

Francesco Viola

---

**LA PERVASIVITÀ DEL  
RAGIONAMENTO GIURIDICO**

---

Estratto

*Francesco Viola*

## **LA PERVASIVITÀ DEL RAGIONAMENTO GIURIDICO**

Dal mio diario (perché ormai non posso che affidarmi a documenti scritti) risulta che l'11 marzo del 2011 ho partecipato ad una discussione di uno scritto di Giuseppe Terranova che riguardava le clausole generali. Negli appunti che allora avevo preso si sottolinea ripetutamente l'apprezzamento per un giurista libero dagli schemi e dai pregiudizi del sapere dogmatico, nemico del sapere assoluto senza per questo sposare un relativismo altrettanto assoluto, attento alla concretezza dell'esperienza giuridica, preoccupato di tenere insieme la teoria e la pratica del diritto senza asservire l'una all'altra.

Sono tutte qualità ancora oggi rare in un giurista, e che ritrovo riconfermate, rafforzate e spavalidamente esibite in questo ultimo scritto sul ragionamento giuridico. Ma ora c'è qualcosa in più.

C'è un cambiamento di registro che a tutta prima mi ha disorientato: ho temuto di perdere quella superiorità *secundum quid* che è necessaria in chi presenta il libro scritto da un collega. Si presume che l'invitato a presentare un libro abbia una particolare competenza che rende il suo giudizio rilevante, degno di attenzione e di discussione. Nel mio caso, non potendo vantare la competenza del giurista, non mi restava che aggrapparmi alla mia competenza filosofica e filosofico-giuridica come fattore di superiorità relativa nel giudicare in questo campo. Ma ora qualcosa è cambiato.

Ebbene, questa volta Giuseppe Terranova ha decisamente indossato i panni del filosofo, senza per questo dismettere quelli del giurista. Un doppio vestito! Badate bene, non è questo che mi ha stupito e spiazzato. Sono ormai abituato alle pretese filosofiche dei giuristi, soprattutto dei romanisti, dei costituzionalisti e dei privatisti. Si tratta nella maggior parte dei casi di incursioni estemporanee il cui sottinteso è che bisogna affidare

a loro l'insegnamento della filosofia del diritto. Ma non è questo il caso dell'interesse filosofico di Giuseppe Terranova.

Qualche sentore l'avevo già percepito in *Elogio dell'approssimazione* del 2015. Non solo Terranova discetta con competenza di filosofia del linguaggio, di filosofia analitica, di filosofia ermeneutica, di teoria del significato, di pragmatica linguistica e persino di fallacia naturalistica, ma soprattutto chiama in causa queste diverse prospettive filosofiche in modo appropriato, cioè in seguito ad una descrizione dell'esperienza giuridica che si allontana dalla visione standard dei giuristi e che per questo abbisogna di una conferma da parte degli studiosi del linguaggio umano, da cui il diritto non deve separarsi se vuole essere comunicativo. La specificità del diritto non deve spingersi fino al punto di sfuggire dal campo dell'esperienza umana.

Come sappiamo, il linguaggio giuridico è una commistione tra linguaggio tecnico e linguaggio ordinario. A questo punto sembra che Terranova rivolga il suo discorso più ai giuristi che ai filosofi e che intenda dire loro che la sua descrizione empirica della prassi giuridica, se è eterodossa rispetto alla visione standard dei giuristi, non lo è per l'orientamento consolidato nella linguistica del nostro tempo. Ecco, dunque, il percorso di Terranova: dal diritto alla filosofia e ritorno.

Siccome siamo coetanei, e solo la lontananza di sede accademica ha impedito quella collaborazione scientifica che sicuramente sarebbe stata fruttuosa, nel disperato tentativo di dire qualcosa di distintivo ho pensato che da parte mia sono arrivato a convinzioni molto simili a quelli di Terranova mediante un ben diverso percorso. È quasi superfluo riaffermare che condivido quasi totalmente la descrizione della vita del diritto positivo, della pratica dell'interpretazione giuridica e del modo d'intendere la scienza giuridica. Ho sempre sostenuto cose molto simili. Ma, al contrario di Terranova, cerco conferma nei giuristi e non nei filosofi. Dal mio punto di vista, i giuristi come Terranova sono preziosi, bisogna coltivarli, incoraggiarli a spingersi sempre più innanzi nell'*overruling*.

