

LIMITI DEL DIRITTO

Prospettive di riflessione e analisi

a cura di
Raffaele De Giorgi



Volume pubblicato con il contributo
della Società Italiana di Filosofia del Diritto

L'opera, comprese tutte le sue parti, è tutelata dalla legge sui diritti d'autore. Sono vietate e sanzionate (se non espressamente autorizzate) la riproduzione in ogni modo e forma (comprese le fotocopie, la scansione, la memorizzazione elettronica) e la comunicazione (ivi inclusi a titolo esemplificativo ma non esaustivo: la distribuzione, l'adattamento, la traduzione e la rielaborazione, anche a mezzo di canali digitali interattivi e con qualsiasi modalità attualmente nota od in futuro sviluppata). Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633. Chi fotocopia un libro, chi mette a disposizione i mezzi per fotocopiare, chi comunque favorisce questa pratica commette un furto ed opera ai danni della cultura.

ISBN volume 978-88-6760-581-1



2018 © Pensa MultiMedia Editore s.r.l.
73100 Lecce • Via Arturo Maria Caprioli, 8 • Tel. 0832.230435
25038 Rovato (BS) • Via Cesare Cantù, 25 • Tel. 030.5310994
www.pensamultimedia.it • info@pensamultimedia.it

INDICE

Presentazione

11

1.

Giustizia del diritto

Coordinatori: Vincenzo Omaggio – Simona Sagnotti

I Sezione coordinata da Vincenzo Omaggio

Presentazione di Vincenzo Omaggio

19

1. Gianvito Brindisi, *La giustizia tra storia, genealogia e sociologia* 23
2. Luigi Di Santo, *Il diritto alla tortura: legalità vs giustizia. Dal torto si origina la storditura della tortura?* 34
3. Salvatore Savoia, *La giustizia penale come limite* 43
4. Maria Ausilia Simonelli, *Friedrich Nietzsche: interpretazione, verità, giustizia* 51
5. Dante Valitutti, *Giustizia riparativa: attualità di un differente modello di penalità* 58
6. Maria Giulia Bernardini, *Oltre Rawls: note su limiti, giustizia e disabilità* 64
7. Francesco Biondo, *Legge dei popoli e paradisi fiscali* 75
8. Anna Cavaliere, *È possibile verbalizzare il sacro? Il paradosso liberale affrontato da Jürgen Habermas* 82
9. Silvia Zullo, *Diritto e giustizia sociale: l'egualitarismo liberale tra disuguaglianze "giuste" e "ingiuste"* 90

II Sezione coordinata da Simona Sagnotti

1. Gaetano Carlizzi, *I fondamenti giusfilosofici della "Duplice formula di Radbruch"* 105
2. Leonardo Di Carlo, *Sull'autonomia della giustizia costituzionale. A partire da Radbruch* 119
3. Raffaele Maione, *L'identità del diritto come servizio alla giustizia* 131
4. Massimo Mancini, *Diritto positivo e giustizia: la verifica storica della giustificazione proposta da Robert Alexy* 141
5. Giuseppe Micciarelli, *Rivendicare giustizia: claiming e strategia dei diritti come forma di soggettivazione politica* 158
6. Antonio Siniscalchi, *L'architettura filosofica dei principi del diritto nell'opera di Giorgio La Pira. Solidarietà Persona Comunità* 165
7. Annalisa Verza, *Le conseguenze politiche dell'analisi khalduniana del "senso profondo" della storia* 176

8. Silvia Zorzetto, *Giudici, giuristi e pretesa di correttezza. Alcune considerazioni di pragmatica giuridica* 189
9. Gianluigi Fioriglio, *Il pluralismo assiologico quale limite del potere fra antigiusuridicismo e iperlegificazione* 204

2.

Filosofie contemporanee dei limiti del diritto

Coordinatori: Adalgiso Amendola – Paola Giordano

I Sezione coordinata da Adalgiso Amendola

- Presentazione di Adalgiso Amendola* 227
1. Andrea Aversano, *Il logos del consumismo industriale è privo di nomos. Un percorso con Marshall McLuhan e Günther Anders* 229
2. Carolina Canziani, *Il diritto penale ingiusto. Alessandro Baratta per una scienza sociale impegnata* 235
3. Flavio Michele Ceci, *Dimentico quindi sono* 245
4. Mariangela Milone, *Diritto e vita: limiti del "normale" e immanenza della normatività* 249
5. Luciano Nuzzo, *Riflessioni sui limiti del diritto. Jaques Derrida, Niklas Luhmann e la differenza del diritto* 255
6. Giacomo Pisani, *La possibilità dell'auto-determinazione oltre i limiti del welfare state* 265
7. Anna Simone, *L'approccio del "femminismo giuridico" come limite ed esperienza del diritto. Un'interpretazione* 272

II Sezione coordinata da Paola Giordano

- Presentazione di Paola Giordano* 283
1. Adriano Zambon, *Limiti della filosofia analitica del diritto* 291
2. Corrado Roversi, Leonardo Pasqui, Anna M. Borghi, *Mimesi istituzionale: uno studio sperimentale sul grounding dei concetti giuridici* 300
3. Francesco D'Urso, *Metodo e scienza: una lettura critica di Law and Economics* 323
4. Marco Q. Silvi, *Limiti documentali e nuove possibilità d'azione* 334
5. Francesca Scamardella, *Le città globali come network: pratiche regolative di governance e limiti del diritto* 334
6. Nicola Dimitri, *I limiti del diritto e la grammatica dei corpi* 359

3.

Frontiere del diritto

Coordinatori: Letizia Mancini – Emilio Santoro

- Presentazione di Letizia Mancini ed Emilio Santoro* 369
1. Sofia Ciuffoletti, *Diritti migranti. Il judicial borrowing come strumento di protezione dei diritti a livello transnazionale* 371
2. Corrado Punzi, *Il migrante sulle frontiere del diritto e dell'humanitas* 382
3. Christian Crocetta, *Frontiere geografiche e disciplinari, fra diritto e alterità* 396
4. Roberta Dameno, *Il diritto italiano e gli adolescenti gender variant: le difficoltà e i limiti di un intervento giuridico* 409
5. Maria Antonietta Foddai, *I limiti della giustizia e il diritto collaborativo* 419
6. Fabio Macioce, *L'inclusione dei migranti irregolari: per un uso giurisdizionale del concetto di vulnerabilità* 439
7. Attilio Pisanò, *I diritti come limite, i limiti dei diritti* 453
8. Barbara Troncarelli, *Il diritto tra invalicabilità dei suoi limiti e valicabilità delle sue frontiere* 464
9. Massimiliano Verga, *Scuole Speciali e inclusione* 480

4.

Non-saperi del diritto

Coordinatori: Anna Pintore – Guido Saraceni

- Presentazione di Guido Saraceni: I (Non) Saperi del Diritto* 497
1. Maria Borrello, *La rappresentazione del rischio e il non-sapere saputo* 499
2. Anna Di Giandomenico, *Ai confini della vita: questioni di indefinitezza* 510
3. Maria Gabriella Esposito, *La Magia del processo* 517
4. Gianluca Sardi, *Libertà e sicurezza. Globalizzazione del rischio e riflessione etica* 523
5. Claudio Sarteau, *Il nuovo ruolo dei sentimenti nel discorso giuridico. Riflessioni introduttive* 533
6. Paolo Sommaggio – Marco Mazzocca, *Sapere i "non saperi" del diritto. Una proposta socratica* 542
7. Leonardo Marchettoni, *Diritto, morale, limite. Sulla costitutiva incompletezza delle norme giuridiche* 551
8. Francesco Zini, *I non saperi del diritto di fronte alla sfida del transumanesimo: prospettive biogiuridiche sul senso del limite* 561
9. Gianmarco Gometz, *Il pensiero come limite del diritto* 572
10. Francesco Ferraro, *Il senso dei diritti fondamentali sociali in contesti d'incertezza economica e finanziaria* 582
11. Giovanni Bombelli, *Diritto e "limite": due epistemologie* 592
12. Corrado Del Bò, *I limiti morali della libertà di satira* 605

5.

Limiti del diritto e tecno-regolazione

Coordinatori: Ugo Pagallo – Monica Palmirani

- | | |
|--|-----|
| 1. Federico Constantini, <i>Società dell'Informazione e "diritto tecnologico". Il caso delle norme "sperimentali"</i> | 617 |
| 2. Giovanna Petrocco, <i>Lentezza del diritto (limite) e velocità della rete (illimitato). Una lettura della modernità a partire dalle pagine del Filebo</i> | 629 |
| 3. Fernanda Faini, <i>Dati, informazioni e società digitale: il cambiamento nei confini del diritto</i> | 638 |
| 4. Ciro Palumbo, <i>La questione di limiti 'giuridici' tra caso particolare e tecno-regolazione</i> | 646 |
| 5. Luigi Cominelli, <i>Comportamento sociale e fattore biologico: l'ipotesi epigenetica nelle scienze sociali</i> | 652 |

6.

