluppo*, traduzione di Luigi Bellavite, Milano, Pirotta, 1855, p. 208.

del diritto non prescinde però dalla presenza di tracce, riconducibili ad un'altra sfera del sapere. L'opera di Carl Schmitt riproduce la connessione, che rimanda ad un'antica unità tra la dimensione sacra e la dimensione profana. L'umano e il divino non sono oggetto di una sovrapposizione, ma di un continuo procedimento di rinvio. "L'enigma della modernità" attiene proprio al processo ambivalente che vede il diritto spingersi al massimo della laicizzazione e nel contempo far ricorso a categorie che affondano le radici nel campo del mistico. Il diritto moderno, costruito sulla propria auto-fondazione, è carico di segni che rimandano alla storia di una origine, di cui è necessario avere consapevolezza, anche alla luce della comprensione dell'infinito processo di secolarizzazione ancora in atto.

CAPITOLO V
DECIDERE «PER CASO»

1. Diritto e caso

Il discorso sul caso ha da sempre solcato anche inconsapevolmente la parte più consistente del pensiero filosofico.

Del resto, volgere lo sguardo al caso implica un vero e proprio impegno, che ha a che fare con le incertezze relative alla definizione di un concetto polisemico.

Proprio tale polisemia ha condotto le grandi narrazioni a costruirlo come concetto relazionale delle più disparate coppie dicotomiche, rapportate, di volta in volta, con un determinato paradigma di osservazione del mondo.

Il caso viene pertanto assunto a termine complementare e allo stesso tempo oppositivo del concetto di libertà, così come l'inatteso dell'esperienza, il perturbante del famigliare, l'incertezza dell'incertezza, l'eccezione della regola. Tali tentativi di decifrazione ne mettono in luce il doppio volto di contrattempo e occasione.

In tale ottica, il caso può paradossalmente essere ricondotto ad un *varco*, che si apre nell'assetto già codificato del mondo, come un fascio di nuove possibilità che si stagliano dall' ordinarietà e regolarità delle situazioni della vita[410].

Tuttavia la modernità non solo misconosce in larga misura tale prospettiva, ma vive anche nel perenne tentativo di neutralizzare l'accidentale.

Tale rilievo non sfugge all'attenta critica di Odo Marquard, che come è noto, elabora una vera e propria apologia del caso[411].

Indubbiamente è possibile tracciare un filo conduttore che, da tale lettura, conduce al campo dell'etico-politico, terreno in cui tutte le questioni centrali messe in evidenza dal pensiero filosofico, oltre a riproporsi, acquistano elementi di naturale specificità. Immerso nella dimensione giuridica il caso si atteggia da accadimento da controllare ad evento a cui conferire rilievo, da avvenimento da metabolizzare a fattore che informa e struttura profondamente l'ordinamento giuridico, da attributo opposto alla regola a regola, da fatto ad evento e/o precedente giurisprudenziale, da imprevedibile a fattispecie.

Insomma, al caso dobbiamo guardare come ad un grande campo semantico, che finisce, in controluce, per essere la potente sonda attraverso la quale procedere all'osservazione del diritto.

---

[410] Cfr. Aldo G. Gargani, *Lo stupore e il caso*, Bari, Laterza, 1992, p. 19.
[411] Odo Marquard, *Apologia del caso*, Bologna, Il Mulino, 1994.

Da queste considerazioni preliminari è possibile addentrarsi in una più ampia analisi del rapporto tra diritto e caso.

Il sistema giuridico è indubbiamente il risultato di una continua sintesi dell'indeterminato e inatteso e del suo contestuale riconoscimento, in cui l'oscillazione tra ontico e il deontico subisce costanti aggiustamenti. In tale ottica, è emblematico il riferimento all'art. 3 della Costituzione italiana, che come è noto, è stato oggetto di attenzione e ha suscitato interessanti letture. Mentre il primo comma sancisce l'eguaglianza formale di tutti i cittadini di fronte alla legge, nonostante le concrete differenze suscettibili di qualificare il soggetto in forme discriminatorie; il secondo comma riconosce l'irruzione di quegli "ostacoli", che "impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione all'organizzazione politica economica e sociale del Paese".

Se da un lato l'art. 3 Cost. prescrive un'eguaglianza di tipo formale, dall'altro ammette la possibilità dell'irruzione del caso, inteso come l'insieme di circostanze materiali che possono impedire la corrispondenza di questo impianto formale ad un risultato sostanziale. Da tale evidenza, emerge la necessità di un intervento normativamente regolato che realizzi effettivamente l'eguaglianza, come specificato dall'art. 3 comma 2 Cost[412].

É possibile dunque affermare che il caso corrisponde ad una interferenza esterna all'ordinamento, a cui esso può reagire modulando la propria complessità interna. Più precisamente, secondo la teoria dei sistemi, tra la complessità di un sistema e quella dell'ambiente sussiste un legame biunivoco. Se il primo reagisce alla complessità del secondo accrescendo la propria complessità, ogni sua modificazione interna contribuisce alla trasformazione dell'ambiente, che ingloba di volta in volta un nuovo paradigma di definizione identitaria. E del resto più cresce l'autonomia di un sistema, più aumenta la possibilità di condizionamento ambientale, in quanto esso sviluppa nuove possibilità di interazione con i flussi provenienti dal mondo esterno.

Tuttavia ogni sistema, da quello organico a quello psichico, elabora una particolare differenziazione strutturale e processuale delle funzioni necessarie alla propria sopravvivenza. In particolare il sistema giuridico produce al suo interno una molteplicità di aspettative normative e decide a quali tra esse conferire stabilità, attraverso il sigillo della validità procedurale. D'altronde le norme corrispondono ad un dover essere

[412] Rilevanti le letture di Eligio Resta, *Le stelle e le masserizie*, Roma- Bari, Laterza, 1997, pp.181-182; nonché Stefano Rodotà, *Dal Soggetto alla Persona*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2007, pp. 18-19.

aspettative stabilizzate, che sono tenute ferme anche in caso di delusione[413]. Il diritto in altre parole è "un insieme di fondamenti decisionali e regole decisionali più o meno sistematizzati: un insieme dal quale è possibile ricavare criteri di selezione per la legalizzazione di aspettative […]"[414].

Il caso è uno degli elementi extragiuridici, che immesso nel sistema giuridico, è cristallizzato nella norma e diviene oggetto delle procedure.

Come è noto il diritto poggia e si alimenta delle dinamiche che ruotano attorno alle coppie dicotomiche fatto-norma, caso-decisione, cognitivo-normativo.

In linea generale la norma è costruita sulla previsione di fatti, che fungono da paradigma per la produzione di determinate conseguenze giuridiche. Invero la fattispecie, dal latino medievale *facti species*, è letteralmente "figura" o "parvenza del fatto", che la norma fissa nel tempo e nello spazio dell'impianto giuridico. Si potrebbe affermare che essa corrisponde alla condensazione del caso, il quale imbrigliato nella norma, perde la sua peculiarità ed è ridotto a modello di generalizzazione congruente di una serie indeterminata di fatti a schema tipico.

È dunque evidente che nel momento in cui il diritto regola il caso, ne interrompe la carica dinamica, trasformandolo radicalmente in "evento causativo"[415], componente della prescrizione regolativa.

Il caso lascia così il posto alla regola del caso. Tuttavia la norma e il suo caso vivono di una profonda interconnessione. Mentre l'accadimento concreto è occasione per mezzo della quale la norma viene applicata, dunque resa conoscibile; il dato normativo costituisce il parametro attraverso il quale l'ordinamento misura e canalizza il flusso indeterminato e informe dell'accadibile al fine di decidere sull'accaduto.

Del resto, rovesciando il focus dell'osservazione, il caso concreto é il banco di prova per l'ordinamento di vagliare di volta in volta la propria effettività, attraverso la pronuncia di decisioni vincolanti.

Alla luce di quanto detto il legame tra diritto e caso sembra muoversi su un doppio binario: riconoscimento a livello cognitivo e controllo a livello organizzativo. Indubbiamente ogni modalità di governo del caso è indice dell'operatività di un sistema fortemente

---

[413] Niklas Luhamann, *La differenziazione del diritto*, Bologna, il Mulino, 1990, p. 41.
[414] *Ivi* p. 44.
[415] Cfr. Francesco Sartoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, Jovene, 1971, p. 103; Aa. Vv. *Enciclopedia del diritto*, Varese, Giuffrè, 1967, XVI, voce: fattispecie.

riflessivo, che ingloba l'imprevisto e inatteso, attraverso "procedure mobili di giuridificazione", regolate dal diritto stesso[416].

In altre parole è il diritto a decidere quale tecnica di controllo è più appropriata per la tutela di un interesse prevalente in riferimento ad un preciso contesto funzionale o finalistico. Dinamica che rende manifesti meccanismi decisionali strategici orientati a "fini ambivalenti"[417].

In tale ottica il caso si trasforma da accadimento da controllare, in criterio attraverso il quale costruire e misurare la decisione. Tra le pieghe del diritto emergono innumerevoli esempi di questa dinamica. Difatti il governo del caso si esplica in una serie di forme, che intercettano diverse situazioni giuridiche. Più precisamente l'ordinamento realizza tecniche di esclusione, mantenimento, ricorso e calcolo razionale del caso[418].

2. Tecniche di governo del caso: esclusione

Il meccanismo di esclusione del caso trova una consistente applicazione nel diritto delle obbligazioni e dei contratti e sotto il più ampio profilo della responsabilità civile. Questa dinamica può essere agilmente chiarita attraverso alcuni esempi. Nello specifico, l'art. 1218 c.c., che regola l'inadempimento delle obbligazioni, esclude il risarcimento del danno, quando "l'inadempimento o il ritardo della prestazione é stato determinato da causa non imputabile al debitore". Tuttavia l'impossibilità della prestazione, è fonte di esclusione della responsabilità per inadempimento solo se fortemente qualificata: la non imputabilità segue dalla prova di quei particolari fattori in alcun modo riconducibili ad un difetto di diligenza, ma più in generale estranei alla sfera di prevedibilità e controllo dell'inadempiente[419].

---

[416] Cfr. Eligio Resta, *La legge dell'ignoranza* in RIFD, Milano, Giuffrè, Volume II, pp. 1145-1172.

[417] *Ibidem*.

[418] È necessario sottolineare che tale lavoro poggia le sue basi sulla rielaborazione dei modelli di governo del caso teorizzati da Stefano Rodotà, in *La vita e le regole*, Milano, Feltrinelli, 2006, p. 140.

[419] In ambito applicativo Cass., 5 agosto 2002 n. 11717 in *Mass. Foro it*., 2002; Cass., 17 maggio 2002, n. 7214, *ivi*, 2002; Cass. 25 Maggio 1998, n. 5208 *ivi*, 1998; Cass., 16 febbraio 1994, n. 1550, *ivi*, 1994: "*poiché l'art. 1218 cod. civ., pone espressamente a carico del debitore la prova che l'inadempimento è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile, la generica prova della diligenza non può essere sufficiente a dimostrare l'assenza di colpa del debitore in relazione all'inadempimento, atteso che la prova della mancanza di colpa esige la dimostrazione o dello specifico impedimento, che ha reso impossibile la prestazione o quanto meno, la prova che , qualunque sia stata la causa questa non può essere imputabile al debitore*". Per un'analisi approfondita delle teorie riferite alla nozione di inadempimento per causa non imputabile si rinvia, fra i tanti, a Francesco Galgano, *Trattato di diritto civile*, Vol. II, Padova, CEDAM, 2010; Vincenzo Roppo, *Il Contratto*, Milano, Giuffrè, 2011;

“La causa non imputabile al debitore” da causa di esclusione del risarcimento del danno per inadempimento rileva sotto il congiunto profilo dell’esito dell’obbligazione, provocandone l’estinzione per impossibilità della prestazione. Come è noto occorre però operare una distinzione tra impossibilità sopravvenuta definitiva e temporanea. L’art. 1256 comma 1 disciplina l’ipotesi di una impossibilità irreversibile della prestazione riconducile ad accadimenti non prevedibili, né evitabili, che individuano una impossibilità oggettiva e assoluta e sancisce l’estinzione dell’obbligazione. Nell’ipotesi di impossibilità temporanea, il secondo comma dell’art. 1256 c.c. precisa che se sussiste l’interesse del creditore a conseguire la prestazione in relazione “al titolo dell’obbligazione e alla natura dell’oggetto” viene meno esclusivamente la responsabilità da ritardo: non si producono a carico del debitore gli effetti della *mora debendi*. In materia di contratti a prestazioni corrispettive l’impossibilità sopravvenuta di una prestazione per causa non imputabile è fonte di risoluzione del contratto. Ai sensi dell’art 1463 c.c. la parte liberata dall’obbligazione per impossibilità sopravvenuta non può chiedere la controprestazione; nel caso in cui l’abbia ricevuta è tenuta a restituirla. In altre parole “l’impossibilità sopravvenuta priva di ogni giustificazione la controprestazione”[420].

Pare evidente che questa tecnica di internalizzazione del caso, come fattore estintivo del vincolo o escludente la responsabilità, si muove nella trama dei rapporti economici, che il diritto tende a preservare dai rischi di fallimento per la circolazione della ricchezza. Si assiste ad una “distribuzione sociale dei rischi, all’interno della quale il caso contribuisce a selezionare i soggetti chiamati a sopportarne le conseguenze dannose”[421]. Del resto ’“escludere il caso”, insinuatosi nel rapporto creditore-debitore, consumatore-imprenditore, danneggiato-danneggiante è espressione ambigua. Escludere il caso, non corrisponde ad una affermazione di irrilevanza per il diritto ma, al contrario, a un notevole riconoscimento della sua forza, tale da porsi come fattore interruttivo della responsabilità. Tuttavia, appare indiscutibile che, escludere il caso nei confronti di taluno, significa addossarlo a qualcun altro. [422]

Una particolare declinazione dell’esclusione del caso può essere colta nella dinamica di assorbimento della sua rilevanza nella responsabilità oggettiva. Si pensi al produttore di beni che è chiamato a rispondere indipendentemente dall’accertamento dalla colpa per i

---

Nicolò Lipari, Pietro Rescigno, *Diritto civile*, Vol. III, Milano, Giuffrè 2009; Giovanna Visintini, *Trattato della responsabilità contrattuale*, Vol. I, Padova, CEDAM 2009.

[420] Francesco Galgano, *Trattato di diritto civile*, Vol. II, *op. cit*., p. 529.

[421] Stefano Rodotà, *La vita e le regole*, cit., p.159.

[422] *Ibidem*.

danni derivanti dalla circolazione sul mercato di merci difettose. Difatti, col progredire della società industriale la responsabilità oggettiva si va affermando come tecnica di distribuzione dei rischi derivanti da sempre più onnivore attività dannose. A tal riguardo, è emblematico il preambolo della direttiva CEE n.374/1985 in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi, nella parte in cui sancisce che: "solo la responsabilità del produttore indipendente dalla sua colpa, costituisce un'adeguata soluzione del problema, specifico di un'epoca caratterizzata dal progresso tecnologico, di una giusta attribuzione dei rischi inerenti alla produzione della tecnica moderna". La *ratio* della direttiva, poi recepita in Italia con *d.p.r.* n.224/88, risiede nella protezione del consumatore, protagonista debole dello scenario di mercato. Utilizzando le parole di Ulrich Beck il consumatore è inserito sin dalla nascita in una "sorta di destino del rischio". Del resto, se in merito all'acquisto di beni e servizi una decisione seppur eterodiretta è sempre possibile; "i rischi e i danni si insinuano ovunque silenziosamente ed indipendentemente dalla libera (!) scelta"[423].

Il processo di immunizzazione del caso, che inevitabilmente ricade sul consumatore, può essere ricostruito innanzitutto alla luce della summenzionata direttiva europea in materia di *product liability*. L'art. 1 sancisce che: "il produttore è responsabile del danno causato da un difetto del suo prodotto", a meno che non provi una serie di circostanze tassativamente elencate all'art. 7, tra cui il non aver messo in circolazione il prodotto, che il difetto sia sorto successivamente alla messa in circolazione del prodotto, che "il difetto è dovuto alla conformità del prodotto a regole imperative emanate dai poteri pubblici", che il prodotto non sia stato fabbricato per la vendita o per la distribuzione a scopo economico. Dal testo normativo è espunto ogni riferimento alla colpa.

La soluzione prospettata dal legislatore comunitario è un addebito a titolo di responsabilità oggettiva in capo al produttore, che si va imponendo come nuovo strumento di tutela, rispetto alla fitta applicazione dell'art. 2043c.c. e dell'art. 2050 c.c., che veniva operata in Italia prima dell'intervento del legislatore comunitario e della trasfusione della direttiva nel Titolo II del codice del consumo.

Dunque a livello normativo la responsabilità oggettiva ha sostituito la responsabilità per fatto illecito, che poneva la vittima nella gravosa situazione di dimostrare la colpa del produttore.

[423] Ulrich Beck, *La società del rischio*, Urbino, Carocci, 2000, p. 53.

Del resto la Corte di Cassazione si era già pronunciata nel 1964 in merito al noto caso Schettini vs. Saiwa, sollevando la parte attrice dall'onere di dover provare la colpa del produttore.

Nel caso di specie l'addebito si fondava su un "processo logico-presuntivo", volto all'accertamento del nesso causale. Da ciò risultava una presunzione di colpa, che più precisamente veniva assorbita in un difetto di fabbricazione del prodotto.

Se, *prima facie*, i rischi della difettosità di un prodotto sono neutralizzati dalla previsione di una responsabilità oggettiva a carico del produttore in base al combinato disposto tra gli artt. 1-7, la nozione di difettosità del prodotto, sposta nel giudizio altre dinamiche decisionali di allocazione del rischio, che secondo alcuni avrebbero ad oggetto gli stessi elementi che sono esaminati in merito alla valutazione della colpevolezza della condotta[424].

