

UNIVERSITÀ DI MILANO - FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
ISTITUTO DI FILOSOFIA E SOCIOLOGIA DEL DIRITTO

Studi di filosofia del diritto

20

SCRITTI
PER

UBERTO SCARPELLI

a cura di
LETIZIA GIANFORMAGGIO e MARIO JORI



MILANO - DOTT. A. GIUFFRÈ EDITORE - 1997

TECLA MAZZARESE

SCOPERTA VS. GIUSTIFICAZIONE
UNA DISTINZIONE MOLTO ILLUMINANTE
O GRAVEMENTE FUORVIANTE? (*)

0. *Introduzione.*

Se ed in che senso sia possibile affermare la natura razionale dell'applicazione giudiziale del diritto, se ed in che senso, cioè, sia possibile affermare la razionalità delle decisioni giudiziali è un problema oggetto di ricorrenti controversie.

In particolare, lo scontro fra le diverse posizioni si incentra e si radicalizza intorno all'assunto della natura logico-deduttiva dell'applicazione giudiziale del diritto. Assunto che, secondo un'opinione ampiamente condivisa, condiziona, se non addirittura coincide con, lo stesso assunto della razionalità delle decisioni giudiziali.

In tale dibattito, non di rado, un particolare rilievo è attribuito alla distinzione fra contesto di scoperta e contesto di giustificazione. A tale distinzione spesso si fa ricorso, infatti, per ribadire la validità della concezione logico-deduttiva, precisando che essa attiene al contesto di giustificazione e non anche (o, almeno, non necessariamente anche) al

(*) Desidero ringraziare José Juan Moreso per avermi provocato (con i suoi rilevi critici ad un mio lavoro su *fuzziness* e decisioni giudiziali) ad indagare il tema qui in esame, Carlo Dalla Pozza e Lorenzo Magnani per le molte indicazioni bibliografiche che mi hanno segnalato, Paolo Comanducci e Riccardo Guastini per i loro commenti e le loro osservazioni. Una prima versione di questo lavoro è stata presentata come relazione al Convegno *Alle radici della filosofia analitica*, tenutosi a Genova il 12-15 ottobre 1994. Una diversa versione, con un'analisi più diffusa del tema oggetto del presente lavoro, è apparsa in P. COMANDUCCI e R. GUASTINI (eds.), *Analisi e diritto* 1995, Torino, Giappichelli, pp. 145-196. Per lo svolgimento di questa ricerca ho usufruito di finanziamenti del Ministero dell'Università e della Ricerca Scientifica e Tecnologica.

contesto di scoperta di una decisione giudiziale. In altri termini, si precisa che la concezione logico-deduttiva concerne la giustificazione e/o la giustificabilità di una decisione giudiziale, concerne, cioè, la derivabilità, in una decisione, della norma espressa dal dispositivo dalla premessa giuridica congiuntamente alla premessa fattuale, e non concerne invece (o, almeno, non necessariamente) la natura del processo che porta alla formulazione di tali premesse.

Ora, che la distinzione fra contesto di scoperta e contesto di giustificazione consenta di difendere e di riaffermare l'assunto della natura logico-deduttiva e, quindi, per ciò stesso, l'assunto della razionalità delle decisioni giudiziali, è meno ovvio e apologetico di quanto non lascino supporre affermazioni rassicuranti quali, ad esempio, quelle di Wasserstrom e di Horowitz (1).

Un monito in tal senso è esplicitamente formulato da Scarpelli. Scarpelli, infatti, manifesta la preoccupazione che tale distinzione si possa prestare ad un uso che veicoli e corrobori non già una concezione razionale, bensì, al contrario, una concezione arazionale, se non addirittura irrazionale, delle decisioni giudiziali. Scrive Scarpelli:

La distinzione fra contesto di decisione e contesto di giustificazione, a proposito delle decisioni giudiziarie, è una distinzione che può riuscire molto illuminante, ma può riuscire anche gravemente fuorviante. Riesce illuminante in quanto porta a rendersi conto che i giudici non prendono le loro decisioni alla maniera di macchine calcolatrici [...], bensì decidono come esseri umani, esercitando un'iniziativa ed attraverso processi con modalità dipendenti dalla loro personalità e dalla situazione in cui agiscono, non necessariamente coincidenti con operazioni e ordini di operazioni determinati da una disciplina delle attività giudiziarie. La distinzione riuscirebbe invece fuorviante se venisse usata a conferma del pregiudizio [...] secondo cui una decisione giudiziaria va imputata a motivi affatto personali dei giudici oppure a influenze e condizionamenti istituzionali e sociali, considerando le convenzioni, i principi ed i criteri regolativi delle operazioni e delle decisioni dei giudici [...] una sovra-

(1) R. Wasserstrom [1961, pp. 24-28], e J. Horowitz [1972, p. 6], così come non pochi altri studiosi, difendono la concezione logico-deduttiva delle decisioni giudiziali, denunciando la confusione fra contesto di scoperta e contesto di giustificazione che vizia le critiche di cui essa è (stata) bersaglio. Cfr., inoltre, N.B. Reynolds [1971], J. Aomi [1973]. Seppure in assenza di un esplicito rinvio alla distinzione fra contesto di scoperta e contesto di giustificazione, una posizione non dissimile da quella qui in esame è assunta, ad esempio, da H. Hart [1967, p. 270], J.J. Moreso / P. Navarro / C. Redondo [1992, pp. 257-258].

struttura priva di un'effettiva funzione, una mistificazione, una maschera da strappar via (2).

Il timore di Scarpelli che l'uso della distinzione fra contesto di scoperta e contesto di giustificazione possa portare, nell'analisi delle decisioni giudiziali, ad esiti di natura irrazionale richiama ad una più attenta riflessione sulla valenza da attribuire a tale distinzione quale possibile strumento di comprensione dell'applicazione giudiziale del diritto.

Sono due, in particolare, i quesiti che sollecitano una critica della portata esplicativa della distinzione per un'analisi delle decisioni giudiziali.

Il primo quesito (di centrale rilievo per decidere della valenza da attribuire alla distinzione quale strumento di comprensione dell'articolazione delle diverse fasi in cui si configura l'applicazione giudiziale del diritto) concerne l'idoneità dei due termini dell'opposizione paradigmatica a render esaurientemente conto dei principali momenti costitutivi di una decisione giudiziale.

Il secondo quesito (di centrale rilievo per decidere della valenza da attribuire alla distinzione quale strumento di comprensione delle forme di razionalità proprie al ragionamento giudiziale, nelle diverse fasi in cui si configura l'applicazione giudiziale del diritto) concerne sia la definizione dei due termini dell'opposizione paradigmatica, sia l'individuazione e la caratterizzazione dei possibili rapporti (nel caso si assuma che rapporti sussistano) fra tali termini.

Delle tre parti in cui si articola la presente analisi, la seconda e la terza sono dedicate, rispettivamente, alle problematiche che ciascuno dei due quesiti solleva. Preliminarmente, però, nella prima parte, sono sommariamente indicate alcune delle ragioni che della distinzione rendono problematica la formulazione in ambito epistemologico, e dubbia la recezione in ambito giudiziale.

Un'ultima osservazione preliminare. La lettura critica che verrà qui proposta della portata esplicativa, in ambito giudiziale, della distinzione fra scoperta e giustificazione non è circoscritta ad alcuna forma particolare di regolamentazione normativa, non è circoscritta, cioè, alle forme in cui l'applicazione giudiziale del diritto si configura in or-

(2) U. Scarpelli [1970, 1982, p. 281-282].

dinamenti di *common law*, piuttosto che in ordinamenti di *civil law*, o, ancora, alle forme in cui essa si esplica in campo penale piuttosto che in campo civile. L'assenza di delimitazione del campo d'analisi, sotto questo profilo, non è dettata né dal fatto che alla distinzione si fa ricorso in ambito penalistico come in ambito civilistico, in relazione a sistemi di *common law* come in relazione a sistemi di *civil law*, né, ancor meno, dalla falsa convinzione che le diverse forme di regolamentazione dell'applicazione giudiziale del diritto siano irrilevanti al fine di una corretta comprensione della struttura e della natura delle decisioni giudiziali. L'assenza di delimitazione del campo d'analisi, sotto questo profilo, è dettata dalla convinzione che la varietà di forme in cui l'applicazione giudiziale del diritto può configurarsi (in ragione delle diverse regolamentazioni da parte di ordinamenti diversi, o, nell'ambito di un unico e stesso ordinamento a seconda di materie differenti) concorra di per sé a mostrare quanto possa essere dubbia la valenza esplicativa della distinzione fra scoperta e giustificazione quando ad essa si fa ricorso in ambito giudiziale.

