



RIVISTA INTERNAZIONALE DI FILOSOFIA DEL DIRITTO

3

Anno di fondazione 1921
Serie V - luglio/settembre 2016

MERCADANTE, *Il giudizio di Satta su Capograssi*

PINO, *Sul ragionamento giudiziale a partire da Atienza*

BASTIT, *L'expérience romaine du droit*

BALLARINI, *Ermeneutica e storicità*

MENGA, *Eterotopia del potere costituente*

PULIATTI, *Diritto liminare e ragionamento giuridico*

CACOPARDI, *Persona giuridica in Erdmann*

Libri: Suárez (FARACO), Ferri (CAROLI), Žižek (GIACOMANTONIO)



GIUFFRÈ EDITORE

S O M M A R I O

S T U D I

FRANCESCO MERCADANTE, <i>La figura di Capograssi nel giudizio finale di Salvatore Satta</i>	315
GIORGIO PINO, <i>Riflessioni sul ragionamento giudiziale (a partire dalla teoria di Manuel Atienza)</i>	331
MICHEL BASTIT, « <i>Veram nisi fallor philosophiam</i> », <i>l'expérience romaine du droit et la philosophie</i>	353
ADRIANO BALLARINI, <i>Ermeneutica storicità filosofia del diritto</i>	377
FERDINANDO G. MENGA, <i>Eterotopia del potere costituente e gli ambigui destini della modernità secolare. Riflessioni fenomenologico-giuridiche</i>	415
DONATELLO PULIATTI, <i>Diritto liminare e ragionamento giudiziale</i>	451

S P O R E

ELISA CACOPARDI, <i>Persona giuridica nella logica filosofica di Benno Erdmann</i> ..	495
---	-----

S C H E D A R I O

Francisco Suárez, <i>Trattato delle leggi e di Dio legislatore</i> (Cintia Faraco) – Enrico Ferri, <i>Armenians-Aryans. The “Blood Myth”, the Race Law of 1938 and the Armenians in Italy</i> (Giuliano Caroli) – Slavoj Žižek, <i>L'oggetto sublime dell'ideologia</i> (Francesco Giacomantonio)	503
---	-----

Riflessioni sul ragionamento giudiziale (a partire dalla teoria di Manuel Atienza)

GIORGIO PINO*

SOMMARIO: 1. *Su alcuni strumenti della teoria del ragionamento giudiziale di Atienza*; 2. *Contesto di giustificazione e contesto di scoperta*.

In questo lavoro prendo spunto da alcune tesi proposte da Manuel Atienza nell'ambito della sua articolata teoria del ragionamento giuridico e dell'argomentazione giuridica, per un verso per discuterle, e per altro verso per mostrare che alcune di esse possono essere utilmente sviluppate anche al di fuori dello specifico contesto giusteuristico da cui provengono (la "teoria del diritto come argomentazione"¹).

In particolare, dopo aver discusso alcune delle specifiche definizioni e distinzioni proposte da Atienza in tema di ragionamento giudiziale (§ 1), mi soffermerò sulla critica che Atienza rivolge alla tradizionale distinzione tra contesto di giustificazione e contesto di scoperta delle decisioni giudiziali (§ 2); a questo proposito cercherò di sostenere che, nonostante alcune forzature, la proposta di Atienza non sia priva di interesse, e che peraltro sia possibile elaborare questa idea in maniera parzialmente diversa da Atienza.

* Professore di Filosofia del diritto, Università di Palermo | giorgio.pino@unipa.it | www1.unipa.it/gpino.

(¹) M. ATIENZA, *El derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona 2006; ID., *Constitución y argumentación*, in «Anuario de filosofía del derecho», XXIV, 2007, pp. 197-228.

1. *Su alcuni strumenti della teoria del ragionamento giudiziale di Atienza*

Come è noto, Atienza ha dedicato un *corpus* impressionante di studi alla teoria dell'argomentazione giuridica e del ragionamento giuridico: sia analizzando in dettaglio e discutendo le posizioni dei più importanti teorici contemporanei dell'argomentazione giuridica e non (Alexy, MacCormick, Perelman, Toulmin); sia proponendo una propria, elaborata teoria dell'argomentazione giuridica².

Tra gli elementi maggiormente qualificanti della teoria dell'argomentazione giuridica di Atienza meritano di essere segnalati quantomeno i seguenti:

1. l'enfasi sulla struttura "a due livelli" dell'argomentazione giuridica: il livello delle regole e il livello dei principi; con la conseguenza che ogni argomentazione giuridica minimamente complessa include una interazione tra il livello delle regole e il livello dei principi;

2. l'attenzione alle diverse modalità applicative e argomentative di regole e principi: al livello delle regole l'argomentazione giuridica ha essenzialmente una forma sussuntiva, mentre al livello dei principi ha essenzialmente una forma ponderativa;

3. il riconoscimento dell'inevitabilità del ricorso alla ponderazione, in moltissime circostanze (in particolare, in presenza di lacune normative, e di alcuni tipi di lacune assiologiche);

4. più in generale, la strettissima integrazione tra teoria del diritto e teoria dell'argomentazione, integrazione spinta al punto da affermare che, nella teoria del diritto (non-positivista o anti-positivista) di Atienza, il diritto è essenzialmente una pratica argomentativa³.

(²) La cui esposizione più aggiornata si può leggere in M. ATIENZA, *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid 2013, ed è utilmente condensata in ID., *Algunas tesis sobre el razonamiento judicial*, in J. AGUILÒ REGLA, P. GRANDEZ Castro (a cura di), *Sobre el razonamiento judicial. Diálogos con Manuel Atienza*, Palestra, Lima 2016; ID., *Razonamiento jurídico*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 3, 2014, pp. 421-441.

(³) Per una critica su questo aspetto della teoria del diritto di Atienza, cfr. M. BARBERIS, *Imperialismo dell'argomentazione? In margine al Curso di Manuel Atienza*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 3, 2014, pp. 443-457.

In questo paragrafo passerò in rassegna e discuterò, brevemente e disordinatamente, il modo in cui Atienza costruisce alcuni concetti fondamentali della sua teoria del ragionamento giudiziale – e invero di qualunque plausibile teoria del ragionamento giuridico. Discuterò, in particolare, ciò che Atienza sembra sostenere a proposito della ponderazione, della distinzione tra casi facili e casi difficili, e della tesi dell'unica risposta corretta.

1.1. *Atienza sulla ponderazione.*

Cominciando dalla ponderazione, che nella teoria del ragionamento giuridico di Atienza gioca un ruolo assolutamente centrale, dico subito che non ho obiezioni al modo in cui Atienza ricostruisce quella che potremmo chiamare ponderazione “in senso stretto”⁴: con questa formula mi riferisco ad una forma di ragionamento giuridico che, a partire dalla constatazione che ad un certo caso sono applicabili due o più principi tra loro in conflitto, perviene all'elaborazione di una regola che, per la soluzione del caso, consente di attribuire una priorità condizionata ad uno dei principi rilevanti. Fin qui, quello che Atienza ricostruisce è un fenomeno piuttosto noto e – nonostante alcune ricorrenti polemiche filosofico-giuridiche – facilmente riconoscibile. E trovo peraltro condivisibile l'insistenza da parte di Atienza sul fatto che la ponderazione intesa in questo senso non sia necessariamente un procedimento arbitrario o irrazionale.