Più specificamente, ai sensi dell'art. 4 della direttiva 374/1985, il consumatore è tenuto alla prova del danno, della difettosità e del nesso casuale tra difetto e danno. Ed è proprio attorno alla prova della difettosità del prodotto che si condensa l'onere probatorio dell'attore. Precisando che, si considera difettoso il prodotto che "non offre la sicurezza che ci si può legittimamente attendere" in relazione alle circostanze specificate all'art 6, tra cui la sua presentazione, l'uso a cui è ragionevolmente destinato, il momento in cui è messo in circolazione; risulta evidente che il giudizio sull'accertamento di difettosità del prodotto non può prescindere da una valutazione sulla condotta delle parti e dalla sua interrelazione con la causazione del danno.[425] In altre parole, la stessa definizione di difettosità mette in luce l'interconnessione tra la condotta del produttore e del consumatore ai fini dell'accertamento del danno, per cui il primo è ritenuto responsabile se il secondo è esente da ogni responsabilità. Indubbiamente la condotta del consumatore è valutata in riferimento ad un modello astratto di comportamento diligente al fine di verificare l'esistenza di un danno da utilizzazione. La Cassazione italiana, in una nota pronuncia, ha specificato che: "la difettosità va esclusa in presenza di anormali condizioni di impiego del prodotto, dipendenti da circostanze anomale, che se pur non imputabili al consumatore, rendano il prodotto, altrimenti innocuo, veicolo di danno alla salute, tra queste circostanze possono e debbono ricomprendersi le proibitive condizioni di salute in

[424]Come ricostruito da Eleonora Rajneri, *L'ambigua nozione di prodotto difettoso al vaglio della Corte di Cassazione e delle altre Corti europee*, in Riv. Dir. Civ., Padova CEDAM, 2008.
[425] Fabrizio Cafaggi, *Profili di relazionalità della colpa*, Padova, CEDAM, 1966.

cui, versi il consumatore anche solo temporaneamente"[426]. Inevitabilmente il caso è riemerso nelle pieghe del giudizio e ha spostato la responsabilità dal produttore al consumatore.

Da un altro punto di vista, la valutazione relazionale della condotta delle parti sembra mettere in rilievo il principio del *cheapest cost avoider*[427].In base a questo criterio, il giudice è portato a considerare quale tra le due parti poteva prevedere il rischio del danno e dunque aveva la possibilità di scegliere se accettare quel rischio o evitarlo. Tale giudizio si fonda ovviamente su un ragionamento *ex ante* radicato sulle informazioni di cui la parti potevano disporre nel momento in cui hanno agito e, alla stregua dell'art. 6, vengono ricondotte ad elementi oggettivi quali la modalità di pubblicizzazione, le istruzioni e le avvertenze, l'individuazione della categoria di soggetti a cui il prodotto è destinato. Pertanto responsabile risulta il soggetto che sarebbe stato più efficiente nell'adottare misure idonee a prevenire uno specifico pericolo di danno.

Infine, l'evento imprevedibile e inevitabile riaffiora nei meandri della disciplina normativa, solcando il limite della responsabilità del debitore, sia nella forma di causa non imputabile al debitore, ma anche nella vesti di caso fortuito e forza maggiore in riferimento al *receptum* professionale[428].

Tuttavia, spostando la prospettiva dell'analisi dalla materia civile a quella penale, è facile rilevare che l'imponderabilità e l'inesorabilità riappaiono come modalità di esclusione della responsabilità prevista da una regola. Diretto è il riferimento all'art. 45 c.p. che sancisce la non punibilità di "chi ha commesso il fatto per caso fortuito o per forza maggiore".

Il caso fortuito si pone generalmente come il punto di intersezione tra accadimento naturale e condotta umana, da cui deriva "l'imprevedibile" condensato nell'evento lesivo. Se da un profilo prettamente oggettivo, il precipitarsi del caso fortuito incide sul rapporto di causalità, interrompendo il legame tra condotta ed evento; sul versante dell'elemento soggettivo, comporta l'esclusione della colpa, in quanto l'accadimento determinato dal caso si pone al di là dei confini di prudenza e perizia umana richieste nella situazione

---

[426] Cass., Sez. III, 15 marzo 2007, n. 6007, in *Mass. Foro it.*, 2007.

[427] Guido Calabresi, *The cost of accident. A legal and economics Analysis,* New Haven, Yale University Press, 1970.

[428] Evidente il riferimento agli artt. 1693 cod.civ.: responsabilità del vettore per perdita o avaria delle cose trasportate;
1787cod. civ: responsabilità dei magazzini generali;1893 cod. civ.: responsabilità della banca nel servizio delle cassette di sicurezza; 1785 cod. civ.: responsabilità dell'albergatore per le cose portate dal cliente in albergo.

concreta[429]. Quanto alla forza maggiore, è stata tradizionalmente definita come l'energia esterna, a cui il soggetto agente non può opporre resistenza e che lo determina nell'azione. Come è noto, la tesi prevalente di dottrina e giurisprudenza è che essa elimini la precondizione di un addebito a titolo di dolo o di colpa, non essendo l'azione riconducibile né alla volontà né alla coscienza dell'agente[430]. Ancora una volta il diritto decide quale tipo di rilevanza attribuire al caso, che da fattore regolato si trasforma in criterio regolatore di determinate situazioni giuridiche.

2.1 Mantenimento del caso

Un'altra tecnica di dominio del caso, consiste nel suo mantenimento. In tale ottica è diretto il riferimento ai dibattiti che ruotano attorno alla legittimità o meno di interventi che vanno ad incidere sulla lotteria genetica. Si pensi alle problematiche inerenti la procreazione medicalmente assistita e anche alle questioni relative ad una vera e propria "riprogettazione" dell'essere umano[431].

Quanto alla disciplina sulla procreazione medicalmente assistita, essa si fa specchio della coesistenza di due distinte e opposte modalità di governo del caso: la sua esclusione e il suo mantenimento. Il diritto alla procreazione trova la sua tutela all'art. 16 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo, nonché all'art. 9 della Carta di Nizza, nella forma rispettivamente di diritto a "fondare/costituire una famiglia". A livello costituzionale questo diritto è riconducibile sia nell'ambito dell'art. 2 Cost., particolare *framework of warranty* di quei diritti fondamentali, che concorrono al pieno sviluppo della personalità umana, sia nell'ambito dell'art. 30 comma 4 e 31 comma 2. Del resto si sa la persona è crocevia di relazioni complesse, che procedono di pari passo a istanze di riconoscimento e di tutela. In quest'ottica la legge 19 febbraio 2004 n. 40 interviene con la finalità "di favorire la soluzione di problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana". In altre parole se il diritto a diventare genitori non si realizza per natura, l'ordinamento giuridico consente il ricorso alla tecnica, come presupposto artificiale del

[429] Così in sent. Cass., sez. III., 18 dicembre 1997, n. 1814 Rosati, C.E.D. Cass. 1998. 811.

[430] In relazione alla forza maggiore come causa di esclusione della *suitas* si veda Cass., sez. IV, 5 dicembre 1980, n. 2138, Biagini, C.E.D. Cass. n. 148018.

[431] Per un'attenta analisi di tali tematiche si veda in particolare Stefano Rodotà, *Il corpo* "*giuridificato*", Trattato di Biodiritto, Tomo I, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 51-76; Antonio D'Aloia e Paola Torretta, *La procreazione come diritto della persona*, *op. cit* Tomo II, pp. 1341-1417, più specificamente in merito alla questione della clonazione si veda Carlo Alberto Redi, *La clonazione*, *op. cit.*, Tomo I, pp. 265-279.

suo inveramento "alle condizioni e secondo le modalità previste" dalla suddetta legge. Dunque il diritto ammette l'interruzione del caso, svelando così possibilità, ma la intervalla costantemente a meccanismi di mantenimento del caso, condensati in una serie di limitazioni, di divieti, di sanzioni. Innanzitutto la scelta di accedere alla procreazione artificiale è ancorata a rigidi requisiti normativi; dunque non è praticabile liberamente alla stregua di un'opzione alternativa. L'art. 1 comma 2 della legge conferisce a questa tecnica lo statuto di *extrema ratio*, nell'ambito dei rimedi terapeutici "efficaci a rimuovere le cause di sterilità o infertilità". Tale requisito è ribadito all'art. 4: il legislatore subordina il ricorso a questo metodo di procreazione previo accertamento "dell'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione", comunque circoscritte ai soli casi di sterilità o infertilità. Tassativamente individuati nelle coppie di maggiorenni, coniugate o conviventi, di sesso diverso ed entrambi viventi, sono altresì i soggetti ammessi a beneficiare della tecnica in esame. Da questi requisiti soggettivi è possibile ricavare un orientamento giuridico volto a garantire al concepito il diritto ad una famiglia fondata su un rapporto stabile e ancorata ad un modello "tradizionale" di genitorialità, ritenuto più appropriato al processo formativo del minore. Risulta indubbio, del resto, il costante riferimento della legislazione in materia di procreazione medicalmente assistita, al principio dell'*imitatio naturae*, peraltro richiamato dal Giudice delle leggi, nei testi di alcune pronunce aventi ad oggetto la legittimità costituzionale della legge 4 maggio 1983 n. 184 (Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori). Tale criterio direttivo è indice della precisa scelta legislativa di dare rilevo alla verità biologica, come criterio fondante l'identità del minore. [432]Dunque si fa forte l'oscillazione tra artificio e natura. La legge, artificio per natura in quanto "tecnica sociale"[433], statuisce l'imitazione di un modello naturale di procreazione, in cui l'esigenza di una derivazione biologica certa si intreccia ad una scelta di ispirazione prettamente morale, secondo la quale una coppia "regolare" è più idonea ad assumere le responsabilità formative ed educative derivanti dalla nascita. Dunque, affermare che la normativa in esame ruota attorno al principio dell'*imitatio naturae* significa, in questo senso, intendere la natura come luogo della rappresentazione di una serie di contenuti di tipo etico, morale, religioso, culturale. Addentrarsi nel rapporto tra legge e natura conduce ad una tematica sconfinata. Come è

[432] In tal senso Corte Costituzionale, ordinanza del 9 luglio 2012 n. 7. Il principio dell'*imitatio naturae*, già richiamato dalla Convenzione di Strasburgo sulle adozioni del 1967, è reso esplicito dalla Corte Costituzionale nella sentenza 9 maggio 1994 n. 183, e nella sentenza 23 giugno 1994 n. 281.
[433] Secondo la nota espressione di Hans Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 2000, pp. 68-69.

noto tale legame segna la fondazione dello Stato di diritto, che viene presentato da Thomas Hobbes con la grande metafora del *Leviathan*, simbolo della potenza creatrice di Dio. Celebri risuonano le parole: "La natura, l'arte con cui Dio ha fatto il mondo e lo governa, è imitata dall'arte dell'uomo, come in molte altre cose, così anche in questo, nel poter fare un animale artificiale"[434]. Lo Stato moderno è dunque artificio che trova la sua epifania nella natura e che attraverso la natura ne sperimenta la fuoriuscita. Del resto, il Leviatano è prodotto da un impulso naturale utilitaristico, che è tenuto fermo dal contratto e incastonato nella maschera pubblica[435]. Tale creazione collettiva esprime la propria volontà politica attraverso la legge, definita dallo stesso Hobbes, *artificial reason*. La legge, come comando sovrano, è dunque frutto di un processo mimetico che, se da un lato racconta di una inevitabile separazione dalla natura, dall'altro é espressione della sua riviviscenza, esclusivamente sotto forma di *imitatio*. La vicenda della procreazione medicalmente assistita e della sua regolamentazione è un esempio di questa dinamica, che inevitabilmente si apre a stringenti interrogativi. É indubbio che col progredire delle nuove tecniche di procreazione, tutta la vicenda del nascere, appare gradualmente distaccarsi dalla natura, in quanto aderenza alla lotteria genetica dunque al caso. È possibile chiedersi, utilizzando la parole di Natalino Irti: "Che ne è del diritto mentre la tecnica s'impossessa del nascere e morire umano?"[436]. Questo interrogativo suscita molteplici riflessioni.

Indubbiamente la forza sacrale della natura sembra perdere ogni consistenza, nel momento in cui la ricerca scientifica e tecnologica dilata la possibilità di scelta intorno all'evento nascita. Scelta che può coincidere sia con l'intervento sulla possibilità stessa di nascere, che con l'incisione della lotteria genetica, nel caso di diagnosi di malformazioni genetiche o di rischi per la trasmissione di malattie.

"Decisioni che pongono regole alla vita"[437] a loro volta oggetto di decisioni legislative.

Natura e artificio come non mai sono oggetto di una forte torsione. La vita "smette di essere una semplice durata, un intervallo di tempo tra il nascere e il morire, cui erano affidati confini certi, e persino sacri e inviolabili"; […] *così come* [corsivo mio] "il diritto smette di essere un semplice meccanismo di regolazione*",* configurandosi come tecnica

[434] Thomas Hobbes, *Leviatano*, a cura di Tito Magri, Roma, Editori Riuniti, 1998, p. 51.
[435] Si veda di Carlo Galli, *Contingenza e necessità nella ragione politica moderna*, Roma - Bari, Laterza, 2009, pp. 40-53.
[436] Natalino Irti, *Il diritto nell'età della tecnica*, Napoli, Editoriale scientifica, 2007, p. 41.
[437] Stefano Rodotà, *La vita e le regole*, Milano, Feltrinelli, 2006, p. 145.

e nello stesso tempo potere, che "mette in forma la vita e di conseguenza *incide* [corsivo mio] direttamente su destini, scelte, progetti"[438].

Tuttavia la libertà di dominare il caso, appartenente alla sfera coscienziale del singolo, è presa in ostaggio dalla voracità del legislatore e imbrigliata "nell'angustia delle norme"[439], ogni qualvolta che la regolamentazione di delicate materie, non derivi da "un processo aperto, di dialogo sociale *che possa* [corsivo mio] contribuire a individuare possibili punti di convergenza, a far muovere verso l'individuazione di valori condivisi"[440].

In relazione alle scelte che incidono profondamente sul destino dell'uomo, è più specificamente in materia di procreazione medicalmente assistita, la decisione legislativa di "mantenere il caso" è stata fonte non solo di accesi dibattiti e di innumerevoli scritti, ma anche di due pronunce della Corte Costituzionale italiana e successivamente di una pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo. È necessario procedere per gradi. L'art. 12 comma 6 della legge 19 febbraio 2004 n. 40 prevede una sanzione per chiunque realizzi, organizzi o pubblicizzi il commercio di gameti o embrioni. É altresì vietata la surrogazione di maternità (art. 12 comma 6). Il legislatore intende non solo tutelare l'integrità psicofisica del nascituro, connessa alla conoscibilità della propria identità genetica e alla condivisibilità di uno stesso nucleo biologico con i genitori, ma anche garantire l'inviolabilità del corpo, preservandolo da ogni pratica di commercializzazione delle sue parti. Pratiche che, del resto, trasformerebbero la persona in un "prodotto più gradito al committente"[441]. Tuttavia, questo richiamo alla naturalità del processo procreativo si scontra ancora una volta con la riemersione del caso, che irrompe sotto forma di mille diverse situazioni umane, personali, cliniche. E allora quando il diritto incorpora la vita, decidendo di mantenere il caso, questa operazione non può tradursi nella realizzazione di danni evitabili che, in riferimento alla legge 19 febbraio 2004 n. 40, sono prodotti sia nei confronti della futura madre che del nascituro. Su questo terreno si innesta la pronuncia della Corte Costituzionale del 8 maggio 2009, n. 151.

Al vaglio della Corte è la legittimità costituzionale dell'art. 6, comma 3, e dell'art. 14, commi 1, 2, 3, 4 della succitata legge. L'art. 14 in particolare non consente la creazione di un numero di embrioni superiore a tre, da impiantare tutti simultaneamente. Ai sensi

---

[438] Eligio Resta, Voce: *biodiritto*, in Enciclopedia Treccani XXI secolo, 2009, pp. 43-53, consultabile su treccani.it.

[439] Espressione mutuata da Pietro Rescigno in *Codici*, Roma-Bari, Laterza, 2013, p. 77.

[440] Stefano Rodotà, *La vita e le regole*, cit., p. 143.

[441] *Ivi* p. 141

dello stesso articolo la crioconservazione degli embrioni è ammessa quando il "trasferimento nell'utero degli embrioni non risulti possibile per grave e documentata causa di forza maggiore relativa alla stato di salute dalla donna non prevedibile al momento della fecondazione"; comunque l'impianto deve essere effettuato "il prima possibile". Questa disposizione va letta in combinato disposto con l'art. 6 comma 3, che dispone l'impossibilità di revocare il consenso al trattamento dopo il momento della fecondazione dell'ovulo e impone alla richiedente l'obbligo di sottoporsi all'impianto, non solo quando tale operazione non sia più sostenuta dalla sua volontà, ma anche nel caso in cui, nel corso del procedimento di PMA, venga accertata una malformazione o una malattia genetica dell'embrione ed essa decida di non voler più procedere al trasferimento, o di voler impiantare solo quello sano. Divieto in contraddizione con la legge n. 194 del 1978 che consente l'interruzione di gravidanza. Del resto tutto il testo della legge n. 40 del 2004 deve essere letto alla luce del suo primo articolo che definisce il concepito come soggetto. Il termine concepito ricomprende indubbiamente al suo interno il risultato della fecondazione in tutti i suoi stadi evolutivi, dunque anche lo stato embrionale. In altre parole si attribuisce all'embrione la soggettività, l'acquisto della capacità giuridica che l'articolo 1 del Codice civile italiano subordina invece all'evento nascita. Sebbene non sciogliendo tutti i nodi che tale normativa reca in sé, il Giudice delle leggi dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 14 comma 2 della legge n.40 del 2004 limitatamente alle parole "ad unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre", in quanto tale norma "in assenza di ogni considerazione delle condizioni soggettive della donna che di volta in volta si sottopone alla procedura di procreazione medicalmente assistita, si pone, in definitiva in contrasto con l'art. 3 Cost.", sotto il duplice profilo della ragionevolezza e dell'uguaglianza, in quanto il legislatore prevede un medesimo trattamento per situazioni dissimili, nonché con l'art. 32 Cost. per il pregiudizio alla salute della donna e eventualmente al feto[442]. Da ciò consegue una deroga al divieto di crioconservazione (art. 14 comma 1), nonché la declaratoria di incostituzionalità del comma 3 dell'art. 14, nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni, "da realizzare non appena possibile", deve essere effettuato senza pregiudizio per la salute della donna. La Corte sancisce che la tecnica di mantenimento del caso in materia di PMA

[442] Va specificato che la creazione di un numero di embrioni strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto (comunque non superiore a tre) coincide con la moltiplicazione dei cicli di fecondazione, a cui sono riconducibili il rischio di iper-stimolazione ovarica e i rischi connessi alla probabilità di gravidanze plurime.

deve essere contemperata col diritto alla salute della donna e del nascituro. In altre parole, il numero di embrioni strettamente necessari per l'impianto, sarà valutato caso per caso dal medico. È esclusa dunque la predeterminazione del numero di embrioni da impiantare, nonché la previsione di un unico e contemporaneo trasferimento, circostanze di volta in volta misurate al caso, inteso nella specifica accezione di insieme delle condizioni fisiche e psichiche della donna.

