

PRASSI ARGOMENTATIVA DEL GIUDICE DI LEGITTIMITA'. UN'ANALISI SULL'USO DELL'ARGOMENTAZIONE IN FUNZIONE GIUSTIFICATIVA O CREATIVA

Giusy Conza*

Abstract. Negli ultimi decenni la complessità dell'esperienza giuridica che ha messo in crisi le categorie classiche del diritto (legislazione e giurisdizione su tutte) ha spostato l'attenzione degli studiosi, filosofi e teorici del diritto, verso la dimensione interpretativa e argomentativa del diritto al fine di delinearne le componenti non solo normative, ma anche ideali e fattuali del diritto stesso.

L'esigenza di mettere a fuoco il campo e i confini dell'argomentazione trova interessanti considerazioni anche in relazione al profilo della "creazione del diritto". Partendo da alcune pronunce della Corte di Cassazione, questo contributo tenta di verificare la ricadute delle premesse teoriche da cui parte l'argomentazione sul momento giurisprudenziale, recuperando l'interesse verso una pratica discorsiva razionale.

1.

La complessità dell'esperienza giuridica contemporanea ha posto all'attenzione degli studiosi, filosofi e teorici del diritto, l'indagine della dimensione interpretativa e argomentativa del diritto, come la più rilevante (se non esaustiva) per delinearne le componenti non solo

* Giusy Conza è dottoranda in "Filosofia del diritto. Arte e tecnica della giurisprudenza-ermeneutica dei diritti dell'uomo", XXVI ciclo, presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli, 'Federico II'. Il contributo costituisce una prima riflessione, seppure parziale, all'interno del più vasto progetto di ricerca di dottorato seguito in co-tutela con l'Università di Alicante, Spagna. Desidero ringraziare in modo particolare il Professore Angelo Abignente per gli spunti e per i suoi preziosi suggerimenti. Ringrazio, inoltre, il Professore Giovanni Marino per l'organizzazione e l'invito al seminario "FDF2", acronimo di "Filosofia del Diritto Federico II", svoltosi il 20-21 ottobre 2011, presso l'Università degli Studi di Napoli, Federico II, Dipartimento di Giurisprudenza.

normative ma anche ideali e fattuali del diritto stesso; basti pensare al ruolo che la categoria del cd. "diritto vivente" ha assunto con la formulazione delle teorie ermeneutiche degli anni '60 e '70 del secolo scorso. A ciò va aggiunto, sempre nello scenario giuridico-politico del secondo '900, l'importanza assunta dalle costituzioni come supreme fonti normative dell'ordinamento, rese "indisponibili" – nei loro "principi fondamentali" – da parte del legislatore politico. Da esse deriva quindi il fenomeno di "irraggiamento" valoriale operato dalla 'costituzionalizzazione' dei diritti fondamentali nei diversi settori del sistema giuridico, richiedente un'incessante opera di integrazione interpretativa – la cd. "ermeneutica dei principi" – da parte di tutti gli attori ed operatori giuridici, che ne consente il complessivo e delicato equilibrio dinamico.

Le conseguenze più rilevanti di tale fenomeno si rinvengono, com'è noto, in una rinnovata comprensione del rapporto tra diritto e morale, di cui si evidenzia e si tematizza, sia pure in modo problematico, la 'connessione' e non già la separazione, in una implicita critica alla rigidità e alla neutralità della dogmatica giuspositivistica del diritto pubblico. Tali conseguenze possono inoltre reperirsi in una rivalutazione, in chiave ermeneutica, del ruolo "creativo" del giudice, soprattutto costituzionale, nell'opera di rinvenimento dei principi e di bilanciamento dei diritti, nei cd. "casi difficili", che rinviano necessariamente al tessuto morale della collettività, rivitalizzato e positivizzato appunto da principi giuridico-costituzionali spesso tra loro confliggenti.

In questo rinnovato scenario, si spiega la necessaria rilevanza negli studi teorico-giuridici delle giustificazioni razionali degli spazi di co-determinazione interpretativa dei testi normativi e dunque il ruolo 'chiave' dell'argomentazione nel discorso giuridico.

L'argomentazione dunque nell'attuale immaginario giuridico acquista un ruolo fondamentale al pari dell'interpretazione nelle concezioni ermeneutiche del secondo '900 e della dogmatica nel sec. XIX così come nell'attività pratica da qualsiasi prospettiva la si guardi: quella del giudice, dell'avvocato, del teorico del diritto, del legislatore.

Se dunque è piuttosto ovvio riconoscere al momento argomentativo una posizione rilevante all'interno del diritto, non è altrettanto ovvio comprendere in che senso tale prospettiva consenta la conoscenza e la comprensione di molti aspetti del diritto e della teoria giuridica in generale che diversamente potrebbero restare inesplorati¹.

¹ M. Atienza, *El derecho como argumentación*, Ariel Derecho, Barcelona 2006, p. 11, ora *Id.*, *Diritto come argomentazione. Concezioni*

Considero l'argomentazione come il fulcro dell'attività decisionale, sia con riferimento specifico al processo, e dunque alla decisione del giudice come definizione di una controversia, sia per quanto riguarda aspetti più generali del discorso giuridico attinenti al controllo e alla verificabilità di una decisione giudiziaria inserita in un contesto di più ampio respiro, ispirato all'intero sistema normativo di un ordinamento (fonti, precedenti decisioni giudiziarie, lacune, antinomie) nel quale l'argomentazione giunge ad assolvere una vera e propria funzione 'creativa' del diritto².

Trattandosi di una ricerca ancora *in progress* in queste pagine mi limiterò a fornire le coordinate di riferimento e a svolgere alcune considerazioni di carattere teorico, empiricamente supportate da sentenze della Corte di Cassazione italiana.

Dividerò il mio lavoro in tre parti. In una prima parte delinearò la cornice teorica in cui si muove lo studioso che si accosta all'argomentazione giuridica. Quindi, mi sposterò sul discorso giustificativo e più propriamente sul discorso giuridico che, come è a tutti ben noto, è di chiara derivazione filosofica, a partire dai contributi di Habermas e di Alexy. Infine, fornirò qualche elemento più concreto, proveniente dalle sentenze della Corte di Cassazione.

2. Distinzioni preliminari: il concetto di argomentazione giuridica

Quando si parla di "argomentazione" in ambito giuridico ci si riferisce ad un'attività pratica orientata e guidata sia da regole (dal profilo certo) della logica formale, sia da regole (dal profilo incerto) della ragionevolezza e del discorso pratico di giustificazione. Com'è noto, proprio l'elisione dell'incertezza era stato il principale obiettivo (ma anche il limite) della teoria giuspositivistica e dei suoi formalismi e riduzionismi che hanno indotto a definire l'attività del giudice come una

dell'argomentazione, ed. it. a cura di A. Abignente, trad. it. di V. Nitrato Izzo, Editoriale Scientifica, Napoli 2012.

² Si tratta del contesto giusfilosofico ermeneutico che ha rinnegato, almeno in parte l'idea del giuspositivismo di un diritto sistematico, completo e privo di lacune. Il giudice deve interpretare ed argomentare. Non può limitarsi a sussumere la norma. Sul punto si veda soprattutto H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, trad. it. di S. Cotta e G. Treves, Edizioni di Comunità, Milano 1963. A proposito, poi, dell'esperienza della Pandettistica tedesca e della Scuola Esegistica si veda G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto - vol. III. Ottocento e Novecento*, con prefazione di C. Faralli, Laterza, Roma-Bari 2006.

mera operazione ricostruttiva che può realizzarsi con semplici operazioni logico-sussuntive³.