Lotte per il diritto e limiti del diritto nell'attività giurisprudenziale dell'America LatinaCoordinatori: Celso Fernandes Campilongo
Juliana Neuenschwander Magalhães

- | | |
|---|-----|
| <i>Presentazione di Juliana Neuenschwander Magalhães e Celso Fernandes Campilongo</i> | 663 |
| 1. Fernando Rister de Sousa Lima – Matteo Finco, <i>I limiti dell'intervento del Supremo Tribunale Federale brasiliano nei differenti sistemi di funzione</i> | 665 |
| 2. Rosaria Piroso, <i>La pluralizzazione del paradigma dell'interpretazione giudiziale come prospettiva di superamento del monismo e del costituzionalismo liberale</i> | 674 |
| 3. Adriana Prizreni, <i>Urbanizzazione, violenza ed esclusione sociale</i> | 691 |
| 4. Bruno Fulco Campilongo – Elisa Hime Funari – Rafael Csuzlinovics Pires, <i>The judicialization of politics phenomenon in Brazil</i> | 707 |
| 5. Alexandre Douglas Zaiden de Carvalho, <i>Imparzialità giudiziaria e chiusura operativa del diritto nel Supremo Tribunale Federale</i> | 721 |
| 6. Arianna Jacqmin, <i>Il diritto alla verità per le famiglie dei desaparecidos: oltre il muro del silenzio e dell'impunità</i> | 736 |
| 7. Diogo José da Silva Flora e Tiago Villas, <i>Seleccionados para sofrer: como o sistema penal controla os subalternos no Rio de Janeiro</i> | 749 |
| 8. Ricardo Maurício Freire Soares, <i>A Comissão Nacional da Verdade no sistema jurídico brasileiro: um estudo à luz da teoria dos sistemas</i> | 763 |
| 9. Marika Gimini, <i>Límites del derecho en el ejercicio De la verdadera democracia en Venezuela</i> | 780 |

Abbiamo raccolto in questo volume le comunicazioni presentate nei differenti workshop che si sono svolti nell'ambito del XXX Congresso della Società Italiana di Filosofia del Diritto, *Limiti del diritto*. Il Congresso, organizzato dalla cattedra di Filosofia del diritto della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università del Salento, si è tenuto a Lecce dal 15 al 17 settembre 2016.

I lavori del Congresso si sono aperti nel pomeriggio del 15 settembre con la *Relazione introduttiva* di Raffaele De Giorgi, Presidente del Comitato Scientifico del Congresso, cui hanno fatto seguito le relazioni plenarie di Gianfrancesco Zanetti su *I limiti del diritto. Aspetti del dibattito contemporaneo*, e di Tecla Mazzaresse su *La giustizia del diritto fra principi del costituzionalismo (inter)nazionale e disordine delle fonti del diritto*.

La giornata del 16 settembre è stata interamente dedicata a sei workshop rivolti a giovani studiosi e strutturati sui seguenti temi: "Giustizia del diritto" (coordinato da Vincenzo Omaggio e Simona Sagnotti); "Filosofie contemporanee dei limiti del diritto" (coordinato da Adalgiso Amendola e Paola Giordano); "Frontiere del diritto" (coordinato da Letizia Mancini e Emilio Santoro); "Non-saperi del diritto" (coordinato da Anna Pintore e Guido Saraceni); "Limiti del diritto e tecno-regolazione" (coordinato da Ugo Pagallo e Monica Palmirani); "Lotte per il diritto e limiti del diritto nell'attività giurisprudenziale dell'America Latina" (coordinato da Celso Fernandes Campilongo e Juliana Neuenschwander Magalhães).

Nella seduta plenaria della mattina del 17 settembre, a chiusura del Convegno, si sono tenute le relazioni di Aldo Schiavello dal titolo *Il diritto e il suo doppio: in cerca della frontiera tra la conoscenza giuridica e il suo oggetto*, e di Agata Amato Mangiameli su *Tecno-diritto e tecno-regolazione. Spunti di riflessione*. A seguire le considerazioni conclusive di Luigi Pannarale.

Tutte le relazioni plenarie sono state pubblicate nella *Rivista di filosofia del diritto*, anno VI, numero speciale 2017, con il titolo: *Limiti del diritto*.

Con la presente pubblicazione rendiamo accessibili tutti gli altri lavori del Congresso nella loro completezza. Non è stato possibile omologare sul piano editoriale i lavori dei differenti workshop – in particolare per quanto riguarda le note. Abbiamo rispettato le differenti modalità di auto-organizzazione del materiale raccolto e ci siamo adoperati perché le eventuali incongruenze estetico-editoriali fossero limitate. Al fine di conservare la genuina ragione multicultural del workshop relativo all'America Latina, abbiamo lasciato gli interventi nelle lingue nelle quali sono stati presentati.

- Duguit L., *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Dalloz, Paris 2003 (orig. 1901).
- Gellner E., *Muslim Society*, Cambridge University Press, Cambridge 1981.
- Hassan F. H., *Ibn Khaldun and Jane Addams: The Real Father of Sociology and The Mother of Social Works*, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2006. On-line: <<http://malaysianpublications.blogspot.it/2007/08/faridah-hj-hassan-uitm-phd-ibn-khaldun.html>>
- Hussain T., *La philosophie sociale d'Ibn Khaldoun*, Pedone, Paris 1918.
- Ibn Khaldun, *The Muqaddimah: An Introduction to History*, ed. and transl. by F. Rosenthal, 3 voll., Princeton University Press, New Jersey 1958.
- Ibn Khaldun, *Le Livre des Exemples, vol. I, Autobiographie, Muqaddima*, ed. and transl. by A. Cheddadi, Gallimard, Paris 2002.
- Kalin I., "Ibn Khaldun has a Message for Us", in *Daily Sabah Columns*, December 10, 2016.
- Lacoste Y., *Ibn Khaldun, Naissance de l'Histoire, passé du Tiers Monde*, Maspero, Paris 1966.
- Laroui A., *Islam et l'histoire*, Flammarion, Paris 1999.
- Lombardi M., "Le follie di Spagna", in M. G. Profeti (a cura di), *Percorsi europei*, Alinea, Firenze 1997, pp. 167-192.
- Mahdi M., *Ibn Khaldun's Philosophy of History*, University of Chicago Press, Chicago 1957.
- Maimonide M., *La guida dei perplessi*, UTET, Torino 2005.
- Megherbi A., *La pensée sociologique d'Ibn Khaldoun*, SNED, Alger 1971.
- Pines S., "Ibn Khaldun and Maimonides, a Comparison between Two Texts", in *Studia Islamica*, 32, 1970, pp. 265-274.
- Pomian K., *Ibn Khaldun au prisme de l'Occident*, Gallimard, Paris 2006.
- Soyer M., *Examining the Origins of Sociology: Continuities and Divergencies between Ibn Khaldun, Giambattista Vico, August Comte, Ludwig Gumplowicz, and Emile Durkheim*, University of North Texas, Master Thesis 2010.
- Soyer M., Gilbert P., "Debating the Origins of Sociology: Ibn Khaldun as a Founding Father of Sociology", in *International Journal of Sociological Research*, 5, 2012, pp. 13-30.
- Spragens T. A., *Understanding Political Theory*, St. Martin's Press, New York 1976.
- Talbi M., *Ibn Haldun*, Maison Tunisienne de l'Edition, Tunis 1973.
- Toynbee A., *A Study of History*, Oxford University Press, New York 1962.
- Turroni G., *Il mondo della storia secondo Ibn Khaldun*, Jouvence, Roma 2002.
- Wittgenstein L., *Tractatus logico-philosophicus*, a cura di Amedeo G. Conte, Einaudi, Torino 1964.

8.

Giudici, giuristi e pretesa di correttezza. Alcune considerazioni di pragmatica giuridica

Silvia Zorzetto

1. Introduzione

Cittadini, giudici, avvocati e giuristi presentano e difendono i propri comportamenti e le proprie tesi e conclusioni giuridiche in termini di correttezza, sostengono che essi sono corretti mentre sono scorretti quelli contrapposti o incompatibili. In molti casi, si sostiene che la propria soluzione o condotta giuridica è l'"unica" corretta o la "più" corretta.

Muovo da questa constatazione per analizzare in che senso il discorso giuridico e, in particolare, il discorso giurisprudenziale o giudiziale avanza una pretesa di correttezza e se e a quali condizioni questa pretesa è sostenibile dal punto di vista teorico-filosofico¹.

