



UNIVERSITÀ
DI TRENTO

Facoltà di
Giurisprudenza

LE (IN)CERTEZZE DEL DIRITTO

Atti delle giornate di studio
17-18 gennaio 2019

a cura di
Cinzia Piciocchi
Marta Fasan
Carla Maria Reale

2021



**UNIVERSITÀ
DI TRENTO**

**Facoltà di
Giurisprudenza**

QUADERNI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

49

2021

Al fine di garantire la qualità scientifica della Collana di cui fa parte, il presente volume è stato valutato e approvato da un *Referee* interno alla Facoltà a seguito di una procedura che ha garantito trasparenza di criteri valutativi, autonomia dei giudizi, anonimato reciproco del *Referee* nei confronti di Autori e Curatori.

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

*Redazione a cura dell'Ufficio Pubblicazioni Scientifiche
dell'Università degli Studi di Trento*

© Copyright 2021
by Università degli Studi di Trento
Via Calepina 14 - 38122 Trento

ISBN 978-88-8443-932-1
ISSN 2284-2810

Libro in Open Access scaricabile gratuitamente dall'archivio IRIS - Anagrafe della ricerca (<https://iris.unitn.it/>) con Creative Commons Attribuzione-Non commerciale-Non opere derivate 3.0 Italia License.

Maggiori informazioni circa la licenza all'URL:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/it/legalcode>

Il presente volume è pubblicato anche in versione cartacea, grazie al contributo della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Trento - Dipartimento di Eccellenza finanziato dal MIUR - CUP E66C18000370005, per i tipi di Editoriale Scientifica - Napoli, con ISBN 978-88-9391-989-0.

Gennaio 2021

LE (IN)CERTEZZE DEL DIRITTO

Atti delle giornate di studio
17-18 gennaio 2019

a cura di
Cinzia Piciocchi
Marta Fasan
Carla Maria Reale

Università degli Studi di Trento 2021

INDICE

	Pag.
Marta Fasan, Carla Maria Reale <i>Premesse e spunti per un dialogo sulle (in)certezze del diritto</i>	1

SEZIONE I

GLI STRUMENTI DELLE (IN)CERTEZZE

Lucia Busatta <i>Gli strumenti delle (in)certezze</i>	9
Giulia Giusy Cusenza <i>L'(in)certezza del diritto e le nuove sfide della nomofilachia</i>	17
Caterina Tomba <i>Il regime di responsabilità civile dello stato-giudice quale strumento di prevenzione della (illegittima) incertezza del diritto</i>	37
Roberto Compostella <i>(Im)prevedibilità della decisione giudiziaria vs (in)certezza del vincolo del precedente</i>	57
Vincenzo Desantis <i>L'incerto statuto delle linee guida dell'Anac nell'ordinamento giuridico italiano</i>	81
Tommaso Bianchi <i>Brevi cenni in merito alla cosiddetta 'legge delle citazioni' e sull'esigenza di certezza del diritto nella codificazione teodosiana</i>	113
Serena Tomasi <i>Incertezza nel diritto: la prospettiva dell'impegno argomentativo</i> ..	135

SEZIONE II

GLI AMBITI PARADIGMATICI DELLE (IN)CERTEZZE

Carla Maria Reale	
<i>Gli ambiti paradigmatici delle (in)certezze</i>	149
Maurizio Di Masi	
<i>L'interesse del minore quale unica certezza nell'odierno diritto di famiglia</i>	157
Marco Rizzuti	
<i>Una (in)certa idea di famiglia: tra giudici e legislatori</i>	181
Andrea Martani	
<i>Le incertezze del diritto nel contesto della sanità moderna: sfide presenti e future</i>	197
Francesco Farri	
<i>Le (in)certezze nel diritto tributario</i>	219
Flavio Guella	
<i>La domanda di certezza del diritto e i suoi pericoli. Ambiti paradigmatici e nuovi spazi nella ricerca della certezza giuridica, tra funzione del legislatore e ruolo della giurisprudenza</i>	243