Nella Francia post-rivoluzionaria, si affermò la regola *in claris non fit interpretatio*, intesa quale principio metodologico di preclusione del ricorso a elementi esterni alla lettera della legge per intenderne il significato, coerentemente con la già citata definizione illuministica del giudice come "bocca della legge". Con la Scuola dell'Esegesi il diritto è ridotto alla legge e perciò alla volontà dello Stato. Lo studio del diritto è inteso come rigoroso stretto commento al codice civile, articolo per articolo. Ciò induce lo studioso del diritto a non spingere la propria indagine al di là di questa che appare già di per sé una costruzione razionale tale da rendere superflua ogni elaborazione e sistemazione dei concetti⁴. Si aggiunga il motivo ideologico della conformità del codice ai due miti della certezza del diritto e della divisione dei poteri e soprattutto la pressione esercitata dallo Stato, che vede nella riduzione di tutto il diritto a legge lo strumento migliore per rafforzare la propria autorità. Da ciò risulta una concezione del diritto assolutamente statica, legata all'autorità della legge intesa come dato oggettivo. All'esigenza di certezza viene sacrificata quella dell'adeguamento di esso all'evoluzione della società. La medesima spiegazione non è però altrettanto soddisfacente per altri paesi quali la Germania ove la codificazione è avvenuta molto dopo ma in cui si assiste egualmente ad un'eclissi delle concezioni classiche del giusnaturalismo, a favore di un giusrazionalismo sistematico e poi di un ingenuo storicismo, che condurranno alle fortune sia della Scuola storica che della dogmatica ottocentesca.

In Germania la Scuola Storica di Savigny e poi la sua erede, la Scuola Pandettistica, che della prima abbandona l'anima storicistica per coltivare solo quella positivista, riducono l'interpretazione ad un sottoprodotto della scienza del diritto. La materia giuridica viene elaborata secondo il modello delle scienze naturali impostato sulla relazione causa-effetto, cioè ordinata in un sistema di concetti ricavati per astrazione dal contenuto teoretico delle norme positive e depurati da ogni riferimento a giudizi di valore ad esse sottesi. Il diritto diviene mero diritto scientifico, un prodotto artificiale, mera prerogativa dei giuristi. Si assiste ad una separazione tra il diritto e la vita⁵: il diritto si allontana

³ F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2002, spec. pp. 176 ss.

⁴ G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto - vol. III.*, cit., pp. 17 ss.

⁵ G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, Introd. di P. Piovani, Giuffrè, Milano, 1967.

sempre più da una comunicazione diretta con gli individui. Nel giuspositivismo dell'Europa continentale tutto è improntato ad una pretesa di completezza del sistema normativo e concettuale e alla rivendicazione di assoluta autosufficienza e di netta chiusura rispetto a tutto ciò che fosse ad essa esterno.

Questo scenario cambia radicalmente quando, a partire dalla seconda metà del '900, come si diceva, l'avvento delle teorie ermeneutiche e la riscoperta della 'ragion pratica' in filosofia e nella scienza giuridica e soprattutto i fenomeni di 'costituzionalizzazione' degli ordinamenti giuridici, con la forte ripresa della dimensione 'normativa' e pluralistica dei principi e delle ragioni valoriali ad esse sottese⁶ hanno dato risalto e spessore alla 'concretizzazione' del diritto ad opera degli interpreti e dunque alla co-determinazione del senso dei testi normativi che necessita sempre più di una rigorosa e adeguata giustificazione razionale in sede argomentativa⁷.

Argomentare, tuttavia, non significa giustificare un procedimento di sussunzione di una fattispecie 'A' in una norma 'B'. Al contrario, il discorso argomentativo presenta una serie di difficoltà teoriche che non possono essere trascurate dagli addetti ai lavori.

Una prima difficoltà sorge senza dubbio dall'ambiguità del concetto stesso di argomentazione giuridica che si riflette direttamente sulle categorie ad esso connesse: argomento giuridico, ragionamento giuridico, logica giuridica e metodo giuridico.

Nel tentativo di chiarire quest'ambiguità, vorrei proporre qualche distinzione preliminare.

L'argomentazione va distinta dalla logica, perché quest'ultima concepisce gli argomenti come catene di enunciati in cui, partendo dalle premesse, si giunge ad una conclusione. Si può partire da questa conosciutissima frase del giudice Holmes, nella sua opera *The common law*: "la vita del diritto non è stata logica ma esperienza"⁸. Questo aforisma è stato frainteso, ritenendosi, con un'errata interpretazione, che Holmes avesse inteso escludere il diritto dalla logica. In realtà Holmes voleva soltanto contrapporre al formalismo giuridico un

⁶ In questo senso basti pensare alle tecniche sempre più diffuse di 'bilanciamento' dei diritti fondamentali.

⁷ Sulla distinzione tra principi e regole e sull'attività di concretizzazione del diritto che a rigore non è né interpretazione né creazione di diritto vedi G. ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Einaudi, Torino, 2009, pp. 95 ss.

⁸ O.W. HOLMES JR., *The common law*, Little, Brown and Co., Boston 1881, p. 1.

approccio pragmatico, sottolineando che ciò che guida lo sviluppo del diritto non è un'idea immutabile di ragione, ma l'esperienza mutevole⁹. Non dimentichiamo infatti che Holmes appartiene a quella corrente giusfilosofica che prende il nome di realismo giuridico americano¹⁰ e che si caratterizza proprio per una rinnovata attenzione alla *law in action*, ovvero al diritto che proviene dal basso, dai fatti e dalle decisioni giuridiche¹¹.

L'argomentazione, ancora, si distingue dal metodo giuridico. L'argomentazione pretende di soffermarsi sul discorso giustificativo dei giudici, mentre il metodo giuridico offre materiale rilevante con cui risolvere un problema. Difatti le teorie dell'argomentazione si occupano in modo particolare del discorso giustificativo dei giudici ossia delle ragioni che offrono a fondamento delle loro decisioni (motivazioni) (contesto di giustificazione) e non della mera descrizione ed esplicazione dei processi di assunzione della decisione (contesto di scoperta)¹².

Un altro modo per chiarire l'ambiguità del concetto di argomentazione¹³ è comprender in che modo l'argomentazione sia legata al concetto di decisione. Argomentare e decidere sono due momenti che coincidono? O si distinguono? E se non coincidono, possono prescindere l'uno dall'altro¹⁴?

⁹ M. ATIENZA, *El derecho como argumentación*, cit., p. 12.

¹⁰ C. FARALLI, *Il giudice e il diritto. Ermeneutica e realismo a confronto*, in: *Materiali per una Storia della cultura giuridica*, vol. 2, 2004, pp. 531 ss.

¹¹ K.N. LLEWELLYN, *Jurisprudence: Realism in Theory and Practice*, University of Chicago Press, Chicago 1962.

¹² M. ATIENZA, *El derecho como argumentación*, cit., p. 13.

¹³ Per chiarire la nozione di argomentazione, Manuel Atienza si rifà alla distinzione tra concetto e concezioni, che ha avuto una certa fortuna nella filosofia pratica degli ultimi tempi. Esiste un concetto comune di argomentazione, fondato sulla base di tutti quei caratteri sempre presenti quando si parla di argomentazione, che sia una nozione maneggiata dai logici, dagli psicologi, dai giuristi o dalla gente comune. Questo concetto a sua volta è riconducibile a diverse concezioni, diverse interpretazioni. Così i ragionamenti sono riconducibili ad un linguaggio, presuppongono una questione per la quale il ragionamento funge da risposta, possono essere letti come attività o come prodotto, e valutati in maniera diversa a seconda della prospettiva che si adotta e a seconda di chi li interpreta (giudici, avvocati...). Cfr. M. ATIENZA, *El derecho como argumentación*, cit., p. 71.

¹⁴ Si chiede Atienza se l'argomentare e il decidere siano così vicini, "come l'ombra e il corpo"? L'autore non si mostra completamente d'accordo e per

Sulla base di queste distinzioni preliminari possiamo ora provare a definire l'argomentazione? Certamente non esiste in materia una definizione univoca, ma potremmo dire, almeno in via generale, che l'argomentazione è un'attività che accompagna le decisioni e che, in senso lato, ha luogo in contesti nei quali "chi argomenta" non è chiamato propriamente a decidere, quanto piuttosto a formarsi un'opinione su qualcosa. Questo *quid* costituisce il problema o la questione, perché è da esso che si genera il problema argomentativo. Possiamo affermare senza eccezione che l'argomentazione è qualcosa che ha luogo in un contesto di risoluzione di problemi. Il conflitto è all'origine dell'argomentazione. Se c'è accordo non è necessario argomentare, l'argomentazione presuppone la possibilità del disaccordo¹⁵. Argomentare significa, quindi, addurre una giustificazione

convincere chi legge apporta una serie di esempi nei quali è perfettamente possibile che esista una decisione senza argomentazione (es. il parlamentare che decide di votare in un certo senso, perché questa è l'indicazione del suo partito senza nemmeno sapere cosa stia votando); o ancora che l'argomentazione possa aver luogo in contesti in cui non si tratta di decidere, come quando accettiamo un fatto o crediamo nell'esistenza di uno stato delle cose (es. il tabacco causa il cancro). M. ATIENZA, *El derecho como argumentación*, cit., pp. 62 ss.