Prima di entrare nel merito, è bene fornire alcune precisazioni terminologiche e di metodo e delimitare il contesto dell'analisi.

Anzitutto con 'discorso giurisprudenziale' o 'giudiziale' – qui da intendersi come sinonimi, in via stipulativa – intenderò non solo il discorso dei giudici o degli arbitri, ma anche quello degli altri partecipanti alle vicende contenziose, attuali o potenziali (cittadini e loro difensori, etc.). Devono intendersi inclusi anche i discorsi dei pubblici funzionari e della pubblica amministrazione, nella fase processuale e pre- o para-contenziosa. In breve, parlando di 'discorso giurisprudenziale' o 'giudiziale' mi riferirò ai discorsi compiuti da qualsiasi partecipante alla pratica giuridica con riguardo a situazioni "patologiche" o comunque in cui emergono posizioni o interessi contrapposti.

Credo comunque che quanto dirò possa valere per il discorso giuridico in generale, in quanto, come vedremo, la pretesa di correttezza è presente, benché in forma latente, anche nelle situazioni "fisiologiche" in cui non è necessario invocare esplicitamente la correttezza di quanto si sostiene o si fa, per la semplice ragione che nessuno lo mette in discussione. Anche in queste situazioni, tuttavia, la correttezza è una pretesa implicita che da potenziale o inespressa diventa attuale o manifesta quando ciò che appare o si assume pacifico o scontato diviene contestabile o contestato.

¹ Il contributo costituisce un approfondimento e sviluppo del seguente scritto: S. Zorzetto, "Principi giuridici e determinazione del diritto. Alcune riflessioni sul contributo di Mario Jori alla teoria e pratica giuridica", in S. Zorzetto, A. Pintore (a cura di), *Studi di filosofia del diritto per Mario Jori*, ESI, Napoli 2016, pp. 349-378.

È appena il caso di ricordare che il tema qui all'attenzione viene spesso trattato nel contesto di più ampie questioni, quali la natura oggettiva del diritto, la sua coerenza, il cognitivismo interpretativo, la scientificità dei discorsi giuridici, la universalizzabilità del ragionamento giuridico, il rapporto tra diritto e morale².

Senza affrontare queste questioni che esulano dai limitati fini della presente analisi, nei prossimi paragrafi tenterò di fornire una spiegazione, teoricamente difendibile, della prassi giuridica cui si è accennato all'inizio.

In sintesi, argomenterò che la pretesa di correttezza è una caratteristica interna alla pratica giuridica e necessaria per la sua esistenza. Cercherò di chiarire in che senso essa sia un aspetto 'interno' e 'necessario'. Sosterrò inoltre che, a seconda dei contesti, questa pretesa può rimanere implicita o, invece, diventare manifesta e che essa tende a essere tanto più manifesta quanto più è elevato il tasso di disaccordo o controversia del contesto giuridico specifico.

Principali punti di riferimento nel prosieguo³ saranno la *right answer thesis* di Ronald M. Dworkin⁴ e la tesi di Robert Alexy circa la pretesa di correttezza del diritto⁵.

- 2 Si veda ad es. M. La Torre, *Constitutionalism and Legal Reasoning*, Springer, Dordrecht 2007 p. 131; Z. Bankowski, J. MacLean (eds.), *The Universal and the Particular in Legal Reasoning*, Ashgate, Aldershot 2006 p. xiv; F. Viola, "The Judicial Truth", in *Persona y Derecho*, 32, 1995, pp. 249-266; J. de Sousa e Brito, "Does Legal Semiotics Cannibalize Jurisprudence?", in *International Journal for the Semiotics of Law*, 22, 2009, pp. 387-398; P. Pettit, "Embracing Objectivity in Ethics", in B. Leiter (ed.), *Objectivity in Law and Morals*, Cambridge University Press, Cambridge 2001, pp. 234-286; J.M. Finnis, G. Grisez, J. Boyle, "Practical Principles, Moral Truth, and Ultimate Ends", in *The American Journal of Jurisprudence*, 1987, pp. 99-151.
- 3 Preciso per completezza che spunti utili per la presente analisi sono stati tratti dalle seguenti opere: A. Peczenik, "Coherence, Truth and Rightness in the Law", in P. Nerhot (ed.), *Law, Interpretation and Reality. Essay in Epistemology, Hermeneutics and Jurisprudence*, Kluwer, Dordrecht 1990, pp. 275-309; J. Wróblewski, "Problems of Judicial Reasoning in Civil Law and Common Law Systems - Some Reflections on Julius Stone's Approach", in *Bulletin of Australian Society of Legal Philosophy*, 10, 1986, pp. 187-202; J.F. Malem Peña, *El error judicial y la formación de los jueces*, Gedisa, Barcellona 2008; F. Carbonell, "Sobre la idea de decisión judicial correcta", in *Analisi e diritto*, 2015, pp. 11-46; E. Diciotti, "Controversie interpretative, pretese di correttezza, giustificazioni", in S. Pagliantini, E. Quadri, D. Sinesio (a cura di), *Scritti in onore di Marco Comporti*, Giuffrè, Milano 2008, pp. 1103-1134.
- 4 Il tema è stato trattato da Dworkin in numerosi contributi tra i quali ricordo: R.M. Dworkin, "Judicial Discretion", in *Journal of Philosophy*, 60 (21), 1963, pp. 624-638; Id., "No Right Answer?", in P.M.S. Hacker, J. Raz (eds.), *Law, Morality and Society. Essay in Honour of H.L.A. Hart*, Oxford, Oxford University Press, 1977, pp. 58-84; Id., "Is There Really No Right Answer in Hard Cases?", in Id., *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge Mass. 1985, pp. 119-145; Id., "Objectivity and Truth: You'd Better Believe it", in *Philosophy and Public Affairs*, 25, 2, 1996, pp. 87-139; Id., *Justice in Robes*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge Mass. 2006, Ch. 1 "Pragmatism in Law", pp. 39-46, spec. 42-43 e p. 266.
- 5 Delle molte opere in cui il filosofo tratta dell'argomento, ricordo: R. Alexy, "Giustizia come correttezza", trad. di B. Celano, in *Ragion Pratica*, 9, 1997, pp. 103-113; Id., *Concetto e validità del diritto*, trad. it. di F. Fiore, con introd. di G. Zagrebelsky, Einaudi, Torino 1997, par. 4.3; Id., "Law and Correctness", in *Current Legal Problems*, 1, 1998, pp. 205-221; Id., "On the Concept and Nature of Law", in *Ratio Juris*, 21, 2008, pp. 281-299; Id., "Elementi fondamentali di una teoria della duplice natura del diritto", in *Ars interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica*, 2010, pp. 17-36; Id., *Teoria dei diritti fondamentali*, a cura di L. Di Carlo, Bologna, Il Mulino, 2012, spec. cap. 1, 2, 3 e 10.

Non farò una esegesi delle relative opere, né è mia intenzione alimentare i dibattiti amplissimi da esse originati, dai quali si può prescindere considerato che epigoni e critici hanno finito per offrire personali letture non soltanto divergenti, ma anche lontane da quanto emerge dagli scritti dei due filosofi.

Di seguito ritornerò alle tesi formulate da Dworkin e Alexy, nella convinzione che, una volta isolate da altri aspetti del loro pensiero, contengano intuizioni rilevanti e condivisibili.

Preciso inoltre che la presente analisi ha natura esplicativo-ricostruttiva: non sarà, perché non può esserlo puramente descrittiva, ma non mira nemmeno a concepire un modello normativo o ideale di diritto o di discorso giudiziale.

Quanto dirò costituisce una proposta di spiegazione relativa ai diritti vigenti, a noi familiari nella cultura giuridica contemporanea appartenente alla "*Western Legal Tradition*". Aggiungo però che l'analisi potrebbe essere estesa alla pratica giuridica complessiva a livello di concetto di diritto (vigente) in generale, per 'diritto vigente' intendendo, in via minimale, una pratica sociale condivisa da una pluralità di persone (una "comunità"), caratterizzata dal principio di autorità, una certa effettività e dalla possibilità di fare uso della forza in forma organizzata, considerata vincolante e funzionale a una complessiva regolazione della vita di quella comunità.

2. Correttezza: concetto e concezioni

Anticipando alcune conclusioni, ma anche punti problematici dell'analisi, è bene rilevare subito che quello di "correttezza" è un concetto indeterminato e ambiguo, nel senso che esso è suscettibile di assumere più significati e per affermare che qualcosa (qualsiasi cosa) è o non è corretto, è necessario presupporre dei "parametri" o "criteri" di correttezza.

Limitandosi a considerare il concetto nella sfera pratica, esso è simile a quello di giustizia (e a numerosi altri concetti come quelli di razionalità e di diritto stesso).