Non sono molto d'accordo però con alcuni altri significati e contesti di uso che Atienza associa al termine “ponderazione”. Ad esempio, Atienza chiama “ponderazione” anche *l'applicazione della regola* elaborata a seguito della ponderazione in senso stretto; chiama inoltre “ponderazione” l'operazione con cui si colma una lacuna normativa; e chiama infine “ponderazione” anche le varie operazioni con cui, *in astratto*, si può rimediare ai diversi tipi di lacune assiologiche, e cioè i casi di inadeguatezza di una regola: *a)* rispetto alle ragioni ad essa soggiacenti; *b)* rispetto ad altre ragioni

(⁴) M. ATIENZA, *El derecho como argumentación*, cit., p. 168; ID., *Constitución y argumentación*, cit. (spec. p. 211); ID., *Ponderación y sentido común jurídico*, in «Ex legibus», 2, 2015, pp. 147 ss. (reperibile anche online all'indirizzo <http://lamiradadepeitho.blogspot.it/2014/11/ponderacion-y-sentido-comun-juridico.html>); ID., *Algunas tesis sobre el razonamiento judicial*, cit., § 8.

rilevanti alla luce dell'ordinamento giuridico nel suo complesso; c) rispetto a ragioni extra-giuridiche. Ho sottolineato "in astratto", perché secondo Atienza mentre nei casi sub *a*) non si può che far ricorso alla ponderazione, nei casi sub *b*) talvolta è giustificato ponderare e talvolta no, e infine nei casi sub *c*) non si dovrebbe mai far ricorso alla ponderazione. Dunque, *in astratto* tutti questi casi sono aperti ad un "trattamento ponderativo", anche se secondo Atienza nei casi sub *c*), e in alcuni di quelli sub *b*), *non si dovrebbe* far ricorso alla ponderazione.

Tralasciando qui la questione normativa, dell'individuazione delle circostanze in cui è bene o no ponderare, ritengo che un uso della nozione di ponderazione così ampio e in contesti così eterogenei non giovi alla chiarezza, e che restituisca della ponderazione un'immagine confusa e buona a tutto⁵. Mi limiterò a due osservazioni su questo punto.

In primo luogo, è vero che una logica in senso ampio ponderativa è sottesa a molte operazioni intellettuali svolte dai giuristi (valutazione delle prove, scelta degli argomenti interpretativi, valutazione delle conseguenze di una certa decisione, comparazione delle circostanze aggravanti e attenuanti da parte del giudice penale, ecc.), così come ovviamente è anche sottesa, più in generale, a molte forme di ragionamento pratico. Ma si tratta, a mio parere, di un fenomeno parzialmente diverso rispetto a ciò che Atienza chiama "ponderazione in senso stretto": in casi come quelli che ho esemplificato poco sopra, infatti, la ponderazione consiste in ragionamenti dalla struttura spesso abbastanza incerta, che non vanno molto al di là di un intuitivo "soppesare le ragioni pro e contro" una certa decisione; ragionamenti che consistono, cioè, nel prendere in considerazione fattori diversi, idonei ad influenzare in maniera diversa una decisione o un iter argomentativo, e valutarne i rispettivi meriti, vantaggi e svantaggi, o

⁵) Raramente mi sono trovato d'accordo con Luigi Ferrajoli sul tema della ponderazione (cfr. ad es. le mie critiche a Ferrajoli in G. PINO, *Principi, ponderazione, e la separazione tra diritto e morale. Sul neocostituzionalismo e i suoi critici*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1, 2011, pp. 965-997); ma credo che egli colga perfettamente nel segno quando osserva che nei discorsi di alcuni giuristi e teorici del diritto la ponderazione tende ad assumere le dimensioni di una «bolla terminologica» (L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in «Giurisprudenza costituzionale», 3, 2010, pp. 2771-2816; p. 2807).

comunque assegnare loro un ordine di priorità, spesso in maniera poco più che intuitiva, e spesso in una forma assai poco visibile nella motivazione esplicita della decisione giudiziale. E questo è abbastanza diverso da ciò che Atienza ha in mente quando parla della ponderazione “in senso stretto”, che nella sua ricostruzione è una forma di ragionamento giuridico dotata di una sua articolazione interna, di una struttura riconoscibile che ne assicura un grado di razionalità⁶.

Se questo è vero, allora sarebbe opportuno chiarire di volta in volta qual è il fenomeno a cui si fa riferimento quando si parla genericamente di “ponderazione”. Ad esempio, si potrebbe distinguere (in mancanza di una terminologia più felice) tra una ponderazione intesa come specifica tecnica argomentativa (nella terminologia di Atienza, la ponderazione “in senso stretto”), e una ponderazione intesa come logica sottesa a varie scelte interne al ragionamento giuridico (cioè come generico procedimento intellettuale che sovrintende a varie operazioni svolte dai giuristi)⁷.

In secondo luogo, è vero che in molti dei contesti evocati da Atienza come istanze di ponderazione è presente una attività ponderativa. Tuttavia, in molti degli esempi forniti da Atienza, la ponderazione (in senso stretto) opera solo come specifico elemento di un ragionamento più complesso e in gran parte ben distinguibile dalla ponderazione stessa; con la conseguenza che Atienza sembra scambiare, quantomeno sul piano terminologico, la parte con il tutto. Questo è particolarmente chiaro a proposito della circostanza che, come abbiamo visto, Atienza chiama ponderazione anche l'applicazione di una regola individuata a seguito di ponderazione (in senso stretto): attività, questa, che in realtà è una pura e semplice sussunzione, e non si vede cosa si guadagni a chiamarla ponde-

(⁶) Si vedano in particolare M. ATIENZA, *Giuridificare la bioetica. Una proposta metodologica*, in «Ragion pratica», 6, 1996, pp. 123-143; ID., *Ponderación y sentido común jurídico*, cit., § 2. Con ciò non intendo comunque escludere che una componente intuitiva sia presente anche nella ponderazione in senso stretto.