¹⁵ Giova distinguere, secondo MacCormick, a proposito della discrezionalità giudiziale, tra disaccordi speculativi e disaccordi pratici. Secondo MacCormick, lo stesso fenomeno si verifica nell'ambito del ragionamento giudiziale: anche dopo aver risolto tutti i disaccordi speculativi rimangono sempre dei disaccordi pratici, che non è possibile determinare in base a criteri certi; in questi casi, perciò, deve essere riconosciuto ai giudici l'esercizio di una certa discrezionalità per risolvere i disaccordi pratici. Per Dworkin, al contrario, nei casi difficili i disaccordi non sono solo pratici ma anche speculativi. MacCormick come Dworkin ritiene che i giudici non hanno una discrezionalità forte se con essa s'intende un potere quasi legislativo, ma al contrario non condivide l'idea di una discrezionalità debole, al più egli ritiene che sia limitata: ai giudici deve essere conferita la discrezionalità di risolvere i disaccordi pratici che residuano dopo che siano stati, eventualmente, espletati tutti gli strumenti a loro disposizione per cercare di determinare razionalmente una decisione giudiziaria. In questo senso, una volta giunto a livello dei disaccordi pratici, chi è chiamato a prendere una decisione può solamente scegliere tra due o più alternative tutte, comunque, "razionali". N. MACCORMICK, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, trad. it a cura di A. Schiavello, Giappichelli, Torino 2001, pp. 280-282.

razionale ad una tesi al fine di trovare una possibile condivisione delle proposizioni avanzate¹⁶.

La teoria dell'argomentazione giuridica, nata dall'incontro delle teoriche sull'argomentazione razionale con quelle dell'interpretazione giuridica principalmente di stampo analitico, ha assunto negli ultimi tempi una propria autonomia scientifica e disciplinare. Nell'attuale e tendenziale convergenza tra sistemi di *civil law* e *common law*, il momento argomentativo assume rilievo preponderante nella giustificazione della decisione giudiziaria, valendo al tempo stesso come criterio per la verificabilità ed il controllo delle sentenze e delle motivazioni dei giudici.

In questo contesto scientifico, assumendo sullo sfondo le elaborazioni teoriche della teoria dell'argomentazione analitica da un lato e dell'ermeneutica giuridica¹⁷ dall'altro, nella loro tensione critica ma anche in una possibile traiettoria di convergenza, favorita proprio dal momento argomentativo, il mio intento è di valutare, nella sua dimensione pragmatica, l'uso dell'argomentazione nella giurisprudenza di legittimità.

La domanda sintetica all'origine della mia ricerca può essere così formulata: le Corti di giustizia di legittimità ricorrono all'argomentazione come una mera *tecnica* di giustificazione degli esiti raggiunti dall'interpretazione di un fatto e di una disposizione normativa o la utilizzano anche come metodo di produzione normativa in un sistema giuridico che si rivela sempre più poroso e complesso¹⁸?

3. Riflessioni e differenze nelle teorie dell'argomentazione giuridica

L'uso dell'argomentazione, come ho poc'anzi accennato, lungi dall'esaurirsi in una pratica ispirata a modelli sussuntivi e di chiara natura logico-formale, presenta una serie di problematiche che il teorico del diritto ma, più in generale, chiunque vi ricorre è chiamato a

¹⁶ A. IACONA, *L'argomentazione*, Einaudi, Torino 2005, *Introduzione*, spec., p. X.

¹⁷ F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, cit., pp. 186-201.

¹⁸ "L'adeguamento del diritto ai mutamenti della realtà non può essere rimesso solo ad uno strumento rigido, quale è la legge; richiede anche uno strumento flessibile, quale è la giurisprudenza, idoneo ad evolversi giorno per giorno in sintonia con l'evoluzione della realtà". Cf, F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2004, p. 115.

risolvere. L'argomentazione, infatti, è intrinsecamente connessa al conflitto che si dipana nella controversia da risolvere. È un'attività che emerge soprattutto nel momento decisionale; nel momento, cioè, in cui il diritto è chiamato ad esprimersi per decidere il conflitto. Da questa prospettiva, dunque, essa non può che essere ricondotta all'alveo primordiale del discorso giuridico, alla sua struttura e al procedimento secondo cui si sviluppa.

Che cos'è il discorso giuridico? E qual è la sua finalità? Il discorso giuridico non si limita esclusivamente ad una comunicazione di idee, implicando piuttosto un procedimento giustificativo¹⁹ volto al raggiungimento di un consenso razionale.

Un fenomeno, che è oggi sotto gli occhi di tutti, è il predominio dell'istituzione giudiziaria: è ai giudici che è affidata la capacità di applicare al caso concreto le previsioni legislative, ridefinendole, secondo un approccio creativo di diritto. Il ruolo del giudice è quello di motivare, ossia giustificare, rendere ragione del proprio operato.

Si dice usualmente che il processo giudiziale abbia come fine la ricerca della verità²⁰. Questo postulato, purtroppo, incontra ricostruzioni differenti in merito alle conseguenze che ne derivano. Di quale verità si tratta? Come raggiungerla? È sufficiente la giustificazione della sola decisione finale (dispositivo) o piuttosto risulta necessario giustificare tutte le decisioni, anche di fatto, prese in tutti i passaggi che conducono il giudice a giustificare razionalmente quella determinata sentenza²¹?

Quando si parla di argomentazione non può dirsi esistente una verità assoluta, una non-verità, un'unica risposta corretta o ancora definitiva, ma al più una verità, oserei dire mutevole, ossia sottoposta a continua

¹⁹ Un caso particolare è costituito dalle motivazioni delle sentenze. Solo per citare alcuni esempi, si vedano: Consiglio di Stato - Adunanza Plenaria - 24 maggio 2011 n. 9; Cass. Civ. SS.UU. n. 15144 del 2011; Cass. Pen. SS.UU. n. 18288 del 2010.

²⁰ Sul punto si veda il lavoro di F. DI DONATO, *La costruzione giudiziaria del fatto: il ruolo della narrazione nel processo*, Franco Angeli, Milano 2008. Interessanti spunti sul rapporto tra processo e ricerca della verità anche in: F. DI DONATO, F. SCAMARDELLA, *La ricerca della verità tra diritto, realtà, cultura. Note a margine di un caso giudiziario*, in: F. CASUCCI, M.P. MITTICA, a cura di, ISLL Papers, The Online Collection, "Il contributo di Law & Humanities nella formazione del giurista. Atti del quarto convegno nazionale, Benevento 31maggio-1giugno", vol. 6, 2013, pp. 184-208

²¹ C. REDONDO, *Sulla giustificazione della sentenza giudiziale*, in: *Materiali per una storia della cultura giuridica*, a. XXXIX, vol. 1, 2009, pp. 31 ss.

revisione dalle ragioni favorevoli o contrarie che vengono addotte a fondamento della tesi di partenza²². Il procedimento non si tradurrà in decisioni arbitrarie e mutevoli, se contenute entro modelli di ragionamento compatibili con il sistema giuridico. Una parte non trascurabile del discorso giuridico si fonda quindi sulle decisioni giuridiche e sulle relative argomentazioni.