Inoltre, come quelli di giustizia e di diritto, è un concetto normativo che presuppone un concetto più fondamentale di norma o regola.

A differenza invece del concetto di giusto, quello di corretto non è un concetto etico-valutativo, salve le precisazioni che seguono.

Il concetto di corretto indica la conformità interna a regole presupposte (quale che sia il loro contenuto). Con il suo uso si traccia un confine formale, appunto tra corretto e scorretto, senza veicolare necessariamente l'adesione a una certa morale sostanziale o un certo valore connesso a qualche appartenenza⁶.

Potremmo dire che mentre il giusto è un concetto valutativo "caldo", eticamente

- 6 Cfr. C. Luzzati, "Il formalismo dei diritti", in *Etica & Politica / Ethics & Politics*, XV, 2013, 1, pp. 52-86, spec. p. 67. Vedi anche sul tema E. Besussi, "Ragioni 'fredde' e ragioni 'calde'. Per una difesa della discontinuità", in S. Maffettone, S. Veca (eds.), *Manuale di filosofia politica*, Donzelli, Roma 1995, pp. 3-17.

orientato, il corretto è un concetto normativo o valutativo “freddo”, di ordine metodologico⁷.

Detto altrimenti: il concetto di correttezza è normativo come qualunque altro concetto o discorso di tipo metodologico perché incorpora una prescrizione, appunto, metodologica; nell'affermare “*p* è corretto” vi è un aspetto di adesione, sottoscrizione o approvazione implicita, per cui si sotto-intende che si deve fare *p*, *ceteris paribus*.

Va evidenziato che questo elemento normativo e di adesione pratica non presenta alcun legame logico, necessario od ontologico con una determinata meta-etica o concezione del valore e dei valori: è logicamente irrelato, e lascia spazio a concezioni oggettiviste o non-oggettive, cognitiviste o non-cognitiviste in meta-etica, e può essere compatibile vuoi con meta-etiche divisioniste, vuoi con meta-etiche non divisioniste.

Eguale, il concetto di correttezza non è necessariamente collegato a un determinato valore o insieme di valori, salvo – se lo si ritiene un valore, sia pure, “freddo” – quello del “conformismo metodologico”.

Ammettere che, ad esempio, un atto o un comportamento sia corretto o scorretto ovvero che abbia senso predicare la (s)correttezza di una certa decisione o azione presuppone infatti un atteggiamento, che è stato chiamato da Mario Jori, di formalismo pratico⁸, cioè l'esistenza e l'accettazione di regole generali e astratte relative a una classe di casi, che devono essere seguite in quei casi.

Un corollario di quanto precede è che, nella sfera pratica e, in particolare, giuridica, la correttezza, più che essere manifestazione di istanze etiche o della connessione necessaria tra diritto e morale, come sostengono molti autorevoli studiosi, può essere piuttosto una esplicazione del principio o concetto di universalizzabilità.

Ciò non implica che la correttezza sia un concetto puramente logico in ambito giuridico.

Come noto, il principio di universalizzabilità è al centro di numerosi dibattiti tra cui, in particolare, quello relativo alla sua natura logica oppure di valore morale sostanziale⁹.

7 Traggio la distinzione tra valori “freddi” e valori “caldi” da M. Jori, “Pragmatica, scienza giuridica e diritti”, in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto 2002-2003. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino 2004, p. 377. La distinzione tra valori “caldi” e “freddi” è chiaramente metaforica e viene spesso male interpretata. In una sua versione attribuita sovente a Norberto Bobbio, “freddi” sono i valori procedurali e “caldi” i valori sostanziali.

8 Cfr. M. Jori, *Il formalismo giuridico*, Giuffrè, Milano 1980. Recentemente sul tema v. A. Pintore, “Il formalismo giuridico: un confronto tra Jori e Schauer”, di prossima pubblicazione nella *Revista Derecho PUCP*.

9 Cfr. ad es. R.M. Hare, “Universalisability”, in *Proceedings of the Aristotelian Society*, LV, 1954-1955, pp. 295-312; Id., *Freedom and Reason*, Oxford University Press, London 1963, p. 7-31; Id., *Sorting out Ethics*, Clarendon, Oxford 1997, pp. 12 e 19-21; U. Scarpelli, “Linguaggio valutativo e prescrittivo”, in *Jus*, IV, 4, 1953, pp. 305-326; Id., “Libertà, ragione e giustizia”, in *Rivista di filosofia*, LIV, 2, 1963, pp. 191-208. Inoltre, ricordo N. MacCormick, *Rhetoric and The Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning*, Oxford UP, Oxford 2005, Ch. 5 “Universals and Particulars”. Da ultimo, cfr. E.T. Feteris, *Fundamentals of Legal Argumentation: A Survey of Theories on the Justification of Judicial Decisions*, Springer, Dordrecht, 2017², pp. 99-103.

Senza entrare nel merito di questi dibattiti, ai presenti fini è sufficiente considerare che, nel contesto pratico, universalizzare significa dare ragioni facendo riferimento (esplicito o implicito) a regole, massime, principi: in breve, a precetti generali¹⁰. Inoltre, procedere per prescrizioni e valutazioni universali equivale ad aderire al principio di “giustizia formale”, inteso come eguaglianza tra individui appartenenti a una classe¹¹.

In proposito una formulazione perspicua del principio di universalizzabilità è la seguente: “we cannot judge an action to be *right* for A and *wrong* for B, unless we can find in the natures or circumstances of the two some *difference* which we can regard as a *reasonable ground* for difference in their duties”¹².

L'universalizzabilità comporta quindi che “se si dice che tutti i membri di una classe devono subire il trattamento A, allora si dice che ciascun membro di quella classe deve subire il trattamento A”¹³.

Queste formulazioni mostrano il nesso esistente tra correttezza e universalizzabilità e che la correttezza di una tesi o di una presa di posizione pratica dipende da previe regole e risiede nella giustificazione di conformità a dette regole, *ceteris paribus*.

Il principio di universalizzabilità può essere infatti declinato, *mutatis mutandis*, nel modo seguente in termini di correttezza: “se è corretto che tutti i membri di una classe subiscano il trattamento A, allora è corretto che ciascun membro di quella classe subisca il trattamento A”.

Dunque, nel contesto pratico e giuridico, la correttezza al pari della universalizzabilità ha sì carattere logico, ma non meramente logico, avendo anche la portata metodologica di cui si è detto.

Così, per esempio, nell'affermare che “è corretto pagare le imposte nel caso *x*”, da un lato si assume l'esistenza e l'accettazione di una regola generale sotto la quale il caso *x* è sussumibile, dall'altro lato ci si impegna a ripetere lo stesso giudizio di correttezza in ogni situazione eguale, in maniera rilevante, al caso *x*. In ogni situazione *y* eguale a *x*, sarebbe quindi metodologicamente scorretto, nel senso di incoerente e ingiustificato mettere da parte la regola senza migliori e prevalenti ragioni che ne escludano l'applicazione. Si noti che, sotto questo profilo, la correttezza è qualcosa di più

10 Cfr. R.M. Hare, *The Language of Morals*, Clarendon, Oxford 1952, pp. 130 e 134; Id., *Freedom and Reason*, cit., pp. 30-31.

11 U. Scarpelli, “Libertà, ragione e giustizia”, cit., pp. 204-205.

12 Traggio la citazione da P. Winch, “The Universalizability of Morals Judgements”, [1965], in Id., *Ethics and Action*, Routledge & Kegan Paul, London 1972, pp. 151-170, corsivi miei. Sul punto si veda inoltre H. Sidgwick, *The Methods of Ethics*, Palgrave Macmillan, London, 1907⁷, rist. 1962, p. 209: “If therefore I judge any action to be right for myself, I implicitly judge it to be right for any other person whose nature and circumstances do not differ from my own in certain important respects. If a kind of conduct that is right (or wrong) for me is not right (or wrong) for someone else, it must be on the ground of some difference between the two cases, other than the fact that I and he are different person”.

13 G. Tarello, “Formule di giustizia, giustizia formale e logica formale”, in *Il problema della giustizia. Diritto ed economia. Diritto e politica. Diritto e logica. Atti del V convegno nazionale di Filosofia del diritto. Roma, 31 maggio-4 giugno 1961. II Comunicazioni*, Giuffrè, Milano 1962, pp. 183-189.

della coerenza: nel formulare un giudizio di correttezza, quale che sia il criterio o la regola presupposti, ci si dispone a tenerlo fermo in ogni caso eguale e a verificarlo in ogni caso che presenti possibili differenze rilevanti.