SEZIONE III

NUOVE TECNOLOGIE

E (IN)CERTE RISPOSTE DEL DIRITTO

Marta Fasan	
<i>Nuove tecnologie e (in)certe risposte del diritto</i>	265
Elisa Spiller	
<i>If data is the new atoms... Le incertezze sul concetto di dato personale al tempo dei big data</i>	273
Irene Domenici	
<i>Tecnologie sanitarie innovative: il diritto di fronte all'incertezza scientifica ed etica</i>	295

INDICE

	Pag.
Gemma Pacella	
<i>Dalla realtà alla qualificazione dei rapporti di lavoro: restituire certezza alle categorie tradizionali</i>	315
Giuseppe Emanuele Corsaro	
<i>Schrems contro Facebook: gli incerti confini della categoria dei consumatori</i>	339
Chiara Garbuio	
<i>Declinazioni nuove di problemi antichi: l'impatto della digitalizzazione sul mercato del lavoro e le perduranti incerte risposte del sistema di sicurezza sociale</i>	359
Marta Tomasi	
<i>I tratti della certezza giuridica davanti alla realtà "tecnologicamente aumentata"</i>	381

SEZIONE IV
CONCLUSIONI

Cinzia Piciocchi	
<i>Conclusioni</i>	393

INCERTEZZA NEL DIRITTO: LA PROSPETTIVA DELL'IMPEGNO ARGOMENTATIVO

Serena Tomasi

SOMMARIO: 1. *Introduzione.* 2. *Gli usi del termine 'incertezza' nei lavori del Convegno.* 3. *Uso ideologico del concetto di (in)certezza.* 4. *Le definizioni di (in)certezza.* 5. *La prospettiva argomentativa.* 6. *Conclusioni.*

1. Introduzione

Lo scopo di questo contributo è quello di ricostruire gli usi del sintagma 'incertezza' nell'ambito della discussione promossa su questo tema a Trento, in occasione delle Giornate di Studio del 17 e 18 gennaio 2019.

In particolare, questo intervento si occuperà di presentare le diverse forme di incertezza che sono emerse dagli interventi degli studiosi che, da diverse aree del diritto, hanno partecipato alla prima sessione del Convegno, orientati alla ricerca degli 'strumenti' delle (in)certezze.

Nell'effettuare questa ricognizione critica, presento ciò che sembra determinare l'(in)certezza e propongo un modello di descrizione dell'incertezza che consenta di impiegare le diverse accezioni che sono state sviluppate. Questo mi consentirà, contestualmente, di prendere in considerazione il contributo offerto dalla teoria dell'argomentazione giuridica che, preoccupandosi della questione del perché si sia realizzato un certo tipo di risultato interpretativo e/o applicativo, si pone l'obiettivo di suggerire, sul piano prescrittivo, i migliori modelli di giustificazione razionale da usare.

2. *Gli usi del termine 'incertezza' nei lavori del Convegno*

Consapevole della polisemia che si annida nel termine 'incertezza', intendo restringere il campo di indagine agli usi del termine che sono stati impiegati durante i lavori della prima sessione del Convegno.

Mi limiterò, in questa fase, a dare conto delle accezioni d'uso del termine nei singoli contributi, per occuparmi nei paragrafi seguenti di cogliere, nei vari interventi, pur nella diversità delle prospettive disciplinari, linee comuni.

Giulia Cusenza, riflettendo sulla funzione nomofilattica della giurisdizione, ha posto attenzione al fatto che l'ordinamento giuridico non possa prescindere dalla giurisprudenza del precedente. Questo saggio associa l'incertezza del diritto al ruolo dell'interpretazione giudiziale che, negli stati costituzionali di diritto, non si limita ad accertare la validità delle norme legislative ma partecipa al giudizio di conformità ai principi costituzionali. Il giudice, interpretando i messaggi legislativi, svolge il lavoro di specificazione e concretizzazione delle norme nei casi concreti. Tale lavoro si carica, nel sistema giuridico come il nostro, di nuovi compiti interpretativi sino a determinare le condizioni per l'ingresso del precedente giudiziale nel sistema delle fonti.