1. Sulla recezione in ambito giudiziale di una distinzione dubbia.

Della distinzione fra contesto di scoperta e contesto di giustificazione, così come di molte categorie concettuali che si sono imposte all'attenzione di studiosi di discipline diverse, non sempre è chiaro in che termini se ne configuri la recezione nei diversi settori di ricerca. Non sempre, cioè, è chiaro se ed in che termini la recezione tenga conto (o, almeno, sia consapevole) della complessità del contesto nel quale la categoria concettuale è stata elaborata e dell'eventuale problematicità che le può essere imputata.

In particolare, della distinzione fra contesto di scoperta e contesto di giustificazione non sempre è palese, quando ad essa si fa ricorso nelle analisi in tema di decisioni giudiziali, cosa rimanga delle problematiche teorico-concettuali che, negli anni trenta, hanno portato alla sua esplicita tematizzazione e che, nei decenni successivi, sono state e continuano ad essere oggetto di un vivace dibattito in filosofia della scienza (§ 1.1.). Inoltre, di tale distinzione non sempre è di per sé evidente la portata euristica per l'analisi dell'applicazione giudiziale del diritto (1.2.).

1.1. Scoperta vs. giustificazione di teorie scientifiche.

La distinzione fra contesto di scoperta e contesto di giustificazione, come è ben noto ai filosofi della scienza e agli epistemologi, è meno ovvia ed intuitiva di quanto non lascerebbe supporre l'uso disinvoltato che, a volte, di essa si propone in ambiti disciplinari diversi.

In particolare, di tale distinzione si possono indicare almeno tre profili problematici.

In primo luogo, sotto un profilo storico-ricostruttivo, è problematico delineare e ripercorrere i diversi momenti della genesi di tale distinzione: non v'è consenso, infatti, riguardo alle forme e ai modi in cui tale distinzione si è configurata nella storia della filosofia della scienza, prima che essa fosse esplicitamente tematizzata e prima che i due termini che in essa ricorrono in opposizione paradigmatica fossero esplicitamente denominati (3).

In secondo luogo, sotto un profilo esegetico-interpretativo, è problematica la lettura di quella che molti ritengono essere la prima esplicita formulazione della distinzione: non v'è consenso, infatti, riguardo alle implicazioni che la distinzione comporta nell'opera di Reichenbach, che di tale distinzione è usualmente indicato come l'autore (4).

In terzo luogo, sotto un profilo più manifestamente teorico-esplicativo, ad essere problematica è la distinzione in quanto tale: non v'è consenso, infatti, né sulla valenza da ascrivere alla distinzione, né, più radicalmente, sulla sua stessa ragion d'essere. In altri termini, non

(3) È interessante segnalare che lo stesso Reichenbach, nel formulare per la prima volta la distinzione, sembra semplicemente proporre una nuova denominazione di concetti già noti. Significativamente, infatti, H. Reichenbach [1938, pp. 5-6] osserva che il termine proposto da R. CARNAP [1928] '*Nachkonstruktion*': « seems [...] appropriate [...] to indicate the task of epistemology in its specific difference from the task of psychology », e, poche righe oltre [pp. 6-7], afferma: « I shall introduce the terms *context of discovery and context of justification* to mark this distinction ». Il dissenso sulla genesi e sull'articolazione delle forme e dei modi in cui la distinzione ha trovato espressione in momenti diversi della storia della filosofia della scienza è significativamente esemplificata dal dibattito fra L. Laudan [1980] e Th. Nickles [1980, pp. 3-8], [1984], [1985 b, pp. 92-95] sulla ricostruzione storica dell'idea di una « logica » della scoperta. Sul tema cf. anche L. Magnani [1984, pp. 93-95].

(4) Per una ricostruzione critica della distinzione, così come essa è formulata da Reichenbach nel 1938, cfr., ad esempio, Th. Nickles [1980, pp. 10-17], M. Curd [1980].

solo è possibile distinguere concezioni diverse sulle forme e i modi in cui caratterizzare i due termini della distinzione, ma è anche possibile registrare concezioni contrapposte sulla legittimità della distinzione in quanto tale (5).

Nella letteratura di filosofia della scienza, la contrapposizione fra scoperta e giustificazione si configura, quindi, in una pluralità di modi diversi. Modi diversi che sembra plausibile ordinare secondo tre diversi atteggiamenti: (a) affermazione della distinzione in senso forte; (b) affermazione della distinzione in senso debole; (c) negazione della distinzione (6).

Al primo atteggiamento, affermazione della distinzione in senso forte, è riconducibile la posizione di coloro che, pur in forme diverse ed in termini non sempre coincidenti, accettano la distinzione e sostengono: (a) che tutto ciò che attiene alla scoperta sia arazionale, se non addirittura irrazionale, e che, quindi, sia da escludere la possibilità di qualsivoglia logica della scoperta; (b) che oggetto dell'epistemologia sia esclusivamente ciò che attiene al contesto di giustificazione e non anche ciò che attiene al contesto di scoperta.

Al secondo atteggiamento, l'affermazione della distinzione in senso debole, è riconducibile la posizione di coloro che, pur in forme diverse ed in termini non sempre coincidenti, accettano la distinzione ma, nondimeno, sostengono: (a) che la razionalità della conoscenza sia sì garantita dalla giustificabilità delle teorie scientifiche, ma che, non per questo, sia da escludere la possibilità di forme logiche proprie ai processi di scoperta; (b) che oggetto dell'epistemologia sia sì precipuamente ciò che attiene al contesto di giustificazione, ma che, non per questo, tutto ciò che attiene al contesto di scoperta sia destituito di rilievo epistemologico.

Al terzo atteggiamento, la negazione della distinzione, è riconducibile la posizione di coloro che, pur in forme diverse ed in termini non sempre coincidenti, rifiutano la distinzione e sostengono: (a) che compiti dell'epistemologia siano l'individuazione delle forme di articolazione della logica della scoperta e la definizione delle forme di ratio-

(5) Cfr., ad esempio, Th. Nickles [1980, pp. 18-19], e G. Gutting [1980, p. 221].

(6) Seppure formulata in termini diversi, una distinzione non dissimile da quella che qui si propone è operata da M. Pera [1982, pp. 59-61].

nalità proprie alle diverse fasi in cui il processo della scoperta si articola; (b) che oggetto dell'epistemologia sia, precipuamente, ciò che attiene al contesto di scoperta (7).

1.2. Scoperta vs. giustificazione di decisioni giudiziali.

Una ricognizione delle forme in cui si è configurata la recezione della distinzione fra contesto di scoperta e contesto di giustificazione in tema di decisioni giudiziali non è per nulla agevole. Tale recezione, infatti, della distinzione spesso ignora sia la problematicità che ne contraddistingue la formulazione in ambito epistemologico, sia la problematicità che ne caratterizza la riproposizione in ambito giudiziale (8).

Indice della mancanza di consapevolezza della problematicità della distinzione, sotto un profilo specificamente epistemologico, è la generalità dei termini in cui essa è usualmente presentata. Della distinzione, infatti, si dà per scontata non solo la notorietà, ma anche e soprattutto l'univocità dell'interpretazione e l'ovvietà della portata esplicativa. Non a caso, forse, raramente sono indicati riferimenti bibliografici di analisi che documentino e consentano di approfondire le ragioni di complessità (9). Non a caso, forse, quando si indica qualche riferimento bibliografico (e non ci si limita, invece, ad affermarne la

(7) Per il superamento anche di questa posizione (della posizione, cioè, di coloro che individuano nella logica della scoperta il principale ambito investigativo dell'epistemologia) e per la teorizzazione di una logica della « scopribilità », cfr., ad esempio, M. Pera [1985] e Th. Nickles [1985 a]. Con le parole Pera (p. 164), il tratto distintivo di tale logica è quello di « combinare i vantaggi del vecchio *Novum organon*, cioè della logica della scoperta tradizionale, con i vantaggi del successivo *Novum organon renovatum*, cioè della logica della giustificazione tradizionale ». Secondo Pera, la definizione della scopribilità è sollecitata dai limiti intrinseci a quelli che sono indicati, rispettivamente, come "programma generativista" (il programma, cioè, che si incentra sulla logica della scoperta) e "programma consequenzialista" (il programma, cioè, che si incentra sulla logica della giustificazione) (pp. 164-168), programmi che Pera ritiene siano entrambi viziati da due tipi simmetrici di difetti (p. 168): « Descrittivamente, considerati come ricostruzioni, essi non offrono resoconti completamente adeguati del metodo e della pratica scientifica [...]. Normativamente, considerati come insiemi di tecniche o regole, rendono difficile raggiungere gli scopi che perseguono o capire perché tali scopi non vengono sempre raggiunti ».

(8) La distinzione, a volte, è considerata tanto ovvia, da fare ritenere superfluo ogni tentativo di approfondimento. Cfr., ad esempio, N. MacCormick [1978, pp. 15-16].