Ciò significa che nulla è corretto o scorretto in assoluto, ma sempre in funzione del fatto che una regola sia applicabile a un caso ovvero, per converso, che un caso sia suscumbibile sotto una regola.

Nell'ambito pratico, la correttezza si può dunque utilmente spiegare richiamando la struttura del sillogismo pratico. Utilizzando un'altra nozione nota della teoria generale del diritto, essa attiene alla giustificazione interna di un ragionamento pratico.

Riassumendo, la correttezza è un concetto normativo che, per un verso, presuppone la più fondamentale nozione di regola generale e si può considerare compromesso a livello metodologico con l'idea della universalizzabilità (o generalità-eguaglianza formale); per altro verso, dipende da criteri e parametri di correttezza non predefiniti o determinati una volta per tutte o in assoluto, per cui i nostri e gli altrui giudizi di correttezza normalmente discendono da più ricche concezioni di correttezza che includono ulteriori assunzioni e valori.

Chiarire questa struttura "a più livelli" è imprescindibile per un'analisi esplicativa del concetto, poiché molti fraintendimenti e discussioni (in proposito è emblematico il dibattito sorto attorno alle tesi di Dworkin e di Alexy) dipendono dall'adesione a concezioni divergenti e imprecisate di correttezza arricchite da considerazioni di ordine etico, politico, teorico.

Dunque, punto di partenza dell'analisi è la correttezza, quale "conformità a regole", ciò sia perché questo concetto minimale è sufficientemente lasso da dare conto dei diversi sensi di correttezza presenti nel diritto e nel dibattito giuridico e teorico-giuridico; sia perché, anticipando un esito dell'analisi, questo della conformità a regole è il senso in cui i partecipanti alla pratica giuridica, giuristi e non, avanzano una pretesa di correttezza, con la precisazione che parametro di conformità sono non regole purchessia, ma quelle stesse regole giuridiche entro cui i partecipanti medesimi si muovono. Sotto questo profilo, la correttezza è un *claim* interno alla pratica giuridica, caratterizzato da circolarità, ma la circolarità in questo caso non è un difetto, bensì piuttosto un aspetto ineliminabile della pratica giuridica dal punto di vista interno, come illustrerò nel prossimo paragrafo.

3. Correttezza: (i) "del" diritto, (ii) "nel" diritto; (iii) "per" il diritto

Buona parte delle discussioni e disaccordi che sono fioriti a partire dalle tesi di Dworkin e di Alexy si scontrano con la difficoltà di fondo ora accennata, cioè il fatto di non chiarire in quale senso si parla di correttezza e di cosa esattamente la si predica.

Invero, anche le tesi originarie non sono del tutto trasparenti.

Dal loro confronto emerge un tratto comune fondamentale: l'uno e l'altro filosofo mostrano di concepire la correttezza come un "*claim*", ossia una "pretesa".

Tuttavia, il *claim* dworkiniano e quello alexiano sono diversi per natura e oggetto.

In proposito è utile distinguere tre tipi di discorsi relativi alla correttezza (i) "del" diritto, (ii) "nel" diritto e (iii) "per" il diritto.

Un discorso relativo alla correttezza "del" diritto tratta del problema se il diritto sia o non sia corretto. Il che è un modo obliquo (e spesso surrettizio) di porre il tema della "giustizia" o "giustizia" o "moralità" del diritto (inteso come categoria generale).

Il discorso di Alexy è precisamente di questo tipo e si occupa, in effetti, del rapporto tra diritto e morale.

Si noti che, alla prova delle intuizioni linguistiche ordinarie, la domanda "se il diritto è o non è corretto" suona pragmaticamente strana. Non è immediatamente ovvio che essa sia ben posta e dotata di senso. Naturalmente, le si può attribuire senso in via stipulativa, assumendo un particolare significato di "correttezza". Alexy compie questa mossa nella sua teoria, laddove parla di correttezza come giustizia o conformità a giustizia (avendo evidentemente optato per una certa concezione della giustizia).

A ben vedere, porsi il problema della correttezza "del" diritto fuoriesce non solo dal senso comune ordinario, ma anche dal senso comune giuridico, perché normalmente i giuristi come i non giuristi si chiedono non già se il diritto è corretto o no, ma se esso è giusto, equo, effettivo, obbedito, etc.

Discorsi di questo genere sono condotti da un punto di vista esterno rispetto al diritto vigente o al diritto in generale. Parlo di "punto di vista esterno" perché la valutazione di correttezza dipende da criteri ulteriori rispetto a quello della conformità al diritto stesso, quali la giustizia, l'equità, l'effettività, etc.¹⁴

Del resto, assumere un punto di vista interno in questo caso equivarrebbe a includere nel concetto di diritto quello di correttezza, con la conseguenza che il diritto non potrebbe che essere corretto per stipulazione teorica e, laddove s'individuasse qualcosa di scorretto, questo sarebbe non-diritto.

Questo modo di procedere è tipico di numerose teorie, tra cui quella di Alexy, il quale, quindi, compie una duplice mossa che si può esprimere con una doppia equivalenza: correttezza = giustizia = diritto¹⁵.

Noto incidentalmente che quanto sin qui osservato si potrebbe ripetere considerando, in luogo del diritto nel suo complesso, sue parti o componenti, come singole norme, regole o principi giuridici. Anche in questo caso, infatti, è inusuale chiedersi se, o affermare che norme, regole o principi giuridici sono corretti o scorretti.

Né i giuristi, né i non giuristi si chiedono se è corretto, per esempio, il diritto italiano o la riforma del codice degli appalti pubblici o il principio costituzionale di parità del bilancio. Il senso comune (ordinario e giuridico) usa in questi casi come para-

14 Utilizzando una recente distinzione di Cristina Redondo (cfr. v. *La ambigüedad interno/ externo. Una reflexión sobre los conceptos y los enunciados jurídicos*, relazione al Seminario *Conceptos jurídicos: la invención del derecho*, Santiago del Chile, 17-18 agosto 2017) tra punto di vista interno vs. esterno 1 di natura epistemica e punto di vista interno vs. esterno 2 riguardante la prospettiva compromessa del partecipante, i discorsi sulla correttezza del diritto sono discorsi condotti dal punto di vista esterno 1, ma normalmente presuppongono un punto di vista interno 2.

15 Questa equivalenza si basa su una pluralità di assunti filosofici, etici, politici, idiosincratici del singolo autore; essa non è estranea al senso comune e agli usi ordinari anche se nel senso comune è controversa e convive con intuizioni opposte in cui il diritto è visto, ad esempio, come l'ambito del "politico", alternativo alla giustizia (i.e. una/la morale individuale o sociale "superiore") e/o alla correttezza (tipica della "scienza").

metro di valutazione non tanto la correttezza quanto piuttosto la validità, la giustizia, l'equità, la effettività, etc.

Venendo ora ai discorsi relativi alla correttezza "nel" diritto o "secondo il" diritto, essi hanno ad esempio la forma "nel diritto italiano *p* è corretto". In questo caso, il punto di vista è interno perché, e nel senso che si presuppone e accetta un determinato diritto come parametro di riferimento e valutazione di ciò che è corretto o scorretto¹⁶.

Detto altrimenti, discorsi aventi la forma 'nel diritto italiano *p* è corretto' hanno alla base una concezione interna di correttezza come conformità a diritto, secondo il diritto stesso.

Così, per esempio, chiunque si può chiedere e giuristi e non giuristi, di fatto, si chiedono se è corretto – rispetto a certe norme, ad es., costituzionali – che il governo iteri decreti legge non convertiti dal Parlamento o che la Corte costituzionale dichiari ammissibile e fondata la questione di costituzionalità relativa alla legge elettorale. Egualmente sensato è interrogarsi, e di fatto ci si chiede se è corretto pagare le imposte o attraversare un incrocio con il semaforo rosso.

Come emerge anche da questi semplici esempi, la correttezza "nel" diritto è questione che si pone a livello di meta-discorsi che vertono non direttamente su norme, ma sulla pratica giuridica ed essi sono tipici del discorso vuoi giurisprudenziale, vuoi dottrinale, vuoi teorico-giuridico.

La correttezza "nel" diritto non riguarda, quindi, prescrizioni o norme giuridiche (compresi principi, regole, usi, prassi, etc.), ma atti, comportamenti, azioni, decisioni, etc., delle autorità normative oppure dei destinatari delle varie discipline.

Si tratta di discorsi relativi all'applicazione giuridica intesa in senso ampio o amplissimo: tutti i discorsi relativi all'applicazione corretta di norme a casi o laddove si parla di motivazione corretta, interpretazione giuridica corretta o ricostruzione dei fatti corretta e così via rientrano nei discorsi sulla correttezza "nel" diritto¹⁷.