La tematica dell'argomentazione non è di sicuro una novità nel campo della scienza giuridica; essa ha origini lontane nella dialettica e nella retorica antica²³. Ciò che invece è mutato è la prospettiva da cui la si guarda. Non più come un'indagine logica di produzione e valutazione di argomenti validi in grado di garantire inferenze corrette e conclusioni vere, ma come pratica sociale, intersoggettiva e dialettica. La fine degli anni '50 segna una rottura con le tradizioni di logica formale e del sillogismo giudiziale, e lascia il passo alle nuove teorie dell'interpretazione ed argomentazione giuridica²⁴. Lo sfondo teorico della ricerca quindi assumerà quali punti di riferimento obbligati le teorie dei *precursori dell'argomentazione giuridica*, dalla nuova retorica di Perelman, alla *working logic* di Toulmin²⁵ e le c.d. teorie standard dell'argomentazione, da Alexy alle teorie contemporanee di Peczenik, MacCormick, Aarnio ed Atienza. Ed in questo sfondo teorico ricorrente sarà la questione del confronto tra ragionamento giuridico e ragionamento razionale che affonda le sue radici nella problematica e forse inesauribile tensione tra diritto e morale. È infatti in questo luogo di convergenza, scontro ed interazione che l'argomentazione ritrova la sua matrice prettamente *pratica*, tale da giustificarne l'interesse e l'attualità per un approccio al diritto che emancipandosi ad un tempo da

²² C. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, con prefazione di N. Bobbio, trad.it. di C. Schick, M. Mayer, E. Barassi, Einaudi, Torino, 2001, p. XIX.

²³ ARISTOTELE, *Retorica e poetica*, a cura di M. Zanatta, Utet, Torino, 2004.

²⁴ Per interpretazione s'intende, "quell'attività che coglie e attribuisce significati a partire da determinati segni". F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, cit., p. 106. Quando si parla di argomentazione ci si riferisce a "quell'attività verbale, sociale e razionale mirante a convincere un critico ragionevole dell'accettabilità di una tesi tramite un insieme di proposizioni che vengono avanzate per provare o confutare la proposizione espressa nella tesi". F. H. VAN EEMEREN, R. GROOTENDORST, *Teoria sistematica dell'argomentazione. L'approccio pragma-dialettico*, trad. it. a cura di A. Gilardoni (cap. 6-8, appendice) e di G. Raniolo (cap.1-5), Mimesis, Milano, 2008, p. 13.

²⁵ P. CANTÙ, I. TESTA, *Teorie dell'argomentazione*, cit., p. XIII ss.

categorie giusnaturalistiche e giuspositivistiche ritrovi nel costituzionalismo o, se si vuole, nel cosiddetto neo-costituzionalismo, la *humus* feconda.

La cd. "svolta argomentativa" si ha con la nuova retorica di Perelman che anticipa, in qualche modo, i nuovi modelli di ragionamento giuridico. La svolta è segnata dall'opera di Perelman e Lucie Olbrechts Tyteca, il *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica di Perelman*²⁶. La nuova retorica parte da una ripresa della retorica e della dialettica greche²⁷ ma si pone in netto contrasto con la tradizione del razionalismo cartesiano, secondo la quale sarebbe razionale solo l'argomentazione dimostrativa propria della matematica. L'argomentazione è, per Perelman, orazione piuttosto che dialogo: "il dialogo è un caso particolare di discorso che si ha quando l'uditorio assume il ruolo di interlocutore²⁸".

La logica formale è incapace di dare frutti nel ragionamento pratico, ed è quindi necessario dimostrare la possibilità di un uso pratico della ragione. Con Perelman assistiamo dunque ad un affrancamento dai canoni della *necessità* e dell'*evidenza*, per lasciare spazio ai criteri del *verosimile* e del *probabile*. La sua argomentazione ha come destinatario l'*uditorio*, l'insieme di coloro che l'oratore vuole persuadere al fine di ottenerne l'adesione²⁹. È anche vero, però, che persuadere non significa

²⁶ C. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Trattato dell'argomentazione*, cit.

²⁷ "Dalla retorica antica è mutuata l'idea che ogni argomentazione si sviluppa in funzione di un uditorio, vale a dire dell'insieme di coloro che il parlante desidera influenzare con i suoi argomenti. Dalla dialettica antica Perelman riprende non tanto la centralità attribuita alla dimensione dialogica quanto la nozione aristotelica di argomentazione dialettica. Aristotele infatti oltre ad essere stato il primo a fare dell'argomentazione l'oggetto di una trattazione esplicita, ha distinto diverse forme dell'argomentare in base alla natura delle asserzioni adottate a sostegno e in base al nesso probante nei confronti della tesi che rafforzano. Si potrebbe quindi dire che Aristotele avesse distinto diverse forme di razionalità: dimostrazione, dialettica e retorica". P. CANTÙ, I. TESTA, *Teorie dell'argomentazione. Un'introduzione alle logiche del dialogo*, Mondadori, Milano, 2006, p. 2.

²⁸ *Ivi*, p. 1.

²⁹ È possibile intravedere un'affinità tra Perelman e Habermas: quello che per Perelman è adesione dell'uditorio universale, è per Habermas il consenso raggiunto nella situazione linguistica ideale. Come per Habermas, anche secondo Perelman si deve ritenere razionalmente giustificato un giudizio di valore o di obbligo solo quando ciascuno può approvarlo. Ne deriva allora che l'espressione uditorio universale ha almeno due significati: 1) l'uditorio universale è una

convincere, non significa, cioè, che se pure quell'argomentazione risulti efficace sia poi necessariamente valida³⁰.

L'antirazionalismo³¹, che a tratti si percepisce in Perelman, non si avverte, invece, nelle teorie del ragionamento giuridico di MacCormick e Alexy³². Le opere di questi ultimi hanno, di fatto, contribuito in maniera determinante all'idea che l'interpretazione del diritto e la sua validità derivino specificamente dai processi argomentativi che, a loro volta, non possono prescindere né dall'esame della prassi né dal discorso pratico generale di cui sono espressione.

L'idea di MacCormick è di sviluppare una teoria che individui le condizioni in base alle quali poter valutare la giustificazione piuttosto che la correttezza di una sentenza.

MacCormick non mette in discussione il modello sillogistico, perché il suo obiettivo è solo quello di integrarlo e affinarlo. Il teorico scozzese ricostruisce la teoria del ragionamento giuridico a partire dal principio di giustizia formale³³ per cui ciò che è uguale va trattato in maniera uguale. Tale principio, nel ragionamento giuridico, sfocia nel principio di universalizzabilità che può risultare sufficiente quando si tratta di risolvere casi facili, ma che mostra la sua inadeguatezza di fronte ad un caso difficile. Il criterio di giustizia formale non è quindi sufficiente, in quanto le regole generali ed universali devono essere a loro volta giustificate. Diviene compito del giudice, quindi dimostrare che la scelta

costruzione ideale dell'oratore 2) la totalità degli esseri umani come esseri razionali. Non sembra essere escluso che le due definizioni siano conciliabili. R. ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, ed. it. a cura di M. La Torre, Giuffrè, Milano, 1998, p. 129.

³⁰ È necessario distinguere in ordine al concetto di uditorio tra persuasione e convinzione ovvero tra argomento efficace e argomento valido. Chi cerca solo l'adesione di un uditorio particolare tenta di persuadere; chi si impegna per quella dell'uditorio universale vuole convincere. Ne consegue che sono validi gli argomenti che trovano l'adesione di quello che Perelman definisce uditorio universale, mentre sono solo efficaci quelli assunti da un uditorio particolare. R. ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, cit., p. 129.

³¹ Mi riferisco in particolare al rifiuto, per Perelman, del razionalismo di tradizione cartesiana che ritiene razionale solo l'argomentazione dimostrativa propria della matematica.

³² R. ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, cit., pp. 365 ss.

³³ N. MacCormick, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, cit., pp. 93-103.

di una norma come alternativa alle altre dipende da una giustificazione di secondo livello³⁴, i cui criteri direttivi attengono al "far senso nel mondo sensibile" e al "far senso nel sistema giuridico dato"³⁵. La norma "fa senso nel mondo" quando rinvia alle conseguenze che le regole hanno sulla realtà; mentre "fa senso nel sistema giuridico" quando i criteri individuati devono risultare coerenti e congruenti con i principi generali e i valori del sistema giuridico considerato. Una decisione giuridica sarà corretta se suscettibile di essere universalizzata, se può cioè essere applicata in modo coerente anche nel futuro a casi simili.

Infine, giungiamo alla teoria del ragionamento giuridico di Alexy³⁶. Le idee e i concetti per Alexy, così come per Habermas³⁷, hanno un'origine discorsiva. Ciascun individuo è in grado di pensare e di parlare solo se inserito in un contesto discorsivo da cui si origina la "socializzazione" stessa.