(9) Un'eccezione, in tal senso, è, ad esempio, M.P. Golding [1984], analisi in cui v'è un'articolata (anche se non sempre convincente) disamina di alcune critiche

conclamata notorietà) le segnalazioni sono circoscritte alle analisi pionieristiche di Reichenbach e/o di Popper (10), o, ancora più riduttivamente, alle analisi di altri giuristi che alla distinzione hanno già esplicitamente, o, anche solo implicitamente, fatto ricorso (11).

Indice della mancanza di consapevolezza della problematicità della distinzione, sotto un profilo più propriamente giudiziale, è la scarsa attenzione per la diversa valenza esplicativa che essa può assumere non solo, come è ovvio, in ragione della varietà dei modi in cui è possibile intendere la distinzione in sé, ma anche in ragione delle possibili differenze specifiche fra teorie scientifiche e decisioni giudiziali, fra processo cognitivo e quella particolare forma di processo decisionario che si esplica nell'applicazione giudiziale del diritto (12).

A dispetto della presunta univocità della sua interpretazione, e a dispetto della pretesa ovvietà della sua portata esplicativa, la distinzione fra scoperta e giustificazione, in ambito giudiziale, si configura in una pluralità di forme diverse. Della distinzione sono proposte, infatti, caratterizzazioni differenti sia dei due termini che in essa ricorrono in opposizione paradigmatica, sia delle relazioni che fra tali termini si assume intercorrono.

La ragione della pluralità di forme che la recezione della distinzione assume in ambito giudiziale è semplice, così come è semplice la ragione della pluralità di forme che essa assume in ambito epistemologico: non diversamente da come, in ambito epistemologico, la pluralità

mosse alla distinzione in ambito epistemologico, e qualche cenno sulle difficoltà che, della distinzione, impediscono una meccanica riproposizione in ambito giudiziale.

(10) Le citazioni più ricorrenti sono H. Reichenbach [1938] e K. Popper [1934], lavoro in cui ricorre una delle anticipazioni della distinzione più prossime alla esplicita formulazione da parte di Reichenbach.

(11) Tra i riferimenti bibliografici di lavori in cui si fa ricorso alla distinzione fra scoperta e giustificazione in tema di applicazione giudiziale del diritto, è interessante citare J. Dewey [1924], riferimento che ricorre in M. Taruffo [1975, p. 214, n. 6], e H. Kantorowicz [1934], riferimento che ricorre in R. Wasserstrom [1961, p. 179, n. 25]. In entrambi i lavori, pubblicati anteriormente alla prima formulazione della distinzione da parte di Reichenbach nel 1938, della distinzione è in effetti possibile ravvisare una prefigurazione.

(12) Un'eccezione a questa diffusa tendenza è offerta, ad esempio, dalle analisi di E. Amodeo [1977, p. 216], e di G. Ubertis [1979, pp. 52-57], analisi nelle quali, in ragione delle peculiarità del processo decisionario così come esso si configura nell'applicazione giudiziale del diritto, della recezione della distinzione, è offerta una lettura critica.

tà di concezioni della distinzione riflette una pluralità di modi di intendere l'epistemologia e la definizione dei suoi compiti, così, in ambito giudiziale, la pluralità di forme in cui si configura la sua recezione è il riflesso di una pluralità di modi di intendere la natura delle decisioni giudiziali.

Prima di prendere in esame la valenza della distinzione fra contesto di scoperta e contesto di giustificazione quale possibile strumento di comprensione delle specifiche forme di razionalità che, secondo concezioni diverse, sono proprie al ragionamento giudiziale nelle diverse fasi in cui si configura l'applicazione giudiziale del diritto (§ 3.), si procederà all'esame della sua valenza quale strumento di comprensione della struttura e dell'articolazione delle diverse fasi in cui si configura l'applicazione giudiziale del diritto (§ 2.).

2. *Pluralità di fasi dell'applicazione giudiziale del diritto.*

Della distinzione fra contesto di scoperta e contesto di giustificazione è dubbio non solo quali siano gli esiti che essa può comportare per la definizione della natura delle decisioni giudiziali, ma anche quali siano i termini in cui essa può consentire di render conto della scansione e dell'articolazione delle diverse fasi che caratterizzano quella particolare forma di processo decisionario che si attua nell'applicazione giudiziale del diritto. In particolare, sono due gli ordini di problemi che giustificano tali perplessità.

Il primo ordine di problemi concerne l'assimilazione, meccanica e acritica, fra teorie scientifiche e decisioni giudiziali, fra ricerca scientifica e applicazione giudiziale del diritto, fra processo cognitivo e quella particolare forma di processo decisionario che si esplica nell'applicazione giudiziale del diritto.

Il secondo ordine di problemi concerne l'individuazione dei momenti del processo decisionario che si assume configurino il contesto di scoperta e, rispettivamente, il contesto di giustificazione. Non è ovvio, infatti, se ed in che termini scoperta e giustificazione riassumano e/o esauriscano le diverse fasi di cui si compone il processo decisionario, se ed in che termini, cioè, di tale pluralità di fasi consentano di rendere esaurientemente conto.

2.1. *Teorie scientifiche e decisioni giudiziali a confronto.*

Un'acritica riproposizione, in ambito giudiziale, della distinzione fra contesto di scoperta e contesto di giustificazione presuppone, in modo del tutto opinabile, l'isomorfismo fra il processo di conoscenza che si attua nell'elaborazione delle teorie scientifiche e quella particolare forma di processo decisionario che si attua nell'applicazione giudiziale del diritto. Tale presupposizione è fuorviante: disconoscere i tratti specifici e le peculiarità che distinguono e differenziano i due tipi di processo non può che generare pericolose semplificazioni, non può che favorire fraintendimenti ed equivoci concettuali.

In particolare, tale presupposizione è fuorviante sia nel caso in cui, in nome del mito neopositivista della razionalità scientifica, si tenti di offrire un'immagine « scientifica », una caratterizzazione cioè rigorosa e certa, del diritto e della sua applicazione giudiziale, sia nel caso in cui, in nome della negazione post-positivista del mito della razionalità scientifica, si tenti di offrire un'immagine « giuridica », una caratterizzazione cioè procedurale e/o fallibilista della scienza.

Ora, porre l'accento su alcuni aspetti dell'applicazione giudiziale del diritto per suffragare una concezione fallibilista delle teorie scientifiche, o, di contro, appellarsi ad alcune caratteristiche delle teorie scientifiche per suffragare una concezione per così dire non fallibilista delle decisioni giudiziali sono operazioni, simmetriche e opposte, con una stessa valenza metaforico-evocativa più che esplicativa. Sono due operazioni, ciascuna delle quali tende a sovrapporre due fenomeni (l'attività scientifica e l'attività giudiziale) non spiegandone, ma ignorandone, le rispettive caratteristiche specifiche. L'elaborazione delle teorie scientifiche e l'applicazione giudiziale del diritto sono, infatti, nonostante le apparenti somiglianze che, in prospettive diverse e con intenti differenti, di esse è possibile indicare, due attività che si differenziano rispetto al fine, rispetto all'oggetto, e rispetto alle forme di attuazione.

2.1.1. *Diversità rispetto al fine.*

Fine dell'attività giudiziale è la risoluzione di conflitti sociali e non, come nel caso dell'attività scientifica, la conoscenza del reale (13).

(13) Quest'ovvia affermazione è ricorrente in letteratura, anche se, a volte, si

L'attività giudiziale e l'attività scientifica si differenziano rispetto al fine indipendentemente dal fatto che in ciascuna di esse il conseguimento del fine che le è proprio può configurarsi in una pluralità di modi diversi. In altri termini, l'attività giudiziale e l'attività scientifica si differenziano rispetto al fine indipendentemente dal fatto che il conseguimento del fine della risoluzione dei conflitti sociali si caratterizzi in modo diverso a seconda di ordinamenti giuridici differenti, e indipendentemente dal fatto che il conseguimento del fine della conoscenza del reale si caratterizzi in modo diverso a seconda di concezioni epistemologiche differenti (14).

La diversità dei fini è palesemente condizionata dalla simmetrica diversità di oggetti (le controversie, nel caso dell'attività giudiziale, i fenomeni empirici, nel caso dell'attività scientifica) e condiziona le diverse forme di attuazione proprie, rispettivamente, alle due attività (l'attività giudiziale, in ragione del fine che le è proprio, ha rigide scansioni temporali che non possono che essere estranee all'attività scientifica in ragione del diverso fine che la contraddistingue).

2.1.2. *Diversità rispetto all'oggetto.*

Oggetto dell'attività giudiziale sono le controversie, oggetto dell'attività scientifica sono i fenomeni empirici. Le controversie, oggetto dell'attività giudiziale, e i fenomeni empirici, oggetto dell'attività scientifica, si differenziano sotto tre profili ciascuno dei quali ha un indubbio rilievo epistemologico.