Caterina Tomba ha affrontato il tema a partire dallo studio della responsabilità civile dei magistrati evidenziando, dallo studio dell'istituto (novellato dalla l. 18/2015) e di alcune pronunce (in particolare della Corte di giustizia), che l'interpretazione delle regole rappresenta un elemento costitutivo del diritto e che l'interpretazione giurisprudenziale costituisce un criterio legale di interpretazione delle norme giuridiche. In una prospettiva euro-unitaria, la libertà interpretativa del giudice è temperata dall'obbligo di interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea, imponendo la ricerca e la preferenza delle disposizioni interne che meglio ne diano attuazione. Il parametro è costituito anche dalla giurisprudenza interpretativa della Corte di giustizia che 'tiene le redini' del processo di attuazione del primato del diritto UE. Un sistema delle fonti del diritto vivente non può in alcun modo non tenere in debito conto la giurisprudenza europea, la quale primeggia sulle pronunce delle corti nazionali, tanto da costituire per le stesse un precedente vincolante.

Roberto Compostela commentando la sentenza Contrada della Corte Edu, ha affrontato il problema della conoscibilità del diritto e della prevedibilità delle decisioni, interrogandosi sulla definizione semantica di 'orientamento consolidato'. Quante sentenze conformi debbono essere conteggiate affinché sia possibile parlare di un consolidato orientamento giurisprudenziale? La sentenza, ove equipara la fonte legislativa e la fonte giurisprudenziale, induce a riflettere sulla necessità di un nuovo diagramma delle fonti del diritto, a favore di un diritto di fonte giurisprudenziale. Sicché la giurisprudenza della Cassazione, sulla scorta della giurisprudenza europea, riconosce un ruolo fisiologicamente creativo di diritto all'attività interpretativa posta in essere dai giudici.

Vincenzo Desantis affronta il caso delle linee guida ANAC il cui uso ha determinato incertezza nell'azione amministrativa e un incremento del contenzioso generato dall'incertezza applicativa. La vicenda mostra il paradosso della competizione delle fonti: uno strumento, di c.d. soft law, creato per interpretare o integrare il dettato legislativo con intenti chiarificatori, ha prodotto l'effetto opposto creando disorientamento ed inducendo gli operatori a ricercare nelle sentenze successive i parametri di correttezza e legittimità.

Tommaso Bianchi affronta il tema dell'incertezza presentando in via paradigmatica il caso dell'esperienza giuridica romana nel tardo antico. La c.d. legge delle citazioni fu emanata in epoca post-classica per risolvere il diritto controverso dovuto all'applicazione del diritto classico. Per limitare il potere degli *iura* (le opinioni dei giuristi) in un quadro complicato dalla vasta disponibilità di materiale giuridico, la soluzione fu quella di limitare le fonti dei processi a soli cinque giuristi. Il rimedio, osserva l'autore, fu quello della semplificazione, limitando il diritto valido ad un testo e legando la sua autorità a quella del monarca.

3. *Usò ideologico del concetto di (in)certezza*

La prima emergenza è che tutti gli interventi parlano di incertezza del diritto come un fatto: con un approccio disincantato, è riconosciuto come un dato di fatto che il diritto sia incerto, senza che ciò faccia venire meno il valore della certezza. I piani, dell'essere e del dover essere,

vengono tenuti distinti, portando ad evidenza che, se il diritto è incerto, non significa che debba esserlo. Da un lato, cioè, è attestata l'incertezza come fatto, dall'altro è affermata la certezza come valore, intrinseco al diritto. In questo senso, ritengo possibile rilevare l'occorrenza di un uso ideologico del concetto di (in)certezza¹.

Quest'uso si spiega nell'associazione costante dell'incertezza alla presentazione di strumenti che possono essere impiegati per ovviare alla stessa. Si tratta di un punto la cui importanza appare da tutti condivisa. Gli autori, al di là dei diversi modi in cui il termine è usato, riconoscono che non sia possibile limitarsi ad attestare l'incertezza nel sistema giuridico ma che sia anche necessario proporre strumenti di reazione a questo stato di fatto. Lo studio dell'incertezza del diritto implica cioè, necessariamente, lo sviluppo di teorie che elaborino modelli di reazione.