(⁷) Introduco e sviluppo questa distinzione tra “bilanciamento come tecnica” e “bilanciamento come logica” in G. PINO, *Diritti e interpretazione*, il Mulino, Bologna 2010, cap. VI; in senso analogo cfr. anche M. BARBERIS, *Legittima difesa e bilanciamenti*, in A. BERNARDI, B. PASTORE, A. PUGIOTTO (a cura di), *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare*, Giuffrè, Milano 2008, pp. 85-104 (spec. pp. 86-89), che distingue tra bilanciamento in senso stretto (= bilanciamento come tecnica) e bilanciamento in senso lato (= bilanciamento come logica).

razione per il solo fatto che la regola applicata (sussuntivamente) sia stata previamente elaborata a seguito di una ponderazione. E considerazioni analoghe si possono fare anche per gli altri esempi indicati da Atienza, in particolare a proposito della “correzione” delle lacune assiologiche: ad esempio, i casi sub *a*) e *b*) (riportati poco sopra) di correzione di una lacuna assiologica possono essere di volta in volta considerati come istanze di defettibilità, di interpretazione teleologica o di interpretazione adeguatrice.

Ripeto: non ho obiezioni all’idea che in operazioni di questo tipo sia presente qualche tipo di ponderazione (anche se spesso si tratterà solo di una ponderazione intesa “come logica”, non una ponderazione in senso stretto); ma mi sembra fuorviante riferirsi a queste operazioni come ponderazione *tout court*.

Forse si tratta solo di una questione di parole. Tuttavia, la chiarezza del linguaggio, oltre ad essere apprezzabile in sé, qui ha anche una funzione più pregnante. Infatti, un uso indiscriminato del concetto di ponderazione porta con sé il rischio di estendere, ad operazioni che spesso sono poco più (o poco meno) che intuitive, la patente di razionalità o comunque di presentabilità che da Atienza viene ancorché faticosamente attribuita alla ponderazione in senso stretto. Con ciò dando credito a molte operazioni giudiziali di un carattere strutturato, razionale, che non sembra corrispondere alla realtà.

1.2. *Atienza su casi facili, casi difficili, e unica risposta corretta*

Atienza distingue tra casi facili e casi difficili in questo modo⁸: i casi facili sono i casi che tutti i giuristi, o la maggior parte di essi, risolverebbero allo stesso modo; sono casi che non presentano dubbi né sulla *quaestio facti* né sulla *quaestio iuris*, e pertanto la giustificazione della decisione si limita ad una deduzione della conclusione dalle (pacifiche) premesse. I casi difficili sono i casi in cui le premesse (normativa o fattuale) del sillogismo giudiziale presentano dubbi di vario tipo, il che crea disaccordi tra i giuristi sulla soluzione da adottare; in questi casi, la soluzione richiederà di far ricorso a ragio-

⁽⁸⁾ M. ATIENZA, *Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos*, in «Isonomía», 6, 1997, pp. 7-30 (spec. pp. 8-13); ID., *Algunas tesis sobre el razonamiento judicial*, cit., § 3.

namenti di vario tipo (diversi dalla semplice deduzione) per giustificare le premesse in definitiva adottate per la decisione.

La distinzione tra casi facili e casi difficili, secondo Atienza, non è netta: sia perché possono presentarsi casi di penombra, in cui non è chiaro se siamo in presenza di un caso chiaro o di un caso difficile; sia perché è una distinzione contestuale: un caso chiaro può diventare difficile col cambiare di certi fattori sociali, economici, tecnologici, ecc.

Inoltre, secondo Atienza la distinzione tra casi facili e casi difficili non è neanche esaustiva, perché occorre integrare il quadro con altri due tipi di casi: i casi “intermedi”, e i casi “tragici”⁹. I casi intermedi sono casi che a prima vista non sono (o non sembrano) facili, e dunque esigono una fase di studio o di riflessione più o meno ardua ma che, una volta esaurita questa fase, ammettono effettivamente una soluzione unanime o maggioritaria. I casi tragici sono i casi in cui non c’è alcuna soluzione corretta, nel senso che qualunque soluzione del caso è insoddisfacente.

Infine, secondo Atienza, quasi sempre (cioè, con l’eccezione dei casi tragici) un caso giudiziale ammette un’unica risposta corretta; questo perché i casi giudiziali pongono al giudice un problema di tipo binario (colpevole/innocente, valido/invalido, ecc.), e quasi sempre una delle due risposte possibili è superiore, preferibile rispetto all’altra, perché le ragioni a favore dell’una saranno superiori alle ragioni a favore dell’altra: e quella sarà la risposta (l’unica risposta) corretta¹⁰.

Ora, in questo quadro – che spero di aver ricostruito correttamente – mi sembra che non tutto torni. Ad esempio, la nozione di “caso intermedio” sembra invero un po’ inutile: un caso intermedio, per come definito da Atienza, non sembra altro che un caso inizialmente difficile (cioè un caso sulla cui soluzione non c’è accordo tra giuristi), che però con il tempo diventa facile, magari in virtù del principio di autorità (ad es., è stato deciso da una corte superiore). Quindi, se visto diacronicamente, un caso intermedio è semplicemente un caso difficile in un primo momento T_1 , e un caso facile nel successivo momento T_2 . Non sembra dunque una nozione autonoma rispetto alle

⁽⁹⁾ M. ATIENZA, *Los límites de la interpretación constitucional*, cit., pp. 13-16. Atienza riprende la nozione di caso intermedio da A. BARAK, *La discrezionalità del giudice*, Giuffrè, Milano 1995 [1989], pp. 44-45.

⁽¹⁰⁾ M. ATIENZA, *Algunas tesis sobre el razonamiento judicial*, cit., § 9.

nozioni di caso facile e caso difficile, soprattutto se si tiene presente che secondo Atienza (e su questo sono d'accordo con lui) la distinzione tra casi facili e casi difficili è una distinzione contestuale.

Per quanto riguarda la nozione di “unica risposta corretta” (per i casi difficili), si può notare innanzitutto che Atienza sembra cambiare un po' i termini con cui questa questione viene solitamente discussa in teoria del diritto, o quantomeno in teoria dell'interpretazione. In questi contesti, infatti, se non mi sbaglio, il problema dell'unica risposta corretta è solitamente riferito all'esistenza di un problema interpretativo, ad una *quaestio iuris*: è cioè il problema se esista o meno una (unica) *interpretazione* vera, se l'attività interpretativa sia valutabile in termini di correttezza o addirittura di verità sulla base di criteri oggettivi, o se invece sia una attività irrimediabilmente decisoria, e al limite soggettiva e perfino irrazionale. Atienza, come dicevo, cambia un po' i termini della questione perché la riformula nel senso se vi sia una unica risposta corretta *ai casi giudiziari*, il che evidentemente include non solo la *quaestio iuris* ma anche la *quaestio facti*. Così riformulata la questione dell'unica risposta corretta, l'approccio “minimalista” di Atienza (secondo cui, ricordo, essendo i casi giudiziari suscettibili di una risposta binaria, una delle due risposte possibili è quella giusta) effettivamente potrebbe anche funzionare: ad esempio perché un giudice potrebbe ritenere che, anche davanti ad un dubbio interpretativo, o magari proprio *a causa* del dubbio interpretativo, la soluzione giusta sia comunque di assolvere l'imputato (e questo vale a maggior ragione, almeno nei processi penali, per i dubbi sulla premessa fattuale: *in dubio pro reo*). Quindi, Atienza ha parzialmente ragione a sostenere che i casi giudiziari possano facilmente avere una risposta corretta (nel senso di: migliore rispetto alla risposta alternativa), ma a costo di evitare di prendere posizione sugli aspetti più spinosi e filosoficamente più interessanti del dibattito su cognitivism e scetticismo interpretativo.