La sua tesi dell'integrazione si fonda sulla possibilità di collegare l'utilizzo di argomenti giuridici con l'utilizzo di argomenti pratici generali. L'argomentazione giuridica pur costituendone un *caso particolare*, presenterebbe anche delle affinità con il discorso pratico generale.

Chiunque pronuncia un enunciato per ciò stesso avanza una pretesa implicita di correttezza. Pretesa di correttezza che in un discorso giuridico si traduce in pretesa di giustizia che esige una giustificazione razionale delle proposizioni normative nel sistema giuridico vigente. Ecco perché Alexy si pone in modo critico sia nei confronti di un modello ermeneutico, arido perché si ferma all'interpretazione; sia verso un modello coerente, in quanto un ordinamento non può dirsi mai completo. La teoria dell'interpretazione diviene per Alexy teoria dell'argomentazione³⁸. Il fondamento della sua teoria

³⁴ *Ivi*, pp. 121 ss.

³⁵ *Ivi*, p. 127.

³⁶ R. ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, cit., pp. 139 ss.

³⁷ Tanto Habermas quanto Alexy ritengono che le regole procedurali possano garantire la validità di un processo decisionale o del discorso pratico (in generale). In particolare, Habermas sostiene che le regole procedurali siano utili per argomentare razionalmente le proprie posizioni all'interno del discorso tra parlanti; Alexy ritiene che le regole procedurali possano garantire la validità di una decisione (razionalmente argomentata). J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, trad. it. di L. Ceppa, Guerini Associati, Milano, 1996.

³⁸ L'etica del discorso, di cui Habermas e Apel, sono i principali esponenti ha come scopo quello di fornire una fondazione razionale e universale dei principi dell'agire, ponendo alla sua base la filosofia della comunicazione (paradigma

dell'argomentazione giuridica è introdotto da una teoria generale del discorso pratico razionale di cui il discorso giuridico ne costituisce il caso particolare. La pretesa di correttezza nell'argomentazione giuridica si riferisce al fatto che nell'ordinamento giuridico la proposizione normativa possa essere motivata in modo razionale e non che essa sia assolutamente razionale, come vuole il discorso pratico generale. La razionalità dell'argomentazione presuppone una razionalità della legislazione, che a sua volta presuppone che in una società le questioni pratiche vengano risolte in modo razionale. Per pervenire ad una teoria del discorso giuridico che abbia questi elementi di razionalità, bisognerebbe ampliare la teoria del discorso pratico generale.

Nel discorso pratico generale, come abbiamo visto, la pretesa di giustificazione è assoluta, questo implica che le proposizioni normative si qualificano come assolutamente razionali, sempre secondo l'assunto che razionalità non equivale a certezza; nel discorso giuridico invece la pretesa di giustizia sussiste entro i limiti³⁹ esistenti nell'ordinamento giuridico vigente.

Un altro aspetto del progetto argomentativo di Alexy è segnato dalla ben nota distinzione tra due livelli di giustificazione: interna ed esterna⁴⁰. La giustificazione interna ha un carattere logico stringente e costituisce espressione del più ampio principio di universalizzabilità, mentre quella esterna ha ad oggetto la correttezza delle premesse della giustificazione interna. La giustificazione esterna è una procedura giustificativa che oltrepassa i limiti della logica deduttiva. Pertanto, presenta caratteri valutativi e può essere definita come espressione della ragione dialettica che può assumere diverse forme che Alexy definisce, "forme argomentative speciali" e avvenire secondo varie regole⁴¹ quali le regole dell'interpretazione, quelle dell'argomentazione dogmatica, quelle dell'impiego del precedente, quelle dell'argomentazione pratica generale, quelle dell'argomentazione empirica. La necessità del discorso giuridico emerge, infatti, dalla

intersoggettivo) che si esplica con il ricorso all'argomentazione. J. HABERMAS, *Teoria dell'agire comunicativo*, trad. it. di P. Rinaudo, con intr. di G.E. Rusconi, 2 voll., Il Mulino, Bologna, 1986.

³⁹ La particolarità del discorso giuridico la ritroviamo nei limiti esistenti nel discorso giuridico. I limiti sono costituiti di sicuro dalla legge, dal precedente e dalla dogmatica giuridica nonché quando il discorso si riferisce alle forme del processo giudiziario, dalle regole di procedura.

⁴⁰ R. ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, cit., pp. 176 ss.

⁴¹ *Ivi*, pp. 183 ss.

debolezza delle regole e forme del discorso pratico generale. Queste regole sono deboli perché spesso non portano ad alcun risultato, quindi è ragionevole introdurre regole di argomentazione giuridica, istituzionalizzate come scienza del diritto, cosicché l'ambito di ciò che è discorsivamente possibile viene quantomeno ridotto.

È proprio su questo punto che la teoria dell'argomentazione di Alexy ha incontrato diversi rilievi critici, in particolare l'osservazione puntuale di MacCormick. Lo studioso scozzese pur condividendo la tesi del discorso giuridico come caso particolare del discorso pratico generale non ritiene il modello procedurale⁴², fatto di regole e forme, come percorso adeguato da seguire per poter definire la razionalità delle proposizioni normative.

Un altro genere di critica viene mosso alla tesi del caso particolare di Alexy dal teorico dell'argomentazione Manuel Atienza.

Lo studioso spagnolo⁴³ non ritiene infatti che l'argomentazione giuridica sia un caso speciale dell'argomentazione pratica generale. Egli ritiene che ridurre il discorso giuridico a caso particolare significhi uniformare l'argomentazione giuridica con il rischio di una ricaduta teorica poco utile sul piano pratico ed eccessivamente ideologizzata. L'argomentazione giuridica, dice Atienza, è al contrario una pratica complessa nella quale concorrono differenti tipi di argomentazione e di dialogo e nella quale a seconda del contesto può prevalere l'uno o l'altro di questi tipi di argomentazione.

Atienza distingue, infatti, non due poli ma tre concezioni o meglio, come tiene a precisare, tre *dimensioni* dell'argomentazione giuridica. Le tre dimensioni vengono individuate in quella formale, materiale e pragmatica; esse appaiono connesse l'una con l'altra di modo che nel ragionamento giuridico non si possa prescindere da nessuna di esse. È vero, infatti, che ognuna di queste dimensioni è strettamente legata ad un valore fondamentale dei sistemi giuridici: la certezza con la concezione formale, la verità e la giustizia con la concezione materiale e l'accettabilità e il consenso con la concezione pragmatica. Ora, è bene precisare che, per Atienza, il diritto è un esempio di *impresa razionale*⁴⁴

⁴² A. Abignente, *Legittimazione, discorso, diritto. Il proceduralismo di Jürgen Habermas*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2003, p. 12: "L'agire comunicativo che incrementa le procedure discorsive guidandole verso un accordo è il meccanismo riproduttivo di ogni società, il fattore di razionalizzazione delle sfere del 'mondo della vita' [...]"

⁴³ M. ATIENZA, *El derecho como argumentación*, cit., pp. 170 ss.

⁴⁴ *Ivi*, p. 97.

ove l'ideale della motivazione giudiziale si traduce nel porre le *buone ragioni* nella *forma adeguata* affinché sia possibile la *persuasione*⁴⁵.

Nella concezione formale, le premesse e la conclusione sono enunciati non interpretati o, interpretati ma con un significato astratto. La concezione formale poggia sulla logica deduttiva. Nella prospettiva formale ciò a cui si giunge non sono argomenti, ma schemi argomentativi, ciò che rileva non è la verità o la correttezza delle premesse o della conclusione, ma quali sono gli schemi formali che permettono di giustificare il passaggio dalle premesse alla conclusione (regola d'inferenza). Pertanto questo modo di argomentare non è in grado di offrire delle buone ragioni a fondamento delle premesse, ma si limita ad incorniciare il ragionamento in schemi argomentativi idonei a risolvere i soli casi facili. La concezione formale risulta così necessaria ma non sufficiente per la risoluzioni di casi concreti c.d. difficili per i quali si sente l'esigenza di affiancare alla prima un secondo momento argomentativo, quello definito appunto materiale. Nella concezione materiale, invece, le premesse e la conclusione sono enunciati interpretati, cioè enunciati accettati da chi argomenta come veri o corretti. A questa dimensione segue quella pragmatica volta al raggiungimento di un'accettazione che derivi da un argomentare retorico o dialettico. La concezione dialettica conduce ad una razionalità procedurale (capacità persuasiva, capacità d'interagire), proprio come le regole procedurali cui fanno riferimento tanto Habermas, quanto Alexy; mentre la dimensione retorica dei ragionamenti mira all'efficacia del discorso.