Siamo in presenza di discorsi aventi sì natura descrittiva, ma pur sempre all'interno di premesse date; pur avendo la forma di asserzioni a contenuto proposizionale, essi non sono puramente "descrittivi" o "neutrali", in quanto, come si è detto, postulano una implicita adesione alle regole che costituiscono i parametri di conformità del giudizio di correttezza.

La *right answer thesis* di Dworkin si colloca in questo novero di discorsi, cioè essa è descrittivo-esplicativa del discorso giudiziale nel senso precisato all'inizio¹⁸.

16 Richiamando ancora la sopracitata distinzione di Cristina Redondo tra punto di vista interno *vs.* esterno 1 di natura epistemica e punto di vista interno *vs.* esterno 2 riguardante la prospettiva compromessa del partecipante, quelli sulla correttezza nel diritto sono discorsi condotti dal punto di vista interno 1 e 2.

17 Nella pratica e nella teoria giuridica, in ogni caso, sia essa riferita alla premessa in fatto o in diritto o alla conclusione normativa di un ragionamento giuridico, la correttezza è una variabile dipendente da una serie numerosa di assunzioni per lo più implicite di ordine epistemologico, metodologico, etico-politico.

18 Tra i passi in cui Dworkin espone la sua tesi uno dei più perspicui è contenuto in "Pragmatism in

Distinti dai precedenti sono i discorsi relativi alla correttezza "per" il diritto, relativi cioè a come i diritti stessi regolano vuoi il corretto procedere, vuoi l'altra faccia della medaglia, ossia l'errore giuridico.

Osservo e – ciò è in sé significativo – che per il senso comune ordinario e giuridico è ovvio che il diritto si (pre)occupi della correttezza, per cui giuristi e non giuristi si chiedono non se la correttezza è o non è rilevante per un diritto – danno per scontato che lo sia – ma come i diritti regolano le ipotesi di "errore".

Mi riferisco evidentemente non tanto agli "errori" intesi come violazione di regole giuridiche da parte dei consociati, che il diritto ha la precipua generale funzione di regolare, quanto piuttosto alle ipotesi di "errore" nella produzione o nell'applicazione del diritto da parte delle autorità normative e dei funzionari.

Gli ordinamenti giuridici vigenti regolano variamente gli errori giuridici anche di tutti costoro tramite una pluralità di regole e moltissimi istituti.

Limitandomi ad alcuni esempi tratti dal diritto italiano, si pensi a: le regole processuali su *error in iudicando* ed *error in procedendo*, la figura del diniego di giustizia come violazione o disapplicazione di legge (norme di diritto), la impugnazione di atti e provvedimenti della pubblica amministrazione per errore o violazione di legge, la correzione degli errori materiali e la disciplina della revocazione delle sentenze civili della Corte di cassazione (artt. 391-*bis* e 395 c.p.c.), le norme del codice di procedura penale sulla riparazione dell'errore giudiziario art. 643 c.p.p., la "erronea applicazione della legge penale" ex art. 606, comma 1, lett. b), c.p.p., il ricorso straordinario per errore materiale o di fatto ex art. 625-*bis* c.p.p.

Ricordo poi la disciplina della enunciazione dei principi di diritto da parte della Corte di Cassazione civile (cfr. art. 384 c.p.c.). La Corte enuncia il principio di diritto quando le viene sottoposta una questione di violazione o falsa applicazione di norme di diritto e, in ogni altro caso in cui, decidendo su altri motivi del ricorso, risolve una questione di diritto di particolare importanza. In tutte queste ipotesi, la Corte stabilisce il principio di diritto a cui uniformarsi. A conferma della rilevanza sia "in astratto" sia "in concreto" della correttezza per il diritto, si noti che "Non sono soggette a cassazione le sentenze erroneamente motivate in diritto, quando il dispositivo sia conforme al diritto; in tal caso la Corte si limita a correggere la motivazione".

Pure emblematica è la disciplina della nomofilachia di cui all'art. 65 dell'ordinamento giudiziario approvato con r.d. 30 gennaio 1941, n. 12, che, per quanto qui rileva, demanda alla Corte di cassazione il compito di assicurare "l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge", formulazione che viene letta nel senso che la Corte di cassazione è investita della funzione di verificare la corretta interpretazione e applicazione del diritto. Si consideri, fra l'altro, che a questa funzione si può riconoscere rilievo costituzionale in ragione dell'assegnazione alla Corte di cassazione del sindacato per violazione di legge ex art. 111, settimo comma, Cost.

Law", cit., pp. 42-43 e 266 in cui chiarisce che la *right answer thesis* descrive un "legal claim", cioè un claim interno al discorso giuridico: "as a matter of ordinary legal judgment", egli sottolinea, "many thousands of other lawyers think the same thing", precisando che fa parte della "ordinary opinion that one side had the better argument in [a certain case]".

Un altro istituto che mostra la rilevanza interna della correttezza per il diritto si trae dai sistemi di *common law* dove la *dissenting opinion* viene accettata e intesa non come segno di rottura rispetto alla funzione di *ius dicere*, ma come test di robustezza della correttezza di quanto statuisce la maggioranza.

Anche la dottrina dello *stare decisis* si basa sulla medesima ideologia di fondo secondo cui, salvo prova contraria, è corretto quanto già è stato statuito da altri giudici in altri casi, tanto che la tecnica del *distinguishing* non viene presentata come dimostrazione di errori precedenti, ma come modo per decidere in modo corretto in casi diversi¹⁹.

Quanto detto circa la correttezza “del” diritto e “per” il diritto è utile per approfondire ulteriormente il tema della correttezza “nel” diritto nel prossimo paragrafo.

Infatti, da un lato, come si è visto, i discorsi sulla correttezza “del” diritto sono in realtà relativi a se il diritto è o non è giusto, sono quindi discorsi esterni sulla giustizia del diritto.

Dall'altro lato, i discorsi sulla correttezza “per” il diritto mostrano che il diritto stesso in quanto ambiente normativo dà la misura di ciò che è corretto, conforme a diritto, ma riconosce anche l'“errore” e lo disciplina, considerandolo qualcosa di ineliminabile.

5. La pretesa di correttezza come questione di macro-pragmatica giuridica

Una sentenza che statuisse che l'imputato, secondo una interpretazione erronea del diritto vigente, è condannato alla pena *x*, sarebbe internamente contraddittoria, perché, nella prospettiva alexiana, con ogni sentenza giudiziale il giudice avanza sempre la pretesa che il diritto sia applicato correttamente, malgrado tale pretesa possa risultare in molti casi insoddisfatta.

Analogamente Dworkin, sottolinea che qualsiasi avvocato presenta le sue tesi come se fossero quelle corrette (le più/le uniche corrette) e considera questo atteggiamento un argomento giuridico, nel senso di una modalità argomentativa che fa parte del modo comune di procedere.

Queste osservazioni meritano di essere difese, precisate ed estese al diritto giurisprudenziale in generale.

Alexy evidenzia, a ragione, la contraddittorietà interna e la stranezza o infelicità pragmatica di una decisione giudiziale che si auto-denunciasse come (possibilmente) non corretta (o non la più o la unica corretta).

Per approfondire il discorso è utile fare un esercizio di sostituzione: si pensi alla decisione di un giudice che, dopo la parte motiva, prima del dispositivo, contenesse –

¹⁹ Cfr. J. Waldron, “Stare Decisis and the Rule of Law: A Layered Approach”, in *Michigan Law Review*, 111, (1), 2012, pp. 1-31. Si veda anche G.U. Jois, “Stare Decisis in Cognitive Error”, in *Brooklyn Law Review*, 75, 2009, pp. 63-141.

in luogo del P.Q.M. (“Per Questi Motivi”) – una formula del tipo “per questi motivi, ma potrebbero essere altri” oppure “per questi motivi, ma non ne sono del tutto sicuro” o “per questi motivi, anche se non sono corretti” e simili. In ipotesi di questo genere, dal punto di vista sia ordinario, sia giuridico, potremmo persino dubitare di essere dinanzi a decisioni giuridiche e sarebbe senz'altro fondato rilevare un vizio interno del ragionamento. Chiaramente si tratta di ipotesi di scuola riconducibili alle situazioni che normalmente per i diritti vigenti costituiscono casi di motivazione illogica, contraddittoria, perplessa, inesistente etc.

Quando nei discorsi giuridici si parla di decisione “corretta” è sotto-inteso il riferimento al dispositivo “corretto” e viceversa (dando per acquisito un rapporto di metonimia “tutto” – “parte” tra decisione e dispositivo).

Nell'esempio in parola della decisione giudiziale, il problema della correttezza riguarda, dunque, principalmente, la parte motiva, cioè la giustificazione. E la pretesa di correttezza deve riguardare, sia la ricostruzione in fatto, sia la motivazione in diritto.