Sotto un primo profilo, gli oggetti delle due attività si differenziano perché mentre di ciò su cui verte una controversia non è possibile ripetizione, di un fenomeno empirico, invece, è possibile iterazione, di un fenomeno empirico è possibile, cioè, la riproducibilità. Ciò comporta, com'è ovvio e come è noto, che di ciò su cui la controversia verte si possa avere una conoscenza di tipo storico e non, invece, una

tende a circoscrivere il rilievo per la caratterizzazione, sotto il profilo epistemologico, della natura dell'attività giudiziale. Così, ad esempio, E. Buljgin [1992, p. 25].

(14) La varietà di forme in cui si può configurare il conseguimento del fine della risoluzione dei conflitti sociali è il risultato delle diverse forme di regolamentazione del diritto delle prove e/o delle diverse forme di strutturazione del processo. Di particolare rilievo, sia per la pluralità di fenomeni presi in esame, sia per la sistematizzazione proposte, è l'analisi che del tema offre M. Darnaska [1986].

conoscenza di tipo sperimentale come nel caso dei fenomeni empirici (15).

Sotto un secondo profilo, gli oggetti delle due attività si differenziano perché ciò su cui verte una controversia non sempre (se è mai possibile affermare che lo sia) è riducibile a fatti empirici, al tipo di fatti, cioè, di cui, com'è ovvio, i fenomeni empirici si compongono e in cui i fenomeni empirici si esauriscono. Fatti determinati in modo valutativo, fatti psichici, fatti istituzionali, non sono che alcuni dei tipi di fatto non riducibili a, o quantomeno, non meccanicamente assimilabili a, fatti empirici con cui esemplificare ciò su cui una controversia può vertere (16).

Com'è ovvio, anche se è scarsa l'attenzione che sino ad oggi è stata prestata all'argomento, fatti tipologicamente differenti sollevano problemi epistemologici diversi in ragione della loro natura specifica, problemi che non coincidono con i problemi epistemologici propri ai fatti empirici.

Sotto un terzo profilo, gli oggetti delle due attività si differenziano per le diverse forme in cui il sistema in relazione al quale si pongono concorre a definirli. In particolare, indipendentemente dalla loro possibile varietà tipologica, i fatti su cui una controversia verte hanno una specifica valenza giuridica che è determinata dall'ordinamento in relazione al quale la controversia si pone (17). La valenza di un fenomeno empirico, invece, può sì essere condizionata, ma di certo non è pre-determinata dalla teoria e/o dalle teorie di riferimento dello speri-

(15) Quest'ovvia constatazione è ricorrente nella caratterizzazione dell'attività giudiziale, dell'attività, più precisamente, svolta dal giudice nell'accertamento dei fatti oggetto di una controversia. Tale constatazione è sì ovvia, ma non per questo approbata. Letture e valutazioni diverse sia delle caratteristiche specifiche dell'attività dello storico, sia dei tratti comuni alle attività (non certo del tutto assimilabili) dello storico e del giudice, consentono, infatti, di delineare, o di suggerire, modelli epistemologici differenti dell'attività giudiziale.

(16) Sulla varietà tipologica dei fatti che possono essere oggetto d'accertamento nell'attività giudiziale cfr. J. Wróblewski [1973], [1992, pp. 137-161], M. Taruffo [1992, pp. 67-142], T. Mazzarese [1992, pp. 302-308].

(17) Quest'affermazione, di palese matrice kelseniana, rinvia precipuamente al problema della stretta connessione fra *questio facti* e *questio iuris*, al problema, cioè, più volte denunciato in letteratura, dell'interdipendenza fra individuazione della norma da applicare per la risoluzione di una controversia (*questio iuris*) e definizione del fatto oggetto della controversia (*questio facti*).

mentatore. Il condizionamento dei fatti naturali da parte delle teorie di riferimento (il cosiddetto carattere *theory-laden* dei fatti oggetto dell'attività scientifica) non è solo quantitativamente, ma anche e soprattutto qualitativamente diverso dalla definizione della specifica valenza giuridica, da parte di un ordinamento giuridico, dei fatti che esso disciplina.

2.1.3. Diversità rispetto alle forme di attuazione.

L'attività giudiziale e l'attività scientifica si differenziano per le diverse forme di attuazione, per le diverse forme in cui si configurano.

Le due attività si configurano in forme diverse indipendentemente dalla varietà di forme in cui l'attività giudiziale può esplicarsi in ragione delle diverse norme che in ordinamenti giuridici differenti ne disciplinano l'attuazione, e indipendentemente dalla varietà di forme in cui può esplicarsi l'attività scientifica in ragione delle diverse concezioni del metodo e/o della conoscenza.

Una prima differenza nelle forme in cui le due attività si configurano deriva, come si è già accennato (§ 2.1.1.), dal diverso fine che è proprio alle due attività. I limiti e i condizionamenti temporali che scandiscono l'attività giudiziale, in ragione del fine della risoluzione dei conflitti sociali, sono inconcepibili in un'attività scientifica.

Una seconda differenza nelle forme in cui le due attività si configurano deriva, come si è già accennato (§ 2.1.2.), dal diverso oggetto che è loro proprio, o, più precisamente, deriva dai diversi problemi gnoseologici dovuti alla diversa natura delle controversie e, rispettivamente, dei fenomeni empirici.

Una terza differenza nelle forme in cui le due attività si configurano deriva dall'eterogeneità fra le forme e i modi in cui, da un lato, in ambito giudiziale, si configurano il cosiddetto accertamento dei fatti oggetto delle controversie e l'interpretazione delle norme da applicare per la risoluzione di tali controversie, e, dall'altro lato, in ambito scientifico, si caratterizzano i metodi che presiedono all'elaborazione delle teorie scientifiche (18).

(18) La tesi della non assimilabilità tra la procedura giudiziale dell'accertamento dei fatti oggetto di una controversia e le possibili forme di verifica dei dati oggetto delle scienze naturali è formulata, ad esempio, da G. Gortlieb [1968, pp. 22-23].

2.2. Scoperta e giustificazione nelle decisioni giudiziali.

Come si configurano il contesto di scoperta e, rispettivamente, il contesto di giustificazione di una decisione giudiziale? La contrapposizione fra scoperta e giustificazione consente di ordinare in due insiemi complementari, in due insiemi, cioè, i cui termini siano mutuamente esclusivi e congiuntamente esaustivi, le diverse fasi di cui si compone e in cui si articola l'applicazione giudiziale del diritto?

Contrariamente a quanto l'apparente ovvietà della distinzione possa indurre a credere, la risposta a tali quesiti non è univoca.

Non è univoca, in particolare, la risposta a tali quesiti che è possibile estrapolare dalle analisi che della distinzione propongono la ricezione in ambito giudiziale.

Non è univoca, inoltre, la risposta che di tali quesiti è possibile delineare in ragione delle differenze specifiche che, come si è già segnalato (§ 2.1.), caratterizzano l'attività giudiziale rispetto all'attività scientifica.

2.2.1. Non univocità della distinzione: forme diverse di ricezione.

La principale ragione della ricezione della distinzione fra scoperta e giustificazione in ambito giudiziale è, come si è già avuto modo di segnalare (§ 0.), la convinzione che tale distinzione offra un argomen-

Sebbene in termini più moderati, una tesi analoga ricorre in J. Wróblewski [1975, 1983, p. 195]. La tesi contraria è, invece, sostenuta da L. Ferrajoli [1989]. Ferrajoli ritiene che gli asseriti che esprimono la *quaestio facti*, così come gli asseriti che esprimono la *quaestio iuris*, possano considerarsi veri o falsi secondo la concezione *arskiana* della verità come corrispondenza [pp. 20-23], e che tali asseriti possano essere sottoposti ad un processo di verifica. Tale assunto, comunque, è meno drastico di quanto non possa apparire dalla sua enunciazione. In realtà, esso sembra esprimere più un *desideratum*, che non un fine effettivamente conseguibile, sia pure in virtù di riforme dei modelli giuridici (penali) esistenti e/o in virtù di un incrocio di controlli di razionalità. È questa una conseguenza delle notevoli differenze fra «verificazione processuale» e «verificazione empirica» che lo stesso Ferrajoli individua in modo puntuale [pp. 24-36]. Un'aperta critica degli argomenti usualmente proposti (se non per dissuadere da semplistiche assimilazioni, quantomeno) per evidenziare le differenze fra l'attività della ricerca scientifica e l'attività dell'applicazione giudiziale del diritto è formulata da M. Taruffo [1992, pp. 303-310]. Tale critica non sembra però deturata da un reale dissenso sulla fondatezza degli argomenti di chi enuncia le differenze tra ciò che attiene all'attività del giudice e ciò che attiene all'attività dello scienziato (la banalità di cui Taruffo taccia tali argomenti sembra infatti confermarne l'ovvia correttezza e non già denunciarne una temibile erroneità).

to per risolvere in modo incontrovertibile il problema della natura delle decisioni giudiziali, per decidere in modo univoco e definitivo della loro natura logico-deduttiva.