Concludo su questo punto evidenziando due complicazioni che, a mio parere, Atienza non sembra prendere adeguatamente in considerazione.

Innanzitutto, sembra un po' semplicistica l'idea di Atienza secondo cui il giudice si trovi quasi sempre davanti ad una questione di tipo binario (colpevole/innocente, valido/invalido...). È vero che questo sembra il modo normale di presentarsi dei casi giudiziari, ma molto

spesso la decisione di un caso giudiziario (come inteso da Atienza) pone problemi che non ammettono una risposta binaria. Ad esempio: in questo caso, qual è la pena giusta? Qual è il giusto ammontare del risarcimento da responsabilità civile? Quale significato si può attribuire a questa disposizione di legge per evitare di doverla considerare incostituzionale? In questi e consimili casi, che comunque non sono di per sé casi tragici, l'unica risposta corretta così come intesa da Atienza (cioè la risposta migliore tra due) semplicemente non c'è.

In secondo luogo, è ovvio che per giudicare una risposta ad un caso difficile come migliore della sua possibile alternativa occorre un criterio; e questo criterio, secondo Atienza, non può essere il mero consenso dei giuristi (peraltro, se il consenso ci fosse non avremmo più a che fare con un caso difficile; ovvero, la tesi della risposta corretta convertirebbe tutti i casi difficili quantomeno in casi "intermedi"). Il criterio, dunque, non può che rimandare ad un che di oggettivo, che prescinde dal consenso della comunità dei giuristi.

Ebbene, secondo Atienza parlare di una (unica) risposta corretta è possibile, perché si può fare affidamento su un "oggettivismo morale minimo", che però non porta a far coincidere il diritto con la morale o la giustizia¹¹. A questo punto sarebbe interessante capire meglio in cosa consista questo oggettivismo morale minimo, che evidentemente assume un ruolo fondamentale non solo per la questione dell'unica risposta corretta ma per l'intera teoria (non-positivista) del diritto di Atienza. Ma purtroppo, su questo punto, la nostra curiosità non viene soddisfatta.

2. *Contesto di giustificazione e contesto di scoperta*

Un punto su cui Atienza ha spesso insistito in alcuni suoi lavori recenti sul ragionamento giuridico riguarda la debolezza della distinzione tra contesto di giustificazione e contesto di scoperta delle decisioni giudiziali¹². Come è noto questa distinzione, originariamen-

(¹¹) M. ATIENZA, *El derecho como argumentación*, cit., p. 56; Id., *Algunas tesis sobre el razonamiento judicial*, cit., § 9.

(¹²) M. ATIENZA, *De nuevo sobre la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación en las decisiones judiciales*, in AA.VV., *El derecho en red. Estudios*

te formulata nell'ambito della filosofia della scienza, è stata impiegata nella teoria contemporanea del ragionamento giuridico al fine di catturare la differenza tra i criteri di correttezza di una decisione (contesto di giustificazione) e i fattori – psicologici, sociologici, ideologici – che di fatto condizionano il decisore nel prendere una certa decisione.

A questo proposito, pur riconoscendo che questa distinzione è utile a certi fini¹³, Atienza prende le distanze dalle teorie contemporanee dell'argomentazione giuridica: per un verso perché tali teorie si concentrano esclusivamente sul contesto di giustificazione, ignorando programmaticamente tutto quanto attiene al contesto di scoperta; e per altro verso perché non colgono le interazioni e sovrapposizioni tra i due contesti: secondo Atienza, infatti, «las razones que explican pueden ser también razones que justifican»¹⁴. Più in particolare, secondo Atienza anche il processo di scoperta ha una sua “logica”, che vale la pena indagare, e che fa sì che il giudice, di fatto, non arrivi ad una certa decisione se non la ritiene anche giustificata; e inoltre, se ci si pone nella dimensione *pragmatica* (dialettica o retorica) dell'argomentazione, una argomentazione è “valida” (e dunque giustificata) quando *di fatto* convince – per cui almeno da questo punto di vista la distinzione tra contesto di scoperta e di giustificazione collassa¹⁵.

Ritengo che la proposta di problematizzare e relativizzare la distinzione tra contesto di giustificazione e contesto di scoperta, possa essere interessante e promettente anche al di fuori della teoria dell'argomentazione di Atienza¹⁶. Prima di spiegare in che senso, però, mi

en homenaje al profesor Mario G. Losano, Dykinson, Madrid 2006, pp. 585-595; ID., *El derecho como argumentación*, cit., pp. 99-106; pp. 195-197; ID., *Algunas tesis sobre el razonamiento judicial*, cit., § 2.

(¹³) In particolare, per mostrare che la componente sillogistica è necessaria ma non sufficiente nella giustificazione della decisione giudiziale, e nel ricordare ai giudici che devono fornire buone ragioni a sostegno delle loro decisioni: cfr. M. ATIENZA, *Algunas tesis sobre el razonamiento judicial*, cit., § 2.

(¹⁴) *Ibid.*; poco prima Atienza afferma che elementi di carattere esplicativo svolgono un ruolo anche nella giustificazione.

(¹⁵) M. ATIENZA, *De nuevo sobre la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación en las decisiones judiciales*, cit., p. 593; ID., *El derecho como argumentación*, cit., pp. 104-105; ID., *Algunas tesis sobre el razonamiento judicial*, cit., § 2.

(¹⁶) Per una critica su basi principalmente epistemologiche dell'uso della distinzione tra contesto di giustificazione e contesto di scoperta ai fini dell'analisi del ragionamento giuridico, cfr. T. MAZZARESE, *Scoperta vs. giustificazione. Una distinzione dubbia in tema*

sembra opportuno precisare che cosa la distinzione tra contesto di scoperta e contesto di giustificazione *non è* (e perché, dunque, a mio parere la proposta di Atienza presenti alcune forzature).