Il fatto che l'argomentazione giuridica sia il frutto di queste tre dimensioni non impedisce che all'interno di ciascuna dimensione vi siano diversi campi in cui l'una o l'altra giochi un ruolo predominante. Per esempio l'argomentazione degli avvocati può essere di carattere dialettico quando si difendono interessi contrapposti e retorico quando l'argomentazione è volta alla persuasione del giudice.

Il mio intento, partendo da un approccio teorico argomentativo, è di proporre un'analisi e valutazione concreta di diverse pronunce giurisprudenziali in una prospettiva *formale, materiale e pragmatica* che si propone di guardare con attenzione agli aspetti linguistici e alle buone ragioni che spingono il giudice a formulare una determinata motivazione giudiziale. Il tentativo è di mostrare come ad esempio la concezione formale si presti bene a dar conto del lavoro di alcuni torici del diritto che si concentrano sulle sentenze dei giudici viste come il risultato di

⁴⁵ M. ATIENZA, *El derecho como argumentación*, cit., p. 97.

un'attività interpretativa; o ancora, come la concezione materiale costituisca il nucleo dell'argomentazione, ossia la correttezza della giustificazione portata a termine dai giudici.

4. Il ruolo dell'argomentazione nelle decisioni giudiziali

La mia ipotesi di ricerca verrà ovviamente sviluppata coniugando una metodologia teorica, basata sullo studio e sull'approfondimento delle teorie argomentative, e un approccio pratico, basato sulla raccolta di casi e sentenze, che supporteranno il momento teorico. Mi interessa, in special modo, dimostrare che l'argomentazione non necessariamente presuppone una regola, ma in molti casi risulta essere essa stessa fonte creatrice di diritto. La sentenza del giudice non è il risultato di un mero processo di sussunzione: la norma non è qualcosa di preconstituito, ma qualcosa che prende vita nell'*iter processuale* e lo stesso "fatto" non costituisce un dato, ma qualcosa che viene costruito passo dopo passo nel processo. Questo sistema non più meccanico ma creativo, mina ovviamente alla base il paradigma della certezza del diritto.

Nell'era della globalizzazione assistiamo alla perdita della prerogativa di creazione del diritto propria del Legislatore. I diritti diventano deboli, "diritti senza terra"⁴⁶ svuotati del loro significato perché vittime di una politica che li lascia "dolcemente" naufragare. L'origine del naufragio può forse rintracciarsi in un'assenza costante di dialogo tra politica e cultura, che finisce per individuare necessariamente nella magistratura una funzione di riconoscimento di nuovi diritti.

Il diritto al di là delle regole include anche i principi la cui concretizzazione proviene di fatto anche dai giudici. Pensiamo per un attimo a come sarebbe il mondo del diritto se il legislatore fosse chiamato a rincorrere il progresso scientifico piuttosto che le delicate tematiche bioetiche, con il solo fine di costruire di volta in volta una legge *ad hoc* che legittimi una data questione. Esiste una Costituzione contenitrice di principi fondamentali che da soli - e la prassi giurisprudenziale più volte lo ha dimostrato (vedi il caso Englaro⁴⁷) - sono sufficienti per la risoluzione di un caso concreto. L'assenza di un confronto fecondo tra politica, cultura e operatori del diritto ha

⁴⁶ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2012, p. 3.

⁴⁷ I giudici di legittimità sono riusciti a *ius dicere* sulla vicenda Englaro anche se una legge sulla eutanasia non esiste, proprio perché hanno dato attuazione al principio di autodeterminazione disciplinato nella nostra Costituzione (Cass n. 21748 del 16 ottobre 2007, estensore Dott. A. Giusti).

determinato non solo un *deficit* normativo, ma anche l'emergere di conflitti tra principi talvolta impossibili da bilanciare. Il diritto diviene orfano di terreni⁴⁸ in cui affondare le proprie radici e per questo pare perdere quella certezza propria di un oggettualismo giuspositivista.

Il ruolo del giudice, dunque, si fa preminente ed irrinunciabile, il suo *ius dicere*, anche in considerazione del divieto del *non liquet*, non lascia spazio ad un non decidere.

L'attività interpretativa del giudice è attività creativa che non si riduce, però, a decisionismo più radicale. Il lavoro del giudice non deve, cioè, sfociare nell'arbitrio più totale. Il giudice crea diritto sempre nel rispetto dei limiti imposti dalla comunità normativa in cui vive ed opera e a cui appartengono i destinatari della sua decisione.

Una giustificazione di quanto detto è chiaramente rinvenibile nelle attente argomentazioni di alcune pronunce giurisprudenziali italiane che testimoniano l'apertura della giurisprudenza verso la fondazione di nuovi diritti.

Un esempio, tra tanti, è costituito dalla sentenza della Cassazione Civile, Sez. III, n. 10741 del 2009⁴⁹. Di questa pronuncia sono ben note le argomentazioni della Corte a proposito del riconoscimento del

⁴⁸ Così Rodotà: "*diritti senza terra vagano nel mondo globale alla ricerca di un costituzionalismo anch'esso globale che offra loro ancoraggio e garanzia. Orfani di un territorio che dava loro radici e affidava alla sovranità nazionale la loro concreta tutela, sembrano ora dissolversi in un mondo senza confini dove sono all'opera poteri che appaiono non controllabili (...). È questo il mondo nuovo dei diritti. Un mondo non pacificato, ma ininterrottamente percorso da conflitti e contraddizioni, da negazioni spesso assai più forti dei riconoscimenti*" Cfr. S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 3.

⁴⁹ Si legge in fatto: "*Una signora napoletana che aveva difficoltà a rimanere incinta si era sottoposta ad una terapia farmacologica per stimolare l'ovulazione. Dalla gravidanza era nato un bambino con gravi malformazioni. Studi scientifici avevano dimostrato che la somministrazione dei farmaci utilizzati potevano provocare malformazione del feto, anche se in casi limitati. I genitori del piccolo avevano denunciato i medici per non essere stati messi al corrente dei rischi della terapia somministrata. Il tribunale e la Corte d'Appello avevano riconosciuto ai genitori e al figlio, ormai maggiorenne il risarcimento del danno per violazione dell'obbligo al consenso informato e per i danni conseguenti causati al nascituro. Contro la sentenza d'appello i medici avevano proposto ricorso in Cassazione*". (Cass. Civ. n° 10741 dell'11 maggio 2009, estensore Dott. B. Spagna Musso). Il testo integrale della sentenza è stato consultato sulla banca dati Giuffrè al seguente link: <http://dejure.giuffre.it/>

risarcimento del danno⁵⁰ a favore del nascituro nei casi di comprovata responsabilità dei medici per omessa informazione sui possibili effetti teratogeni del farmaco somministrato. Meno note, invece, sono le dirimenti considerazioni svolte dai giudici della Suprema Corte di Cassazione che emergono dalla 'motivazione in diritto' e che catturano l'attenzione per le valide argomentazioni a loro supporto. Il caso è quello di una signora che avendo difficoltà a rimanere incinta, dopo essersi sottoposta ad una terapia farmacologica per stimolare l'ovulazione senza essere adeguatamente informata sulle possibili conseguenze dannose per il feto, dà alla luce un bambino malformato.

La Cassazione attribuisce la soggettività giuridica al concepito riconoscendo nel suo iter motivazionale la consapevolezza del ruolo che la giurisprudenza va assumendo in considerazione di due fondamentali premesse argomentative. La prima si riferisce alla pluralità di fonti⁵¹ nel riconoscimento di due principi civilistici: della decodificazione (il venir meno della tradizionale previsione di disciplina di tutti gli interessi meritevoli di tutela in un unico testo normativo, a seguito del subentrare di altre fonti) e della depatrimonializzazione (attribuzione alla persona di una posizione di centralità, quale portatrice di interessi non solo patrimoniali ma anche personali art. 2 e 32 Cost.)⁵².