Tralasciando, almeno per il momento, che alla distinzione si è fatto appello sia per difendere la concezione logico-deduttiva dalle critiche sempre più frequenti, sia, al contrario, per esibire un argomento decisivo a fondamento di tali critiche, è opportuno ricordare, seppure solo per sommi capi, i termini del dibattito.

In estrema sintesi, è tesi dei sostenitori della concezione logico-deduttiva delle decisioni giudiziali che la norma con cui il giudice pone termine ad una controversia sia il risultato di un'inferenza logica che ha come premesse le norme dell'ordinamento che si applicano al caso (premessa giuridica), e la cosiddetta descrizione del fatto oggetto della controversia (premessa fattuale). La validità dello schema inferenziale sillogistico, cui possono essere ricondotti gli elementi essenziali di una decisione giudiziale, non è compromessa, sempre secondo i fattori della concezione logico-deduttiva, dall'eventuale natura alogica o extralogica del processo che porta alla formulazione della premessa giuridica e della premessa fattuale, alla formulazione, cioè, delle premesse dalle quali è logicamente inferibile la norma che pone termine alla controversia.

Tesi dei critici della concezione logico-deduttiva è, invece, che lo schema inferenziale sillogistico cui si ricorre per presentare la conclusione di una decisione giudiziale, della decisione giudiziale formata non un adeguato strumento esplicativo, ma, tutt'al più, un mezzo di razionalizzazione *ex post*. Lo schema inferenziale sillogistico, sempre secondo i critici della concezione logico-deduttiva, non tiene conto e non consente di render conto delle operazioni di natura non logica, ma giuridica, di natura non logica, ma decisionale e valutativa che accompagnano sia la scelta e l'interpretazione delle norme da applicare, sia la ricostruzione dei fatti oggetto della controversia.

Per quanto sommarie e schematiche, le osservazioni che precedono consentono di individuare nel ruolo da ascrivere al complesso e composito processo che porta alla formulazione della premessa giuridica e alla formulazione della premessa fattuale di una decisione giudiziale un punto nodale intorno al quale si incentra il dibattito sulla natura logico-deduttiva delle decisioni giudiziali, un punto nodale, più

precisamente, intorno al quale sembra ovvio si debba incentrare l'attenzione nel riproporre, in ambito giudiziale, la distinzione fra scoperta e giustificazione (19).

Sorprendentemente, però, nelle analisi di chi si richiama alla distinzione quale criterio ultimo per decidere della natura delle decisioni giudiziali, non sempre è chiaro se ed in che termini ciò che attiene a tale processo, complesso e composito, sia riconducibile al contesto di scoperta o, invece, al contesto di giustificazione.

Sono tre, in particolare, le ragioni che rendono dubbia la collocazione di ciò che attiene alla formulazione delle premesse di una decisione giudiziale nel contesto di scoperta, o, invece, nel contesto di giustificazione.

Una prima ragione di dubbio è data dall'indeterminatezza della nozione di « motivazione », nozione in relazione alla quale è usualmente definito il contesto di giustificazione (20). Modi diversi di interpretare le norme che prescrivono l'obbligo di motivare le decisioni giudiziali (nel caso in cui tali norme valgano nell'ordinamento giuridico in relazione al quale il giudice si trova ad operare), si riflettono, infatti, su una simmetrica diversità di modi di stilare la motivazione, si riflettono, cioè, su una pluralità di modi di selezionare gli elementi del processo decisionario, che porta alla formulazione delle premesse di una decisione giudiziale, da riportare nella motivazione.

Una seconda ragione di dubbio è dettata dal fatto che non è chiaro se tutto ciò che non attiene alla motivazione (se tutto ciò che non attiene, cioè, al contesto di giustificazione), *ex negativo*, sia per ciò

(19) Nonostante la sua indubbia centralità, lo scontro sulla valenza del processo che porta alla formulazione della premessa giuridica e della premessa fattuale di una decisione giudiziale non esaurisce, com'è noto, il dibattito sulla natura logico-deduttiva delle decisioni giudiziali. La natura logico-deduttiva delle decisioni giudiziali, infatti, è problematica anche sotto un ulteriore profilo: della premessa giuridica e della conclusione di una decisione giudiziale si predica non la verità, ma la validità giuridica. Il problema, la cui esplicita formulazione si deve ad H. Kelsen [1965], può essere così sintetizzato: la validità della norma espressa dal dispositivo di una decisione giudiziale è il risultato non di un'inferenza logica, quanto di un atto di posizione da parte del giudice che emette la sentenza.

(20) Con esplicito riferimento alle norme che nell'ordinamento giuridico italiani prescrivono l'obbligo della motivazione, l'indeterminatezza della nozione è denunciata con particolare efficacia da M. Taruffo [1975, pp. 7-9].

stesso da considerare come attinente ad un non meglio identificato contesto di scoperta. Se così fosse, in ambito giudiziale, il contesto di scoperta non sarebbe circoscritto, così come la pretesa analogia con le teorie scientifiche sembra indurre a credere, alle eventuali intuizioni e/o agli eventuali fattori psicologici che in un giudice possono intervenire nella, e/o interferire con la, risoluzione di una controversia, ma, sorprendentemente, verrebbe a coincidere con tutte le fasi in cui si articola il processo decisionario. Non solo condizionamenti psicologici ed eventuali folgorazioni, ma: (a) le scelte che presiedono all'interpretazione delle norme procedurali che disciplinano le forme e i modi in cui un processo deve articolarsi, (b) le scelte che presiedono all'individuazione e all'interpretazione delle norme di diritto sostanziale sulle quali il giudice fonda la risoluzione delle controversie, (c) le scelte che presiedono all'interpretazione e applicazione delle norme del diritto alle prove sulle quali si fonda, ed in relazione al quale si articola, la ricostruzione e/o l'accertamento dei fatti oggetto delle controversie non sarebbero altro che aspetti o momenti diversi di un unico e complesso contesto di scoperta. Che questo possa essere l'esito del ricorso alla distinzione fra scoperta e giustificazione sembra trovare conferma anche in una spia terminologica: in ambito giudiziale, infatti, il contesto di scoperta, è, a volte, denominato « contesto di decisione », o « contesto decisionario » (21).

Una terza ragione di dubbio, infine, è che l'esito di una netta dicotomia fra motivazione, momento della decisione giudiziale in cui viene identificato il contesto di giustificazione, e il complesso del processo decisionario nella sua totalità, relegato, invece, al contesto di scoperta, è parzialmente rimesso in discussione da un argomento che,

(21) 'Contesto di decisione' ricorre, ad esempio, in U. ScarPELLI [1970, 21982, p. 281], in E. Amodio [1977, p. 216], in C. Lanzani [1990, p. 157]; 'contesto decisionario' ricorre, ad esempio, in M. Taruffo [1975, p. 214]. Seppure non esplicitamente segnalata da spie terminologiche, nondimeno l'assimilazione concettuale fra scoperta e decisione è implicitamente suggerita da M. Atienza [1993, pp. 23-24]. Questo slittamento terminologico-concettuale non è, comunque, generalizzato. R. Wasserstrom [1961, p. 25], ad esempio, non assimila, infatti, processo decisionario e contesto di scoperta, ma, del processo decisionario proprio dell'attività giudiziale (*judicial decision process*) propone, invece, la distinzione fra due diverse procedure decisionali, procedure ciascuna delle quali corrisponde al contesto di scoperta e, rispettivamente, al contesto di giustificazione.

nella letteratura di filosofia della scienza è di solito usato non per affermare, ma, al contrario, per circoscrivere e/o per criticare la portata euristica della contrapposizione fra scoperta e giustificazione: l'affermazione dell'esistenza di rapporti fra i due contesti (22). Ora, la definizione dei possibili rapporti fra contesto di scoperta e contesto di giustificazione contribuisce sì ad attenuare la drasticità dei risultati di una contrapposizione tracciata in modo non pienamente convincente, ma, al tempo stesso, concorre a rendere ancora più sfumati ed indeterminati i termini in cui rispondere al quesito sulla caratterizzazione, come contesto di scoperta, o, invece, come contesto di giustificazione, di ciò che attiene al processo di formulazione delle premesse, giuridica e fattuale, di una decisione giudiziale.

2.2.2. *Non univocità della distinzione: rilevati concettuali.*

La difficoltà di estrapolare, dalle analisi di chi della distinzione propone la recezione in ambito giudiziale, una caratterizzazione univoca di ciò che attiene al contesto di scoperta e, rispettivamente, al contesto di giustificazione, è determinata non solo dalla varietà di concezioni che autori diversi hanno dell'applicazione giudiziale del diritto, ma anche dal disconoscimento delle differenze specifiche che caratterizzano l'attività giudiziale rispetto all'attività scientifica, è condizionata, cioè, dalla meccanicità della riproposizione, in ambito giudiziale, di una distinzione pensata e concepita in ambito epistemologico.

