

ABSTRACT

L'argomentazione giuridica.

Razionalità e dinamicità nella prassi giuridica

Con la crisi delle concezioni formalistiche del diritto negli ultimi decenni del Novecento, si assiste ad un ripensamento di tutte le questioni legate al rapporto diritto/morale/politica a partire dalla rivalutazione in chiave pratico-argomentativa della razionalità implicita nella Costituzione. Prima di passare alla disamina delle maggiori peculiarità della teoria dell'argomentazione giuridica e all'analisi critica delle teorie dei suoi più importanti esponenti mettendone in evidenza luci ed ombre, per un'approfondita ricostruzione del dibattito teorico, è opportuno porre l'accento su cosa sia l'argomentazione in generale, per poi focalizzarci sulle specificità dell'argomentazione giuridica, analizzandone le varie concezioni. È inoltre evidenziato come in ambito retorico, in cui l'oratore calibra e pondera il suo discorso in relazione all'uditorio, l'argomentazione rappresenti un aspetto preponderante, se non addirittura essenziale. Infatti l'argomentazione è un ragionamento situato. È un ragionamento nel senso che consiste nell'inferire, da enunciati che fanno da premessa, un enunciato che costituisce una conclusione; ma a differenza di quanto accade nella logica formale, le premesse non sono vere. Sono solo assunte come vere da chi sviluppa il ragionamento o da chi lo ascolta e lo valuta. Il valore di verità di quanto è affermato nelle premesse dipende dal livello di credenza sia di chi enuncia che di chi ascolta e valuta l'argomentazione. Argomentare significa ragionare in un contesto probabile e non certo, partendo da premesse accettate ma non necessariamente vere, rivolgendosi ad interlocutori situati, cioè portatori di credenze, principi, assunti che possono divergere da quelli di altri interlocutori. Ne consegue così che nell'analisi dell'argomentazione nella sua declinazione retorica, ogni pratica argomentativa si svolge "in funzione di un uditorio", producendo effetti di credenza e di persuasione in un pubblico o in un interlocutore determinando così una necessaria presa in carico del corpo di credenze e di conoscenze che l'uditorio, o l'interlocutore, condivide. Dopo una ricostruzione teorica del concetto di argomentazione, delle sue diverse concezioni, della sua dimensione retorica e dei limiti che da ciò ne derivano, è necessario porre l'accento sulla dimensione più squisitamente giuridico/procedurale dell'argomentazione e del ragionamento degli operatori del diritto che, calato nel processo, luogo simbolo del contraddittorio, si declina nella sua natura probatoria, rappresentando così il fondamento di giustificazione e quindi di legittimità, delle decisioni giudiziarie, partendo dall'analisi del concetto di verità e dalla disamina del rapporto dicotomico tra verità sostanziale e verità processuale. Considerato che il lavoro del giurista non si può solo basare

su mere operazioni logico-formali, incapaci di porre rimedio all'incompletezza-indeterminazione del diritto positivo, si è posta in evidenza la valutatività o *politicità* della decisione giuridica. Di fronte ad un potere legislativo in crisi di legittimità, è il potere giudiziario ad assumere la centralità nel sistema giuridico. Il giudice, oggi, sa che per giungere alla decisione di un caso concreto non può più contare solo sulle norme giuridiche, ma deve entrare in uno spazio di azione in cui dovrà esercitare la "prerogativa sovrana della scelta" tra soluzioni non più determinate solo dagli strumenti giuridici, intesi in un senso puramente tecnico-formale. Ed è proprio in relazione ai casi concreti che si assiste alla trasformazione delle decisioni dei giudici nei luoghi in cui si consumano complesse scelte etiche, radicalizzando la tendenza implicita nello Stato Costituzionale di concentrazione del "politico" nella dimensione giudiziaria, soprattutto per il ruolo pervasivo dei principi costituzionali, caratterizzati da una natura intrinsecamente polemogena e conflittuale e dalla diretta applicabilità ai casi concreti, grazie alle complesse e delicate operazioni di bilanciamento operate dalle corti. Lungi dall' offrire una soluzione definitiva e conclusiva all' annoso dibattito filosofico-giuridico sul complesso tema del rapporto tra ragionamento giuridico, pragmatica argomentativa e *politicità* del diritto, si può sostenere che le teorie argomentative del diritto, pur ispirandosi ad una razionalità immanentizzata degli ordinamenti costituzionali, sembra non riescano ad arginare la pendenza di ragioni soggettive/ "politiche" che sfuggono inesorabilmente a qualsivoglia forma di universalismo e trascendentalismo, non riuscendo ad imbrigliarsi in una composizione del dilemma morale, o in altre parole, in una neutralizzazione del conflitto morale, che si affidi ad una qualche strategia di proceduralismo giuridico. La "costruzione" dei diritti fondamentali a partire dalla priorità del discorso morale universale, sembra dover fare i conti con la matrice politica del suo linguaggio e dei processi di esplicazione concreta della Costituzione in uno spazio di conflittualità giuridica, di cui vengono ridisegnati caso per caso i contorni. Infine la *reductio ad unum* del diritto ad opera di una ragione interamente proceduralizzata, se da un lato sembra riflettere quell' aspirazione di prevedibilità e certezza del diritto, dall' altro sembra trascurare il carattere *ad escludendum* dei diritti fondamentali, la loro radice pluralista, e dunque inevitabilmente conflittuale, che chiama in gioco la relatività e la parzialità della sintesi giuridica. Quali possibilità allora per il giurista interprete/esecutore nella dinamicità della prassi giuridica? L' incertezza diviene luogo del possibile quando questi, immersi nella formazione procedurale del diritto e custodendo quell' istanza etica che, da anelito di certezza, diviene controllo razionale dell' attività giurisprudenziale, pone in essere una verifica di razionalità ermeneutico-pratica sia *ex ante* che *ex post*, sia di previsione che di controllo, in modo da neutralizzare qualsivoglia arbitrio o "decisionismo politico-giudiziario", ed assicurando così all' argomentazione giuridica il ruolo di garante di razionalità e dinamicità nella prassi giuridica.