A questo proposito, mi sembra utile ricordare che la distinzione tra contesto di giustificazione e contesto di scoperta è, e comunque viene di solito usata, come *uno strumento di analisi dell'argomentazione giuridica*; e da questo punto di vista, come ben dice lo stesso Atienza, la distinzione ha senso essenzialmente come questione di "prospettiva", o di punto di vista¹⁷: una cosa è studiare o analizzare i fattori che di fatto possono aver determinato (o potrebbero determinare in futuro) una certa decisione giudiziale, altra cosa è studiare o analizzare le decisioni giudiziali sotto il profilo della loro correttezza argomentativa. Ora, è vero che, a partire da questa distinzione, la teoria contemporanea del ragionamento giuridico si è concentrata pressoché esclusivamente sul contesto di giustificazione, disinteressandosi del contesto di scoperta – e questo, come dirò tra poco, è certamente un peccato. La ragione tradizionale di questa preferenza è nota: il contesto di giustificazione è reso chiaramente visibile da un documento pubblico (la motivazione della sentenza), che è per sua natura destinato alla lettura, all'analisi e alla critica endo- ed extra-processuale, mentre per la ricostruzione del contesto di scoperta occorre affidarsi ad indagini empirico-sociologiche o a speculazioni psicologiche; e queste ultime sono tradizionalmente concepite non solo come più aleatorie dal punto di vista epistemologico rispetto all'analisi logica o argomentativa di un testo scritto, ma anche estranee ad un discorso specificamente giuridico¹⁸.

di decisioni giudiziali, in «Analisi e diritto», 1995, pp. 145-196; EAD., *Forme di razionalità delle decisioni giudiziali*, Giappichelli, Torino 1996, cap. 3.

(¹⁷) M. ATIENZA, *De nuevo sobre la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación en las decisiones judiciales*, cit., p. 586.

(¹⁸) Per un chiaro ed esplicito atteggiamento di questo tipo, cfr. ad es. R. GUASTINI, *Teorie dell'interpretazione. Lo stato dell'arte*, in «Lavoro e diritto», 2-3, 2014, pp. 233-246. Non intendo sostenere che questo ambito di indagini e speculazioni (empiriche, sociologiche, psicologiche) porti necessariamente l'esame delle decisioni giudiziali in un territorio misterioso e insondabile. Ma è certo che, rispetto alle alternative attualmente praticabili, la motivazione esplicita di una decisione giudiziale, calata in un documento scritto e pubblico, dia ai destinatari delle decisioni giudiziali (destinatari in senso ampio: inclusa l'opinione pubblica) un punto di riferimento certo e facilmente conoscibile, il che è funzionale a tutta una serie di obiettivi di carattere giuridico (tra cui il diritto di difesa) ed etico-politico.

D'accordo. Ma ciò non significa (e non mi risulta che alcun teorico dell'argomentazione giuridica lo abbia mai sostenuto) che chi usa questa distinzione come strumento di analisi dell'argomentazione giuridica sostenga anche che *il diritto* non si occupi o non si debba occupare del contesto di scoperta, ma solo di quello di giustificazione¹⁹; al contrario, è palese che il diritto cerchi in vario modo di intervenire sul processo psicologico e sul contesto fattuale in cui viene presa la decisione giudiziale, per mezzo di istituti ben conosciuti come l'astensione e la ricusazione del giudice, l'isolamento fisico e l'obbligo di riservatezza del collegio giudicante o della giuria nel corso della camera di consiglio, il trasferimento del processo ad altra sede ove si verificano fatti che possano turbare la serenità di giudizio della corte, il trasferimento dei magistrati per incompatibilità ambientale, il reato di corruzione in atti giudiziari, e così via. E tutto ciò non ha nulla a che fare con la distinzione tra contesto di giustificazione e contesto di scoperta intesa come *strumento di analisi dell'argomentazione giuridica* (anche perché molti di questi istituti operano anche prima che una decisione giudiziale sia effettivamente presa).

Inoltre, non trovo nemmeno molto convincente l'affermazione di Atienza secondo cui l'impossibilità di separare il contesto di scoperta da quello di giustificazione sarebbe chiaramente dimostrata da istituti come l'indipendenza e l'imparzialità dei giudici, istituti che secondo Atienza avrebbero come obiettivo quello di realizzare una coincidenza tra contesto di giustificazione e contesto di scoperta²⁰. A mio parere, al contrario, questi istituti finiscono per dimostrare proprio la bontà della distinzione tra i due contesti della decisione giudiziale. Infatti, gli istituti dell'imparzialità e indipendenza dei giudici sono finalizzati a neutralizzare certi fattori psicologici e fattuali (certi "motivi") che possono influenzare il giudizio, fattori che possono

(¹⁹) Questo sembra sostenere M. ATIENZA, *De nuevo sobre la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación en las decisiones judiciales*, cit., pp. 593-594, riprendendo J. AGUILÓ REGLA, *De nuevo sobre "independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica"*, in «Jueces para la democracia», 46, 2003, pp. 47-55, a p. 48 («un lugar común de la teoría estándar de la argumentación jurídica es que *el Derecho* está interesado en el contexto de justificación de las decisiones y no en el de descubrimiento») (corsivo aggiunto); cfr. anche pp. 52; 54).

(²⁰) M. ATIENZA, *De nuevo sobre la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación en las decisiones judiciales*, cit., pp. 593-594.

pregiudicare la credibilità del giudice anche qualora prenda una decisione sulla base di “ragioni” ineccepibili dal punto di vista giustificatorio. Questo mostra non che tra i due piani non c’è differenza, ma al contrario *a*) che la distinzione tra i due piani ha pienamente senso; e *b*) che a volte è, nuovamente, *giuridicamente* rilevante non solo il contesto di giustificazione ma anche il contesto di scoperta: ad esempio, un giudizio reso da un giudice non indipendente o non imparziale risulterebbe viziato, quantomeno in alcuni casi (si pensi al caso del giudice corrotto, o del giudice che ha legami di parentela con una delle parti), anche se la decisione dovesse risultare del tutto corretta dal punto di vista delle ragioni giustificative.

Ciò detto, credo si debba convenire con Atienza (anche se per ragioni parzialmente diverse dalle sue²¹) che in alcuni casi il confine tra contesto di scoperta e contesto di giustificazione tenda ad assottigliarsi, e che in alcuni casi l’analisi del ragionamento giudiziale coinvolga tanto il contesto di scoperta quanto il contesto di giustificazione. Qui di seguito indicherò tre ordini di considerazioni che mi sembrano in vario modo significative a questo riguardo.

2.1. *L’andamento dialettico dell’interpretazione*

Un primo ordine di considerazioni che portano ad assottigliare il confine tra contesto di giustificazione e contesto di scoperta consiste in quello che, in mancanza di meglio, potremmo chiamare “andamento dialettico dell’interpretazione (o dell’argomentazione)”.

Si tratta di questo: secondo una plausibile raffigurazione, il processo interpretativo²² parte da una ipotesi iniziale, cioè da una possibile, intuitiva soluzione ad un problema interpretativo (“N è il significato della disposizione D”, “dal principio P si può ricavare la regola R”, e così via) e, passando via via in rassegna vari argomenti a favore e contro l’ipotesi di partenza (praticabilità di certi metodi interpretativi, consenso effettivo o ipotetico della comunità giuridica

(²¹) Si ricordi (cfr. *supra*, nota 15 e testo corrispondente) che secondo Atienza la precarietà della distinzione tra contesto di giustificazione e contesto di scoperta dipende per un verso dall’opportunità di prendere sul serio la logica della scoperta, e per altro verso dal fatto che nella dimensione pragmatica dell’argomentazione i due contesti sono indistinguibili: una buona argomentazione è una argomentazione che di fatto convince (ragioni esplicative e ragioni giustificative coincidono).