Laddove sono possibili ricostruzioni in fatto e/o motivazioni in diritto alternative, è pragmaticamente necessario che le ipotesi concorrenti siano escluse per la univocità della decisione giudiziale, per cui verrebbe meno alla sua stessa funzione la decisione che, nel giungere a una data soluzione, affermasse – o lasciasse anche solo intuire – che si tratta solo di una tra le possibili ovvero non di quella più corretta.

Nota incidentalmente che se si considera la funzione giudiziale di osservare e applicare il diritto, la pretesa di correttezza del discorso del giudice ha anche una portata deontologica, nel senso che essa fa parte delle regole pragmatiche costitutive dello *status* di giudice. Analogo discorso vale per gli altri funzionari con funzioni decisorie.

In proposito va rilevato che la giurisprudenza è normalmente trasparente nel dare atto della *esistenza* di possibili alternative in fatto e in diritto, come mostrano, ad esempio, i numerosissimi casi in cui si confrontano orientamenti minoritari e maggioritari, ovvero le ipotesi di *revirement*, etc..

Meno trasparenza vi è invece mediamente nel dare atto delle ragioni per cui si sceglie l'una o l'altra alternativa; di regola, inoltre, vi è una convergenza molto maggiore e più ampia sui limiti negativi, su cosa *non* può essere una ragione (ammissibile giuridicamente), mentre la scelta tra le alternative possibili implica un esercizio di discrezionalità e si compie sulla base di ragioni anche morali e economiche o sociali, perlopiù non dichiarate come tali.

Ma a prescindere dal grado di “trasparenza” delle ragioni alla base del discorso giudiziale, in ogni caso è necessario, da un punto di vista pragmatico, presentare la soluzione che si trae alla fine come quella (più o unica) corretta (sia o non sia genuinamente supportata da argomenti giuridici o di altro ordine), mentre sarebbe chiaramente insoddisfacente presentarla come una soluzione scorretta o meno corretta e, in vero, non sarebbe sufficiente nemmeno presentarla come una soluzione purchessia tra quelle in discussione.

In altre parole, in presenza di alternative motivazionali (in fatto e/o in diritto), un'argomentazione che si limitasse ad aderire a una posizione tra quelle in discussione senza dare ragioni conclusive ed esclusive per la sua prevalenza – in definitiva, senza considerarla comparativamente l'unica corretta o la più corretta – sarebbe quanto meno carente e parziale e, quindi, di per sé (giuridicamente) scorretta.

Questa è una considerazione dal punto di vista interno, come suggerisce Dworkin, e diversamente da quanto sostiene Alexy, non implica né presuppone una connessione necessaria tra diritto ed etica.

Similmente, un avvocato che sostenesse la tesi favorevole al suo cliente, non limitandosi a riportare e confutare le tesi sfavorevoli, ma affermando che queste siano quelle (più o altrettanto) corrette, violerebbe palesemente le condizioni minime di felicità del suo discorso. Si tratta di una condizione necessaria dal punto di vista pragmatico²⁰, dipendente dalla relativa funzione discorsiva consistente nel sostenere una data tesi (sia in fatto sia in diritto) allo scopo di avere ragione.

In ciò, la *right answer thesis* di Dworkin coglie un aspetto di senso comune e giuridico che vale oltre l'ambito difensivo-processuale al quale Dworkin presta principale attenzione.

Non solo gli avvocati, ma anche i cittadini e chiunque avanzi una tesi giuridica, ivi inclusi i funzionari, non possono che condurre il loro discorso, rivendicandone, implicitamente o esplicitamente, la correttezza²¹.

A differenza di quanto afferma Dworkin, la pretesa di correttezza non costituisce però un argomento giuridico in senso stretto o "di primo livello" al pari per esempio di altri argomenti giuridici come l'argomento dei principi o teleologico, etc.

Si tratta piuttosto di un "meta-argomento" o di un argomento di "ultimo livello" che chiude l'argomentazione; si può parlare di una presupposizione pragmatica generale dei discorsi giuridici condotti dal punto di vista interno, la quale accompagna, prendendo a prestito nozioni, della teoria dei giochi, tanto il discorso dei decisori quanto il discorso dei giocatori.

Da un lato, vi è infatti la pretesa di correttezza del "decisore", come il giudice, l'arbitro, il funzionario avente funzioni decisorie; dall'altro lato, vi è la pretesa di correttezza dei "giocatori", cioè i cittadini e gli avvocati, ma anche i giudici e i funzionari laddove non hanno funzioni decisorie, come nel caso del pubblico ministero o del giudice "a quo" che, nel sollevare una questione pregiudiziale o di costituzionalità, non può che sostenere la sua tesi, avanzando la pretesa che essa sia (la più o unica) corretta.

Un'analoga pretesa di correttezza viene avanzata, nei sistemi giuridici a Costituzione rigida (indipendentemente dall'esistenza di un controllo di costituzionalità), anche dal discorso giuridico-politico del legislatore, cioè ad esempio i discorsi dei parlamentari *de lege ferenda*. Infatti, nell'avanzare, ad esempio, una proposta di legge (non di riforma costituzionale) il proponente non può che assumere, pena la infelicità del suo discorso, che essa sia corretta, cioè conforme alle norme superiori costi-

20 La situazione esaminata da un punto di vista sociologico è compatibile tanto con situazioni di ipocrisia (quando l'autore del discorso non crede alla correttezza della tesi che sostiene) sia di autoinganno ovvero di genuina convinzione.

21 Il fatto che non vi siano ragioni giuridiche conclusive in assoluto o condivise da tutti i partecipanti alla pratica, non implica che questa rivendicazione di correttezza si basi su un falso o un esercizio sistematico di ipocrisia; ciascuno rivendica la correttezza (*ceteris paribus*) della sua tesi e non potrebbe fare diversamente, tutt'altro discorso è il grado di fondatezza della rivendicazione che dipende dal contenuto delle ragioni che la sostengono.

tuzionali e, in presenza di diverse concorrenti proposte, che essa sia la più o unica corretta²².

Diverso ed emblematico è il caso del discorso del legislatore costituente o del legislatore in un sistema a costituzione flessibile²³.

Venendo ai discorsi della dottrina giuridica o della teoria del diritto, anch'essi, per le medesime ragioni pragmatiche sin qui viste, non possono che avanzare la pretesa di essere corretti, e ciò sia nel caso di discorsi normativi (relativi, ad esempio, a una costruzione o proposta dogmatica) sia nel caso di discorsi descrittivi (ad esempio dell'attività giurisprudenziale o legislativa). Sarebbe infatti assurdo tanto il discorso del giurista accademico, quanto il discorso del teorico o filosofo del diritto che riconoscesse espressamente o ammettesse implicitamente che la concezione del precedente giudiziale che va proponendo o descrivendo non è corretta o, in presenza di alternative, la più o unica corretta.

L'esigenza pragmatica di correttezza è dunque un elemento interno anche ai meta-discorsi teorico-giuridici, per cui è necessario tenerne conto per comprendere la natura dei disaccordi teorici. In proposito, preme sottolineare che la presente analisi lascia aperta la possibilità che i disaccordi teorico-filosofici siano ineliminabili e che alcuni disaccordi possano essere genuini e altri non genuini.

Nella prospettiva pragmatica qui adottata, il punto non è se "a unique solution to these disputes actually exists"²⁴, né se sia vero o falso che "for all practical purposes, there will always be a right answer in the seamless web of our law"²⁵.

Piuttosto, il fatto di avanzare le tesi giuridiche in termini di correttezza non è necessariamente segno d'ipocrisia o di disonestà intellettuale. Tutti, dai cittadini ai giudici, dagli avvocati ai filosofi del diritto, non potrebbero fare altrimenti; il che tuttavia non esclude, evidentemente, che l'appello alla correttezza possa essere abusivo e strumentale e, di fatto, sia frutto di falsa coscienza nei singoli casi.

Preciso quindi che l'analisi qui condotta non presenta alcun nesso necessario con il cognitivismo interpretativo.

Da quanto detto emerge infatti che l'esigenza pragmatica di correttezza del discorso giuridico, da un lato, non implica una posizione formalista o cognitivista a livello di metodo e di teoria dell'interpretazione giuridica; dall'altro lato, è compatibile con una

22 Essendo la legislazione il luogo delle scelte politiche e di produzione normativa è normale (ma non necessario) assumere che non vi sia una sola e unica alternativa corretta, ma certamente le proposte - salvo essere rivoluzionarie o di revisione costituzionale - sono assunte come compatibili con la Costituzione (e, in questo senso, corrette). Organi deputati al vaglio di correttezza in questo ambito sono le commissioni parlamentari, tra cui la 1° Commissione permanente Affari costituzionali del Senato della Repubblica italiana.