Sullo sfondo riaffiora il progetto della modernità che riporta il diritto ad un ordine razionale, costruito more geometrico, capace di garantire la prevedibilità dei comportamenti². L'esigenza di affidarsi, anche nel diritto, ad un'oggettività apparentemente neutrale, come quella della scienza, si esprime nella ricerca di una concezione del diritto basata sulla certezza e sui limiti all'arbitrio. Il senso di giusto viene assorbito dalla certezza del sistema: da questo punto di vista, il progetto moderno dello Stato di diritto in cui giusto coincide con l'ordinamento e con la sua certezza riemerge come un sogno perduto. Tanto che tutti gli studiosi intervenuti condividono la tesi per cui occorra elaborare degli

¹ Sul tema dell'incertezza, richiamo *ex multis* i contributi: G. ALPA, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Napoli, 2006; M. BARBERIS, *L'evoluzione nel diritto*, Torino, 1998; L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Roma-Bari, 1999; C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, Milano, 1990; G. TUZET, *Dover decidere. Diritto, incertezza e ragionamento*, Roma, 2010.

² Sul modello della modernità giuridica e sulla sua crisi, richiamo segnatamente: P. BARCELLONA, *Il declino dello Stato. Riflessioni di fine secolo sulla crisi del progetto moderno*, Bari, 1998; M. COSSUTTA, *Interpretazione ed esperienza giuridica. Sulla società pluralista ed interpretazione creativa*, Trieste, 2012; M. MANZIN, *Ordo Iuris. La nascita del pensiero sistematico*, Milano, 2008; B. MONTANARI, *Luoghi della filosofia del diritto. Idee strutture mutamenti*, Torino, 2012; M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, 2007; ID. (a cura di), *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Torino, 2008.

strumenti, cioè presentare dei rimedi, più o meno efficaci, diretti a sanare una condizione negativa o comunque sfavorevole.

Ma il messaggio che emerge in tutte le riflessioni è che la transizione dal paradigma moderno a quello postmoderno sia già compiuta e che alla disgregazione dell'ordine nulla impedisce di ricercare nuovi strumenti.

Oltre alla constatazione che il mondo sia cambiato e che la modernità giuridica sia tramontata, alla base di tutti gli interventi c'è la consapevolezza del cambiamento e nuova enfasi per la trasformazione³.

L'accento posto sugli strumenti rende più visibili i cambiamenti ma mostra anche che una realtà coincidente con quella raffigurata dalla modernità non è mai esistita. Il progetto moderno fondato sulla certezza del diritto si ripresenta nei contributi in uno con la coscienza del suo effetto mistificatorio.

Se comune è l'orizzonte di partenza, ugualmente condivisa è la prospettiva di chi scorge nel nuovo orizzonte non solo il disordine ma anche la sfida di ricercare nuovi modelli e nuove configurazioni dell'esperienza giuridica. L'atteggiamento comune, impostando le relazioni sulla ricerca degli strumenti delle incertezze, è quello di intercettare linee di tendenza e nuovi assetti in ogni pratica del diritto.

4. Le definizioni di (in)certezza

Ciò che distingue i diversi contributi è la definizione di incertezza: ciascun autore descrive in che cosa consiste di fatto l'incertezza e ne fornisce una diversa qualificazione. Non vi è uniformità nell'identificazione dell'incerto.

Le ragioni di ciò sono pragmatiche e teoriche: nel primo senso, diversi sono i contesti applicativi del diritto, da cui derivano diverse forme di manifestazione dell'incertezza del diritto; nel secondo senso, il contenuto del valore della certezza può essere diversamente declinato in assenza di un modello unico di riferimento. La definizione di certezza è

³ Sulle tendenze della scienza giuridica, v. A. CALBUCCI (a cura di), *La complessità del diritto. Nuovi itinerari del pensiero giuridico contemporaneo*, Napoli, 2009; F. PUPPO, *Metodo, pluralismo, diritto*, Roma, 2013.

il frutto di un'opzione teorica e di una scelta di valore che ha a che fare con la configurazione dei valori giuridici.

Riprendo, per la sua chiarezza sistematica, lo schema di analisi di Claudio Luzzati che descrive il contenuto del valore della certezza in relazione alla concezione di sistema giuridico, distinguendo il modello sapienziale della giurisprudenza romana e quello vetero-positivista da quello post-positivista contemporaneo⁴.