(²²) Con le debite differenze il discorso può essere esteso anche alla *quaestio facti*.

su una certa interpretazione, ragionevolezza della sua applicazione al caso concreto, ecc.), si arresta quando l'interprete raggiunge una posizione di equilibrio, cioè quando l'interprete ritiene di aver vagliato in maniera soddisfacente tutte le considerazioni rilevanti (tutte quelle che è effettivamente riuscito a rappresentarsi, o che ha ritenuto opportuno valutare, ovviamente) nel punto terminale del processo interpretativo, quello in cui l'interprete formula l'interpretazione-prodotto, l'interprete potrà o confermare l'ipotesi di partenza, che evidentemente ha superato il vaglio degli argomenti a favore o contro, o avanzare una diversa proposta interpretativa, che l'interprete considera maggiormente adeguata alla luce dei fattori presi in considerazione durante il processo interpretativo²³.

Ora, tutto questo appartiene evidentemente al dominio del contesto di scoperta. Tuttavia, basta leggere qualunque sentenza minimamente elaborata per vedere che assai spesso questo andamento dialettico si riflette anche nella motivazione esplicita della decisione giudiziale: nella giustificazione della premessa maggiore normativa del sillogismo decisionale, il giudice assai spesso non si limita ad enunciare l'interpretazione prescelta e gli argomenti in favore di essa, ma passa esplicitamente in rassegna possibili obiezioni e possibili alternative (cosa in parte dovuta alla stessa struttura triadica del processo, che fa sì che il giudice debba anche prendere in considerazione gli argomenti e controargomenti presentati dalle parti). In questi casi, abbastanza frequenti, sembra che il confine tra contesto di giustificazione e contesto di scoperta si assottigli, che il primo "mimi" il secondo.

Certo, anche in questi casi sarà sempre possibile spingere l'indagine sul contesto di scoperta più in profondità (sulle meno visibili ragioni esplicative di carattere psicologico o culturale che stanno dietro il percorso argomentativo del giudice), e sarà sempre possibile dubitare della sincerità delle ragioni giustificative (corrispondono davvero alle ragioni esplicative?). Insomma, in questi casi il confine tra contesto di scoperta e contesto di giustificazione si assottiglia, ma

(²³) Per una raffigurazione in termini analoghi del processo interpretativo, cfr. P. CHIASSONI, *La defettibilità nel diritto*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 2008, pp. 471-506 (spec. p. 485); G. PINO, *Teoria analitica del diritto I. La norma giuridica*, Ets, Pisa 2016, pp. 31-35; p. 137.

non scomparire: e la scelta della profondità a cui portare l'indagine sulle ragioni esplicative dipenderà dagli interessi epistemologici o pratici che muovono l'indagine stessa. (Si ricordi che la differenza tra contesto di giustificazione e contesto di scoperta, e direi anche tra i vari possibili livelli dei contesti di scoperta, è una questione di prospettiva²⁴).

2.2. La "forza civilizzatrice" del contesto di giustificazione

Un secondo ordine di considerazioni che portano ad assottigliare il confine tra contesto di giustificazione e contesto di scoperta consiste in un adattamento all'ambito del ragionamento giuridico di ciò che Jon Elster ha chiamato «la forza civilizzatrice dell'ipocrisia»²⁵.

L'idea è la seguente: le decisioni giudiziali devono essere motivate, e nella motivazione il giudice deve esplicitare le ragioni idonee a giustificare la decisione; queste ragioni contano come "buone" ragioni, come ragioni "corrette", solo se possono essere tratte in maniera convincente dal diritto positivo, ampiamente inteso (cioè inteso come insieme composito di fonti, regole, principi, canoni interpretativi, ecc.)²⁶. La motivazione assolve a funzioni endo- ed extra-procesuali ben note²⁷, che in linea di massima possono essere ricondotte alla garanzia delle parti nel processo (dando alla parte soccombente e ai giudici dell'impugnazione un punto di riferimento per contestare la fondatezza della decisione assunta), e alla *accountability* del

(²⁴) M. ATIENZA, *De nuevo sobre la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación en las decisiones judiciales*, cit., p. 589, ricorda (seguendo D. GONZÁLEZ LAGIER, *Hechos y argumentos (Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal) (II)*, in «Jueces para la democracia», 47, 2003, pp. 35-51; p. 46), che si possono distinguere due accezioni di contesto di scoperta: una accezione debole, che consiste nella mera formulazione di una ipotesi (ad esempio una ipotesi di soluzione ad un problema interpretativo), anche per mera intuizione; e una accezione forte, che consiste nella decisione consapevole e ragionata di far propria quella ipotesi, perché la si ritiene ben fondata. Ebbene, la distinzione tra contesto di scoperta e contesto di giustificazione è netta se si adotta una accezione debole di scoperta, e invece sfumata se si adotta una accezione forte di scoperta. Come dico nel testo, la scelta tra l'una accezione o l'altra dipende dagli interessi epistemologici e pratici dell'indagine.

(²⁵) J. ELSTER, *Argomentare e negoziare*, Anabasi, Milano 1993, cap. 6.

(²⁶) Nuovamente, questo discorso riguarda la *quaestio iuris*, ma con le debite, ovvie differenze può essere esteso anche alla *quaestio facti*.

(²⁷) Un classico a questo proposito è M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, Cedam, Padova 1975.

potere giudiziario nei confronti dell'opinione pubblica. Ma si può anche ipotizzare che, di fatto, l'obbligo di motivazione produca o possa produrre un risultato ulteriore, quasi subliminale, che consiste nell'addestrare il giudice a ragionare (solo) sulla base di argomenti giuridici spendibili in una motivazione pubblica. L'ipotesi, cioè, è che l'addestramento e la pratica professionale dei giudici possano incidere anche sul loro modo di ragionare²⁸, e che l'obbligo di motivazione delle decisioni giudiziarie funzioni non solo come contesto di giustificazione, ma anche come strumento di disciplinamento del contesto di scoperta.

Si tratta solo di una ipotesi, che personalmente ritengo molto plausibile ma che non ho la possibilità, qui, di argomentare in modo lontanamente soddisfacente. Mi limito solo ad osservare che, per quanto la mente umana sia in definitiva insondabile, e senza voler affatto risuscitare le viete immagini del giudice-automa, sarebbe comunque ben strano se anni e anni di formazione giuridica e di addestramento e pratica professionale non lasciassero altra traccia, nel modo di ragionare del giudice, che la possibilità di usare norme e schemi di argomentazione giuridica *unicamente* come paravento posticcio e razionalizzazione a posteriori di una decisione presa su basi totalmente indipendenti²⁹.