23 Naturalmente, a conferma di quanto sin qui detto, in presenza di fonti "sovra-costituzionali" internazionali o di fonti ritenute "supreme" interne o internazionali, anche per il discorso del costituente o del riformatore costituzionale si porrebbe un problema di pretesa di correttezza rispetto a dette fonti.

24 S. Scott, "The 'Hart-Dworkin' Debate: A Short Guide for the Perplexed", in *Public Law and Legal Theory Working Paper Series. Working paper no. 77*, 2007, in <<http://ssrn.com/abstract=968657>>, 52.

25 R. Dworkin, "No Right Answer?", cit. 84.

teoria dell'interpretazione giuridica non cognitivista o formalista, moderatamente scettica.

Un atteggiamento scettico moderato che ammette margini di discrezionalità anche ampi, da parte dei giuristi e non giuristi, nella interpretazione, giustificazione e applicazione non impedisce di riconoscere che purtuttavia questi meta-discorsi, singolarmente e nel loro complesso, incorporano a livello di alta o macro-pragmatica, una pretesa di correttezza, la quale, come si è detto: (i) non potrà mai essere interamente soddisfatta, (ii) non sarà mai assoluta, ma sempre relativa e interna a date premesse, (iii) di conseguenza, comporta un ineliminabile conformismo metodologico che esclude l'avalutatività.

Sotto questo profilo, la pretesa di correttezza non è di per sé incompatibile con un atteggiamento aperto e trasparente in cui – oltre a dare atto che la soluzione raggiunta non è l'unica possibile – si esplicitano “onestamente” le ragioni (giuridiche e, se del caso, anche non giuridiche) a suo sostegno quali il fatto di dare prevalenza a un criterio interpretativo o applicativo o a una concezione delle fonti giuridiche piuttosto che altri criteri o concezioni (possibili) in vista di obbiettivi etici o economici o sociali che non sono giuridicamente vincolanti o non solo i soli giuridicamente vincolanti.

Riferimenti bibliografici

- Alexy R., “Giustizia come correttezza”, trad. di B. Celano, in *Ragion Pratica*, 9, 1997, pp. 103-113.
 Alexy R., *Concetto e validità del diritto*, trad. it. di F. Fiore, con introd. di G. Zagrebelsky, Einaudi, Torino 1997.
 Alexy R., “Law and Correctness”, in *Current Legal Problems*, 1, 1998, pp. 205-221.
 Alexy R., “On the Concept and Nature of Law”, in *Ratio Juris*, 21, 2008, pp. 281-299.
 Alexy R., “Elementi fondamentali di una teoria della duplice natura del diritto”, in *Ars interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica*, 2010, pp. 17-36.
 Alexy R., *Teoria dei diritti fondamentali*, a cura di L. Di Carlo, Il Mulino, Bologna 2012.
 Bankowski Z., MacLean J. (eds.), *The Universal and the Particular in Legal Reasoning*, Ashgate, Aldershot 2006.
 Besussi E., “Ragioni ‘fredde’ e ragioni ‘calde’. Per una difesa della discontinuità”, in S. Maffettone, S. Veca (eds.), *Manuale di filosofia politica*, Donzelli, Roma 1995, pp. 3-17.
 Carbonell F., “Sobre la idea de decisión judicial correcta”, in *Analisi e diritto*, 2015, pp. 11-46.
 de Sousa e Brito J., “Does Legal Semiotics Cannibalize Jurisprudence?”, in *International Journal for the Semiotics of Law*, 22, 2009, pp. 387-398.
 Diciotti E., “Controversie interpretative, pretese di correttezza, giustificazioni”, in S. Pagliantini, E. Quadri, D. Sinesio (a cura di), *Scritti in onore di Marco Comporti*, Giuffrè, Milano 2008, pp. 1103-1134.
 Dworkin R.M., “Judicial Discretion”, in *Journal of Philosophy*, 60 (21), 1963, pp. 624-638.
 Dworkin R.M., “No Right Answer?”, in P.M.S. Hacker, J. Raz (eds.), *Law, Morality and Society. Essay in Honour of H.L.A. Hart*, Oxford University Press, Oxford 1977, pp. 58-84.
 Dworkin R.M., “Is There Really No Right Answer in Hard Cases?”, in Id., *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge Mass. 1985, pp. 119-145.
 Dworkin R.M., “Objectivity and Truth: You'd Better Believe it”, in *Philosophy and Public Affairs*, 25, 2., 1996, pp. 87-139.

- Dworkin R.M., *Justice in Robes*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge Mass. 2006.
 Feteris E.T., *Fundamentals of Legal Argumentation: A Survey of Theories on the Justification of Judicial Decisions*, Dordrecht, Springer, 2017², pp. 99-103.
 Finnis J.M., Grisez G., Boyle J., “Practical Principles, Moral Truth, and Ultimate Ends”, in *The American Journal of Jurisprudence*, 1987, pp. 99-151.
 Hare R.M., *The Language of Morals*, Clarendon, Oxford 1952.
 Hare R.M., “Universalisability”, in *Proceedings of the Aristotelian Society*, LV, 1954-1955, pp. 295-312.
 Hare R.M., *Freedom and Reason*, Oxford University Press, London 1963.
 Hare R.M., *Sorting out Ethics*, Clarendon, Oxford 1997.
 Jois G.U., “Stare Decisis in Cognitive Error”, in *Brooklyn Law Review*, 75, 2009, pp. 63-141.
 Jori M., “Pragmatica, scienza giuridica e diritti”, in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto 2002-2003. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino 2004, p. 377 ss.
 Jori M., *Il formalismo giuridico*, Giuffrè, Milano 1980.
 La Torre M., *Constitutionalism and Legal Reasoning*, Springer, Dordrecht 2007.
 Luzzati C., “Il formalismo dei diritti”, in *Etica & Politica / Ethics & Politics*, XV, 2013, 1, pp. 52-86.
 Malem Señá J.F., *El error judicial y la formación de los jueces*, Gedisa, Barcellona 2008.
 MacCormick N., *Rhetoric and The Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning*, Oxford UP, Oxford 2005.
 Peczenik A., “Coherence, Truth and Rightness in the Law”, in P. Nerhot (ed.), *Law, Interpretation and Reality. Essay in Epistemology, Hermeneutics and Jurisprudence*, Kluwer, Dordrecht, pp. 275-309.
 Pettit P., “Embracing Objectivity in Ethics”, in B. Leiter (ed.), *Objectivity in Law and Morals*, Cambridge University Press, Cambridge 2001, pp. 234-286.
 Pintore A., “Il formalismo giuridico: un confronto tra Jori e Schauer”, di prossima pubblicazione nella *Revista Derecho PUCP*.
 Scarpelli U., “Linguaggio valutativo e prescrittivo”, in *Jus*, IV, 4, 1953, pp. 305-326.
 Scarpelli U., “Libertà, ragione e giustizia”, in *Rivista di filosofia*, LIV, 2, 1963, pp. 191-208.
 Scott S., “The ‘Hart-Dworkin’ Debate: A Short Guide for the Perplexed”, in *Public Law and Legal Theory Working Paper Series. Working paper no. 77*, 2007, in <<http://ssrn.com/abstract=968657>>
 Sidgwick H., *The Methods of Ethics*, Palgrave Macmillan, London 1907⁷, rist. 1962.
 Tarello G., “Formule di giustizia, giustizia formale e logica formale”, in *Il problema della giustizia. Diritto ed economia. Diritto e politica. Diritto e logica. Atti del V convegno nazionale di Filosofia del diritto. Roma, 31 maggio-4 giugno 1961. II Comunicazioni*, Giuffrè, Milano 1962, pp. 183-189.
 Viola F., “The Judicial Truth”, in *Persona y Derecho*, 32, 1995, pp. 249-266.
 Waldron J., “Stare Decisis and the Rule of Law: A Layered Approach”, in *Michigan Law Review*, 111, (1), 2012, pp. 1-31.
 Winch P., “The Universalizability of Morals Judgements”, [1965], in Id., *Ethics and Action*, Routledge & Kegan Paul, London 1972, pp. 151-170.
 Wróblewsky J., “Problems of Judicial Reasoning in Civil Law and Common Law Systems – Some Reflections on Julius Stone’s Approach”, in *Bulletin of Australian Society of Legal Philosophy*, 10, 1986, pp. 187-202.
 Zorzetto S., “Principi giuridici e determinazione del diritto. Alcune riflessioni sul contributo di Mario Jori alla teoria e pratica giuridica”, in S. Zorzetto e A. Pintore (a cura di), *Studi di filosofia del diritto per Mario Jori*, ESI, Napoli 2016, pp. 349-378.