Il primo è il modello della giurisprudenza romana, fondata sulla prevalenza dell'attività esegetica, nel quale l'interprete rivestiva un ruolo di garanzia della sistematicità del diritto, armonizzando le regole ai casi concreti. Ai *iuris prudentes* fu assegnato il ruolo di custodi della certezza giuridica: essendo l'ordinamento giuridico romano basato sulla casistica, l'interpretazione giurisprudenziale divenne una vera e propria attività di creazione del diritto, caso per caso.

L'illuminismo giuridico esprime, invece, una concezione del diritto a formazione statutale, che implica una posizione di superiorità del Parlamento e per l'effetto, tra le fonti, la rilevanza della legislazione. Secondo questo modello, il decisore – grazie alla codificazione – disponeva degli elementi atti a costituire il discorso normativo ove sussumere il fatto. La riduzione del ragionamento processuale a sillogismo rappresentava la possibilità di escludere l'arbitrio dei giudici, trasformandoli in automi. Sulla base di questo modo di intendere il diritto, l'ordinamento giuridico è completo (o facilmente completabile): la regolamentazione giuridica salvaguarda la certezza perché consente, per i cittadini, la prevedibilità dell'intervento decisionale e, per gli organi stessi, la prevedibilità della propria decisione, in un sistema in cui i rapporti giuridici sono stabili e coerenti.

La crisi del positivismo giuridico ha generato la progressiva perdita di certezza e tentativi di ricomprensione del fenomeno giuridico: nelle organizzazioni giuridiche contemporanee sono presenti, talvolta nella forma codificata di principi, valori diversi la cui compatibilità non è scontata. Chi studia o chi interpreta il diritto deve mettere il sistema in una coerenza che in partenza mancava. L'interprete, esprimendo in

⁴ C. LUZZATI, *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, 1999.

proprio delle valutazioni, non si limita ad un'attività ricognitiva di certi contenuti giuridici ma esercita un'attività creativa in senso forte, a carattere quasi legislativo⁵. Il contesto è complicato perché plurale: da un lato, il contenuto delle disposizioni costituzionali implica una maggiore fluidità dei rapporti tra diritto e morale, dall'altro lato, la compresenza di ordinamenti nazionali e sovranazionali richiede un'attività di armonizzazione dei rapporti tra normative e tra le Corti. In opposizione al normocentrismo, la struttura del diritto post-moderno è policentrica, contraddistinta dalla molteplicità di ordini giuridici nelle comunità nazionali e internazionali, con conseguente effetto di 'ipertestualità' e instabilità del diritto.

Oggi c'è uno iato tra l'incertezza dell'applicazione del diritto e la sua certezza: un'evidente testimonianza di ciò è rappresentata dal dilagare di pubblicazioni che mettono in luce gli aspetti del fenomeno giuridico come solubile, fluido, inesistente, liquido⁶.

5. La prospettiva argomentativa

Proprio dentro questa situazione di 'liquidità' del diritto, di fronte alle crescenti asimmetrie tra 'il diritto dei codici' e il 'diritto vivente', si avverte il bisogno di certezza. Risultano molto ripetuti termini come "certezza" (della pena, della legge) o richiami in senso lato alla "ragionevolezza".

In questa direzione, aumenta la fiducia per la pratica argomentativa, intesa come un atteggiamento di uso della ragione critica nel rapporto conoscitivo con la realtà. L'argomentare è, per certi versi, oggi, una

⁵ Sul ruolo dell'interprete, v. anche M. COSSUTTA, *Interpretazione ed esperienza giuridica. Sulla critica della concezione meccanicistica dell'attività interpretativa*, Trieste, 2011.

⁶ N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2000; M. JORI, *Del diritto inesistente*, Milano, 2010; F. OST, *Dalla piramide alla rete: un nuovo paradigma per la scienza giuridica?*, in M. VOGLIOTTI (a cura di), *Il tramonto della modernità giuridica*, cit., pp. 29-48; M. QUIROZ VITALE, *Il diritto liquido. Decisioni giuridiche tra regole e discrezionalità*, Milano, 2012; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992.