La legge n. 40 del 2004, come anticipato, è stata altresì oggetto di una pronuncia della Corte Europea dei diritti dell'uomo. Questa volta l'imposizione di conservare una sorta di "naturalità" nella vicenda procreativa si scontra con il diritto a nascere sani. Oggetto della decisione EDU è la complessa vicenda della diagnosi genetica pre-impianto. L'art. 13 della legge in materia di PMA consente la ricerca clinica sull'embrione per finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche, "volte alla tutela e alla salute dell'embrione". É vietata invece ogni diagnosi pre-impianto con finalità eugenetiche. Il divieto concerne dunque ai sensi dell'art. 13, comma 3, lettera b, "interventi che, attraverso tecniche di selezione, di manipolazione, o comunque tramite procedimenti artificiali, siano diretti ad alterare il patrimonio genetico dell'embrione o del gamete ovvero a predeterminare caratteristiche genetiche, ad eccezione degli interventi aventi finalità diagnostiche e terapeutiche".

La legittimità della diagnosi pre-impianto è stata pertanto riconosciuta dai giudici nazionali e suffragata dalla pronuncia della Corte Costituzionale n. 151 del 2009, in quanto connessa al diritto di nascere sani[443].

Tuttavia l'ammissibilità della diagnosi pre-impianto è circoscritta alle coppie sterili e infertili, come sancito dall'art. 1 della legge in materia di PMA o alle coppie di cui l'uomo sia portatore di malattie virali sessualmente trasmissibili (Decreto Ministero salute n. 31639 dell'11 aprile 2008). Restano di fatto esclusi dall'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita le coppie fertili ma portatrici sane di malattie geneticamente trasmissibili. Su questa preclusione si fonda il ricorso dei sigg. Costa e Pavan. Nel caso di specie la Corte europea per i diritti dell'uomo ha accertato che il divieto di diagnosi pre-impianto opposto dalla coppia ricorrente integra una violazione dell'art. 8 della CEDU. La Corte rileva l'incoerenza di fondo di un sistema normativo che, da un lato, vieta l'impianto limitato ai soli embrioni non affetti da patologie, dall'altro autorizza l'interruzione medica di gravidanza, quando l'intervento sia necessario ad

[443] Tar Lazio, sentenza del 21 gennaio 2008, n. 398 consultabile sul sito: www.*giustiziaamministrativa.it*.

evitare un grave pericolo per la salute della madre e siano accertate gravi patologie del feto (art. 6 lett. a l. n.194 /1978). Dunque è proprio l'irragionevolezza di tale divieto a costituire, secondo i giudici, un'ingerenza sproporzionata nel diritto alla vita privata e familiare della coppia. La Corte svolge il suo sindacato in relazione al secondo comma dell'art. 8 CEDU, nella parte in cui è stabilito che, in una società democratica, l'ingerenza di un'autorità pubblica nell'esercizio del diritto al rispetto della vita privata e familiare è legittima solo se necessaria. Requisito non sostenuto dalla contraddittorietà della normativa in materia di procreazione. La sentenza del 28 agosto 2012 riconosce alla coppia ricorrente "il desiderio" di procreare un bambino sano, desiderio che non potrà trovare appagamento mediante una "gravidanza secondo natura". In tal senso l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è espressione del loro diritto ad una vita privata e familiare.

La legge sulla procreazione medicalmente assistita è stata altresì oggetto di una recentissima pronuncia della Corte Costituzionale, che in data 9 aprile 2014 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del divieto di procreare mediante gameti non appartenenti alla coppia richiedente l'accesso alla procedura di PMA. Tale pronuncia apre uno spiraglio all'esclusione del "caso" in una materia costellata da solidi argini diretti a mantenerlo.

Alla luce di quanto sopra esposto, il mantenimento del caso, come salvaguardia di un insieme di condizioni naturali, coincide indubbiamente con una scelta di ordine politico e civile, che si fonde con una serie di principi di carattere etico e morali. Forte è la spinta verso un ordine omologante che sacrifica il pluralismo dei valori nel tentativo di affermare una unica verità sigillata dalla norma giuridica. Un autoritarismo di carattere etico e morale, che controlla e disciplina la vita umana, appiattendo le sue innumerevoli sfaccettature[444]. Le diversità individuali sono livellate fino a scomparire in un unico modello antropologico. Tuttavia si assiste ad una doppia interferenza. Se da un lato, il diritto si confonde con l'etica e la morale, dall'altro, tende a sostituirsi alla tecnica, nel momento in cui si fa portatore di un sapere medico e scientifico e decide non solo i presupposti e le modalità di cura, ma anche cosa debba intendersi per trattamento terapeutico. Del resto la Corte Costituzionale censura l'attività del "legislatore scienziato"[445] sottolineando che "in materia di pratica terapeutica, la regola di fondo deve

[444] Cfr. i rilievi critici messi in evidenza da Stefano Rodotà, in *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2012, pp. 88- 90.
[445] Conformemente alla definizione di Stefano Rodotà, in *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 269.

essere l'autonomia e la responsabilità del medico che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali"[446].

È in gioco la sfida del diritto, che muove verso l'affermazione di una differenza tra il suo codice e quello degli altri sistemi. Il suo compito, consiste, dunque, nel salvare le possibilità (*to save the chances*) offerte dalle nuove tecnologie, nel rispetto del principio di dignità umana.[447] Il diritto potrà così farsi garante della scelta di ognuno di procreare, di vivere e morire

2.2 Ricorso al caso

A questo punto, decifrare la pratica di "ricorso al caso", come modalità di governo di situazioni complesse, mette in luce lo scivolamento semantico che investe il concetto di decisione nel passaggio dall'antico al moderno. Mentre la modernità sposta il contenuto della decisione sulla sua proceduralizzazione; nell'antichità ogni procedimento deliberativo è essenza del vivere comune, discorso pubblico, mai slegato da una finalità educativa[448]. Questo slittamento semantico riflette il diverso rapporto che nel tempo si è andato delineando tra comunità politica e cittadino o meglio tra organizzazione e vita. In particolare Émile Durkheim, analizzando il legame che intercorreva tra i cittadini di una comunità arcaica, definisce "solidarietà meccanica" l'aderenza di tutte le coscienze particolari ad un tipo comune, il tipo psichico collettivo[449]. In quest'ottica la *polis* greca, ad esempio, può essere rappresentata come un corpo unitario, le cui singole parti si muovono armonicamente, "in pieno accordo" e nella medesima direzione. Nella teoria aristotelica il suddetto rilievo si colora di un aspetto ulteriore: questa concordanza, esistente per natura, non è mai disgiunta dall'ordine cosmologico

Riflettere sull'impiego del sorteggio come particolare tecnica di decisione, presuppone la considerazione del nesso simbiotico tra il singolo e i suoi simili, da un lato, e tra la comunità politica arcaica e la *physis*, dall'altro. Questa pratica, raramente contemplata

---

[446] Cosi sentenza Corte Cost. 8 maggio 2009, n. 151, consultabile sul sito: www.*corte costituzionale.it*

[447] Eligio Resta, *Diritto vivente*, Roma-Bari, Laterza, 2008, pp.91-93.
Per una approfondita analisi del concetto di dignità si veda di Giorgio Resta, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità* (*note a margine della Carta dei diritti*), Rivista di Diritto Civile, Anno XLVIII, n. 6, Parte seconda, Padova, CEDAM, 2002, pp. 801-848; nonché dello stesso autore, *La dignità*, in Trattato di Biodiritto, Tomo I, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 259-296.

[448] Moses I. Finley, *La democrazia degli antichi e dei moderni*, Roma-Bari, Economica Laterza, 1997, p. 32.

[449] Émile Durkheim, *La divisione del lavoro sociale*, Milano, Edizioni di Comunità, 1971, p. 123.

negli assetti costituzionali moderni, costituiva, in relazione all'assegnazione di cariche pubbliche, l'unico criterio selettivo in grado di scongiurare l'aggressione dell'armonia comunitaria da parte di interessi egoistici[450]. Prendendo in esame il primo tipo di relazione, il ricorso a tecniche di selezione casuale, trova la propria ragione giustificatrice nella considerazione che tutti i cittadini sono uguali "per natura". Di fatti, mentre nei moderni ordinamenti giuridici, l'uguaglianza si traduce in un "diritto diseguale"[451], che la legge inevitabilmente tende a riaffermare; nel tessuto comunitario essa è autoevidenza. In quest'ottica, deve anche essere ricondotta la pratica, diffusa in età preclassica, di allocare mediante sorteggio i lotti di terra ai coloni o ai guerrieri. Questa dinamica riflette una modalità di distribuzione delle risorse, ancorata a criteri fortemente egualitari[452], in quanto si fonda su un'innata uguaglianza delle *chances* di partenza, come su quelle di arrivo.

Esaminati i legami interni alla cellula comunitaria è necessario, cogliere la relazione tra organizzazione politica e *physis*, al fine di contestualizzare ulteriormente l'utilizzo della sorte come momento decisionale. Nel pensiero greco la *polis* è intesa come una costituzione spontanea, che preesiste alla famiglia e al singolo uomo[453]. In altre parole un *cosmos*, le cui leggi poste riflettono le leggi naturali dell'universo[454].

In questo microcosmo il caso, che corrisponde al precipitarsi di un evento inaspettato e imprevedibile, viene inglobato nell'ordine politico. Secondo tale prospettiva il sorteggio corrisponde ad una modalità di decisione "secondo natura".

A tal riguardo, significativa è la chiave di lettura che Emanuele Severino dà della storia dell'Occidente, come incessante volontà di dominio del caso, culminante nell'approccio scientifico[455]. In linea col pensiero greco, il caso è inteso come una particolare forma di divenire, "un uscire e rientrare nel niente", il risultato della separazione dal nulla originario, la cui conformità ad uno scopo è pura casualità. Utilizzando le parole di Severino: da sempre le comunità sociali hanno cercato di tracciare "una via che, per quanto nascosta, *conducesse* [corsivo mio] dal mondo a ciò che ancora non ha fatto

---

[450] Cfr. Aristotele, *La costituzione degli ateniesi*, a cura di Marco Bruselli, Milano, BUR, 1999.

[451] Il concetto di "diritto diseguale" è analizzato da Eligio Resta, in *L'ambiguo diritto*, Milano, Franco Angeli Editore, 1984, p. 51.

[452] Max Weber, *Storia Economica e sociale dell'antichità*, Roma, Editori Riuniti, 1981, p. 129.

[453] Aristotele, *Politica*, Milano, BUR, 2002, II, 1216 a 18.

[454] Il concetto di *cosmos* è stato analizzato da F. A. Von Hayek, in *Legge, legislazione e libertà*, Milano, Il Saggiatore, 2000, p. 50; l'argomento dell'aderenza delle leggi della polis a quelle dell'universo è trattato da Leo Spitzer in *L'armonia del mondo*, Bologna, il Mulino, 2009, p. 73.

[455] Emanuele Severino, *Legge e caso*, Milano, Adelphi, 1980, p. 22.

irruzione nel mondo, una via che rendesse in qualche modo prevedibile e familiare ciò che pertanto solo di fatto e provvisoriamente si sottrae alla previsione"[456].

Proprio in quest'ottica, il caso veniva ricondotto alla legge degli immutabili, secondo l'ordine naturale delle cose. Il ricorso a questa forma di dominio, ha tuttavia un carattere ambivalente, perché, se da un lato, è espressione di un tentativo di fuoriuscita dal divenire, dall'altro, rende impossibile il divenire nel momento in cui lo prevede.

Pur riconoscendo che la storia è segnata da una lotta incessante verso la salvezza dall'accadere imprevisto di eventi, appare incontrovertibile che il passaggio dall'antico al moderno, è segnato da una diversa modalità di internalizzazione del caso.

Ad una dimensione in cui la decisione si conforma alla natura, si contrappone una ricerca incessante, propria delle società moderne, volta all'isolamento e alla neutralizzazione del caso.

Questa evidenza si fonda sul principio cardine, proprio della tradizione greca arcaica, che vede nel ciclo naturale degli eventi il manifestarsi dell'armonia, intesa come concordanza dei contrari.

Più specificamente, come già evidenziato, la decisione secondo natura, indice della suddetta aderenza tra *physis* e organizzazione politica permea le pratiche della democrazia ateniese in riferimento alla designazione della cariche politiche. Difatti secondo il modello costituzionale democratico mutuato da Clistene, i componenti della *Bulè*, le relative sfere di competenza, nonché i turni nel pritaneo sono determinati dalla sorte. Accanto a tale procedura riveste particolare rilievo, la nomina della maggior parte delle magistrature. Nella Costituzione degli ateniesi, viene specificato che, tra il V e il IV secolo a. C., età d'oro della democrazia ateniese, i nove arconti sono sorteggiati da una lista di cinquecento nomi proposti dai demi[457]. Più in particolare, la procedura di nomina di questi importanti magistrati consta di due fasi: ogni tribù territoriale seleziona con metodo casuale dieci tra i suoi membri; un ulteriore sorteggio centralizzato riduce la scelta ad uno[458]. Sempre attraverso il ricorso al caso è attribuita la funzione giudiziaria. Ogni anno seimila cittadini sono sorteggiati per entrare a far parte dell'Eliea, il massimo collegio giudicante ateniese, talvolta riunito in sessione plenaria, ma anche suddiviso nei *dikastéria*, i tribunali popolari.

---

[456] *Ivi* p.26.
[457] Aristotele, *La Costituzione degli Ateniesi*, cit., p. 87.
[458] Sul punto si veda di Yves Sintomer, *Il potere al popolo*, Bari, Edizioni Dedalo, 2009, p. 51.

Da tale contesto di riferimento, risulta evidente, che l'affidamento al caso, è indice di un costante riferimento sia dell'equilibrio esistenziale umano che dell'ordinamento politico alla *physis*.

Del resto il ricorso rituale e proceduralizzato alla sorte è modalità razionalmente orientata a controbilanciare le scosse che Necessità arreca all'equilibrio comunitario[459].

Tuttavia l'uso del sorteggio come pratica per l'assegnazione di cariche politiche, non può essere circoscritto esclusivamente nell'ambito dell'esperienza ateniese. La storia delle Repubbliche di Venezia e Firenze narra di un largo utilizzo del metodo casuale, che si discosta dal modello arcaico per una serie di varianti funzionali e procedurali.

Il ricorso al caso, da strumento essenziale per la vita di un governo democratico, perfettamente concordante con una suddivisione eguale del potere tra simili, viene ad assumere, nelle Repubbliche italiane, le vesti di metodo per la ripartizione imparziale di prestigiose cariche, oggetto di contesa tra i membri di famiglie nobili o appartenenti all'alta borghesia e tra le opposte fazioni politiche. In quest'ottica un uso peculiare del sorteggio si innesta all'interno della procedura di nomina del doge veneziano[460]. In altre parole il caso entra in gioco per risolvere il problema della scelta del decisore. La sua forza emerge tra la concatenazione delle fasi di nomina, dapprima, quando il Consigliere più giovane esce dalla sala e rientra con il primo bambino, incontrato per strada, di età compresa tra gli otto e i dieci anni. Il compito del fanciullo consisterà nell'estrazione di sfere di legno da un contenitore e nella consegna di ciascuna di esse ad ogni membro del consiglio; tuttavia solo trenta tra le sfere sono contrassegnate dalla scritta "elettore". In tal modo sono individuati i primi trenta elettori tra i 500 membri del Maggior Consiglio. Tuttavia la procedura di nomina del doge è molto complessa e si svolge in nove turni, in cui il ricorso al caso è alternato alla tecnica di elezione a maggioranza qualificata. Di fatto i primi trenta elettori, sottoposti ad un'ulteriore selezione casuale, secondo il metodo della prima estrazione, eleggono a maggioranza qualificata quaranta consiglieri, che tramite sorteggio vengono a loro volta ridotti a dodici. Tale alternanza di elezione dei membri del Consiglio e successiva riduzione tramite sorteggio si sussegue fino all'ultimo turno, in

---

[459] Si precisa a tal punto che il caso é riconducibile sia al concetto di *tyche*, che al concetto di *anankē*. Proprio quest'ultima è stata oggetto di un approfondito studio linguistico che ha messo in evidenza la connessione della radice *chananke* ad una pluralità di significati, quali giogo, collare, cappio, nonché ai verbi stringere e avvolgere, strangolare; queste tracce restituiscono alla necessità l'originaria natura di vincolo di servitù fisicamente oppressivo perpetrato da una potenza, alla quale è impossibile sfuggire. Rilevante il riferimento a Heinz Schrechenberg, *Ananke. Untersuchungen zur Geschichte des Wortgebrauchs*, in Zemata, XXXVI, München, Beck,1964, nonché a James Hillman, *La vana fuga dagli dei*, Milano, Adelphi, 2012.

[460] Si veda di Frederic Chapin Lane, *Storia di Venezia*, Torino, Einaudi, 1978.

cui il doge è eletto in conclave con una maggioranza qualificata. Questa procedura è formalmente fondata sulla perfetta combinazione tra una scelta, che muove nel campo della volontà umana e il ricorso al sorteggio, che invece ne è svincolato. Da un certo punto di vista la dinamica connotata dall'avvicendarsi di nomina elettiva e di sorteggio, orienta la decisione ultima, in modo che la problematica sottesa a tale scelta viene neutralizzata dall'alternanza dei ruoli ricoperti dai membri del Consiglio, ognuno di quali potrà risultare come selezionato dal caso ed elettore; nonché dal quarto turno fino al nono, eletto, selezionato dal caso ed elettore. Pertanto, i consiglieri che all'ottavo turno eleggeranno gli ultimi 41 membri, a cui è affidata la nomina del doge, vengono individuati da una combinazione di caso e volontà decisionale. Soluzione questa, che non può che tentare di limitare l'arbitrio del decisore. Siamo di fronte ad una tecnica di scelta, che sembra accostare razionalità e irrazionalità, per poi ricomprenderle in un unico procedimento, in cui la procedura adottata si misura costantemente con il risultato da ottenere. Invero il processo di razionalizzazione di una scelta, avviene attraverso la commistione di due modalità differenti e opposte, da un lato, il tentativo di azzerare il caso e dall'altro la sua massima esaltazione, condensata nella forza simbolica della prima estrazione operata da un bambino, il primo, in cui si è occasionalmente imbattuto uno dei consiglieri, nel giorno di apertura della procedura prevista per la designazione del doge. Dunque deliberazione e caso, ricondotto inevitabilmente nell'alveo della razionalità, contribuiscono in eguale misura al raggiungimento di una delle decisioni più rilevanti per il futuro della Serenissima. Già Aristotele d'altronde, aveva affidato alle pagine della sua *Politica*, questa consapevolezza: "Poiché auguriamoci che la città possa godere, fin dalla sua costituzione, di tutti quei frutti di cui la sorte è signora, dal momento che essa ha un dominio che noi riconosciamo; ma ciò non toglie che la bontà della città non sia più opera della sorte, bensì della scienza e della scelta deliberata"[461].