⁵⁰ Dunque, sia la mancata informazione, sia la prescrizione del farmaco ritenuto teratogeno vengono ritenute dai giudici come fonti autonome di responsabilità nei confronti del nascituro, ritenuto "terzo destinatario di effetti protettivi in relazione al rapporto madre-medico", ai sensi dell'art. 1411 c.c. nonché della "lettura costituzionale dell'intera normativa codicistica in tema di efficacia e di interpretazione del contratto, per cui tale strumento negoziale non può essere considerato al di fuori della visione sociale e non individuale del nostro ordinamento, caratterizzato dalla centralità della persona". A carico dei sanitari, accanto alla responsabilità per non aver adempiuto al dovere generale di procedere alla corretta informazione dei pazienti prima della prescrizione del farmaco, si aggiunge pertanto la responsabilità, direttamente nei confronti del nascituro, per la violazione dell'"obbligo di non prescrivere farmaci potenzialmente lesivi del bene salute" (Cass. n.10741/2009).

⁵¹ A. ABIGNENTE, *Fonti, principi, concretizzazione. Spunti di riflessione sul dibattito intorno ai diritti sociali nel sistema comunitario*, in: B. CARUSO, M. MILITELLO, a cura di, *I diritti sociali tra ordinamento comunitario e Costituzione Italiana: il contributo della giurisprudenza multilivello*, WP C.S.D.L.E., Massimo D'Antona, Collective Volumes, 1/2011, pp. 52-59.

⁵² Si legge nella motivazione in diritto: "In tale assetto ordinamentale l'apporto della giurisprudenza, in specie di legittimità nell'espletamento della funzione di "nomofilachia" (omissis) della Corte di Cassazione, assume sempre

La seconda ineludibile premessa rivela l'esistenza di una funzione interpretativa del giudice in ordine alla formazione della c.d. giurisprudenza normativa, quale autonoma fonte di diritto, non più legata ai soli schemi logico-argomentativi, quanto piuttosto ai principi ed ai valori che la ispirano.

È così che il compito dell'interprete, continua la Corte, va sempre più nella direzione di "*attualizzare' il diritto, anche mediante l'individuazione (là dove consentito, come nel caso dei diritti personali, non tassativi) di nuove aree di protezione di interessi*". Questo nuovo modo di guardare alla giurisprudenza fa sì che, con riguardo al caso *de quo*, anche il concepito sia protetto quale titolare di molteplici situazioni giuridiche soggettive non previamente identificabili né tassativamente individuabili ma la cui tutela è soggetta ai mutamenti storico-sociali.

più rilievo nel sistema delle fonti in linea con la maggiore consapevolezza dei giudici di operare in un sistema ordinamentale che, pur essendo di civil law e, quindi, non basato su soli principi generati come avviene nei paesi di common law (omissis), caratterizzati dal vincolo che una determinata pronuncia giurisprudenziale assume per le decisioni successive, si configura come semi-aperto perché fondata non solo su disposizioni di legge riguardanti settoriali e dettagliate discipline ma anche su cd. clausole generali, e cioè su indicazioni di "valori" ordinamentali, espressi con formule generiche (omissis) che scientemente il legislatore trasmette all'interprete per consentirgli, nell'ambito di una più ampia discrezionalità, di "attualizzare" il diritto, anche mediante l'individuazione (omissis) di nuove aree di protezione di interessi. In tal modo, con evidente applicazione del modello ermeneutico tipico della Interessenjurisprudenz (c.d. giurisprudenza degli interessi, in contrapposizione alla Begriffsjurisprudenz o giurisprudenza dei concetti quale espressione di un esasperato positivismo giuridico) si evita sia il rischio, insito nel c.d. sistema chiuso (del tutto codificato e basato sul solo dato testuale delle disposizioni legislative senza alcun spazio di autonomia per l'interprete), del mancato, immediato adeguamento all'evolversi dei tempi, sia il rischio che comporta il cd. sistema aperto, che rimette la creazione delle norme al giudice sulla base anche di parametri socio-giuridici (ordine etico, coscienza sociale etc.) la cui valutazione può diventare arbitraria ed incontrollata.

La funzione interpretativa del giudice, i suoi limiti, la sua vis expansiva sono, dunque, funzionalmente collegati all'assetto costituzionale del nostro ordinamento quale Stato di diritto anch'esso caratterizzato dal Rule of law (omissis), assetto in cui il primato della legge passa necessariamente attraverso l'attività ermeneutica del giudice. Pertanto, proprio in virtù di una interpretazione basata sulla pluralità delle fonti e, nel caso in esame, sulla clausola generale della centralità della persona, si addivene a ritenere il nascituro soggetto giuridico (omissis)" (Cass. n. 10741/2009).

L'affermazione inequivocabile della soggettività dell'embrione⁵³, che va oltre il concetto di capacità giuridica (art. 1, comma 1, c.c.), è il segnale forte verso il riconoscimento di una tutela del nascituro, concepito o non concepito, in linea con la normativa in materia di procreazione assistita.

Tale maggiore tutela diviene problematica ove l'interesse del nascituro, quale "soggetto giuridico a tutti gli effetti", venga a confliggere con l'interesse della madre o dei genitori, come può accadere, ad esempio in materia di interruzione di gravidanza⁵⁴ o, per l'appunto, di procreazione assistita.

Al riguardo non si può fare a meno di evidenziare come le considerazioni degli ermellini sembrino andare in una direzione diversa rispetto all'orientamento della Corte Costituzionale che, oltre ad aver sempre affermato il principio secondo cui *"non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare"*⁵⁵, ha proprio di recente⁵⁶ abrogato alcune norme

⁵³ I giudici di legittimità affermano che *"deve, quindi, oggi intendersi per soggettività giuridica una nozione senz'altro più ampia di quella di capacità giuridica delle persone fisiche (che si acquista con la nascita ex art. 1, 1° comma, c.c.), con conseguente non assoluta coincidenza, da un punto di vista giuridico, tra soggetto e persona, e di quella di personalità giuridica [...] In tale contesto, il nascituro o concepito risulta comunque dotato di autonoma soggettività giuridica (specifica, speciale, attenuata, provvisoria o parziale che dir si voglia) perché titolare, sul piano sostanziale, di alcuni interessi personali in via diretta, quali il diritto alla vita, il diritto alla salute o integrità psico-fisica, il diritto all'onore o alla reputazione, il diritto all'identità personale"*. Partendo da tale presupposto viene per la prima volta in modo più che esplicito affermato che *"il nascituro ha, dunque, il diritto a nascer sano, in virtù, in particolare, degli artt. 2 e 32 della Costituzione (senza dimenticare l'art. 3 della citata Dichiarazione di Diritti fondamentali dell'Unione europea che esplicitamente prevede il diritto di ogni individuo all'integrità psico-fisica)"*. (Cass. n. 10741/2009)

⁵⁴ A tal proposito i giudici della Suprema Corte affermando che il concepito *"non avrebbe (omissis) avuto diritto al risarcimento qualora il consenso informato necessitasse ai fini dell'interruzione di gravidanza (e non della mera prescrizione di farmaci), stante la non configurabilità del diritto a non nascere (se non sano)"*. (Cass. 10741/2009)

⁵⁵ Corte Costituzionale, sentenza n. 27 del 18 febbraio 1975. Il testo integrale della sentenza è stato consultato al seguente link: <http://www.giurcost.org>.

⁵⁶ Corte Costituzionale, sentenza n. 151 dell'8 maggio 2009. Il testo integrale della sentenza è stato consultato al seguente link: <http://www.giurcost.org>.

della legge 40/2004 che, pur finalizzate a garantire l'embrione, sono state ritenute lesive degli interessi e del diritto alla salute della madre.

Una ulteriore questione affrontata dalla Corte poggia sulla disamina del cd. "diritto a nascere sano". Il concepito viene considerato dalla Corte quale titolare di un diritto a nascere sano, attraverso una interpretazione evolutiva dell'art. 32 della Cost. Il diritto a nascere sano non implica però un diritto a non nascere se non sano, implica piuttosto un diritto a nascere senza avere subito danni a causa di condotte omissive o negligenti dei medici. Pertanto, conclude la Corte il nascituro avrà diritto al risarcimento del danno soltanto ove si provi l'errore medico (nel caso di specie individuabili nella somministrazione alla madre di farmaci dannosi per il feto), ma non nel caso in cui la madre non abbia fatto ricorso all'aborto eugenetico con il solo scopo di non dare esistenza ad un bambino malformato.