“sfida esistenziale e culturale”⁷, che interessa non solo il diritto ma diversi ambiti e contesti della vita sociale: di fronte all’incertezza e alla diversità delle opinioni, interviene la ragione critica come referente per distinguere il ragionevole dall’irragionevole e come strumento di verifica e giudizio delle scelte.

Convenzionalmente, si fa risalire la nascita della teoria dell’argomentazione all’anno 1958, che coincide con l’anno di pubblicazione del Trattato dell’Argomentazione⁸: ricostruendo le ricerche di Perelman e Lucie Olbrechts Tyteca, Letizia Gianformaggio⁹ osservava che alla base dell’approccio della nuova retorica vi sia l’insoddisfazione rispetto alla visione del formalismo logico-matematico e il bisogno di opporre alla razionalità ipotetico-deduttiva e all’arbitrio soggettivo, la ragionevolezza, che ha il suo modello nella giurisprudenza e nell’idea di giustizia. Alla base degli studi che hanno spinto Perelman a riscoprire il senso della retorica classica vi è proprio il bisogno di dare un fondamento di verità al diritto e alla cultura giuridica: lo sforzo è quello di sanare la spaccatura moderna tra le ‘due culture’¹⁰ e far sì che anche le scienze umane possiedano un grado di tecnicità.

Questo capovolgimento di prospettiva ha portato ad una riscoperta del valore euristico degli strumenti dell’argomentazione: non si tratta solo di una tecnica per esercizi sofisticati di stile né di un puro calcolo logico; il discorso retorico, infatti, non mira ad una verità astratta ma ad un fine pratico. All’idea di una forma logica pura e generale applicabile a qualsiasi contenuto si sostituisce l’idea che esistono diversi criteri di riferimento e diversi gradi di probabilità o certezza. La ragionevolezza non dipende dalla struttura logica del ragionamento ma dalle procedure di esplicitazione dei diversi elementi che sostengono la conclusio-

⁷ P. NANNI, *Introduzione*, in P. NANNI, E. RIGOTTI, C. WOLFSGRUBER (a cura di), *Argomentare per un ragionevole rapporto con la realtà*, Milano, 2017, p. 14. I contributi del volume riflettono sul valore positivo del dialogo critico evidenziandone il carattere strumentale in diversi ambiti, dal mondo della scuola e dell’educazione sino ai settori dell’imprenditoria e della finanza.

⁸ P. CANTÙ, I. TESTA, *Teorie dell’Argomentazione. Un’introduzione alle logiche del dialogo*, Milano, 2006.

⁹ L. GIANFORMAGGIO, *La Nuova Retorica di Perelman*, in C. PONTECORSO (a cura di), *Discorso e Retorica*, Torino, 1981, p. 112.

¹⁰ C.P. SNOW, *Le due culture*, Venezia, 2005.

ne. Come dire: la verità di un ragionamento deduttivo è cosa ben diversa dall'evidenza persuasiva poiché persuasività retorica e rigore logico possono non convergere. Ci sono casi di ragionamenti che sembrano convincenti ma non sono validi logicamente ovvero ragionamenti perfetti ma non convincenti¹¹. Le teorie contemporanee dell'argomentazione vengono in aiuto ove, concentrandosi su questo spazio di sfasatura tra logica e retorica, studiano e classificano le fallacie argomentative, mettendo a punto rassegne più o meno dettagliate di errori connessi al cattivo uso delle regole della logica o all'erronea applicazione in contesto o alle tendenze di natura cognitiva¹².

Ciò che accomuna le moderne teorie dell'argomentazione è la pretesa di rappresentare le 'vere' leggi del pensiero, elevando la ragionevolezza retorica alla forma 'naturale'¹³ della ragione umana. La rinascita degli studi argomentativi si accompagna ad una proliferazione di sistemi logici che tendono a liberare la razionalità dalle maglie della logica formale a favore di logiche diverse idonee a dar conto della complessità e del dinamismo dei discorsi ordinari.

L'applicazione al contesto giuridico dei metodi di analisi e valutazione elaborati dalle teorie dell'argomentazione ha stimolato nuovi accostamenti alla crisi della giustizia e della certezza del diritto.