Tornando all'esperienza veneziana, caso e scelta elettiva costituiscono, da un punto di vista squisitamente procedurale, la tela di un rito, un susseguirsi di fasi, atti, che nella loro regolarità stabilizzano aspettative, trasferendo nel campo della prevedibilità il peso dell'aleatorio[462]. Del resto, come è noto, nel momento in cui l'imprevedibilità e

[461] Aristotele, *Politica*, cit., VIII, 1232 a 30-33.

[462] Sul rito come stabilizzazione immaginaria del caso si veda di Remo Bodei, *La stabilizzazione immaginaria del caso. Riti e miti come origine della nozione di libertà*, in *Il caso e la libertà*, a cura di Mauro Ceruti, Paolo Fabbri, Giulio Giorello, L.orena Preta, Roma-Bari, Laterza, 1994, pp 95-112.

l'incertezza regnano sovrane, aumenta simultaneamente il tasso di razionalità di un sistema.

Più precisamente si può affermare che tale sistema si autoalimenta nel bilanciamento tra razionalità formale e materiale. Se da un lato, il procedimento di nomina del doge è costruito su un alto grado di precisione formale, dall'altro tende a realizzare "la massima corrispondenza sostanziale con le aspirazioni pratico utilitarie ed etiche" dell'organo investito di autorità, il Gran Consiglio[463].

In riferimento alla combinazione di elezione e sorteggio, come tecnica per l'assegnazione delle cariche pubbliche, l'esperienza veneziana appare simile a quella di un'altra Repubblica italiana: Firenze. È necessario porre alcune distinzioni. La Repubblica fiorentina vive di una forte cesura tra le pratiche reali e gli ideali di eguaglianza politica. Nonostante l'alternanza di periodi connotati da una chiusura oligarchica e di periodi in cui si avverte una forte spinta verso la democratizzazione, il sistema politico fiorentino é di fatto dominato da una ristretta *élite*. Tuttavia a differenza della Serenissima, il cui governo è arroccato nelle mani di una cerchia di aristocratici, a Firenze, la vita politica si apre alla media e piccola borghesia. Numerose cariche di governo e funzioni amministrative sono assegnate tramite il ricorso al metodo casuale. Si pensi alla nomina dei membri della Signoria, così come alla scelta degli organi direttivi delle corporazioni, nonché alla formazione dei consigli legislativi e alla designazione di alcune cariche minori.

Ma proprio come a Venezia, il sorteggio costituisce solo una tappa del procedimento di selezione dei candidati. Innanzitutto l'elettorato passivo presuppone l'appartenenza ad una delle 21 arti, protagoniste, seppur con diverse modulazioni, del contesto politico fiorentino. Distante dal modello ateniese, a Firenze le più alte cariche, non sono sorteggiate da una lista di volontari. Più precisamente le liste dei cittadini vengono formulate all'interno di ogni corporazione, in base ad una selezione ancorata a rigidi criteri. In una fase successiva, l'elenco dei nominati è sottoposto all'esame da parte di commissioni composte da personalità illustri, gli arroti, e successivamente a votazione. Solo i nomi dei candidati, che raggiungono la maggioranza qualificata dei due terzi, sono iscritti su pezzi di carta e poi inseriti in buste di cuoio. Tale tappa, che non avviene in pubblico, è chiamata non a caso "*imborsazione*". A questo punto si ricorre al sorteggio; dalla borsa sono estratti i nomi dei soggetti, che andranno a ricoprire una determinata

[463] Così Max Weber in merito alla razionalità materiale, *Economia e società*, Milano, Edizioni Comunità, 1980, vol. III p.131.

carica. Tale procedura è oggetto di un'ampia critica. Come precisa Machiavelli nelle *Istorie Fiorentine*, i criteri di scelta dei candidati, i cui nomi erano inseriti nella borsa, "erano esplicitamente partigiani e sociali quanto personali"[464]. Del resto è l'*élite* politica a decretare il passaggio di alcuni di essi rispetto ad altri dalla seconda alla terza fase. Un dominio del potere dell'uomo sul potere della fortuna, la cui traiettoria viene soltanto apparentemente neutralizzata in modo tale da dispiegare i suoi effetti su una cerchia di cittadini predeterminata "dall'alto" [465]. Del resto secondo il pensiero di Niccolò Machiavelli cosa è la fortuna se non "la occasione", che traduce la materia in forma, la pura potenzialità in atto? Senza questa occasione la scintilla della virtù si spegnerebbe, come d'altra parte senza la virtù la fortuna "sarebbe venuta invano"[466].

In relazione al procedimento sopra descritto, può senz'altro essere rilevato che dietro la forma di un sistema "ibrido", si cela una sorta di cooptazione.

D'altra parte, su un versante puramente teorico, la procedura mista di designazione dei governanti sembra contravvenire alla nota ricostruzione di matrice aristotelica, secondo la quale il sorteggio configurerebbe uno degli elementi costitutivi della comunità democratica e l'elezione il metodo più appropriato per una forma di governo aristocratica[467].

Invero l'assegnazione delle cariche politiche, questione altamente produttiva di conflittualità e la tutela dell'imparzialità che tale decisione porta con sé, tagliano trasversalmente, la rigida separazione tra coppie dicotomiche: aristocrazia-democrazia, elezione-sorteggio. Quando la necessità lo richiede, una decisione sulle procedure di designazione delle cariche deve essere formalizzata. Decisione, che non può, assicurare preventivamente l'imparzialità e la neutralità dei criteri di scelta. In tale ottica Machiavelli sottolinea che, nella Repubblica fiorentina l'assegnazione delle cariche pubbliche avveniva con tale metodo, "non essendo riusciti a trovarne un altro" e soprattutto non

---

[464] Niccolò Machiavelli, *Istorie fiorentine*, II, 28 e III, 24, Milano, Feltrinelli, 1962.

[465] Questa dinamica interessa soprattutto il periodo che dalla fine del Medioevo procede fino all'inizio del Rinascimento; per una ricostruzione della vita pubblica fiorentina e della tecnica elettorale si veda in particolare di John M. Najemy, *Corporatism and Consensus in Florentine Electoral Politics*, Chapell Hill, The University of North Carolina Press, 1982, pp. 1280-1400; di Gene A. Brucker, *Dal comune alla Signoria: vita pubblica a Firenze nel primo Rinascimento*, Bologna, il Mulino, 1981.

[466] Niccolò Machiavelli, *Il Principe*, a cura di Mario Martelli, Roma,Salerno Editrice, 2006, cap. VI, pp.114-115.

L'occasione costituisce il fulcro della teoria romantica della politica, cfr. Carl Schmitt, *Romanticismo Politico*, Milano, Giuffrè, 1981.

[467] Tale teoria è ripresa dall'umanista e Cancelliere della Repubblica di Firenze, Leonardo Bruni in *On the Florentine Constitution* [1439, originale in greco], in Gordon Griffiths, James Hankins, David Thompson (a cura di), *The Humanism of Leonardo Bruni, Selected Texts*, Center for Medieval and Early Renaissance Studies, Binghamton 1987, pp. 171-174.

essendo riusciti a prevederne gli inconvenienti. L'imprevedibile è così sempre in agguato a scardinare gli argini della procedura. Eterno è il gioco tra l'irrazionalità e razionalità. L'una non smette di insinuarsi tra le pieghe dell'altra, che, a sua volta, tenta continuamente di contenerla.

Il sorteggio scompare quasi totalmente dalla scena pubblica con la nascita dei governi rappresentativi. Secondo una nota teoria, tale metodo mal si addiceva al progetto istituzionale dei padri fondatori delle Rivoluzioni francese e americana. Essi miravano all'instaurazione di aristocrazie elettive, nella quale i "migliori" erano chiamati a governare il popolo tramite l'elezione[468]. Dunque il sorteggio, in qualità di vettore di uguaglianza, non era lo strumento adatto a garantirne la selezione. Tale principio trova la sua formulazione all'art. 6 della *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino*, nella parte in cui recita che tutti i cittadini sono "ugualmente ammissibili a tutte le dignità, posti ed impieghi pubblici secondo le loro capacità, e senza altra distinzione che quella della loro virtù e dei loro talenti".

Peraltro, la parziale caduta in oblio del sorteggio come strumento primario nel processo di designazione delle cariche pubbliche, si inserisce nel lungo cammino della politica verso la verticalizzazione del potere e la parallela specializzazione e burocratizzazione professionale. La netta riduzione del ricorso pubblico al caso è correlata al fondamentale snodo del "vivere per la politica"che si fonde con un vivere "*di politica*", a cui Max Weber dedica indimenticabili pagine[469].

Tuttavia, come precedentemente accennato, il sorteggio continua a essere impiegato in ambito giudiziario per la selezione delle giurie popolari.

La costituzione di tali giurie innerva il sistema di *common law*. Più precisamente, il principio del ricorso al caso per la scelta dei giurati viene dapprima istituzionalizzato in Inghilterra nel XVIII secolo, attraverso il *Bill for Better Regulation of Juries*, per poi fiorire negli Stati Uniti d'America, con il riconoscimento di valore costituzionale sigillato dal sesto e settimo emendamento.

Ogni anno la selezione di milioni di cittadini americani fa di questo strumento uno degli esempi più rilevanti della democrazia partecipativa. In relazione a tale osservazione, non si può non richiamare l'analisi che Tocqueville ha condotto sulle istituzioni politiche americane, dalla quale emerge che *il dogma* della sovranità anima in larga misura la vita

[468] A tal riguardo si veda di Bernard Manin, *Principi del governo rappresentativo*, Bologna, Il Mulino, 2010.

[469] Max Weber, *Il lavoro intellettuale come professione*, Torino, Einaudi, 1999.

sociale. Invero, a detta dello studioso, tale principio "non è nascosto e non resta sterile come in altre nazioni, ma è riconosciuto dai costumi e proclamato dalle leggi"[470]. D'altronde uno degli aspetti più rilevanti della giuria è il carattere di istituzione "prima di tutto politica", che incide profondamente "sugli stessi destini" degli Stati Uniti[471].

In altre parole la giuria è considerata il ponte tra l'esecuzione della legge e il sedimentarsi del costume sociale. Per Tocqueville essa corrisponde, da un lato, allo strumento attraverso il quale il popolo è chiamato ad esercitare il potere, e dall'altro, al "mezzo più efficace per insegnargli a governare"[472]. E aggiunge che proprio questa funzione paideutica costituirebbe "il suo più grande merito"[473]. Di fatti, a detta di Tocqueville, ogni cittadino estratto a sorte viene investito del diritto di giudicare e al contempo ha la possibilità di accrescere nel sapere. Del resto, soprattutto in materia civile, è il giudice che illustra ai giurati le questioni di diritto e che li conduce nei meandri della procedura. In tale ottica la sentenza diviene solo in apparenza il prodotto della deliberazione dei rappresentanti del popolo. Interessante a questo punto, è il confronto di tale prospettiva, con la nota teoria hegeliana.

Per Hegel l'intera attività giudiziaria rientra nella sfera di competenza della società civile, mentre il diritto, come determinazione oggettiva che crea legami tra l'io autocosciente e le altre autocoscienze, appartiene alla dimensione dello "*spirito oggettivo*". Più in particolare il giudizio dei membri delle giurie costituisce la "conoscenza del caso nella sua singolarità immediata […] nella misura in cui non concerne oggetti della ragione né oggetti astratti dell'intelletto, bensì soltanto singolarità, circostanze e oggetti di intuizione sensibile e di certezza soggettiva, e pertanto non contiene entro sé nessuna determinazione assolutamente oggettiva". Tale giudizio si fonda invero sulla "convinzione soggettiva e sulla coscienza"[474]. Dunque, se da un lato, le giurie, facendo perno sulla coscienza dei propri membri, alimentano di nuova linfa la legittimità delle istituzioni, dall'altro, non esercitano una funzione prettamente politica. In tale ottica il ragionamento hegeliano è utile per comprendere il carattere delle decisioni assunte dai tribunali popolari negli ordinamenti giuridici contemporanei. Prendendo in considerazione l'ordinamento italiano, l'istituzione di giurie popolari è previsto a livello costituzionale, anche se esse

[470] Alexis De Tocqueville, *La democrazia in America*, Milano, BUR, 2011, p. 65.
[471] *Ivi* p. 275.
[472] *Ivi* p. 278.
[473] *Ivi* p. 277.
[474] Georg W. F. Hegel, *Lineamenti di filosofia del diritto. Diritto naturale e scienza dello Stato* [1821], Milano, Rusconi, 1996, p. 227.

rivestono un ruolo sicuramente meno rilevante e più circoscritto rispetto quello assunto dalle giurie statunitensi. Mentre la formulazione originaria dell'art. 102 Cost. sanciva:"Il popolo partecipa direttamente all'amministrazione della giustizia mediante l'istituto della giuria nei processi di Corte D'assise", la sua formulazione definitiva si limita a statuire che è la legge a regolare "i casi e le forme della partecipazione diretta del popolo all'amministrazione della giustizia". L'istituzione di tali giurie pare discostarsi dal criterio della valutazione oggettiva delle capacità individuali, posto in rilievo, non solo dalla regola che subordina l'accesso alla magistratura ad un concorso su base nazionale; ma anche dall'art. 97 Cost., in riferimento all'accesso mediante concorso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni. In effetti il giudice popolare è chiamato a comporre la Corte d'Assise e la Corte d'Appello d'Assise, mediante l'estrazione da apposite liste che sono trasmesse dal sindaco al Tribunale competente per territorio. Proprio la Corte d'Assiste e la Corte d'Appello d'Assise sono competenti a pronunciare "l'ultima parola"[475] su determinati reati per i quali è prevista la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel massimo a ventiquattro anni e, comunque, per delitti che scuotono il comune sentire. Si pensi al delitto di strage, ai delitti con finalità di terrorismo o al genocidio, tassativamente elencati all'art. 5 c.p.p. In altre parole i giudici popolari in netta prevalenza rispetto ai componenti togati sono chiamati a decidere su particolari crimini che incidendo la vita, si scagliano irrimediabilmente sulle coscienze umane. In questo senso, la regola che statuisce l'intervento del caso, come elemento dirimente la scelta del decisore, svela una doppia tensione. Da un lato è evidente il tentativo di alleggerire il peso di alcune decisioni che vengono simbolicamente delegate all'intera collettività; dall'altro emerge un costante sforzo di immunizzare la società della fallibilità del giudizio.

Per un altro aspetto il fenomeno delle giurie popolari mette in luce la complessità del rapporto che si instaura tra tecnica giuridica ed esperienza extra-giuridica. Come è noto l'attività dei giudici "estranei alla magistratura", non fondandosi né sulla preparazione tecnica, né sulla specializzazione del sapere, immette nella fase di deliberazione, moti e fondamenti decisionali extra-giuridici. La decisione del caso oscilla, dunque, dal codice tecnico a quello culturale, nel quale è sedimentato il differente *background* dei giurati. La tecnica giuridica orienta l'esperienza extra-giuridica, canalizzandola all'osservanza delle

[475] Si veda Eligio Resta in *Diritto vivente*, cit., pp. 119-121.

regole sul rito e conducendola a decidere *iuxta alligata et probata*, così come il linguaggio extra-giuridico non può che irrorare il codice tecnico.

Tuttavia il fenomeno delle giurie popolari può essere decifrato attraverso un'altra chiave di lettura. La storia dei sistemi comunitari di controllo dell'obbligo narra di un'origine popolare.

In un'ottica retrospettiva il tribunale popolare segue dall'embrione della giustizia popolare; eppure, in linea con il pensiero di Michel Foucault, non ne costituisce una forma, bensì "la deformazione". Il tribunale non è dunque "l'espressione naturale della giustizia popolare"; quanto piuttosto un'istituzione dell'apparato statale a cui è attribuita "la funzione storica di recuperarla, controllarla, strozzarla".[476] Di fatti le giurie popolari, essendo inserite nel sistema giudiziario, costituiscono un articolazione dell'apparato egemonico di potere, all'interno del quale gli atti di giustizia popolare sono filtrati, controllati e disciplinati.

Il sorteggio, da criterio di scelta dei giudici popolari, riemerge nella contemporaneità sotto forma di una serie di pratiche sociali, convergenti, generalmente, nella consultazione da parte delle autorità politiche di alcuni cittadini estratti a sorte, circa un ampio spettro di questioni.

A poco a poco si sono moltiplicate esperienze che ruotano attorno al tentativo di promuovere ed incrementare il dibattito pubblico.

Le giurie cittadine, le *consensus conferences*, i sondaggi deliberativi e le assemblee pubbliche di bilanci partecipativi sono dei dispositivi diretti alla formazione di un'opinione informata e consapevole sulle tematiche oggetto di discussione, attraverso un confronto dialogico di varie argomentazioni[477].

Tra gli altri, la giuria cittadina, i cui membri sono estratti dagli elenchi nominativi dei residenti o dalle liste elettorali, è l'organismo che conosce la più vasta applicazione. La sua costituzione è subordinata ad una serie di requisiti: una motivazione stringente, un'articolata attività di informazione dei partecipanti, l'estraneità al soddisfacimento di interessi particolari e l'idoneità a rappresentare un segmento di società nella sua eterogeneità. Del resto proprio dall'aderenza di un campione microcosmico a criteri

[476] Michel Foucault, *Microfisica del potere*, Torino, Einaudi, 1977, p.71.
É bene precisare che tale passaggio costituisce il fulcro del dibattito tra Foucault e alcuni militanti maoisti in riferimento al progetto di istituire un tribunale popolare competente a giudicare la polizia.

[477] Per un'analisi approfondita di tali meccanismi si rinvia a Yves Sintomer, *Il potere al popolo*, cit. pp. 149-172.

socio-demografici emerge una riduzione della forza del caso, che viene in luce come strumento piegato alla riaffermazione di una regola.

I lavori svolti dalla giuria, previa convocazione di tecnici specializzati nelle materie oggetto di discussione, si concludono con la redazione di un parere scritto di natura consultiva. Tuttavia, non mancano i casi in cui l'opinione consapevole di una giuria abbia influenzato direttamente decisioni politiche. Più specificamente, nel 1991, il Ministro delle Poste e delle Telecomunicazioni tedesco ha adottato alcune raccomandazioni in tema di protezione di dati personali, che formulavano i risultati di almeno ventidue delle cellule di pianificazione (*Planungszelle*), organizzate al fine di discutere su tale questione. Anche in ambito locale le decisioni delle giurie hanno assunto carattere vincolante. Proprio Berlino si è distinta per la costituzione di organismi, per metà composti da membri sorteggiati dalle liste dei residenti e per l'altra metà da componenti di associazioni, cui è stato riconosciuto potere decisionale. In particolare, i progetti approvati in materia di lotta contro la povertà urbana, sono stati sovvenzionati dall'amministrazione locale, in conformità con i limiti di competenza e con le prescrizioni legislative.