Inoltre, il diritto al risarcimento in favore del nascituro deriverebbe anche dalla violazione dell'obbligo di informazione sui rischi terapeutici in quanto *"terzo destinatario di effetti protettivi in relazione al rapporto madre-medico"*. Tali effetti protettivi si estendono anche nei confronti del padre *"in virtù della lettura costituzionale dell'intera normativa codicistica in tema di efficacia e di interpretazione del contratto, per cui tale strumento negoziale non può essere considerato al di fuori della visione sociale (e non individuale) del nostro ordinamento, caratterizzato dalla centralità della persona"*.

In una situazione fattuale diversa ma che percorre lo stesso delicato terreno tracciato da tematiche bioetiche si è pronunciata nell'ottobre 2012 la Cassazione con sentenza n. 16754⁵⁷. In concreto una madre che, sottoposta esclusivamente ad un banale Tri-test, aveva manifestato la volontà di non portare a termine la gravidanza nell'ipotesi di risultato positivo dell'esame diagnostico, partorisce un bambino affetto da sindrome di Down.

In una prospettiva che potremmo definire di pragmatica-dialettica, riprendendo una delle tre dimensioni dell'argomentazione di Atienza, ossia di dialogo serrato con la dottrina la Corte supera il precedente giurisprudenziale del 2009 sulla considerazione che il diritto vantato dal minore nato malformato non gli derivi dal riconoscimento di una più ampia soggettività giuridica. Questa argomentazione deriverebbe innanzitutto da *"un [...] ostacolo di ordine logico costituito dalla apparente contraddizione tra un diritto "a nascere sano" (un diritto, dunque, alla vita, che si perpetuerebbe nel corso della gestazione) e la*

⁵⁷ Cass.Civ. del 2 ottobre 2012, n. 16754, estensore Dott. G. Travaglino.

sua repentina quanto inopinata trasformazione in un diritto alla salute di cui si invocherebbe tutela solo dopo la nascita”.

La Corte, inoltre, nel caso di specie, riconosce il risarcimento al nascituro sul presupposto che la madre non era stata sottoposta agli accertamenti idonei a diagnosticarne l'handicap per poter far valere il suo diritto di abortire mentre nel 2009 la stessa sezione aveva escluso, come abbiamo visto, la configurabilità di tale diritto in quanto *“non è configurabile nel nostro ordinamento un diritto “a non nascere se non sano” perché, in base alla l. 194/78, sull'interruzione volontaria di gravidanza, e in particolare agli art. 4 e 6 nonché all'art. 7, 3° comma, che prevedono la possibilità di interrompere la gravidanza nei soli casi in cui la sua prosecuzione o il parto comportino un grave pericolo per la salute o la vita della donna, deve escludersi nel nostro ordinamento il c.d. aborto eugenetico”*⁵⁸. La facoltà della donna di interrompere la gravidanza rappresenta un esclusivo interesse della donna e non anche del nascituro, così come l'interesse ad un *“procreazione cosciente e responsabile”* (art. 1 legge 194 del 1978). Il neonato, sul piano giuridico, vanta, *“ora per allora”*, esclusivamente l'interesse tutelato a che la madre sia messa in condizione di scegliere consapevolmente e responsabilmente, e non anche l'interesse a che la scelta della madre sia nel senso di interrompere la gravidanza.

La decisione in commento conduce ad una soluzione innovativa e coraggiosa: la possibilità di risarcire il minore malformato rinvenendo il danno non nella nascita, né tantomeno nella malformazione ma nella *“[...] condizione evolutiva della vita handicappata intesa come proiezione dinamica dell'esistenza che non è semplice somma algebrica della vita e dell'handicap, ma sintesi di vita ed handicap, sintesi generatrice di una vita handicappata”*. Il nascituro non è soggetto giuridico ma oggetto di tutela, incalza la Corte *“[...] l'intero plesso normativo ordinario e costituzionale sembra muovere nella direzione del concepito come oggetto di tutela e non come soggetto di diritto”*. Solo a seguito della nascita la fattispecie di cui alla sent. 2009 si presentò come un ordinario caso di danno alla salute: la situazione soggettiva tutelata è il danno alla salute, non quello a nascere sano. Il nato malformato *“non fa valere un diritto alla vita né un diritto a non nascere, ma la lesione della sua salute, originatasi al momento del concepimento [...]”*. Oggetto della pretesa risarcitoria è *“sul piano morfologico, la nascita malformata, su*

⁵⁸ Cass. Civ. dell'11 maggio 2009, n. 10741, estensore Dott. B. Spagna Musso.

quello funzionale (quello, cioè, del dipanarsi della vita quotidiana) il perdurante e irrimediabile stato di infermità”.

La Corte introduce ancora un nuovo diritto rispetto al precedente del 2009: la possibilità di estendere il risarcimento del danno, dunque gli effetti protettivi da cd. “contatto sociale” oltre che al padre (come già previsto nel 2009) anche in favore dei fratelli e delle sorelle del nascituro *“consistente, tra l’altro [...] nella inevitabile, minor disponibilità dei genitori nei loro confronti, in ragione del maggior tempo necessariamente dedicato al figlio affetto da handicap, nonché nella diminuita possibilità di godere di un rapporto parentale con i genitori stessi costantemente caratterizzato da serenità e distensione; le quali appaiono invece non sempre compatibili con lo stato d’animo che ne informerà il quotidiano per la condizione del figlio meno fortunato; consci — entrambi i genitori — che il vivere una vita malformata è di per sé una condizione esistenziale di potenziale sofferenza, pur senza che questo incida affatto sull’orizzonte di incondizionata accoglienza dovuta ad ogni essere umano che si affaccia alla vita qual che sia la concreta situazione in cui si trova — principio cardine non di una sola, specifica morale, ma di una stessa ed universale Etica (e bioetica) della persona, caratterizzata dalla insostituibile centralità della coscienza individuale”.*

Il ragionamento pratico trova quindi corrispondenza in quello del giudice che emette la sentenza, nella misura in cui non si limita all’automatica applicazione di una norma generale ed astratta al caso concreto, ma va oltre con un intervento quasi creativo del diritto.

Il diritto di una madre a praticare l’aborto nei casi di conoscenza (e conoscibilità) delle possibili malformazioni sul feto e il diritto del concepito stesso a nascere sano e l’ulteriore diritto al risarcimento del danno derivante da un’estensione degli effetti protettivi del contratto (“più che in base alla pur rilevante disposizione dell’art.1411 c.c.”⁵⁹) non sono diritti sulla carta⁶⁰, ma possono egualmente trovare riconoscimento giuridico in una decisione giudiziale in tutti i quei casi in cui il diritto sceglie, per un motivo o per un altro, di restare silente. Questo ruolo creativo e quasi normativo del giudice nella fase decisionale risponde ad una esigenza di deliberare, se pure tenendo presente volontà, interessi e valori contrastanti, in virtù di una lettura costituzionalmente orientata sempre nel rispetto della diversità dei casi particolari. Non è il tramonto

⁵⁹ Cass. Civ. dell’11 maggio 2009, n. 10741, estensore Dott. B. Spagna Musso.

⁶⁰ L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. Vitale, Laterza, Roma-Bari, 2008.

dell'idea giuspositivistica traducibile con la massima "se A, allora B", ma è la consapevolezza che l'attività del giudice non può ridursi ad una mera applicazione di una norma generale ed astratta. Gli interessi in conflitto, i valori in gioco pervadono il diritto che, tuttavia, non sempre è capace di recepirli e di tutelarli come meritano. Spetta al giudice, quindi, deliberare sui casi particolari, anche quando il diritto nulla dice o appare antinomico.

In un'epoca in cui l'ingerenza del diritto, o meglio della giurisprudenza, su questioni così delicate è diventata oggi dirompente, è necessario chiedersi se tutto ciò che è possibile da un punto di vista sociale e scientifico possa essere poi giustificabile e accettabile anche giuridicamente.