Anche la mia riflessione ha preso le mosse dal diritto, non però da un diritto esperito ma piuttosto da un diritto immaginato. Forse si adatta al mio caso l'ultima frase del libro di Terranova: "accanto alle conoscenze, all'intelligenza, al discernimento, serve anche l'immaginazione" (191). Certamente que-

sta immaginazione sembra un po' stupida accanto a proprietà intellettuali così elevate. Tuttavia mi ha condotto ad intuire ed a prefigurare molte delle cose che Terranova afferma sulla base della sua esperienza di giurista e del suo acume di teorico del diritto. Ma intuire non vuol dire dimostrare. Per questo, quando un giurista mi dice che ha tratto qualche profitto da un mio scritto, ne sono confortato perché ho bisogno di conferme credibili. Giuseppe Terranova è una conferma vivente della mia stupida immaginazione e della mia sfrenata fantasia. Che Dio lo conservi a lungo!

Tornando ora al libro che oggi dobbiamo discutere, la prima cosa che colpisce è il titolo. Perché mai intitolare "Il ragionamento giuridico" un libro che si occupa prevalentemente dell'interpretazione, del linguaggio, dei significati, dei concetti giuridici e delle scelte decisionali? Con questo titolo ci si aspetterebbe l'esplorazione delle forme principali dell'argomentazione giuridica, l'esame della teoria del discorso di Habermas e l'applicazione di essa al diritto ad opera di Alexy, la valutazione della teoria dell'argomentazione giuridica di Manuel Atienza, per citarne soltanto una, quella più recente. Niente di tutto questo. Eppure non credo che si tratti di una svista. Al contrario, sono propenso a vedervi il segno di un fiuto filosofico molto raffinato. Da più parti, infatti, viene notato non solo che ormai è impossibile scindere l'interpretazione giuridica dall'argomentazione, dato l'inarrestabile declino del significato letterale, ma soprattutto che il ragionamento giuridico dall'essere uno dei capitoli (neppure quello principale) della teoria tradizionale del diritto tende oggi a generare dal suo seno una teoria giuridica che si pone come compiuta o completa. Allora, in questo contesto parlare di "ragionamento giuridico" significa nella sostanza voler dire che il diritto è ragione o ragionevolezza se guardiamo al suo dinamismo pratico e alle esigenze di giustificazione.

Certamente il diritto positivo è opera della volontà umana, ma, una volta posto, segue percorsi che sfuggono al controllo di quella volontà che pure l'ha generato. Chiamare in causa la ragione in tutte le sue possibili forme è un modo per correre ai ripari e garantire quell'eguaglianza di trattamento nella concretizzazione delle norme e quella giustificazione delle decisioni che sono necessarie nella civiltà del diritto. Insomma, Giuseppe

Terranova vuole dirci che il diritto è ragionevolezza. Forse nel titolo poteva essere più esplicito o meno oscuro, ma da buon ermeneuta sa che ciò che veramente s'intende comunicare è proprio ciò che non si dice, il non detto. E da questo punto di vista tutto il libro parla chiaramente: il diritto nel suo dinamismo applicativo è ragion pratica, cioè interpretazione teleologica e giustificazione ragionata.

Dal punto di vista della struttura il libro, se non mi sbaglio, è diviso in due parti. Nella prima, che comprende i primi tre capitoli, si trova un'esplorazione relativa alla condizione del linguaggio giuridico, alla porosità dei concetti, alla vaghezza delle norme, al significato come uso, al prevalere della prospettiva pragmatica su quella semantica. Nella seconda parte, che comprende gli ultimi quattro capitoli, si esamina in positivo con quali strumenti, attraverso quali percorsi e con quali filtri il giurista può affrontare questa situazione linguistica, dando vita alla costruzione dell'ordinamento giuridico. Non bisogna dimenticare che Terranova si pone sempre nell'ottica del giurista, e non già in quella del giudice, e tuttavia si tratta sempre di un giurista che si auto-comprende non già come scienziato puro, ma come interfaccia tra il legislatore ed il giudice, un giurista che partecipa al processo di applicazione del diritto che è quello che veramente conta. Mi limiterò solo a due osservazioni, una per la prima e una per la seconda parte.