Un'ulteriore istituzione, imperniata sulla partecipazione civica è la *consensus conference*. Il sorteggio ricopre ancora una volta un ruolo decisivo per la scelta di un campione di cittadini, chiamato a discutere, nella maggior parte dei casi, di tematiche calde connesse allo sviluppo tecnologico. Il rapporto approvato al termine dei lavori, in cui è condensato l'orientamento prevalente, costituisce il risultato di un costante confronto dei cittadini estratti, con un gruppo di esperti chiamati a chiarire i tratti salienti e critici della questione oggetto di deliberazione.

È in Danimarca che tali organismi conoscono la più fertile applicazione, essendo istituiti direttamente dal *Danish Board of Tecnology*, organo referente della Commissione parlamentare per la tecnologia. Non a caso numerose relazioni risultanti dai lavori nelle *conferences* hanno influenzato decisioni parlamentari di particolare interesse. In tal senso, degna di rilievo, è la decisione che, in conformità alle risultanze delle conferenza sulla mappatura del genoma umano, vieta al datore di lavoro di richiedere ai soggetti in attesa assunzione, un profilo sanitario, stilato in base a test genetici.

I modelli sopra richiamati ci conducono al cuore della teoria del discorso come fondamento della democrazia deliberativa. Nota è, a tal riguardo, la tesi di Jürgen Habermas per cui la formazione della volontà politica istituzionalizzata non può

prescindere dall'interazione con i centri periferici della sfera pubblica, intesa come rete in cui le informazioni e le "prese di posizione" circolano[478].

In questo senso, le varie assemblee cittadine, indipendentemente dai profili organizzativi che le differenziano, costituiscono strutture comunicative all'interno delle quali prende forma l'opinione pubblica qualificata. Quest'ultima da "potenziale politico di condizionamento", viene tradotta in statuizione attraverso la canalizzazione nelle procedure di formazione della volontà politica. In questo modo sulle strutture comunicative della sfera pubblica non incombe il peso delle decisioni, che spettano esclusivamente alle istituzioni deliberanti previste dagli ordinamenti giuridici. Tuttavia tali organismi configurano la cassa di risonanza per le istanze sorte in seno al "mondo di vita" che, filtrate e focalizzate, in determinati casi, hanno la capacità di influenzare le decisioni parlamentari[479].

La problematica connessa a tale meccanismo di circolazione del potere rimane la difficoltà di determinare in che modo le opinioni vengano alle luce, in particolare se corrispondono ad orientamenti liberamente maturati e in larga misura condivisi o se costituiscono il riflesso di più o meno manifesti giochi di potere. Tale interrogativo rimane aperto.

Certamente va restituita al consenso, come presupposto per la formazione democratica dell'opinione, tutta la complessità che incorpora. In tale prospettiva esso va inteso come una "linea immaginaria e sempre spostata in avanti, sul cui sfondo noi possiamo immediatamente focalizzare le differenze e i dissensi da eliminare"[480]. In questi termini il consenso è più che altro "un consenso-quadro sui fondamenti e i limiti del dissenso[…]"[481].

---

[478] Si veda di Jürgen Habermas, *Fatti e norme. Contributi ad una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Guerini e Associati, Milano, 1996, p. 427, nonché Id., *Storia e critica dell'opinione pubblica*, Roma-Bari, Laterza, 2011.

[479] Per un'analisi del concetto di "mondo di vita" che Jürgen Habermas mutua da Edmund Husserl si veda di J. Habermas, *Fatti e norme. Contributi ad una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, cit, p. 100: "Il mondo di vita è formato da un reticolato di azioni comunicative che si ramificano in spazi sociali e tempi storici. Queste azioni per un verso si alimentano alle sorgenti rappresentate da tradizioni culturali e ordinamenti legittimi, per l'altro verso dipendono dalle identità degli individui socializzati. Perciò il mondo di vita non è nessuna macro organizzazione di cui i membri facciano parte, nessuna associazione o circolo cui gli individui possano aderire, nessun collettivo che si componga di appartenenti. Gli individui socializzati non potrebbero affatto affermarsi in quanto soggetti, se non potessero appoggiarsi a rapporti di riconoscimento reciproco articolati in tradizioni culturali e stabilizzati in ordinamenti legittimi-e viceversa."

[480] Helmut Willke, *Ironie des Staates*, Suhrkamp, Frankfurt-Main 1992, p. 202, citato da J. Habermas, *Fatti e norme*, cit. p. 411.

[481] *Ivi* p. 49.

È interessante notare come le strutture comunicative all'interno delle quali maturano opinioni proliferano in un presente segnato da una crisi di legittimazione democratica del potere. Il sorteggio come strumento per la composizione di tali organismi funge in questo senso da valvola ritenuta idonea a riattivare il cortocircuito del sistema. Ma la radice di tale *empasse* ha ragioni profonde. Si sa, la democrazia, in quanto forma dell'ordinamento politico, é "assenza di comunità"[482], perdita di un'originaria pienezza. Spostamento di una densità contenutistica verso la rigidità della tecnica procedurale e l'artificio della rappresentanza. Oltre tale evidenza, il presente si tinge di uno svuotamento della politica come sostanza della democrazia.

Per i moderni la politica coincide con l'attività di scelta degli scopi e, in secondo luogo, con la predisposizione dei mezzi al fine di stabilire le condizioni di esistenza e i possibili assetti della società umana. Tuttavia, come è stato notato, siamo inseriti in un tempo non politico, connotato da una mancanza di progetti che si fondano su di una scelta[483]. Più precisamente la politica sotto l'egida del mercato si chiude in un circolo autoreferenziale: il potere sostiene e alimenta il procacciamento di denaro, così come il denaro assicura e rafforza l'acquisizione e la conservazione del potere. In altri termini la contemporaneità è una grande metafora del nichilismo, come coincidenza dei mezzi nei fini. In tale circuito non vi è spazio per la politica e la democrazia che ne è la forma, diviene vuoto "simulacro ingannatore di una finzione".

Come già affermato, in tale scenario riaffiorano dinamiche proprie della democrazia deliberativa. Quest'ultima dà voce alla complessità di esperienze e aspettative, che la democrazia procedurale artificialmente seleziona, dunque taglia via. In tal senso una forma di governo che abbraccia un universo di prospettive differenti decide di mantenere il caso, in quanto ordine naturale delle cose.

2.3 Calcolo del caso

Tra le diverse forme di governo del caso elaborate dall'ordinamento giuridico, il calcolo del caso, inteso come assorbimento dell'imprevedibile nell'ambito di procedure razionali,

[482] Espressione usata da Roberto Esposito in *Nove pensieri sulla Politica*, Bologna, Il Mulino, 1992, p. 50.
[483] Si fa riferimento alla relazione di Gustavo Zagrebelsky , *Democrazia scena o messinscena*?, Festival del diritto, Piacenza, 26 settembre, 2013, consultabile sulla pagina *web*: http://www.festivaldeldiritto.it/app/prodotto.jsp?IdC=2155&IdS=2159&tipo_cliccato=2&tipo_padre=2&prod=p&id_prodotto=56288&id_categoria=2159&css=&ok=1&pos=1.

finisce, *lato sensu*, per ricomprenderle tutte. Del resto, ogni regola che statuisce di mantenere, escludere, o di istituzionalizzare il ricorso al caso corrisponde ad una decisione sulle modalità del suo contenimento, fondata sulla previsione di determinati effetti. In questo senso, il calcolo del caso equivale ad una scelta funzionale alla tutela degli interessi giuridici ritenuti prevalenti.

Il giudizio sulla rilevanza degli interessi giuridici immette nella rigidità delle procedure di neutralizzazione del caso valutazioni relative ad una particolare situazione giuridica da tutelare, nonché ad un preciso contesto funzionale di riferimento. In altre parole la "razionalità formale" è intrecciata costantemente ad una "razionalità di tipo materiale"[484]. Tuttavia decidere di rendere calcolabile il caso corrisponde, *stricto sensu*, ad una scansione della probabilità del suo verificarsi e ad una individuazione delle sue ipotetiche caratteristiche. Tale dinamica assume forme accentuate nel contratto, che poggia il suo presupposto di validità sulla sussistenza del rischio (artt. 1895, 1896 c.c.). Del resto la causa del contratto di assicurazione risiede proprio nel trasferimento del suddetto rischio dall'assicurato all'assicuratore, dietro versamento di un premio. Tale corrispettivo è determinato su scala statistica in base al calcolo delle probabilità relative al verificarsi di un evento inatteso e avverso. Risulta a tal punto evidente che la riduzione del rischio è inversamente proporzionale alla quantità di informazioni che l'impresa assicurativa riceve. A tal proposito si è posta la questione dell'obbligo per l'assicurato di sottoporsi a test genetici su richiesta delle compagnie assicurative[485]. Posto che, le informazioni genetiche configurano dei dati sensibilissimi, il cui trattamento è subordinato non solo al consenso della persona fisica cui si riferiscono, ma anche all'autorizzazione del Garante, l'accesso a tali informazioni violerebbe il diritto dell'interessato a non essere informato, sancito dall'art. 10 comma 2 della Convenzione di Oviedo. Altresì tale ipotesi mostrerebbe spiccati profili di discriminazione, condensata nella riduzione "di un'equa eguaglianza di opportunità"[486]. In altri termini sarebbero precluse a certi soggetti opportunità accessibili a tutti in condizioni eque. Sulla base di tale profilo l'ordinamento italiano sceglie ancora una volta di mantenere il caso nel rispetto di diritti fondamentali dell'uomo.

---

[484] È interessante approfondire tali concetti di matrice weberiana alla luce dello studio di Wolfgang Schluchter, *Lo sviluppo del razionalismo occidentale*, Bologna, Il Mulino, 1987, pp. 149-180.

[485] La questione è ampiamente trattata nel parere del gruppo misto CNB-CNBBSV su *Test genetici e assicurazioni*; tale documento, consultabile sul sito *governo.it*, definisce la posizione italiana presso il Comitato di Bioetica del Consiglio d'Europa.

[486] Tale riferimento, come citato dal gruppo misto CNB-CNBBSV, è tratto da John Rawls, *Una teoria della giustizia*, a cura di Sebastiano Maffettone, Milano, Feltrinelli, 2010, p. 89.

3. Decidere il caso

Alla luce di quanto sopra esposto, il diritto si presenta come ordine calcolante, ma nello stesso tempo calcolato, che procede per generalizzazioni e sistematizzazioni. Del resto è proprio grazie a questa struttura, che riesce a trasferire la variegata polimorfia del "vivente" nel campo della prevedibilità.

Tuttavia la potenza del caso continua a riemergere in relazione ad ogni contesto decisionale.

Come si è tentato di dimostrare, ogni dinamica di governo dell'accidentale palesa una approssimazione, che tende a rimodularsi in un'altra e differente forma di controllo, sulla base delle variegate sfumature che il caso svela, di volta in volta, nel suo concreto accadere.

Oltre quanto detto, è necessario spostare l'attenzione, dal caso che riaffiora nella sua specificità dalla fissità delle procedure, a quell'insieme di fattori non predeterminabili che investono l'attività del decisore.

Il giudizio, come in generale ogni procedimento decisionale, non corrisponde esclusivamente all'applicazione di una formula algoritmica, ma abbraccia, da un lato, "incertezze ai margini" connaturate nell'attività ermeneutica, dall'altro, precondizioni di tipo ideologico o emozionale, che seppur non misurabili, sono assunte come rilevanti da una serie di note ricostruzioni teoriche.

Risulta evidente che tali fattori scaturiscono spontanei dalla natura del decisore. Non è un caso che Thomas Hobbes nel teorizzare la fondazione della persona sovrano - rappresentativa moderna si occupi innanzitutto di deantropomorfizzarla. D'altronde, dietro la maschera del sovrano, supremo detentore del monopolio della decisione, si cela l'uomo.

E, proprio in quanto uomo, il decisore è più incline a scegliere sulle ragioni delle parti contendenti, in base a criteri di indiretta condivisione o velata esecrazione scaturenti anche dal proprio bagaglio emozionale.

Del resto si sa, ogni giudizio è il terreno della perenne sfida per il decisore di ergersi ad *automaton* sulla complessità della vita, eterno precipitarsi del caso.

CAPITOLO VI
SCELTE TRAGICHE

1. Un caso emblematico: la vicenda Ilva di Taranto

Possiamo convenzionalmente rilevare, nonostante la complessità del dibattito teorico, il carattere normativo dei principi[487]. Numerosi sono i criteri alla luce dei quali è possibile operare una differenziazione tra principio e regola. Tra di essi la tesi che può essere accolta dispone che i principi sono i criteri direttivi delle regole, mentre quest'ultime corrispondono a linee-guida dei comportamenti umani. È dunque evidente che i principi si pongono rispetto alle regole su un differente piano graduale e qualitativo. A tal riguardo nota è la tesi di Robert Alexy. Secondo lo studioso "i principi (*Prinzipien*) sono norme che prescrivono che qualcosa è da realizzare nella misura più alta possibile relativamente alle possibilità giuridiche e fattuali"[488]. In questo senso essi sono "precetti di ottimizzazione". La distinzione tra principi e regole si fa manifesta altresì in campo applicativo, più specificamente nel caso di collisione di principi e di conflitto tra regole. Mentre della modalità di soluzione dei conflitti tra regole si è già discusso, nell'ipotesi di collisione tra principi avrà luogo la "ponderazione" o il "bilanciamento". Viene dunque in gioco l'attività di attribuzione di un certo peso ad un principio rispetto ad un altro in presenza di determinate circostanze. È il caso, dunque, a guidare il giudice nella decisione sulla prevalenza di un principio rispetto ad un altro. Più in particolare secondo Alexy tra due principi si instaura una "relazione condizionata di priorità (*bedingte Vorrangrelation*)," per la quale il caso detta le condizioni di prevalenza di un principio su un altro. È piuttosto ovvio che una diversa situazione di fatto può condurre ad una decisione opposta sulla questione di priorità. Tra l'altro da ogni giudizio di priorità può essere ricavata una regola, che prescrive la conseguenza giuridica del principio prevalente. Più specificamente: "le condizioni, alle quali un principio prevale sull'altro, costituiscono la fattispecie della regola che esprime la conseguenza giuridica del principio prioritario"[489]. La legge così formulata è chiamata: "legge di collisione".

La teoria del bilanciamento non è tuttavia esente da critiche. Essa, secondo alcuni, non fornirebbe nessun criterio razionale per l'applicazione di un principio rispetto ad un altro, quanto piuttosto celerebbe il rischio di operazioni perlopiù arbitrarie[490]. Del resto vale

---

[487] Cfr. Robert Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali*, a cura di Leonardo Di Carlo, Bologna, il Mulino, 2012, pp.102-103: "Qui regole e principi devono essere sussunti sotto il concetto di norma. Sia le regole che i principi sono norme, perché entrambi dicono cosa è prescritto".

[488] *Ivi* p. 106.

[489] *Ivi* p. 115.

[490] Cfr. Jürgen Habermas, *Fatti e norme. Contributi ad una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, a cura di Leonardo Chieppa, Milano, Guerini, 1996, p. 308: "poiché mancano criteri razionali a tale scopo,

sempre quanto detto per le regole: i principi non regolano le circostanze e le modalità della loro applicazione. Così lo strumento di controllo di ogni decisione resta la sua giustificazione razionale, modulata in base a criteri di ordine logico, assiologico e di coerenza sistemica. Da questo punto di vista la decisione giudiziaria non può coincidere con l'esito di un procedimento psichico razionalmente non controllabile.

In riferimento al giudizio di priorità tra due principi, può essere altresì formulata la "legge del bilanciamento"[491]. In base ad essa il grado di non-realizzazione di un principio è direttamente proporzionale all'importanza dell'attuazione dell'altro. Certo è che il grado di lesione o l'importanza di un principio non può essere determinato aprioristicamente. Ciò, d'altro canto, non equivale ad affermare che il bilanciamento è un procedimento arbitrario e astratto. Esso è piuttosto un giudizio di preferenza, che corrisponde ad una determinata regola decisoria. La legge del bilanciamento si riempie di contenuto se connessa agli strumenti di controllo razionale delle valutazioni predeterminate non cogenti che rientrano nell'attività decisoria. In questo senso la "struttura formale del bilanciamento" deve essere connessa con la teoria dell'argomentazione giuridica.

È bene a questo punto riflettere su un caso emblematico di collisione di principi che ha dato luogo a bilanciamento operato dal legislatore italiano con la legge 24 dicembre 2012, n. 231 (Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 3 dicembre 2012, n. 207, recante disposizioni urgenti a tutela della salute, dell'ambiente e dei livelli di occupazione, in caso di crisi di stabilimenti industriali di interesse strategico nazionale). Il focus della nostra analisi cade senza ombra di dubbio sul caso ILVA.

In merito alla vicenda, il Governo ha emanato tre diversi decreti legge tra l'agosto 2012 e il giugno 2013[492].

---

il bilanciamento si attua o in maniera arbitraria oppure in maniera irriflessa secondo standards e rapporti gerarchici tradizionali".

[491] Robert Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., p. 185.

[492] La vicenda in questione è stata dapprima disciplinata col d.l. 7.8.2012, n. 129, convertito con modificazioni dalla l. 4.10.2012, n. 171 (*Disposizioni urgenti per il risanamento ambientale e la riqualificazione del territorio della città di Taranto*) ed emanato all'indomani del sequestro conservativo (26.6.2012) di sei impianti dell'"area a caldo" dello stabilimento dell'ILVA di Taranto da parte del GIP presso il Tribunale della città per inquinamento e disastro ambientale. Successivamente è stato emanato il d.l 3.12.12, n. 207, convertito con modificazioni dalla l. 24.12.12 n. 231 ((*Disposizioni urgenti a tutela della salute, dell'ambiente e dei livelli di occupazione, in caso di crisi di stabilimenti industriali di interesse strategico nazionale*). Infine è stato approvato il d.l. 4.6.2013, n. 61 (*Nuove disposizioni urgenti a tutela dell'ambiente, della salute e del lavoro nell'esercizio di imprese di interesse strategico nazionale*), sul presupposto della permanente inottemperanza degli Organi gestionali dell'ILVA rispetto alle prescrizioni contenute nel provvedimento di riesame dell'A.I.A (Autorizzazione Integrata Ambientale). Il decreto ha disposto il commissariamento straordinario dell'ILVA, con attribuzione al Commissario di tutti i poteri e le funzioni degli organi di amministrazione dell'impresa e contestuale sospensione dell'esercizio dei poteri di disposizione e gestione da parte dei titolari. L'atto normativo ha altresì disposto (art. 1, co. 2) che, a seguito del commissariamento, la prosecuzione dell'attività produttiva è comunque funzionale alla

Soffermeremo la nostra attenzione sul già citato decreto legge 3 dicembre 2012, n. 207, convertito successivamente in legge. Il suddetto decreto legge ha altresì dato luogo alla pronuncia di due ordinanze del 13.02.2013, con cui la Corte Costituzionale ha dichiarato inammissibili i ricorsi per conflitto di attribuzione sollevati dal Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Taranto. La Corte si è altresì espressa con la sentenza n. 85 del 9.04.2013, dichiarando infondata la questione di legittimità costituzionale degli articoli 1 e 3 della legge 24 dicembre 2012, n. 231. È stato il Giudice per le indagini preliminari del tribunale ordinario di Taranto a sollevare la questione di legittimità dei suddetti articoli in relazione agli artt. 2, 3, 9, secondo comma, 24, primo comma, 25, primo comma, 27, primo comma, 32, 41, secondo comma, 101, 102, 103, 104, 107, 111, 112, 113 e 117, primo comma, della Costituzione. In particolare l'art. 1 del succitato d.l. n. 207 del 2012 prevede che, presso gli stabilimenti dei quali sia riconosciuto l'interesse strategico nazionale e nei quali trovino occupazione almeno duecento persone, l'esercizio dell'attività di impresa, quando sia indispensabile per la salvaguardia dell'occupazione e della produzione, possa continuare per un tempo non superiore a 36 mesi, anche qualora sia stato disposto il sequestro giudiziario degli impianti, nel rispetto delle prescrizioni impartite con una Autorizzazione Integrata Ambientale rilasciata in sede di riesame, al fine di assicurare la più adeguata tutela dell'ambiente e della salute secondo le migliori tecniche disponibili.