Tre brevi precisazioni per concludere su questo punto.

In primo luogo, che la motivazione operi come una mera razionalizzazione a posteriori di una decisione presa per ragioni opportunistiche o comunque inconfessabili (simpatie o antipatie personali, affinità politica, piaggeria verso i potenti, corruzione, cattiva digestione, lancio di una monetina, visione mistica, ecc.) è, evidentemente, sempre possibile; ciò che sto dicendo è però che è assai probabile che un ragionamento propriamente *giuridico* rappresenti la modalità *di default* anche del contesto di scoperta; e che anzi sarebbe patologico se un giudice (nonostante anni e anni di formazione e pratica

⁽²⁸⁾ Cioè quantomeno sul contesto di scoperta "in senso forte": cfr. *supra*, nota 24.

⁽²⁹⁾ Se l'immagine del giudice che emerge dal testo può sembrare troppo edulcorata, si provi a sostituire qui la figura del giudice con quella di uno scienziato o di un medico: se è implausibile pensare che un medico non *ragioni* sulla base di categorie e concetti medici, e uno scienziato sulla base di categorie e concetti scientifici, perché dovrebbe essere implausibile immaginare che un giudice *ragioni* (e non solo motivi formalmente le sue decisioni) sulla base di categorie giuridiche?

professionale ecc.) non ragionasse *mai*, nel contesto di scoperta, sulla base di norme e argomenti giuridici.

In secondo luogo, nulla in ciò che sto dicendo implica che vi sia una esatta corrispondenza tra contesto di scoperta e contesto di giustificazione (cioè che la giustificazione formalmente prodotta sia identica al ragionamento giuridico di fatto maturato nella testa del giudice): il ragionamento giuridico formalizzato nella motivazione esplicita della decisione giudiziale rappresenta certamente una versione “presentabile”, una “bella copia”, rispetto al ragionamento giuridico che ha luogo in maniera certamente più disordinata, sincopata, non lineare, nel contesto di scoperta.

In terzo luogo, l'ipotesi qui avanzata della possibile, tendenziale convergenza (o parziale sovrapposizione) tra contesto di scoperta e contesto di giustificazione, ammesso che la si consideri plausibile, può certamente avere un notevole interesse teorico (per una migliore, più completa conoscenza e ricostruzione del ragionamento giudiziale) e pratico (dal punto di vista della prevedibilità delle decisioni giudiziarie), ma non scalfisce l'idea fondamentale su cui si basa la distinzione tra i due contesti e cioè che, ai fini della valutazione della correttezza del percorso argomentativo che fonda la decisione, normalmente³⁰ contano solo le ragioni esplicitamente addotte nella motivazione, e resta del tutto sullo sfondo, e di solito in gran parte irrilevante, il profilo della sincerità del decisore quanto alla sua intima adesione alle ragioni esplicitamente addotte nel contesto di giustificazione³¹.

(³⁰) Cioè salvo i casi in cui documenti o circostanze esterne al processo possano provare l'assenza di imparzialità da parte del giudice (cfr. *supra*, nota 20 e testo corrispondente): ma in questi casi siamo già fuori dalla questione della correttezza dell'argomentazione svolta dal giudice.

(³¹) Cfr. N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford 1978, pp. 14-15: «insincerity is an evident possibility. [...] But insincerity is even more revealing than sincerity». Che un giudice renda una motivazione che egli stesso intimamente ritenga del tutto infondata, non giustificata o anche ingiusta, è cosa forse improbabile, ma di certo non inconcepibile; mentre di contro sarebbe incongrua una motivazione *esplicitamente* formulata nel seguente tenore: «applico la norma N anche se non credo di avere alcuna ragione per applicarla» (sarebbe un atto linguistico analogo a «il gatto è sul tappeto, ma non ci credo»: J.L. AUSTIN, *How to Do Things with Words*, Harvard University Press, Cambridge (MA) 1975 [1962], pp. 48-49).

2.3. *Il posto delle ideologie giuridiche*

Un terzo ordine di considerazioni che portano ad assottigliare il confine tra contesto di giustificazione e contesto di scoperta, e che forse è solo un modo diverso di presentare quanto già detto al punto precedente, muove dalla banale osservazione che il giurista ha, normalmente a disposizione un arsenale molto ricco di strumenti per giustificare le sue decisioni: li potremmo chiamare in senso ampio tecniche interpretative, tenendo comunque presente che questa categoria è qui intesa ad includere non solo le tecniche dell'interpretazione "in senso stretto" o "testuale" (ricorso al significato letterale, all'intenzione del legislatore, ecc.), ma anche tecniche ulteriori talvolta chiamate "produttive" o "integrative" (come l'analogia, il bilanciamento, la concretizzazione di principi, l'individuazione di principi impliciti, la defettibilità...), che non consistono semplicemente nell'ascrizione di un significato ad un testo giuridico.

Ebbene, come è noto, le tecniche interpretative normalmente ammesse all'interno di una cultura giuridica sono molteplici; inoltre, *ciascuna* di queste tecniche può essere spesso usata in più modi (si pensi ai diversi possibili significati di "significato letterale" o di "intenzione del legislatore"); e infine, uno stesso problema interpretativo può trovare risposte diverse a seconda della tecnica interpretativa utilizzata (o del modo in cui si utilizza una stessa tecnica interpretativa)³². Tutto ciò rende necessario per il giurista, o quantomeno per il giurista metodologicamente "consapevole"³³, dotarsi di uno schema di organizzazione, per quanto generico e defettibile, delle tecniche interpretative disponibili: uno schema che, nella trattazione della *quaestio iuris*, gli indichi (ripeto: anche in maniera generica e rivedibile): *a*) a quali tecniche interpretative fare ricorso, e in che modo (ad esempio: l'intenzione del legislatore deve essere intesa in senso storico e psicologico, cioè "soggettivo", oppure in senso "oggettivo"?), e con quale ordine di priorità (ad esempio, fare ricorso all'interpretazione sistematica solo quando il significato letterale è incerto); *b*) a quale

(³²) Tutto ciò, ovviamente, è perfettamente noto ad Atienza: cfr. M. ATIENZA, *Algunas tesis sobre el razonamiento judicial*, cit., § 7.

(³³) Come già detto sopra, non si può escludere la possibilità che il giurista prenda (talvolta, o spesso) decisioni in maniera metodologicamente inconsapevole, non riflessiva. Ma sarebbe decisamente patologico il caso di un giurista che non si ponesse *mai* il problema di quali tecniche interpretative usare, di come usarle, e con quale ordine di preferenza.

tecnica dare preferenza nel caso in cui più tecniche disponibili diano risultati contrastanti; c) come “legare”, gerarchizzare, e fare interagire i diversi materiali normativi come la costituzione, le leggi, le fonti sublegislative, le fonti straniere, i precedenti giurisprudenziali, le opinioni dottrinali, ecc.