L'idea dominante è che la correttezza del ragionamento possa essere misurata rispetto a standard che spetta alla teoria chiarire e alla prassi elaborare. In quest'ottica, gli studi di argomentazione giuridica approfondiscono, sul piano teorico, come si formano discorsi veri e validi e, dal punto di vista pratico, come si sviluppano scelte efficaci.

Sulla base delle ricerche argomentative, la distanza tra incertezza e certezza nel giudizio può essere ridotta.

¹¹ Per un approfondimento, si rimanda a: F. D'AGOSTINI, *Le ali del pensiero. Corso di logica elementare*, Torino, 2003; EAD., *Logica in pratica. Esercizi per la filosofia e il ragionamento comune*, Roma, 2013.

¹² EAD., *Verità avvelenata. Buoni e cattivi argomenti nel dibattito pubblico*, Torino, 2010.

¹³ M. MAURIZIO, S. TOMASI, *Sulla ragionevolezza*, in *L'analisi linguistica e letteraria*, 1, 2015, pp. 13-33.

In questa direzione, nel dibattito contemporaneo, si pongono i contributi di Giovanni Tuzet e Maurizio Manzin¹⁴. Entrambi negano il modello unico di riferimento del giudice bocca della legge e, nella consapevolezza di un contesto di diritto liquido, rivendicano la possibilità di decisioni corrette e accettabili.

L'approccio di Giovanni Tuzet si incentra sull'inferenza, considerandola come una delle dimensioni fondamentali della ragionevolezza ed il modo per ridurre lo iato tra il giudizio quale è e quale dovrebbe essere. Il taglio è pragmatista e analitico: da un lato, tiene conto di come nel mondo fatti, valori, conoscenze e errori siano intrecciati, dall'altro predilige l'analisi come metodo di accostamento al diritto. Guardando alla pratica e all'esperienza del giudicare, Tuzet riconosce che l'inferenza gioca un ruolo fondamentale: muovendo da questa consapevolezza, propone di offrire un'ipotesi analitica e valutativa dell'inferenza come centro del ragionamento giudiziale. Esistono infatti forme non sillogistiche di ragionamento, come l'abduzione: Pierce chiamava l'abduzione 'retrodeduzione', spiegandola come una sorta di ragionamento all'indietro che ci riporta alle investigazioni di Sherlock Holmes e ai racconti di Conan Doyle¹⁵, alla capacità di saper formulare delle ipotesi di lavoro e all'accuratezza di vagliarne la tenuta. Anche il giudice ricorre, in ambito decisorio, all'abduzione: per quanto essa sia una congettura di carattere fortemente intuitivo e sia cioè un'inferenza incerta, può essere posta alla prova per verificarne la corrispondenza alla realtà, esattamente come una congettura matematica. La logica del giudizio può essere, cioè, passata al vaglio di stringenti test e criteri capaci di valutare la giustificazione resa dal giudicante.

Gli studi di retorica forense mettono, invece, a fuoco il nesso tra inferenza e persuasione attraverso il concetto di entimema. Il modello di Maurizio Manzin sviluppa l'entimema retorico come fulcro logico e comunicativo del ragionamento giudiziale ed ambisce a rappresentare in uno schema, di soli cinque passaggi, le manovre necessarie per il giudice per giustificare in modo ragionevole e accettabile per le parti la

¹⁴ G. TUZET, *op. cit.*; M. MANZIN, *Argomentazione giuridica e retorica forense. Dieci riletture sul ragionamento processuale*, Torino, 2014.

¹⁵ Per approfondire l'argomento, v. anche U. ECO, T.A. SEBEOK, *Il segno dei tre. Holmes, Dupin, Peirce*, Milano, 2004.

propria decisione¹⁶. La prospettiva è quella dell'argomentazione ragionevole che allarga i procedimenti logici ed epistemici della ragione rispetto alla sola ragione deduttiva¹⁷ e prescrive una serie di criteri per presentare il discorso argomentativo e giudicarlo secondo ragione. La procedura retorica non comporta il venire meno della razionalità ma, anzi, arricchisce i criteri in un movimento che tende a comprendere più fattori, razionali, etici ed emotivi. Come si fa a riconoscere una sentenza giusta? Il giudice, secondo il modello elaborato da Manzin, deve vagliare i discorsi delle parti e valutarli secondo diversi criteri: l'adeguatezza topica, la rilevanza, la coerenza logica, la correttezza dialettica e l'impegno persuasivo. La persuasione è propria di ogni fase di sviluppo: è ciò che rende effettive le inferenze per il destinatario.