Questo intervento legislativo si fa portatore, a detta del remittente, della decisione politica e normativa di riconoscere una sorta di prevalenza delle esigenze di produzione rispetto alla necessità di salvaguardare ulteriori principi di rango costituzionale: il diritto alla salute e all'ambiente

Più specificamente il giudice *a quo* denuncia la violazione dei principi "personalistico" e "solidaristico-sociale". Invero, posto che, la Costituzione promuove la tutela del diritto alla salute (art. 32 Cost), che nella sua dimensione sociale si connette ad un diritto alla salubrità dell'ambiente, (artt. 2, 9, 32 Cost.) l'iniziativa privata non potrebbe svolgersi in modo pregiudizievole per la vita delle persone. Tuttavia il d. l. n. 207 del 2012 prevedendo che l'attività imprenditoriale dell'Ilva possa continuare per un tempo non superiore a 36 mesi, nonostante le emissioni nocive per la salute degli individui e per la salubrità dell'ambiente, decreterebbe la prevalenza del diritto al lavoro sul diritto alla salute.

---

conservazione della continuità aziendale ed alla destinazione prioritaria delle risorse aziendali alla copertura dei costi necessari per gli interventi conseguenti alle gravi violazioni degli obblighi derivanti dall'A.I.A.

Il rilievo è avvalorato dal fatto che per quanto il preambolo del provvedimento si riferisca all'esigenza di rimuovere immediatamente «le condizioni di criticità esistenti» in relazione alla sicurezza degli impianti, gli artt. 1 e 3 non condizionano affatto il rilancio della produzione alla realizzazione effettiva degli interventi necessari allo scopo, ma stabiliscono, invece, esplicitamente, che le prescrizioni dell'Autorizzazione Integrata Ambientale riesaminata vengano adempiute nel corso di 36 mesi.

Il remittente si chiede, dunque, se il diritto alla salute possa essere opportunamente suscettibile di bilanciamento o se piuttosto debba essere considerato come un principio che neutralizza il giudizio di priorità tra due principi entrati in collisione. E inoltre, nel caso in cui si ammetta il bilanciamento, quale è il criterio utile ad individuare la soglia di ragionevolezza del giudizio preferenziale.

La Corte, nel pronunciarsi sui seguenti punti, statuisce che la *ratio* della disciplina censurata è diretta a realizzare un ragionevole bilanciamento tra diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione: da un lato, il diritto alla salute (art. 32 Cost.), da cui deriva il diritto all'ambiente salubre, e dall'altro, il diritto al lavoro (art. 4 Cost.), da cui deriva l'interesse costituzionalmente rilevante al mantenimento dei livelli occupazionali ed il dovere delle istituzioni pubbliche di adottare politiche in tal senso.

La Corte precisa: "Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre «sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro» (sentenza n. 264 del 2012). Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona." Il Giudice delle Leggi dunque non condivide la tesi argomentativa del giudice remittente, che ruota attorno al dogma dell'assolutezza del diritto alla salute, desunta dall'aggettivo "fondamentale" contenuto nell'art. 32 Cost. In altre parole non deve essere riconosciuta una predeterminata gerarchia di valori, slegata dalle circostanze della situazione concreta, bensì tutti i diritti fondamentali devono essere considerati in un rapporto dinamico di reciproca interdipendenza.

È compito del legislatore e del giudice delineare il punto di equilibrio tra i principi collidenti "secondo i criteri di proporzionalità e ragionevolezza".

A questo punto è opportuno notare come il discorso della Corte approdi ad esiti tautologici.

Se da un lato è affermato che la *ratio* della disciplina in esame persegue un ragionevole bilanciamento degli interessi in gioco, dall'altro è precisato che il punto di equilibrio tra due principi deve essere valutato secondo i criteri di ragionevolezza e proporzionalità. In altre parole è ragionevole il bilanciamento che è effettuato in base a ragionevolezza e proporzionalità.

Invero, è evidente che la pronuncia della Corte non fa chiarezza sul contenuto e sulle modalità di un giudizio di bilanciamento ragionevole, per converso, essa rifiuta l'ipotesi di qualsiasi tipo di gerarchia astratta di principi, tale da configurare uno schema di bilanciamento in astratto. È il caso, dunque, l'unità di misura della decisione, il parametro attraverso il quale misurare il peso di ciascun principio.

Non può tacersi un'ulteriore precisazione del Giudice delle Leggi. Come è noto, il punto di equilibrio, nel quale convergono l'intervento legislativo summenzionato e l'AIA, è anche il risultato di scelte compiute da amministrazioni competenti, che non possono essere contestate nel merito. A tal riguardo può affermarsi che il bilanciamento degli interessi costituzionalmente tutelati "non è necessariamente il migliore in assoluto", essendo ben possibile prospettare altre soluzioni più efficaci per ottenere il risultato atteso. Tuttavia esso deve presumersi ragionevole, "avuto riguardo alle garanzie predisposte dall'ordinamento quanto all'intervento di organi tecnici e del personale competente; all'individuazione delle migliori tecnologie disponibili; alla partecipazione di enti e soggetti diversi nel procedimento preparatorio e alla pubblicità dell'iter formativo, che mette cittadini e comunità nelle condizioni di far valere, con mezzi comunicativi, politici ed anche giudiziari, nelle ipotesi di illegittimità, i loro punti di vista". Tra l'altro, la normativa censurata non prevede la continuazione dell'attività imprenditoriale dell'ILVA, alle stesse condizioni che avevano innestato l'intervento dell'autorità giudiziaria, ma impone condizioni nuove, la cui osservanza è soggetta a continuo controllo, con tutte le conseguenze giuridiche previste dalle leggi vigenti. Sulla scorta di questi elementi, la Corte ha statuito la "non irragionevolezza" del bilanciamento tra i principi della tutela della salute e dell'occupazione, operato con gli interventi di natura legislativa e amministrativa in questione.

La sentenza n. 85 del 9.04.2013 richiama un noto dibattito che si sviluppato nel secondo dopoguerra e avuto ad oggetto la logica dei valori.

2. La tirannia dei valori

In genere il concetto di valore è messo in relazione con quello di principio. Tuttavia è necessario precisare che mentre il principio è un precetto, il valore costituisce un attributo dell'essere. Dunque mentre il primo opera nel campo del deontico, il secondo trova il suo campo d'azione nell'assiologico.

Se, da un lato, l'atto di conferire valore ad un particolare oggetto implica un giudizio (*Werturteil*) e dunque una valutazione, dall'altro, ogni valore funge da criterio o da regola di valutazione a seconda che esso sia applicabile tramite o in assenza di bilanciamento[493]. Tra l'altro, come è noto, un indimenticabile discorso sui valori è stato oggetto di un seminario tenuto da Carl Schmitt ad Ebrach. Il contenuto di tale intervento è stato pubblicato con il nome di: "Die tyrannei der Werte".[494]

Il sistema dei valori, precisa fermamente Schmitt, nasconde un'insidia: non appena il valore si distacca dall'ambito dell'economico e della giustizia commutativa, "degenera" e automaticamente piega beni, interessi, idee e scopi alla sua logica. Invero, tra i valori si crea un rapporto di supremazia/inferiorità: "il valore superiore giustifica allora pretese imprevedibili e dichiarazioni di inferiorità".[495] Il contatto tra il linguaggio del diritto e quello dei valori può avere effetti dirompenti.

Ogni valutazione comporta una "discriminazione" di ciò che è un non-valore. Un giudizio circa l'assenza di valore non è privo di implicazioni. Può denotare il disinteresse del valutante, può, secondo un'altra prospettiva, condurre ad una futura valorizzazione o può, infine, comportare una dichiarazione di non valore[496]. Proprio quest'ultima nasconde un terribile pericolo. Invero ad ogni valore si contrappone un non-valore; ad ogni valorizzazione è connesso un "annientamento", una distruzione. La logica "aggressiva dei valori", incorporata nel sistema del diritto, non perde la sua innata conformazione, ma subisce soltanto uno spostamento. Del resto tutta la teoria dei valori non può essere pensata senza un costante riferimento all'essere di un non-valore.[497]

---

[493] Sul punto si menziona lo studio di Emanuele Castrucci, *Considerazioni epistemologiche sul conferimento di valore*, in *Il meritevole di tutela* a cura di Luigi Lombardi Vallauri, Milano, Giuffrè, 1990, p. 3: "Parlare di attribuzione di valore (o, per essere più precisi, di processo che determina, da parte umana, l'attribuzione di valore) ad entità nel mondo circostante presuppone nel soggetto che procede a questa attribuzione un certa 'fiducia', accordata per lo meno di fatto, nella funzione normativa dell'intelletto giudicante, nonché nella 'verità' della comunicazione linguistica intersoggettiva".

[494] Quest'espressione si trova per la prima volta in. Nicolai Hartmann, *Metafisica dei costumi*, Napoli, Guida, 1972.

[495] Carl Schmitt, *La tirannia dei valori*, a cura di Giovanni Giurisatti, Milano, Adelphi, 2008, p.32.

[496] *Ivi* p. 34.

[497] Cfr. Max Scheler, *Il formalismo nell'etica e l'etica materiale dei valori*, a cura di Roberta Guccinelli, Milano, Bompiani, 2013.

Spiega Schmitt: "L'aggressività è connaturata alla struttura tetico-ponente (*thetisch-setzerisch*) del valore, e continua a essere prodotta dalla concreta attuazione del valore. Anche con la distinzione tra diritto fondato sui valori (*Wertrecht*) e diritto fondato sulle norme (*Satzrecht*), non viene superata ma piuttosto accentuata. L'ambivalenza dei valori fa sì che diventi sempre più virulenta non appena i valori in quanto tali vengono fatti valere da uomini concreti nei confronti di altri uomini altrettanto concreti"[498]. Proprio attraverso il carattere irruento dei valori deve essere letta l'opera apparsa nel 1920 titolata "Ratifica dell'annientamento della vita priva di valore vitale". Purtroppo, come è tristemente noto, la logica dei valori oltre alla produzione di opere di questo genere ha condotto, ciclicamente, nel corso della storia, al concreto sterminio di vite considerate prive di valore. E il dramma si ripete costantemente, sulla scorta di un ideale, un principio, un fine superiore, che riduce l'uomo a mero mezzo. Del resto il pericolo non è insito nel valore in sé ma nella sua imposizione. "I valori vengono posti e imposti". È dunque compito della Costituzione, del legislatore e del Giudice delle Leggi impedire l'applicazione "immediata" e "automatica" dei valori[499].

In tal modo è la decisione giuridica a vigilare sulla sempre precaria "libertà dei valori" e nello stesso tempo sui suoi limiti.

Se da un lato, la pronuncia n. 85 del 9.04.2013 della Corte Costituzionale italiana sul caso ILVA ha rievocato l'attenzione sul mai sopito dibattito circa la "tirannia dei valori", dall'altro ci porta a riflettere sulla tragicità del sacrificio di uno tra due diritti fondamentali, che entrano in conflitto. Di fronte all'incombenza di una decisione tragica il sistema giuridico risponde sovente procrastinandola; da un particolare punto di vista decide di non decidere.

3. Decidere l'indecidibile

Una decisione è tragica nel momento in cui implica il sacrificio di un bene giuridicamente tutelato nel rispetto di una convinzione, di un ideale, di un modo di pensare[500]. Del resto il diritto deve essere ragionevolmente coerente con quello che sceglie essere il suo senso di giustizia.

---

[498] Carl Schmitt, *La tirannia dei valori*, *op. cit.* pp.56-57.
[499] *Ivi* p. 67.
[500] Guido Calabresi, *Il dono dello spirito maligno*, traduzione di Carlo Rodotà, Milano, Giuffrè, 1996, p. 147.

È necessario a tal punto sottolineare che la tragicità di una scelta è insita in una scarsità, una impossibilità ineliminabile.

Il lucido sguardo di Guido Calabresi centra la questione delle decisioni tragiche, secondo questo particolare angolo visuale.

Lo studioso prende in considerazione il conflitto di valori che nasce dall'impossibilità di soddisfare pienamente la distribuzione di beni considerati essenziali. In tale ottica il tragico investe il piano della scelta politica in merito all'allocazione di risorse scarse[501].

Le scelte tragiche concernono in primo luogo la quantità di risorse, che nei limiti della disponibilità materiale, può essere prodotta. Chiameremo, questo tipo di scelte: "decisioni di primo grado". In secondo luogo, distingueremo da esse le decisioni di secondo grado, che hanno ad oggetto la scelta degli individui chiamati a beneficiare delle risorse scarse, definendone i criteri di allocazione[502].

Calabresi descrive tre metodi "puri" di allocazione dei beni; essi costituiscono però astrazioni, difficilmente utilizzabili nella realtà, senza l'innesto di idonee combinazioni e modificazioni.

Il primo sistema allocativo, ad essere analizzato, è il mercato. Esso è caratterizzato da una decentralizzazione delle decisioni, tale da esonerare la società dalla responsabilità dei risultati. Tuttavia questo metodo comporta dei limiti. Innanzitutto in una situazione tragica la risorsa scarsa sarà aggiudicata al miglior offerente. Inoltre, una volta che è stata assunta una decisione di primo grado, deve essere attribuito un prezzo alla quantità di risorsa da allocare. Ciò implica un problema di monetizzazione del valore del bene considerato di primaria importanza per la vita umana.

In tale ottica è evidente che operare una scelta tragica attraverso il "mercato puro", data una distribuzione di ricchezza, comporta dei costi "esterni" al decisore (lesione di valori, "moralismi" ad esempio) ed estranei alla logica di mercato, che sono sopportati dall'intera collettività. In effetti il mercato presuppone e ritiene valide esclusivamente le ragioni che sostengono la domanda dell'individuo.

Secondo il teorema dell'ottimo-paretiano il mercato puro raggiunge una condizione di efficienza ottimale quando è impossibile migliorare il benessere di una persona senza peggiorare quella di qualcun altro. Tuttavia questa formula non prende in considerazione la sussistenza di esternalità, monopoli, beni pubblici che richiedono modifiche del

---

[501] Guido Calabresi, *Scelte tragiche*, a cura di Cosimo Marco Mazzoni e Vincenzo Varano, Milano, Giuffrè, 1986.

[502] *Ivi* p. 5

mercato. In base al teorema di Coase i mercati potrebbero rimediare a tali difetti esclusivamente se il costo di allestimento di un mercato correttivo fosse abbastanza basso[503]. Ma non è detto che il costo di creazione di un sistema alternativo sia inferiore rispetto a quello di mercato. Inoltre, affermare che, a date condizioni, i vincenti sono avvantaggiati più di quanto i perdenti non ricompensati siano danneggiati, non è sufficiente. Da queste considerazioni può essere evinto il fallimento dei criteri di ottimo paretiano dell'economia del benessere neoclassica.

Secondo Calabresi può essere altrimenti ipotizzato che: "in qualunque proposta di riallocazione delle risorse i vincenti devono sembrare capaci di ricompensare i perdenti e l'effettivo cambiamento distributivo causato deve in qualche modo essere o favorevole o non troppo sfavorevole da controbilanciare il fatto che alcuni hanno guadagnato di più di quanti altri hanno perso"[504].

E ancora il sistema puro di mercato come metodo di allocazione delle risorse scarse non tutela le eguaglianze, né asseconda le preferenze sociali; del resto ciò che è preferibile per l'intera società è dato dalla somma delle singole preferenze individuali. Invero se il mercato, da un lato, riesce a calcolare la somma dei desideri individuali, dall'altro, non dà rilevanza ai danni e benefici derivanti da essi.

Le scelte tragiche possono essere assunte tramite un ulteriore metodo, quello del procedimento politico responsabile.

La decisione politica stabilisce le direttive per le allocazioni delle risorse scarse. Eppure anche questa modalità presenta dei limiti.

Una prima problematica di carattere generale è connessa alla difficoltà di reperire più informazioni possibili circa il maggior numero di persone. Sono soggetti a questo ampio spettro di indagine le preferenze individuali al fine di calcolare l'utilità sociale. Tuttavia, se nel processo politico può essere preso in considerazione il desiderio sociale, non viene in luce la differenziazione dei desideri individuali, dunque essi non sono resi effettivi.

Nell'attribuzione di un bene primario ad un individuo rispetto ad un altro si trattano ugualmente i soggetti considerati uguali dall'organo decisionale. Invero l'uguaglianza formale implica che gli esseri appartenenti ad una stessa categoria siano trattati in modo uguale. Tuttavia questo concetto rende palesi le divergenze rispetto all'uguaglianza in

---

[503] Cfr. Ronald Coase, *The problem of Social Costs*, In Journal of Law and Economics, Vol. 3, Chicago,The University of Chicago Press, 1960, pp. 1-44; Guido Calabresi, *Transaction Costs, Resource Allocation and Liability Rules*: *A Comment*, in Journal of Law and Economics, Vol. 11, Chicago, The University of Chicago Press, 1968, p. 67.

[504] Guido Calabresi, *Scelte tragiche*, cit., p. 83.

concreto. Esso non stabilisce quando due individui facciano parte di una stessa categoria, né come debbano essere trattati[505]. Nel rispetto del principio dell'uguaglianza formale si opera comunque un sacrificio.

Il metodo della decisione politica allocativa può essere soggetto ad aggiustamenti.