La prima parte del volume è dominata da una macroscopica constatazione empirica: l'indeterminatezza degli enunciati giuridici. Essa dapprima si presenta nella sfera linguistica e riguarda in primo luogo i significati, ma poi l'immersione nell'esperienza giuridica e nel farsi del diritto mette in luce che quest'indeterminatezza si estende anche ai concetti giuridici, ai metodi interpretativi, alle costruzioni dogmatiche e, infine, diventa un'incertezza pragmatica, che si manifesta nel momento dell'applicazione della norma.

Nello stesso tempo si può osservare che il dinamismo del diritto nel suo dispiegarsi nella pratica giuridica sembra essere un'incessante lotta contro l'indeterminatezza mediante formazioni concettuali o tipologiche, mediante attività di deliberazione e di scelta, mediante il giudizio giuridico. Eppure questa lotta del diritto contro sé stesso non ha mai fine, perché ciò che

si determina da un certo punto di vista da un altro appare ancora indeterminato e incompleto.

Ed allora non si può che arrivare alla conclusione che ciò che a tutta prima appariva come un difetto, a cui cercare di rimediare in qualche modo, è invece un carattere fondamentale della natura del diritto o, meglio, del materiale giuridico su cui opera il giurista. Ciò significa che il diritto non sta in questo materiale giuridico, fatto di norme e principi, di concetti e dottrina, di metodi e regole d'esperienza, ma si trova nel risultato dell'opera dell'interprete, a partire dal legislatore per finire nel giudice e nel cittadino. Questo è il primato della prospettiva pragmatica su quella semantica che Terranova puntualmente segnala. Com'è noto, anche Ronald Dworkin ha individuato nel passaggio da una concezione semantica ad una concezione pragmatica del diritto una delle caratteristiche della riflessione filosofico-giuridica del nostro tempo. Ma — a differenza di Terranova — la sua figura di riferimento non è — come s'è già detto — il giurista, ma il giudice. E lo si capisce bene, perché il punto di vista pragmatico punta all'azione finale, all'ultima determinazione del diritto, cioè quella che si pone in riferimento al caso concreto. Tuttavia per Terranova il giurista è ben più libero del giudice, perché la teoria è in grado di mettere alla prova l'estrema flessibilità del diritto, mentre la pratica è più vincolante in quanto legata a scopi concreti.

Cosa significa per il giurista adottare il punto di vista pragmatico? Non dovrebbe questo condurre ad una revisione profonda del modo d'intendere la scienza giuridica, ancora troppo legata al suo modello teoretico ottocentesco?

Non è questa una critica al libro di Terranova, perché salta agli occhi del lettore la presenza di questa problematica, anche se una risposta adeguata richiederebbe una ben più ampia indagine. Si tratta di una situazione psicologica o di uno stato d'animo che ben conosco per ragioni di età: si vorrebbe ricominciare tutto daccapo, perché ora si ha ben chiara la via e la meta, mentre prima si andava avanti a tentoni e a tentativi, ma non vogliamo renderci conto che il bello stava proprio nel non sapere dove andare (1).

---

(1) « Abramo non sapeva dove stava andando, per questo era certo di essere sulla buona strada » (S. Kierkegaard).

Comunque qualche indicazione preziosa si trova nel testo. Tra le altre la più importante mi sembra quella della distinzione tra contesti e scenari dell'interpretazione giuridica. I contesti sono sociologici e fattuali, mentre gli scenari sono costruiti dal giurista per raccogliere tutti gli elementi necessari a risolvere un problema giuridico. Lo scenario — insiste Terranova — non esiste in re, è immaginato (ancora una volta l'importanza dell'immaginazione!) o costruito, è uno strumento ermeneutico e non certo un concetto dogmatico. Dopo averlo usato, lo si getta via per poi costruirne uno nuovo diverso. Qualcosa di simile io ho sostenuto quando ho cercato di distinguere tra sistema giuridico e spazio giuridico. Lo spazio giuridico, a somiglianza dello scenario, è una perimetrazione di tutto il materiale giuridico necessario ad affrontare un problema di applicazione del diritto. Lo "scenario" è indubbiamente più poetico e ben più narrativo, cosa che non guasta.