Il modello di Manzin propone una moderna teoria dell'entimema che mira a cogliere non solo l'inferenza, ma anche la componente dialogico-cooperativa del processo decisionale. L'attenzione alla dimensione retorica si traduce in una cura per la dimensione umana del decidere e ai fattori che possono incidere nel percorso che porta ad un assenso ragionevole da parte dell'uditorio.

6. Conclusioni

I modelli di analisi, valutazione e presentazione dei discorsi, introdotti dagli studi di argomentazione e presentati nel paragrafo precedente, segnano nell'ambito giuridico una via di soluzione alla crisi della certezza.

Gli approcci di Tuzet o Manzin sono citati a titolo esemplificativo: altri approcci al dialogo argomentativo come il modello della discus-

¹⁶ M. MANZIN, *Argomentazione giuridica*, cit., spc. cap. IX, p. 157 ss.

¹⁷ Di 'allargamento della ragione' si parla in diversi sensi; si rimanda in particolare alle ricerche sulla topica e sul modello ATM (*Argumentum Model of Topics*) sviluppato da Eddo Rigotti e dai suoi allievi. V. A. ROCCI, *Ragionevolezza dell'impegno persuasivo*, in P. NANNI, E. RIGOTTI, C. WOLFSGRUBER (a cura di), *Argomentare per un rapporto ragionevole con la realtà*, Milano, 2017, pp. 88-120.

sione critica (van Eemeren e Grootendorst)¹⁸ o il modello di Plantin¹⁹ (c.d. 'trilogue') o della 'nuova dialettica' di Walton²⁰, possono essere utili perché permettono di tenere conto delle caratteristiche del dialogo oltre che delle singole mosse inferenziali. Essi offrono spunti per spiegare l'efficacia o l'inefficacia di un argomento: rispondere ad una serie di domande, che la ricostruzione analitica dell'argomentazione mette a punto, permette di giungere ad una valutazione critica e consapevole di un discorso.

Vale a dire: se un'alternativa c'è allo smarrimento nell'epoca del diritto liquido, essa dipende da un diverso modo di rapportarsi al diritto che ripercorre le tracce di una concezione positiva di persuasione e che si avvale dei mezzi dell'arte retorica. Il recupero della ragionevolezza argomentativa, e in particolare, della retorica rappresenta, nel panorama attuale delle scienze umane e sociali, un *commitment* impegnativo: esso implica una scelta di campo e uno sguardo diverso alla realtà e anche al diritto. Il giurista è chiamato ad acquisire *character skills*, ad acquisire abilità strumentali, ad esercitarsi in ricostruzioni analitiche, configurazioni inferenziali e percorsi argomentativi. Il recupero dell'idea dei generi propri della retorica (epidittico, deliberativo e giudiziario) riporta a ripensare la formazione del giurista come educazione all'uso della ragione: a lavorare sulle procedure che eliminino l'errore, su percorsi inferenziali, a favorire il clima argomentativo e porre le basi per un percorso di avvicinamento ragionevole alla realtà²¹.

¹⁸ F. VAN EEMEREN, R. GROOTENDORST, *A Systematic Theory of Argumentation. The pragmatic-dialectical approach*, Cambridge, 2004.

¹⁹ C. PLANTIN, *L'Argumentation*, Parigi, 1996.

²⁰ D. WALTON, *The New Dialectic. Conversational Contexts of Argument*, Toronto, 1998.

²¹ M. BELTRANI, *Gli strumenti della persuasione. La saggezza retorica e l'educazione alla democrazia*, Perugia, 2009; P. NANNI, E. RIGOTTI, C. WOLFSGRUBER (a cura di), *Argomentare per un rapporto ragionevole con la realtà*, Milano, 2017.