Non mancano, però, studiosi che, seppure in prospettive non coincidenti e sulla base di argomenti differenti, hanno manifestato perplessità sui termini della recezione della distinzione, proprio in ragione della specificità di alcuni tratti dell'attività giudiziale. È questo il caso, solo per citare due esempi tratti dalla letteratura giurisprudenziale, di Ubertis e di Amodio.

In particolare, Ubertis, pur non respingendo il ricorso alla distinzione fra scoperta e giustificazione, dei due termini della distinzione

(22) Fra i sostenitori della distinzione in ambito giudiziale, l'esistenza di rapporti fra contesto di scoperta e contesto di giustificazione è esplicitamente teorizzata, ad esempio, da R. Wasserstrom [1961, p. 27]. Analoga la posizione di H. Kantorowicz [1934, p. 1249] riguardo alla distinzione, omologa a quella qui in esame, fra spiegazione genetica e giustificazione normativa.

mette in evidenza la non idoneità a render conto di tutte le diverse fasi in cui il processo decisionale si articola. Scrive Ubertis:

Nella scienza [...] il *context of discovery* concerne i problemi del come si pervenga alla formulazione di una ipotesi ed il *context of justification* i problemi del come questa ipotesi venga convalidata [...]; quando, invece, si tratta dei due contesti riferendoli all'attività giudiziaria, l'attenzione non è più volta al momento del sorgere di un'ipotesi, ma a quello della emanazione di un provvedimento finale. La « teoria dei due contesti » viene, per così dire, « spostata in avanti », tanto che *discovery* viene tradotto dai giuristi con « decisione » invece che, letteralmente, con « scoperta ». [...] Non si rivela con sufficiente chiarezza che, anche nel processo, esiste un'ipotesi (iniziale) da verificare [...]. Ed egualmente si pone nel processo il problema del come avvenga la convalida, effettuata tramite l'istruzione probatoria. In conclusione, e schematicamente (ma senza dimenticare la correlazione dialettica fra i vari momenti), mentre la sequenza scientifica [...] è: 1) contesto di scoperta e formulazione delle ipotesi; 2) contesto di giustificazione ed eventuale convalida; la sequenza giudiziaria è: 1) contesto di scoperta e formulazione delle ipotesi (il momento dell'istruzione primaria [...]); 2) contesto di ricerca (è il momento dell'istruzione probatoria o secondaria); 3) contesto di decisione; 4) contesto di giustificazione (23).

Non una lettura costruttivamente critica, come nel caso di Ubertis, ma una manifesta diffidenza, riguardo ai possibili esiti della recezione della distinzione in ambito giudiziale, è espressa, invece, da Amodio. Scrive Amodio:

È necessario prendere atto dei possibili fuorviamenti insiti nella rigida contrapposizione tra i due contesti. Recependola in modo acritico si può pensare che il giurista debba disinteressarsi del contesto di decisione soprattutto se gli si attribuisce la natura di punto di emergenza di materiali psicologici. Al contrario, la disciplina del processo mostra chiaramente come la delibrazione sia un atto minutamente regolato sia nelle forme [...] sia nella logica della scelta che è fissata dalle norme di diritto penale sostanziale (24).

3. *Varietà di forme di razionalità giudiziale.*

La non univocità della risposta al quesito sulla delimitazione e definizione, in ambito giudiziale, del contesto di scoperta e del contesto di giustificazione è ampiamente condizionata, come si è già segnalato (§ 2.2.), dalle peculiarità dell'attività giudiziale la cui complessità

(23) G. Ubertis [1979, pp. 55-56].

(24) E. Amodio [1977, p. 216].

non consente, se non a costo di forzature e di fuorvianti semplificazioni, di essere ridotta all'uno o all'altro dei due contesti.

La non univocità della risposta al quesito sulla natura, logica e/o razionale, di ciascuno dei due termini dell'opposizione fra scoperta e giustificazione è, invece, ampiamente condizionata dalle diverse concezioni che studiosi diversi hanno dell'applicazione giudiziale del diritto. La distinzione non fornisce, quindi, a dispetto della sicurezza e della perentorietà dei toni con i quali spesso la si richiama, un argomento risolutivo delle ricorrenti controversie sulla natura delle decisioni giudiziali, ma, significativamente, come ben mostrano la varietà e l'eterogeneità di concezioni a supporto delle quali la si utilizza, si rivela, invece, occasione per l'iterazione dei termini sui quali tali controverse si incentrano.

In particolare, sono tre le principali concezioni della natura delle decisioni giudiziali in relazione alle quali sembra plausibile suddividere e ordinare le diverse forme in cui si è configurata la recezione della distinzione: (a) concezione arazionale, (b) concezione razionale, (c) concezione gius-normativa. Le prime due locuzioni ('concezione arazionale' e 'concezione razionale') sono ricorrenti in letteratura e designano, rispettivamente, le due opposte posizioni sulla natura logico-deduttiva delle decisioni giudiziali. La terza locuzione, ('concezione gius-normativa') è qui scelta per denominare una posizione che, rifiutando i termini in cui concezione razionale e concezione arazionale tradizionalmente si contrappongono, incentra l'attenzione sul dato normativo, incentra, cioè, l'attenzione, sulle norme che, in ordinamenti giuridici differenti, delle decisioni giudiziali disciplinano le diverse forme di configurazione.

Ora, ciascuna delle tre concezioni sulla natura delle decisioni giudiziali condiziona e, al tempo stesso, è condizionata da, uno dei tre diversi atteggiamenti secondo i quali, come si è già proposto (§ 1.1.), è possibile ordinare le diverse reazioni alla distinzione fra scoperta e giustificazione che sono documentate nella letteratura di filosofia della scienza: (a) affermazione della distinzione in senso forte, (b) affermazione della distinzione in senso debole, (c) negazione della distinzione.

Della recezione della distinzione fra scoperta e giustificazione in ambito giudiziale sembra così plausibile differenziare tre forme principali. La prima forma di recezione, propria della concezione delle deci-

sioni giudiziali usualmente etichettata come arazionale, ripete le caratteristiche dell'affermazione della distinzione in senso forte.

La seconda forma di recezione, propria della concezione che rivendica la razionalità delle decisioni giudiziali, ripete, invece, le caratteristiche dell'affermazione della distinzione in senso debole.

La terza forma di recezione, propria della concezione che si è qui proposto di denominare 'gius-normativa' (la concezione, cioè, che è attenta alle peculiarità delle decisioni giudiziali in ragione delle diverse forme di regolamentazioni cui possono essere soggette) ripete, infine, le caratteristiche della negazione della distinzione.

3.1. *Concezione arazionale.*

Nella letteratura in tema di decisioni giudiziali, con 'concezione arazionale' usualmente si designa la posizione di coloro che sostengono che la forma inferenziale sillogistica, con la quale viene presentata una decisione giudiziale, funge da mera razionalizzazione *ex post* del processo decisionario, alogico e arazionale, che porta alla formulazione delle premesse sulle quali il dispositivo si fonda.

Nella prospettiva della concezione arazionale delle decisioni giudiziali, la recezione della distinzione fra contesto di scoperta e contesto di giustificazione tende a ripetere i tratti che della distinzione caratterizzano l'affermazione in senso forte.

In ambito epistemologico, l'affermazione della distinzione in senso forte è caratterizzata da una netta cesura fra scoperta e giustificazione, e porta: (a) alla netta contrapposizione fra natura arazionale e alogica della scoperta e natura logica e razionale della giustificazione; (b) all'identificazione di ciò su cui l'epistemologia verte nel solo contesto di giustificazione che, in ragione della sua natura logica e razionale, è assunto come garanzia della natura logica e razionale della stessa epistemologia.

In ambito giudiziale, la recezione di questa forma di affermazione della distinzione in senso forte ripete le caratteristiche che ne contraddistinguono i termini in cui si configura in ambito epistemologico, ma con una differenza: il contesto la cui natura si assume decidere della natura del processo decisionario che si esplica nell'applicazione giudiziale del diritto è il contesto di scoperta, alogico e arazionale, e non il con-

testo di giustificazione. Il contesto di giustificazione, infatti, logico e razionale, camuffa, secondo i sostenitori di tale concezione, la vera natura di ciò in cui una decisione giudiziale consiste: il processo, alogico e arazionale, che porta alla formulazione della premessa giuridica e della premessa fattuale su cui si fonda il dispositivo.