Propongo di chiamare questo schema di lavoro del giurista “ideologia giuridica”, o “ideologia delle fonti”³⁴. La scelta del termine “ideologia”, a questo proposito, non intende rimandare ad accezioni spregiative come quella marxista di falsa coscienza, o di manipolazione propagandistica, ma piuttosto intende veicolare, in maniera del tutto neutra, l’idea che la scelta e l’uso da parte del giurista di un certo schema di lavoro anziché di un altro abbia un carattere decisamente etico-politico: attiene infatti al modo in cui il giurista, in special modo se “pratico” (il giudice), concepisce il proprio lavoro all’interno – e la propria posizione nei confronti – del diritto positivo.

Ad evitare equivoci, è opportuno sottolineare subito che l’ideologia giuridica non deve essere intesa come un algoritmo, o comunque come un insieme di criteri fissi e precisi che il giurista andrà ad applicare assiomaticamente nella trattazione di ogni *quaestio iuris* che gli si presenti: come ho già detto, i criteri che compongono l’ideologia giuridica, e la loro ordinazione, possono essere generici e rivedibili, e possono anche legittimare risposte diverse ad uno stesso problema interpretativo o applicativo; inoltre, è del tutto possibile che il giurista non arrivi alla decisione semplicemente mettendo in pratica un metodo, ma piuttosto facendo interagire, in una sorta di circolo ermeneutico, o di equilibrio riflessivo, il risultato che gli sembra giusto con i metodi interpretativi che considera appropriati, selezionando e affinando reciprocamente l’uno alla luce degli altri³⁵.

Ebbene, la nozione di ideologia giuridica, che considero senza mezzi termini una nozione centrale per la comprensione e la spiega-

(³⁴) Per una maggiore articolazione di questa nozione, e per riferimenti a nozioni analoghe circolanti nella letteratura filosofico-giuridica, cfr. G. PINO, *L’applicabilità delle norme giuridiche*, in «Diritto & questioni pubbliche», 11, 2011, pp. 797-871 (spec. pp. 842 ss.); ID., *Teoria analitica del diritto I*, cit., pp. 154 ss.

(³⁵) Insiste su quest’ultimo punto E. DICOTTI, *Regola di riconoscimento e concezione retorica del diritto*, in «Diritto & questioni pubbliche», 7, 2007, pp. 9-42 (spec. pp. 33 e ss.), che però, diversamente da quanto sostenuto nel testo, arriva alla conclusione che non esiste qualcosa come una ideologia giuridica (come intesa qui) o, se esiste, non è conoscibile.

zione del lavoro del giurista, è trasversale al contesto di scoperta e al contesto di giustificazione, e può fornire tanto ragioni esplicative quanto ragioni giustificative. Se si osserva che il giudice ha preso una certa decisione “perché” aderisce ad una certa ideologia giuridica, il “perché” può far riferimento sia alle ragioni esplicative sia alle ragioni giustificative: l’ideologia giuridica può influenzare, se non determinare, *sia* la decisione del giudice e le ragioni a favore di essa per come di fatto si sono articolate nella sua mente, *sia* il percorso argomentativo esplicitamente formalizzato nella motivazione della sentenza. E ricostruire l’ideologia giuridica che fa da sfondo ad una certa decisione è un’operazione che può coinvolgere tanto il contesto di scoperta (l’insieme dei fattori causali, culturali ecc. che di fatto condizionano il giudice) quanto il contesto di giustificazione (la motivazione esplicita della sentenza).

Nuovamente, si ricordi che la differenza tra contesto di giustificazione e contesto di scoperta è una questione di prospettiva: e dunque è certamente possibile che, partendo da queste diverse prospettive di analisi delle decisioni giudiziali, si finisca talvolta per trovare le stesse cose: così, un medesimo ordine di considerazioni (ad esempio, il rispetto della lettera della legge per un giurista appassionatamente legalista) può figurare sia come fattore motivante della decisione dal punto di vista empirico, sia come criterio di correttezza della decisione stessa. Di conseguenza, la nozione di ideologia giuridica può servire allo stesso tempo sia per spiegare le decisioni giudiziali, ed eventualmente formularne ipotesi predittive, con i limiti poco sopra segnalati; sia per valutare la correttezza del percorso argomentativo: ad esempio per ricostruire il modo specifico in cui sono state impiegate certe tecniche interpretative, la coerenza del loro impiego rispetto all’ideologia giuridica sottostante all’argomentazione del giudice, per sottolineare che un certo stile di argomentazione rinvia ad una ideologia giuridica minoritaria, o criticabile su certe basi (ad esempio, perché obsoleta, o perché basata su presupposti palesemente falsi, o perché assiologicamente inadeguata rispetto all’ordinamento giuridico di riferimento, ecc.).

Così, e per concludere, il ricorso alla nozione di ideologia giuridica mostra nuovamente un assottigliarsi della distinzione tra contesto di scoperta e contesto di giustificazione. E nuovamente, il punto non è che questa distinzione diventi concettualmente priva di senso; è, piuttosto, che una completa comprensione della decisione giudi-

ziale passerà inevitabilmente, e in alcuni casi anche impercettibilmente, dall'un contesto all'altro.

Abstract

In questo lavoro prendo spunto da alcune tesi proposte da Manuel Atienza nell'ambito della sua articolata teoria del ragionamento giuridico e dell'argomentazione giuridica, per un verso per discuterle, e per altro verso per mostrare che alcune di esse possono essere utilmente sviluppate anche al di fuori dello specifico contesto giusteorico da cui provengono (la "teoria del diritto come argomentazione"). In particolare, dopo aver discusso alcune delle specifiche definizioni e distinzioni proposte da Atienza in tema di ragionamento giudiziale, mi soffermerò sulla critica che Atienza rivolge alla tradizionale distinzione tra contesto di giustificazione e contesto di scoperta delle decisioni giudiziali; a questo proposito cercherò di sostenere che, nonostante alcune forzature, la proposta di Atienza non sia priva di interesse, e che peraltro sia possibile elaborare questa idea in maniera parzialmente diversa da come fa Atienza.

The essay analyzes some ideas that compound the complex theory of legal reasoning defended by Manuel Atienza. The aim is twofold: on the one hand, I want to discuss these ideas; and on the other hand I want to show that some of these ideas can be usefully articulated and deployed also outside the specific framework of Atienza's legal theory (i.e., "law as argumentation"). In particular, I will first discuss some definitions and distinctions proposed by Atienza about legal reasoning; and then I will focus on Atienza's criticism on the traditional distinction between the context of discovery and the context of justification of judicial decisions. In this regard, I will try to argue that Atienza's proposal is indeed interesting and that it is also possible to articulate it in a somewhat different way.

Keywords

Atienza; ragionamento giuridico; ponderazione; contesto di giustificazione; contesto di scoperta.

Atienza; Legal Reasoning; Balancing; Context of Justification; Context of Discovery.