Si potrebbe utilizzare ai nostri scopi il criterio della meritevolezza. Ma è bene sottolineare che la scelta del meritevole di tutela implica la disposizione di un criterio che permetta sia di misurare il merito degli individui, sia di classificarli secondo la grandezza del loro merito. Ciò comporta da un lato, il sacrificio di alcuni principi, tra cui l'uguaglianza in concreto e, dall'altro, innesca la possibilità di incorrere in alcuni rischi, come l'arbitrarietà, la corruzione, la non rappresentatività.[506]

Un terzo modello decisionale è costituito dal sorteggio. Il caso funge da criterio determinante per l'allocazione delle risorse primarie.

Sicuramente questo modello è conforme al principio di uguaglianza, poiché tutti hanno una uguale chance di ottenere il bene scarso o, da un'altra prospettiva, tutte le risorse disponibili sono ripartite in maniera uguale. È bene precisare che il sorteggio è utile nell'assunzione della decisioni di secondo grado, ma non riesce a risolvere il problema delle decisioni di primo grado. Una volta assunta la decisione di secondo grado, però, gli individui saranno comunque trattati in maniera diversa l'uno dall'altro. Il tragico ancora una volta non è evitato. Tra l'altro, mentre il modello di mercato non riusciva ad isolare le differenze tra gli individui se non per mezzo di scelte individuali e il metodo del processo politico allocativo non riusciva a far fronte alle preferenze dei singoli, il sorteggio non riesce a dare forma né ai desideri individuali, né alle preferenze sociali.

A tal punto possiamo analizzare un ultimo schema decisionale: "il metodo consuetudinario o evolutivo". Esso consiste nell'evitare la scelta consapevole. In altre parole le allocazioni si verificano senza alcuna esplicita decisione.[507]

Gli ingranaggi della scelta non sono né determinati, né conosciuti dai singoli. Il vantaggio di questo modello consiste nell'esclusione del costo dei conflitti tra valori fondamentali. Tuttavia la decisione di non decidere nasconde un rischio: l'assenza di una scelta allocativa celerebbe il sopravvento di altri criteri allocativi, da una parte il mercato, dall'altra la forza della persuasione morale.

---

[505] Chaïm Perelman, *La giustizia*, traduzione italiana di Liliana Ribet, Giappichelli, Torino, 1959.
[506] Guido Calabresi, *Scelte tragiche*, cit., 67.
[507] *Ivi* p. 32

È automatico domandarci in cosa consista l'utilità di questo metodo. Evitare di decidere comporta qualche vantaggio? Forse rimanda la possibilità che il dramma si compia, ma, come lucidamente osserva Calabresi, consente ai detentori del potere di occultare allocazioni già decise.

La decisione di non decidere in alcune circostanze lederà il principio l'uguaglianza, in altre, il rispetto dei desideri individuali o delle necessità sociali, in ogni caso la trasparenza.

In conclusione, è opportuno affermare che il tentativo di procedere alla combinazione di questi metodi non riuscirebbe ad eliminarne i limiti e a incrementarne i vantaggi.

Il dilemma della decisione tragica non è dunque scardinato. Il sacrificio che ne deriva produce echi, che non si può far a meno di udire.

Da quanto sopra esposto può essere effettuata un'ulteriore osservazione. È evidente che ogni sistema decisionale si fonda sulla logica razionale di autolegittimazione del decisore. Invero, se i sistemi moderni funzionano in modo da neutralizzare l'arbitrio del decisore, non possono in alcun modo scongiurare l'arbitrio della decisione.

Ogni scelta tragica porta alla luce un paradosso. Qualunque conflitto insolubile svela un doppio scenario: ciò che per il diritto è in ogni caso decidibile, risulta invece indecidibile su un piano di giustizia. Da ciò segue che ogni bilanciamento di interessi costituzionalmente protetti e ogni scelta assunta in situazione di scarsità configura una decisione indecidibile.

Ma è bene posare un secondo sguardo sulla questione. Come ha osservato Jacques Derrida, l'indecidibile non è soltanto l'oscillazione tra due decisioni, tra due regole contraddittorie, tra due opposti significati. "Indecidibile è l'esperienza di ciò che, estraneo, eterogeneo all'ordine del calcolabile e della regola, *deve* tuttavia – è di *dovere* che bisogna parlare – abbandonarsi alla decisione impossibile tenendo conto del diritto e della regola"[508]. La decisione sull'indecidibile non è mai un momento oltrepassato una volta per tutte. "L'indecidibile resta preso, incluso, almeno come un fantasma, un fantasma essenziale, in ogni decisione, in ogni evento di decisione"[509]. La sua aura scardina alla radice l'ordine programmabile e calcolabile del procedimento decisionale e nello stesso tempo rivela un'idea di una giustizia disincantata.

---

[508] Jacques Derrida, "*Forza di legge. Il «fondamento mistico dell'autorità»*", a cura di Francesco Garritano, Torino, Bollati Boringhieri, 2003 p. 77.
[509] *Ivi* p. 78.

Da uno specifico punto di vista è possibile affermare che, non solo la giustizia trova la sua fonte nell'esperienza dell'ingiustizia, ma anche che tra giustizia e ingiustizia c'è un legame indissolubile[510].

Tuttavia la decisione procedurale pur essendo l'espressione di un'assenza, è l'unico mezzo che il sistema giuridico ha a disposizione per poter, sul lungo periodo, contribuire a produrre una società meno ingiusta[511].

Il diritto nell'incorporare la decisione, la trasforma in rito, e nello stesso tempo, sceglie il modello che autolegittimi la modalità di soluzione dei conflitti. Ciò nonostante in ogni decisione sopravvive una componente non imbrigliabile, non controllabile. Essa è sempre l'interruzione di una deliberazione, da un particolare angolo visuale frattura, separazione. Molto incisivamente Søren Kierkegaard afferma "l'istante della decisione è una follia". Essa è contingenza, precipitazione. Il diritto non può far altro che tentare di razionalizzarla, cercando di neutralizzare nelle maglie dei suoi procedimenti ciò che di irrisolto serba.

[510] Sul legame tra giustizia e ingiustizia non può non farsi riferimento alla riflessione di carattere filosofico, che si muove dall'analisi del "Detto di Anassimandro", elaborata da Eligio Resta in *Diritto vivente*, Roma-Bari, Laterza, 2008, p. 24.

[511] Sul punto si veda Federico Stella, *La giustizia e le ingiustizie*, Bologna, il Mulino, 2006, p. 19.

BIBLIOGRAFIA

AA. VV. *Enciclopedia del diritto*, Varese, Giuffrè, 1967, XVI.

AA.VV. *La Faculté de juger*, Collection "Critique," Paris, Minuit, 1985.

AA. VV, *Il caso e la libertà*, Roma - Bari, Laterza, 1994.

AA.VV, *Trattato di Biodiritto*, Giuffrè, Milano, 2011.

Aarnio A., *The rational as Reasonable*, Dordrecht, Reidel 1987.

Agamben G., *Homo sacer*, Torino, Einaudi, 1995.

Agodi M. C., *Teoria dei giochi e analisi sociologica. Modelli di razionalità per l'agire sociale*, Catania, ISVI, 1984.

Agostino, *La città di Dio*, Milano, Hoepli, 1977.

Agostino, *Confessioni*, Siena, Barbera Editore, 2007.

Alexy R., *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, Il Mulino, 2012.

Alexy R., *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Milano, Giuffrè, 1998.

Alpa G., *L'arte di giudicare*, Bari, Laterza, 1996.

Arendt H., *Vita activa*, Milano, Bompiani 1991.

Arendt H., *Le origini del totalitarismo*, Torino, Einaudi, 2004.

Arendt H., *Il concetto d'amore in Agostino*, Milano, Se Editore 2004.

Ariely D., *Prevedibilmente irrazionale*, Milano, Rizzoli, 2008.

Aristotele, *Organon*, Torino, Utet, 1996.

Aristotele, *Metafisica*, Torino, Utet, 2014.

Aristotele, *La costituzione degli ateniesi*, Milano, BUR, 1999.

Aristotele, *Etica Nicomachea*, Milano, Bompiani, 2000.

Aristotele, *Politica*, Milano, BUR, 2002.

Austin J. L., *Come fare cose con parole*, Genova, Marietti, 1987.

Azzariti G., *Critica della democrazia identitaria. Lo Stato costituzionale schmittiano e la crisi del parlamentarismo*, Roma - Bari, Laterza 2005.

Azzariti G., *Diritto e conflitti*. *Lezioni di diritto costituzionale*, Roma – Bari, Laterza, 2010.

Barth K., *La teologia protestante nel XIX secolo*, Vol. 2, Jaca Book, Milano, 1980.

Basilico G., *La revoca dei provvedimenti civili contenziosi*, Padova, Cedam, 2001.

Beccaria C., *Dei Delitti e delle pene*, Milano, Mondadori, 1991.

Beck U., *La società del rischio*, Urbino, Carocci, 2000.

Benveniste É., *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee*, Torino, Einaudi, 1976.

Betti E., *Teoria generale dell'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1990.

Blumenberg H., *La legittimità dell'età moderna*, Torino, Marietti, 1992.

Blumenberg H., Carl Schmitt, *L'enigma della modernità*, Roma-Bari, Laterza, 2011.

Bobbio N., *Studi sulla teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1955.

Bobbio N., *Teoria della norma giuridica*, Torino, Giappichelli, 1958.

Bobbio N., *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, Giappichelli, 1960.

Bobbio N., *Il positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 1961.

Bobbio N., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, Edizioni Comunità, 1965.

Bobbio N., *Il terzo assente*, Torino, Sonda 1989.

Böckenförde E. W., *Diritto e secolarizzazione*, Roma-Bari, Laterza, 2007.

Bodei R., *La stabilizzazione immaginaria del caso. Riti e miti come origine della nozione di libertà*, in *Il caso e la libertà*, Roma - Bari, Laterza, 1994.

Bodei R., *Ordo amoris*. *Conflitti terreni e felicità celeste*, Bologna, il Mulino, 2005.

Bourdieu P., *La distinzione*, Bologna, il Mulino, 1983.

Bretone M., *I fondamenti del diritto romano*. *Le cose e la natura*, Roma - Bari Laterza 1998.

Cafaggi F., *Profili di relazionalità della colpa*, Padova, Cedam,1966.

Brucker A. G., *Dal comune alla Signoria: vita pubblica a Firenze nel primo Rinascimento*, Bologna, il Mulino, 1981.

Bruni L. *On the Florentine Constitution* [1439, originale in greco], in Griffiths G., Hankins J., *The Humanism of Leonardo Bruni*, *Selected Texts*, Binghamton, Center for Medieval and Early Renaissance Studies, 1987.

Cafaggi F., *Profili di relazionalità della colpa*, Padova, Cedam, 1966.

Calabresi G., *Transaction Costs, Resource Allocation and Liability Rules*: *A Comment*, in Journal of Law and Economics, Vol. 11, Chicago, The University of Chicago Press, 1968.

Calabresi G., *The cost of accident. A legal and economic Analysis*, New Haven, Yale University Press, 1970.

Calabresi G., *Il dono dello spirito maligno*, Milano, Giuffrè, 1996.

Calabresi G., Bobbit P., *Scelte Tragiche*, Milano Giuffrè, 2006.

Canfora L., *La democrazia. Storia di un'ideologia*, Roma-Bari, Laterza, 2004.

Canguilhem G., *Il normale e il patologico*, Torino, Biblioteca Einaudi 1998.

Cappelletti M., Merryman J. H., Perillo J. M., *The Italian Legal System*: *An introduction*, Stanford, Stanford University Press, 1967.

Cassano F., *La certezza infondata*, Bari, Edizioni Dedalo, 1983.

Castignone S., Faralli C., Ripoli M. in *Il diritto come profezia*, Torino, Giappichelli, 2002.

Castrucci E., *Considerazioni epistemologiche sul conferimento di valore*, in *Il meritevole di tutela*, Milano, Giuffrè, 1990.

Catania A., *Decisione e norma*, Napoli, Casa editrice Dott. Eugenio Jovene, 1979.

Chiovenda G., *Saggi di diritto processuale civile*, Bologna, Zanichelli,1904.

Chiovenda G., *Nuovi saggi di diritto processuale civile*, Napoli, Jovene Casa editrice, 1912.

Coase R., *The problem of Social Costs*, In Journal of Law and Economics, Vol. 3, Chicago, The University of Chicago Press, 1960.

Cortese E., *La norma giuridica*, Milano, Giuffrè, 1964.

Davidson D., *Essays on actions and events*, Oxford, Oxford University Press, 1980.

De Tocqueville A., *La democrazia in America*, Milano, BUR, 2011.

Derrida J., *Forza di legge*. *Il «fondamento mistico dell'autorità»*, Torino, Bollati Boringhieri, 2003.

Diels H.; Kranz W., *I Presocratici*, Milano, Bompiani, 2006.

Durkheim È., *La divisione del lavoro sociale*, Milano, Edizioni di Comunità, 1971.

Ehrlich E., *I fondamenti della sociologia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1976.

Elster J., *Logic and society*, Chichester, Wiley, 1978.

Elster J., *Ulisse e le sirene*, Bologna, il Mulino, 1983.

Elster J., *Rational choice*, Oxford, Basil Blackwell, 1986.

Elster J., *Uva acerba*. *Versioni non ortodosse della razionalità*, Milano, Feltrinelli, 1989.

Elster J., *Solomonic Judgements*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989.

Elster J., *Argomentare e negoziare*, Milano Anabasi, 1993.

Ernout A., Antoine Meillet, *Dictionnaire Etymologique de la langue latine*, Paris, Klinksieck, 2002.

Esposito R., *Nove pensieri sulla Politica*, Bologna, Il Mulino, 1992.

Esposito R., *Immunitas*, Torino, Einaudi, 2002.

Ferrajoli L., *Principia iuris*. *Teoria del diritto e della democrazia*, Roma - Bari, Laterza, 2007.

Ferrajoli L., *Diritto e ragione*, Roma - Bari, Laterza, 2008.

Feyerabend P., *Contro il metodo*, Milano, Feltrinelli, 2002.

Festo, *De verborum significatione*, s.v. *Sacer Mons*, Parigi, Lindsay, in Glossaria Latina IV, 1930.

Finley M. I., *La democrazia degli antichi e dei moderni*, Economica Laterza, Roma Bari, 1997.

Foucault M., *L'archeologia del sapere*, Milano, Rizzoli, 1971.

Foucault M., *Sorvegliare e punire*, Torino, Einaudi 1976.

Foucault M., *Microfisica* del *potere*, Torino, Einaudi. 1977.

Frank J., *Law and Modern Mind*, Coward-Mc Cann, New York, 1930.

Frank J., *Court on trial*, *Mith and Reality in American Justice*, Princeton, Princeton University Press, 1949.

Gadamer H. G., *Verità e Metodo*, Vol. I, Milano, Bompiani, 1994.

Galgano F., *Il precedente giudiziario in «civil law»* in *Atlante di diritto privato comparato*, Bologna, Zanichelli, 1990.

Galgano F., *La forza del numero e la legge della ragione*, Bologna, il Mulino, 2007.

Galgano F., *Trattato di diritto civile*, Padova, Cedam, 2010.

Galli C., *Genealogia della politica*, Bologna, il Mulino, 1996.

Galli C., *Spazi politici*, Bologna, il Mulino, 2001.

Galli C., *Contingenza e necessità nella ragione politica moderna*, Roma - Bari, Laterza, 2009.

Garapon A., *Del giudicare*. *Saggio sul rituale giudiziario*, Milano, Cortina Raffaello, 2007.

Gargani A., *Lo stupore e il caso*, Bari, Laterza, 1992.

Garofalo L., *Studi sulla sacertà*, Padova, Cedam, 2005.

Gentili A., *Il diritto come discorso*, Milano, Giuffrè, 2013.

Gierke O., *Über Die Geschiche des Majoritätprinzips*, in Essays in Legal History, London, Oxford University Press, 1913.

Goodman N., *Vedere e costruire il mondo*, Roma - Bari, Laterza, 2008.

Gorla G., *I precedenti storici dell'articolo 12 delle disposizioni preliminari del codice civile del 1942*, in "Foro Italiano,"1969.

Habermas J., *Etica del discorso*, Roma - Bari, Laterza, 1985.

Habermas J., *Fatti e norme: contributi ad una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano, Guerini e associati, 1996.

Habermas J., *Verità e giustificazione*, Roma - Bari, Laterza, 2001.

Habermas J., *Occidente diviso*, Roma - Bari, Laterza 2005.

Habermas J., *Storia e critica dell'opinione pubblica*, Roma - Bari, Laterza 2005.

Hart H. L. A., *Il concetto di diritto*, Torino, Einaudi 2002.

Hartmann N., *Metafisica dei costumi*, Napoli, Guida, 1972.

Hauriou M., *Teoria dell'istituzione e della fondazione*, Milano, Giuffrè, 1967.

Hedenius I., *Om rätt och moral*, Stockholm, Wahlström & Widstrand, 1963.

Hegel W. F. G., *Die Vernunft in der Geschichte*, a cura di G. Lasson, Hamburg, 1955.

Hegel G. W. F., *Lineamenti di filosofia del diritto. Diritto naturale e scienza dello Stato* [1821], Milano, Rusconi, 1996.

Heidegger M., *Lettera sull'Umanismo*, Adelphi, Milano, 1995.

Henrik G. von Wright, *Images of Science and Forms of Rationality* in *The Tree of Knowledge and Other Essays*, Leiden, Brill, 1993.

Hillman J., *La vana fuga dagli dei*, Milano, Adelphi, 2012.

Hirsh F., *Social limits to growth*, Harvard University Press, Cambridge. 1976.

Hobbes T., *Behemoth*, Roma - Bari Laterza 1979.

Hobbes T., *Leviatano*, (1651), Roma - Bari, Laterza, 1989.

Hobbers T., *De Cive*. *Elementi filosofici sul cittadino*, Roma, Editori Riuniti, 2005.

Hayek F. A., in *Legge, legislazione e libertà*, Milano, Il Saggiatore, 2000.

Hume D., *Trattato sulla natura umana*, Vol. I, Roma - Bari, Laterza, 2008.

Husserl E., *Ricerche logiche*, Vol. I, Milano, Il Saggiatore, 1988.

Irti N., *Il diritto nell'età della tecnica*, Napoli, Editoriale scientifica, 2007.

Jhering R., *Lo spirito del diritto romano nei diversi gradi del suo sviluppo*, Milano, Pirotta, 1855.

Jhering, R., *Lo scopo nel diritto*, Torino, Einaudi, 1972.

Jellinek G., *La dottrina generale dello Stato*, Milano, Società Editrice Libraria, 1921.

Lanata G., *Legislazione e natura nelle Novelle Giustinianee*, Napoli, Edizioni Scientifiche, 1984.