La concezione arazionale delle decisioni giudiziali trova le sue più compiute formulazioni nell'ambito del realismo giuridico, nell'ambito, cioè, di quella corrente di pensiero che, seppure con diversa radicalità di toni, dell'applicazione giudiziale del diritto denuncia l'ineluttabile natura discrezionale sia dell'attività che ha ad oggetto l'accertamento dei fatti, sia dell'attività che ha ad oggetto l'interpretazione del diritto. Le concezioni giusrealiste dell'applicazione giudiziale del diritto che si fondano su forme più o meno esasperate di *fact-scepticism* e/o di *ralscepticism* denunciano sì che la forma sillogistica con la quale sono presentate le decisioni giudiziali è una mera razionalizzazione *ex post* del processo decisorio. Non per questo, però, negano che, quantunque mera razionalizzazione, lo schema sillogistico consenta, nondimeno, l'attuazione di una forma di controllo sulla correttezza formale della decisione (25).

3.2. *Concezione razionale.*

Nella letteratura in tema di decisioni giudiziali, con 'concezione razionale' usualmente si designa la posizione di coloro che, pur consapevoli delle difficoltà inerenti alla caratterizzazione della natura del processo decisorio che porta alla formulazione delle premesse di una decisione giudiziale difendono, nondimeno, l'assunto della natura logico-deduttiva delle decisioni giudiziali (26).

(25) Esempi, in proposito, quanto afferma uno dei più noti esponenti del realismo giuridico americano: J. Frank [1930, 1949, p. 104; nota, e pp. 130-131] e [1949, 1950, pp. 183-184].

(26) Che la concezione logico-deduttiva delle decisioni giudiziali, di principio, non sia preclusa da ragioni teoriche è sostenuto da N. MacCormick [1978, p. 37], e [1985, p. 174]. Con toni più decisi, la tesi secondò la quale « la ricostruzione del ragionamento giustificatorio può essere compiuta entro i limiti della logica deduttiva » è esplicitamente enunciata da E. Buljgin [1992, p. 13]. Seppure non sempre formulata negli stessi termini, una tesi analoga ricorre, ad esempio, anche in C. Alchourrón / E. Buljgin [1989]; L. Giantomaggio [1989].

Nella prospettiva della concezione razionale delle decisioni giudiziali, la recezione della distinzione fra contesto di scoperta e contesto di giustificazione tende a ripetere i tratti che della distinzione caratterizzano l'affermazione in senso debole.

In ambito epistemologico, l'affermazione della distinzione in senso debole è caratterizzata non tanto da una netta cesura, quanto piuttosto da un'attenta differenziazione fra scoperta e giustificazione, e porta: (a) all'individuazione, o almeno alla tematizzazione della possibilità, di tipi di logica e di forme di razionalità con caratteristiche proprie e peculiari al contesto di scoperta; (b) ad una definizione di ciò su cui l'epistemologia verte che privilegia ciò che attiene al contesto di giustificazione, senza per questo ignorare, però, ciò che attiene al contesto di scoperta.

In ambito giudiziale, la recezione di questa forma di affermazione della distinzione in senso debole ripete le caratteristiche che ne contraddistinguono i termini in cui si configura in ambito epistemologico.

È il contesto di giustificazione, infatti, che si assume abbia il ruolo centrale di decidere della natura logica e razionale delle decisioni giudiziali. Privilegiare l'impianto logico-deduttivo e le forme di razionalità del contesto di giustificazione consente, infatti, di difendere la concezione logico-deduttiva delle decisioni giudiziali senza per questo dover ignorare, del processo decisorio che si esplica nell'applicazione giudiziale del diritto, il momento della scoperta come momento con caratteristiche peculiari non necessariamente riflesse dal, o rese manifeste nel, momento del processo decisorio in cui consiste la giustificazione.

L'attenzione che si ritiene opportuno prestare al contesto di scoperta non è, però, né marginale, né occasionale, ma, al contrario, è dettata da un duplice intento.

In primo luogo, essa è dettata dall'intento di modificare l'immagine di ineludibile arazionalità e alogicità che sembra indissolubilmente associata al contesto di scoperta nelle analisi di chi afferma la concezione arazionale delle decisioni giudiziali.

In secondo luogo, essa è dettata dall'intento di offrire un'analisi logica e razionale (secondo una delle molteplici concezioni possibili e della logica e della razionalità) del processo decisorio che porta alla formulazione delle premesse di una decisione giudiziale, processo

complesso e composito che non può certo essere relegato ad un ruolo marginale e accessorio così come, inevitabilmente, comporterebbe una contrapposizione troppo drastica fra giustificazione come luogo della razionalità e del controllo logico, da un lato, e, dall'altro lato, scoperta come luogo, invece, della arazionalità e della alogicità.

Così, chi si richiama alla distinzione fra scoperta e giustificazione per difendere l'assunto della natura logica e, quindi, razionale, delle decisioni giudiziali tematizza, a volte, la distinzione fra una logica della scoperta e una logica della giustificazione; e, quindi, implicitamente, quando non esplicitamente, teorizza anche, la possibilità di una varietà di forme di razionalità proprie alla pluralità di aspetti o momenti in cui si articola il contesto di scoperta, varietà di forme di razionalità diverse dalla razionalità per antonomasia che ha espressione e/o fondamento nei canoni della logica deduttiva classica (27).

3.3. *Concezione gius-normativa.*

Con 'concezione gius-normativa' si è qui proposto di designare la posizione di coloro che, contestando i termini in cui si articola il dibattito sulla natura logico-deduttiva delle decisioni giudiziali, contestando, cioè, i termini in cui concezione razionale e concezione arazionale tradizionalmente si contrappongono, sostengono che l'analisi della natura delle decisioni giudiziali debba incentrarsi sul dato normativo, sulle norme, cioè, che in ordinamenti giuridici differenti, delle decisioni giudiziali disciplinano le diverse forme di configurazione.

Nella prospettiva della concezione gius-normativa delle decisioni giudiziali, la recezione (o, più correttamente, la contestazione della recezione) della distinzione fra contesto di scoperta e contesto di giustificazione tende a ripetere i tratti che caratterizzano la negazione della distinzione.

In ambito epistemologico la negazione della distinzione è caratterizzata dal rifiuto di una cesura, o anche solo di una troppo netta dif-

(27) Un'esplicita enunciazione dell'esigenza di distinguere forme diverse di razionalità nel processo è di M. Taruffo [1993, pp. 59-60]. L'esplicita tematizzazione, in ambito giudiziale, di una logica della scoperta (*logic of discovery*) diversa e distinta da una logica della giustificazione (*logic of justification*) è proposta da Wasserman [1961, p. 27], M. Taruffo [1975, p. 214], J. Wróblewski [1982, pp. 30-31], [1986].

ferenziazione, fra scoperta e giustificazione, è caratterizzata, cioè, dalla convinzione che ogni metodo scientifico sia al tempo stesso un metodo di scoperta e di giustificazione. Tale atteggiamento porta: (a) all'individuazione delle forme di articolazione della logica della scoperta e alla definizione delle forme di razionalità proprie alle diverse fasi in cui si articola il processo della scoperta; (b) ad una definizione di ciò su cui l'epistemologia verte che privilegia ampiamente ciò che attiene al contesto di scoperta, o più correttamente, ciò che concerne le forme e i modi che dell'attività scientifica portano all'elaborazione di nuove teorie.

In ambito giudiziale la recezione di questa forma di negazione della distinzione ripete le caratteristiche che ne contraddistinguono i termini in cui si configura in ambito epistemologico (28).

È il contesto di scoperta, o più correttamente ciò che (seppure non sempre in termini del tutto chiari) è usualmente ricondotto al contesto di scoperta, che si assume abbia un ruolo centrale per la definizione della natura delle decisioni giudiziali. È il processo decisionario che porta alla formulazione delle premesse di una decisione e la sua particolare e peculiare logica della scoperta (o, come alcuni la denominano, logica della scelta) ciò su cui va incentrata l'analisi della natura delle decisioni giudiziali.

Questo atteggiamento, dichiaratamente critico non solo nei confronti della distinzione fra scoperta e giustificazione, ma anche e soprattutto nei confronti della disinvolta recezione della distinzione in ambito giudiziale, ha, come si è già ricordato (§ 2.2.2.), una significatività esemplificativa in Amodio:

È necessario prendere atto dei possibili fuorviamenti insiti nella rigida contrapposizione tra i due contesti. Recependola in modo acritico si può pensare che il giurista debba disinteressarsi del contesto di decisione soprattutto se gli si attribuisce la natura di punto di emergenza di materiali psicologici. Al contrario, la disciplina del processo mostra chiaramente come la delibrazione sia un atto minutamente regolato sia nelle forme [...] sia nella logica della scelta che è fissata dalle norme di diritto penale sostanziale (29).

(28) La problematicità di operare una netta cesura fra scoperta e giustificazione nell'applicazione giudiziale del diritto, così come nella ricerca scientifica, è esplicitamente denunciata da A. Amodio [1977, p. 326 n. 1, e p. 327 n. 14].

(29) E. Amodio [1977, p. 216].