La seconda osservazione riguarda la seconda parte del libro di Terranova. La prima parte ha messo in luce il carattere interattivo del diritto. Si tratta dell'interazione tra soggettività ed oggettività. Il richiamo all'empiria non vuol dire fare a meno della soggettività, come si auspicava la vecchia dogmatica giuridica. Il diritto appartiene a quel genere di cose che si definiscono per la loro rilevanza: il diritto è rilevante per qualcuno, vale nei confronti di qualcuno. Questo "qualcuno" è non solo il cittadino, ma anche l'operatore giuridico. Tuttavia non c'è neppure dubbio che la presenza della soggettività, del punto di vista pratico, dei filtri e degli scenari, dei tipi e dei concetti ha un carattere destabilizzante per la certezza del diritto ed è proprio per questo che sembra debba essere esorcizzata, almeno così ha pensato la teoria della scienza giuridica. Ma è un'impresa impossibile, perché qualsiasi determinazione porta l'impronta di una decisione di una soggettività. Tanto vale guardare in faccia la realtà e cercare il più possibile di controllare, moderare, contenere e frenare la discrezionalità dell'interpretazione e dell'applicazione del diritto. È questa la linea seguita da Terranova, che si auto-definisce come un "progressista moderato", cioè un progressista che cerca di non esagerare. Questo dovrebbe essere l'identikit del giurista.

Tuttavia, di fronte alle cose che son venute fuori dal vaso di Pandora ora scopercchiato, cioè l'interpretazione teleologica del

diritto, la ragionevolezza, il libero arbitrio nella decisione, l'antiformalismo, la pluralità dei significati e delle risposte corrette [per inciso noto che Terranova mi attribuisce l'adesione alla tesi di Dworkin dell'unica risposta esatta, quando ho sostenuto sempre la tesi opposta. Forse pensa che, essendo giusnaturalista, dovrei schierarmi con Dworkin], non si può fare a meno di pensare ad una rottura traumatica con la teoria giuridica del passato.

Ma ecco che la moderazione prende il sopravvento nel giurista Terranova, che da progressista moderato diventa un moderato progressista e si affretta a rassicurare i colleghi giuristi sulla continuità della sua concezione del diritto rispetto al passato. Ed ha pienamente ragione se intende parlare di come il diritto è sempre stato, ma avrebbe torto se si riferisse a come il diritto si è creduto che fosse. Ma non si può ritirare la mano dopo aver gettato il sasso, e Giuseppe Terranova tenta proprio di fare questo quando in conclusione si appella al buon senso del giurista, alla sua prudenza, alla continuità con una tradizione ermeneutica depurata dalle derive contingenti, alla accettabilità di soluzioni ragionevoli in quanto sensibili a tutti gli interessi in gioco, all'apertura nei confronti della capacità evolutiva del diritto. Insomma, la mia impressione è che cerchi di rientrare nei ranghi. Ma ormai i buoi sono scappati.

C'è però uno spiraglio che consente di prefigurare nuove prospettive di ricerca per giuristi desiderosi di rinnovare l'auto-comprensione del diritto, e non si tratta certamente del ricorso al realismo giuridico di Alf Ross o all'istituzionalismo giuridico. Infatti, se vogliamo prendere sul serio la tesi che il diritto è una *forma di vita* (184), e Terranova la prende sul serio quando dice che a questo proposito l'antropologia è più utile dell'informatica, allora dobbiamo interrogarci sul modo in cui questa forma di vita si articola e si esprime, su quali pratiche sociali metta in moto e quali abilità richieda. Invece di interrogarci in modo sterile sui rapporti di connessione o separazione tra diritto e morale e tra diritto e politica, dovremmo chiederci in quale modo il diritto tratta i problemi morali e quelli politici in cui si imbatte. Come Schauer si è chiesto cosa significhi pensare da giuristi, così dovremmo riflettere sulle disposizioni e abilità richieste al giurista del nostro tempo, affinché la scienza giuridica non disdegni di trattare della sua soggettività di ruolo. A



questo fine si potrebbero mettere a frutto gli studi più recenti di etica della virtù, che finora è stata applicata in modo moralistico alle professioni legali, mentre è ben più utile per disegnare la forma di vita del diritto e il modo corretto di praticarla nell'ottica del rule of law. Chissà che questo non sia il prossimo libro di Giuseppe Terranova? In tal caso mi prenoto fin d'ora per la presentazione (2).

---

(2) Purtroppo l'improvvisa scomparsa di Giuseppe Terranova ha reso illusoria questa mia aspettativa. Non siamo padroni del nostro destino, e tuttavia è di conforto l'aver lasciato alle generazioni future una chiara indicazione dell'orientamento da seguire nella ricerca sulla teoria e la pratica del diritto.