Lane F. C., *Storia di Venezia*, Torino, Einaudi, 1978.

La Spina A., *La decisione legislativa*. *Lineamenti di una teoria*, Milano, Giuffré, 1989.

La Torre M., *Sullo spirito mite delle leggi. Ragione, razionalità, ragionevolezza*, Napoli, Editoriale scientifica, 2012.

Leibniz G. W., *Meditazioni sulla conoscenza, la verità e le idee, Scritti Filosofici*, a cura di D.O. Bianca, Torino, Utet, 1968, vol. II.

Lewis C. I., *Mind and the world order*, New York, Scribner, 1929.

Lipari N., *Diritto civile*, Milano, Giuffrè 2009.

Lübbe H., *Zur Theorie der Entscheidung*, in Id., *Theorie und Entscheidung*, Freiburg, Rombach, 1971.

Luhmann N., *Legitimation durch Verfahren*, Frankfurt a Main, Suhrkamp, 1969.

Luhmann N., *La teoria funzionale del diritto*, Milano, Unicopli, 1981.

Luhmann N., *Die soziologische Beobachtung des Rechts*, Frankfurt-Main, Metzner, 1986.

Luhmann N., *La differenziazione del diritto*, Bologna, il Mulino, 1990.

Luhmann N., *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale*, Bologna, Il Mulino 2001.

Luhmann N., *Organizzazione e decisione*, Milano, Mondadori, 2005.

Luhmann N., *Osservazioni sul moderno*, Roma, Armando Editore, 2006.

Luhmann N., *Il diritto della società*, Torino, Giappichelli, 2013.

Lyotard J. F., *Il dissidio*, Milano, Feltrinelli, 1985.

Machiavelli N., *Istorie fiorentine*, II, 28 e III, 24, Milano, Feltrinelli, 1962.

Machiavelli N., *Il Principe*, Roma, Salerno Editrice, 2006.

Manin B., *Principi del governo rappresentativo*, Bologna, Il Mulino, 2010.

Marquard O., *Apologia del caso*, Bologna, Il Mulino, 1994.

Marramao G., *Cielo e Terra*, Roma - Bari, Laterza,1994.

Marramao G., *Kairos. Apologia del tempo debito*, Roma - Bari, Laterza, 2005.

Marramao G., *Potere e secolarizzazione*, Torino, Bollati Boringhieri, 2005.

Mattei U., *Beni Comuni. Un manifesto*, Roma - Bari, Laterza, 2011.

Mazzù D., *Il complesso dell'usurpatore*, Milano, Giuffré 1999.

Mignoli A., *Idee e problemi nell'evoluzione della* "*Company*" *inglese*, Milano, Giuffrè, 1960.

Mill J. S., *Sistema di logica deduttiva e induttiva*, Novara, Utet, 2013.

Mittermaier K. J. A., *Teoria della prova nel processo penale*, Milano, Sanvito, 1858.

Mommsen T., *Römische Staatsrecht*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1887.

Montaigne F., *Saggi*, Milano, Adelphi, 1966.

Musti D., *Demokratía. Origini di una idea*, Roma - Bari, Laterza, 2006.

Najemy J. M., *Corporatism and Consensus in Florentine Electoral Politics*, Chapell Hill, The University of North Carolina Press, 1982.

Olivercrona K., *Il diritto come fatto*, Milano, Giuffrè, 1967.

Orestano R., «*Diritto*». *Incontri e scontri*, Bologna, il Mulino, 1981.

Pareto V., *Trattato di sociologia generale*, I, Barbera, Firenze, 1923.

Parsons T., *La struttura dell'azione sociale*, Bologna, il Mulino, 1962.

Parsons T., *Il sistema sociale*, Milano, Edizioni di Comunità, 1981.

Pascal B., *Pensieri*, Torino, Einaudi, 1962.

Perelman C., *La giustizia*, Giappichelli, Torino, 1959.

Perelman C., Olbrechts- Tyteca L., *Trattato dell'argomentazione*, Torino, Einaudi, 2013.

Pianigiani O., *Dizionario etimologico*, Genova, I Dioscuri, 1988.

Platone, *Timeo*, Milano, Bur, 2003.

Platone, *Gorgia*, Roma - Bari, Laterza, 2007.

Popper K., *Logica della scoperta scientifica*, Torino, Einaudi, 2010.

Prodi P., *Una storia della giustizia*, Bologna, il Mulino, 2000.

Kahneman D., *Pensieri lenti e veloci*, Milano, Mondadori, 2013.

Kantorowicz E., *I due corpi del re*, Torino, Einaudi, 1989.

Kelsen H., *Hauptprobleme der Saatsrechtslehre, entwickelt aus derLehre vom Rechtssatze*, Tübingen, Mohr, 1911.

Kelsen H., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, Edizioni di Comunità, 1952.

Kelsen H., *Essenza e valore della democrazia*, Bologna, il Mulino, 1981.

Kelsen H., *Il primato del Parlamento* Milano, Giuffrè, 1982.

Kelsen H., *Dio e Stato*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1988.

Kelsen H., *L'anima e il diritto*, Roma, Edizioni Lavoro, 1989.

Kelsen H., *La dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1990.

Kelsen H., *Teoria generale delle norme*, Torino, Einaudi, 1997.

Kelsen H., *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico, a partire dalla dottrina della proposizione giuridica*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1997.

Kelsen H., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 2000.

Kerényi K., *La religione antica nelle sue linee fondamentali*, Roma, Astrolabio, 1951.

Kuhn T., *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Torino, Einaudi, 1999.

Raiteri M., *Il giudice selettore*, Milano, Giuffrè 1990.

Rajneri E., *L'ambigua nozione di prodotto difettoso al vaglio della Corte di Cassazione e delle altre Corti europee*, in Riv. Dir. Civ., Padova Cedam, 2008.

Rawls J., *Una teoria della giustizia*, Milano, Feltrinelli Editore 2008.

Redi C. A., La clonazione, in *Trattato di Biodiritto*, Milano, Giuffrè, 2011.

Rescigno P., *Codici*, Roma - Bari, Laterza, 2013.

Resta E., *Diritto e sistema politico*, Loescher, Torino, 1982.

Resta E., in *L'ambiguo diritto*, Milano, Franco Angeli Editore, 1984.

Resta E, *Poteri e diritti*, Torino, Giappichelli, 1996.

Resta E., *Le stelle e le masserizie*, Roma - Bari, Laterza, 1997.

Resta E., *La legge dell'ignoranza* in RIFD, Milano, Giuffrè, 2012.

Resta E., *Diritto vivente*, Roma - Bari, Laterza, 2008.

Resta E., *Dio e il premio di maggioranza. A proposito della riflessione di Francesco Galgano*, in *Sociologia del diritto*, Milano, Franco Angeli, III, 2008.

Resta E., *Le regole della fiducia*, Roma-Bari, Laterza, 2009.

Resta G., *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità* (*note a margine della Carta dei diritti*), Rivista di Diritto Civile, Anno XLVIII, Padova, Cedam, 2002.

Resta G. *La dignità*, in Trattato di Biodiritto, Tomo I, Milano, Giuffrè, 2011.

Ricoeur P., *Sé come un altro*, Milano, Jaka Book 2001.

Rocci L., *Vocabolario Greco Italiano*, Perugia, Società Editrice Dante Alighieri, 2002.

Rodotà S., *La vita e le regole*, Milano, Feltrinelli, 2006.

Rodotà S., *Dal Soggetto alla Persona*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2007.

Rodotà S., *Il corpo* "*giuridificato*", in *Trattato di Biodiritto*, Tomo I, Giuffrè, Milano, 2011.

Rodotà S., *Il diritto di avere diritti*, Roma - Bari, Laterza, 2012.

Roppo V., *Il Contratto*, Milano, Giuffrè, 2011.

Rorty R., *La filosofia dopo la filosofia*, Roma - Bari, Laterza 2008.

Ross A., *Diritto e giustizia*, Torino, Einaudi, 1965.

Ross A., *Direttive e norme*, Milano, Edizioni di Comunità, 1978.

Ruffini Avondo E., *Il principio maggioritario*, Torino, Fratelli Bocca, 1927.

Santi Romano, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, Sansoni 1946.

Sartoro Passarelli F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, Jovene, 1971.

Scarpelli U., *Filosofia analitica e giurisprudenza*, Milano, Nuvoletti, 1953.

Scheler M., *Il formalismo nell'etica e l'etica materiale dei valori*, a cura di Roberta Guccinelli, Milano, Bompiani, 2013.

Schluchter W., *Lo sviluppo del razionalismo occidentale*, Bologna, Il Mulino, 1987.

Schmitt C., *Il nomos della terra: nel diritto internazionale dello Jus Publicum* Europaeum, Adelphi, Milano, 1991.

Schmitt C., *Der Wert des Staates un die Bedeutung des Einzelnen*, Hellerau, Jakob Hegner, 1917.

Schmitt C., *Teologia politica*, Bologna, il Mulino 1972.

Schmitt C., *Le Categorie del politico*, Bologna, il Mulino, 1972.

Schmitt C., *Romanticismo Politico*, Milano, Giuffrè, 1981.

Schmitt C., *Il custode della Costituzione*, Milano, Giuffrè 1981.

Schmitt C., *Dottrina della Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1984.

Schmitt C., *Risposte a Norimberga*, Roma - Bari, Laterza, 2006.

Schmitt C, *La tirannia dei valori*, Milano, Adelphi, 2008.

Schrechenberg H., *Ananke. Untersuchungen zur Geschichte des Wortgebrauchs*, in Zemata, XXXVI, München, Beck, 1964.

Schluchter W., *Lo sviluppo del razionalismo occidentale*, Bologna, Il Mulino 1987.

Schütz A, *Sulla fenomenologia dell'atteggiamento naturale*, *Il problema della rilevanza*, Torino, Rosenberg & Sellier, 1983.

Sclopis F., *Storia della Legislazione italiana*, III volume, Torino, Unione Tipografico Editrice, 1863.

Searle J., *Atti linguistici*, Torino, Boringhieri, 1976.

Severino E., *Legge e caso*, Milano, Adelphi, 1980.

Simon H., *A behavioral Model of Rational Choice* in Id., *Models of Man. Social and Rational*, New York, Wiey, 1957.

Simon H., *Theories of Decision Making in Economics and Behavioral Science*, in AER, Pittsburgh, American Economics Association, 3, 1959.

Simon H., March J. G., *Teoria dell'Organizzazione*, Milano, Comunità, 1966.

Simon H., *From Substantive to procedural rationality*, in 25 Years of Economic Theory, Leiden, Springer, 1976.

Simon H., *The logic of Heuristic Decision Making*, in *Models of Discovery*, Dordrecht, Reidel, 1977.

Simon H., *Rationality as Process and Product of Thought*, in AER, Pittsburgh, American Economics Association, 2, 1978.

Simon H., *Causalità, razionalità, organizzazione*, Bologna, il Mulino, 1985.

Simon H., *La ragione nelle vicende umane*, Bologna, il Mulino 1984.

Sintomer Y., *Il potere al popolo*, Bari, Edizioni Dedalo, 2009.

Spitzer L. in *L'armonia del mondo*, Bologna, il Mulino, 2009.

Stella F., *La giustizia e le ingiustizie*, Bologna, il Mulino, 2006.

Storing H. J., *The science of Administration: Herbert Simon, in Essays in the Scientific Study of Politics*, a cura di Id. New York, Holt, Rinehart and Winston, 1962.

Tarello G., *A proposito di un libro del Frank*, Rivista internazionale di filosofia del diritto, XXXIV, fasc. 3-4, Milano, Giuffrè, 1957.

Tarello G., *Formalismo*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. VII, Torino, Utet, 1965.

Tarello G., *Diritto, enunciati, usi*, Bologna, il Mulino, 1974.

Tarello G., *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna, il Mulino, 1976.

Tarello G., Castignone S., Guatini R. *Introduzione teorica allo studio del diritto*, Genova, Ecig, 1979.

Tocqueville A.D., *La democrazia in America*, Milano, BUR, 2011.

Tarski A., *La concezione semantica e i fondamenti della semantica*, in *Semantica e filosofia del linguaggio*, Milano, Il Saggiatore, 1969.

Treves R., *Il fondamento filosofico della dottrina pura del diritto di Hans Kelsen*, in Atti della Reale Accademia delle Scienze di Torino, vol. LXIX, 1933-34.

Amos Tversky, *Additivity, Utility and Subjective Probability*, JMP, Amsterdam, Elsevier, 2, 1967.

Tversky A. e Kahneman D., *Prospect theory*: *un'analisi delle decisioni in condizioni di rischio* in *Economia Cognitiva e Sperimentale*, Milano, EGEA, 2005.

Vassalli F., *Della tutela dei diritti*, Matera, Antezza, 2014.

Vegetti M., *L'etica degli antichi*, Roma - Bari, Laterza, 1989.

Viola F., Zaccaria G., *Diritto e interpretazione: Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma - Bari, Laterza, 1999.

Volpe G., *Il costituzionalismo nel Novecento*, Roma-Bari, Laterza, 2000.

Weber M., *Parlamento e governo*, Roma - Bari, Laterza, 2002.

Weber M., *Sociologia della religione*, Ivrea, Edizioni di Comunità, 1920.

Weber M., *Economia e società*, vol. I, Milano, Edizioni di Comunità, 1961.

Weber M., *Storia Economica e sociale dell'antichità*, Roma, Editori Riuniti, 1981.

Weber M., *Il lavoro intellettuale come professione*, Torino, Einaudi, 1999.

Willke H., *Ironie des Staates*, Suhrkamp, Frankfurt-Main, 1992.

Winter S. G. Jr., *Optimization and Evolution in the theory of the Firm* in *Adaptive Economic Models*, New York, Academic Press, 1975.

Wittgenstein L., *Della certezza*, Torino, Einaudi, 1978.

Wittgenstein L., *Ricerche filosofiche*, Torino, Einaudi, 2009.

Zagrebelsky G., *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992.

Zagrebelsky G., *Su tre aspetti della ragionevolezza*, in *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1994.

Zagrebelsky G., *Principi e voto*, Torino, Einaudi, 2005.

SITOGRAFIA

De Luca G., *Profilo storico del libero convincimento del giudice*, in Quaderni del Consiglio Superiore di Magistratura, 30 Novembre-2 Dicembre 1990, http://www.csm.it/quaderni/quad_50.pdf

Fabrizio Montanari, "Le distorsioni cognitive nei processi decisionali e negoziali: una review e alcuni esperimenti (I parte), in Ticonzero, 56/2005, http://w3.ced.unicz.it/upload/denito/distorsioni_cognitive.pd.

Sidney G. Winter Jr., *Economics «Natural» Selection and the Theory of the Firm*, in Yale Economic Essays 1966, n. 4, http://www.lem.sssup.it/WPLem/files/winter_1964.pdf

Resta E., Voce: *biodiritto*, in Enciclopedia Treccani XXI secolo, 2009, http://www.treccani.it/enciclopedia/biodiritto_%28XXI_Secolo%29/

TverskyA., Kahneman D., *Judgement under uncertainty*: *Heuristics and biases*, Science, New Series sept. 1974, http://psiexp.ss.uci.edu/research/teaching/Tversky_Kahneman_1974.pdf.

Tversky A. e .Kahneman D., *The Framing of Decisions and the Psychology of Choice*, Science, New Series, Vol. 211, 1981, http://psych.hanover.edu/classes/cognition/papers/tversky81.pdf

Tversky A. e Kahneman D., *Rational Choice and the Framing of Decisions*, The Journal of Business, Vol. 59, The Behavioral Foundations of Economic Theory, 1986, http://www.jstor.org/discover/10.2307/2352759?uid=3738296&uid=2&uid=4&sid=21106154318371

Zagrebelsky G., *Democrazia scena o messinscena*?, Festival del diritto, Piacenza, 26 settembre, 2013, http://www.festivaldeldiritto.it/app/prodotto.jsp?IdC=2155&IdS=2159&tipo_cliccato=2&tipo_padre=2&prod=p&id_prodotto=56288&id_categoria=2159&css=&ok=1&pos=1.

INDICE

Capitolo I

Sistema giuridico e decisione

1. Decisione, sistema, organizzazione, p. 2 - 2. Il tempo della decisione, p. 8 - 3. Genealogia della decisione, p. 10 - 4. La decisione giuridica nella prospettiva della teoria normativistica del diritto, p. 17 - 4.1 L'orizzonte degli**:** «*Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*», p. 20 - 5. Il paradigma procedurale di decisione sui conflitti, p. 22 - 6. Norma e decisione, p. 27 - 7. Il principio maggioritario, p. 31 - 8. La decisione nell'ottica del realismo giuridico, p. 37 - 9. Il sistema dei precedenti, p. 42

Capitolo II

Decisione razionale

1. «*Status quaestionis*», p. 47 - 2. Il contributo della psicologia cognitiva, p. 49 - 3. *Bounded rationality*, p. 52 - 4. Decisione razionale, p. 55 - 5. Razionalità individuale, p. 59 - 6. Razionalità imperfetta, p. 64 - 7. Diritto e razionalità, p. 67

Capitolo III

Processo, decisione, linguaggio

1. "Della decisione della causa", p. 70 - 2. Giudicato e forza di legge, p. 73 - 3. Circuiti decisionali, p. 77 - 4. Processo e aspettative, p. 81 - 5. Decidere, accertare, costituire, p.83 - 5.1 Costruttivismi, p. 89 - 6. PQM, p. 90 - 7. Logica e decisione p. 95 - 8. Sull'argomentazione, p. 101 – 8.1. Una teoria dell'argomentazione giuridica, p. 108 - 9. *Rules do not rule their application*, p. 116 - 10. La ragionevolezza, p. 120 -11. Il dilemma di Jørgensen, p. 122 - 12. Decidere la verità, p. 126

Capitolo IV

Diritto, decisione, secolarizzazione

1.In origine, p. 130 - 2. Secolarizzazione. Profili interpretativi, p. 132 - 3. Il mistico del moderno, p. 133 - 4. Genealogica del *nomos*, p. 135 - 5. Origine come *informatio* dell'ordinamento, p. 139 - 6. Decisione e *beatitudo*, p. 142 - 7. Dalla χάρις come dono alla grazia come atto di clemenza, p. 146

Capitolo V
Decidere «per caso»
1.Diritto e caso, p. 150 - 2. Tecniche di governo del caso: esclusione, p. 153 - 2.1 Mantenimento del caso, p. 159 - 2. 2 Ricorso al caso, p. 166 - 2.3 Calcolo del caso, p. 179 – 3. Decidere il caso, p. 181

Capitolo VI
Scelte tragiche
1.Un caso emblematico: la vicenda Ilva di Taranto, p. 184 - 2. La tirannia dei valori, p. 188 - 3. Decidere l'indecidibile, p. 190

Bibliografia