E ancora:

« Quanto ai rapporti fra i due contesti s'impone poi una considerazione ancora più rilevante. Nell'ambito di respingere le tentazioni della fallacia descrittivista che fa della motivazione lo specchio del giudizio, si finisce talvolta per esasperare la cesura tra i due momenti sino ad asserire che in essi la « logica della scelta è irriducibilmente diversa ». [...] E [...] inesatto dire che la logica della scelta « è » diversa nei due contesti, perché tanto nella formulazione della decisione che in quella della motivazione il giudice « deve » far applicazione delle norme sostanziali (30).

Un richiamo, dunque, ad una maggiore attenzione per il dato normativo, per il dato che, indicandone e definendone forme e modi di attuazione, informa e condiziona la natura di quella complessa attività in cui consiste l'applicazione giudiziale del diritto.

4. *Un tentativo di bilancio.*

L'analisi sin qui svolta consente due ordini di considerazioni conclusive.

Il primo ordine di considerazioni è circoscritto, banalmente, ai risultati che le osservazioni che precedono consentono di trarre sulla valenza esplicativa da ascrivere, in ambito giudiziale, alla distinzione fra contesto di scoperta e contesto di giustificazione.

Le osservazioni che precedono giustificano, se corrette, uno scetticismo sulla valenza esplicativa da ascrivere alla distinzione, direttamente proporzionale alla fortuna di cui gode in letteratura.

Di tale distinzione, infatti, si rivela dubbia la valenza quale strumento esplicativo per la comprensione della scansione delle diverse fasi in cui si articola il processo decisionario che si esplica nell'applicazione giudiziale del diritto.

Di tale distinzione, inoltre, si rivela dubbia la valenza da ascrivere quale possibile strumento di comprensione delle eventuali possibili forme diverse di razionalità delle decisioni giudiziali.

Sin qui, banalmente, il resoconto di un bilancio della pluralità di

(30) E. Amodio [1977, p. 216]. L'espressione riportata da Amodio fra virgolette « logica della scelta è irriducibilmente diversa » è una citazione da M. Taruffo [1975, p. 205].

forme di recezione, in ambito giudiziale, di una delle più note distinzioni dell'epistemologia del ventesimo secolo.

Il secondo ordine di considerazioni è, invece, di portata più generale: della presente analisi trascende i limiti entro i quali è stata prevalentemente condotta e ne esplicita la vera ragion d'essere, ragion d'essere che non si riduce, almeno negli intenti, nella disamina di una pluralità di forme di recezione della distinzione fra scoperta e giustificazione.

Il secondo ordine di considerazioni concerne, cioè, il dibattito sulla razionalità delle decisioni giudiziali, dibattito che certamente non si risolve con le diverse forme di recezione della distinzione fra scoperta e giustificazione, ma che, nondimeno, nelle diverse forme di recezione di tale distinzione trova un'esemplificazione particolarmente efficace di un vizio di fondo che ne compromette ogni possibile esito. Il dibattito sulla razionalità delle decisioni giudiziali (dibattito che non solo velatamente rivela, ma, a volte, esplicitamente rivendica, una connotazione più ideologica che non teoretico-esplicativa) è spesso inficiato dal ricorso a categorie concettuali della logica classica e/o dell'epistemologia neopositivista, categorie concettuali alle quali solo a costo di forzature e di fuorvianti semplificazioni è possibile ridurre aspetti e momenti dell'applicazione giudiziale del diritto.

Riferimenti bibliografici

- AARNIO, AULIS [1977], *Reasoning on Legal Reasoning*. Turku, Turun Yliopisto.
- ALCHOURRÓN, CARLOS EDUARDO / BUTXGIN, EUGENIO [1989], *Limits of Logic and Legal Reasoning*. In: MARTINO, ANTONIO A. (ed.), *Preproceedings of the III International Conference on Logical Informatica Diritto*, Firenze, 1989, vol. 2, pp. 1-20. Trad. spagnola di EUGENIO BUTXGIN, *Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico*. In: ALCHOURRÓN, CARLOS EDUARDO / BUTXGIN, EUGENIO, *Análisis lógico e derecho*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 303-328.
- AMODIO, ENNIO [1977], *Motivazione della sentenza penale*. In: *Enciclopedia del diritto*. Milano, Giuffrè, vol. XXVII, pp. 181-256.
- AMMI, JUNICHI [1973], *The Regulatory Function of Logic in Judicial Decisions*. In: « ARSP », 59 (1973), pp. 193-196.
- ATENZA, MANUEL [1993], *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Madrid, Centro de estudios constitucionales.
- BUTXGIN, EUGENIO [1992], *Sull'interpretazione giuridica*. In: COMANDUCCI, PAO-

- LO / GUASTINI, RICCARDO (eds.), *Analisi e diritto* 1992. *Ricerche di giurisprudenza analitica*. Torino, Giappichelli, pp. 11-30.
- CARNAP, RUDOLF [1928], *Der logische Aufbau der Welt*. Berlin. Trad. it. di E. Severino: *La costruzione logica del mondo*. Milano, Fratelli Fabbri, 1966.
- CURD, MARTIN V. [1980], *The Logic of Discovery: An Analysis of Three Approaches*. In: NICKLES, THOMAS (ed.), *Scientific Discovery, Logic, and Rationality*. Dordrecht, D. Reidel, pp. 201-219.
- DAMASKA, MIRIAM [1986], *The Faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach to the Legal Process*. New Haven, Yale University Press. Trad. it. di ANDREA GIUSSANI e FABIO ROTA: *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*. Bologna, il Mulino, 1991.
- DEWEY, JOHN [1924], *Logical Method and Law*. In: « The Cornell Law Quarterly », 10 (1924), pp. 17-27.
- FERRAJOLI, LUIGI [1989], *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. Bari, Laterza.
- FRANK, JEROME [1930, 1949], *Law and the Modern Mind*. New York, Coward-McCann.
- FRANK, JEROME [1949, 1950], *Courts on Trial. Myth and Reality in American Justice*. Princeton, Princeton University Press.
- GIANFORMAGGIO, LETIZIA [1989], *In difesa del sillogismo pratico. Ovvero alcuni argomenti kelesiani alla prova*. Giuffrè, Milano.
- GOLDING, MARTIN P. [1984], *Discovery and Justification in Science and Law*. In: PECZENIK, ALEKSANDER / LINDHAL, LARS / VAN ROERUIN, BEERT (eds.), *Theory of Legal Science*. Dordrecht, D. Reidel, pp. 295-305.
- GOTTLIBER, GIDON [1968], *The Logic of Choice*. London, Allen & Unwin.
- GUTTING, GARY [1980], *The Logic of Invention*. In: NICKLES, THOMAS (ed.), *Scientific Discovery, Logic, and Rationality*. Dordrecht, D. Reidel, pp. 221-234.
- KANTOROWICZ, HERMANN [1934], *Some Rationalism about Realism*. In: « Yale Law Journal », 43 (1934), pp. 1240-1253.
- KEISEN, HANS [1965], *Recht und Logik*. In: « Neues Forum » 12 (1965), pp. 421-425, 495-500. Trad. it. di R. GUASTINI, *Diritto e logica*. In: COMANDUCCI, PAOLO / GUASTINI, RICCARDO (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico*, Torino, Giappichelli, 1990, pp. 65-98.
- HART, HERBERT [1967], *Philosophy of Law, Problems of*. In: EDWARDS, PAUL (ed.), *The Encyclopedia of Philosophy*. New York, Macmillan & The Free Press, vol. VI, pp. 264-276. Trad. it. di P. COMANDUCCI, *I problemi della filosofia del diritto*. In: COMANDUCCI, PAOLO / GUASTINI, RICCARDO (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico*. Torino, Giappichelli, 1967, vol. II, pp. 11-51.
- HOROVITZ, JOSEPH [1972], *Law and Logic*. Wien, Springer Verlag.
- LAUDAN, LARRY [1980], *Why Was the Logic of Discovery Abandoned?*. In: NICKLES, THOMAS (ed.), *Scientific Discovery, Logic and Rationality*. Dordrecht, D. Reidel, pp. 173-183.
- LUZZATI, CLAUDIO [1990], *La vaghezza delle norme*. Milano, Giuffrè.
- MACCORMICK, NEIL [1978], *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford, Clarendon Press.
- MACCORMICK, NEIL [1985], *The Limits of Rationality in Legal Reasoning*. In: ARNAUD, ANDRÉ-JEAN / HILPINEN, RISTO / WROBLEWSKI, JERZY (eds.), *Juristic Logic, Rationality and Irrationality in Law*. Berlin, Duncker und Humblot, pp. 161-177.
- MAGNANI, LORENZO [1984], *Problemi strategici, euristici nell'invenzione scientifica*. In: MAGNANI, LORENZO (ed.), *Epistemologie dell'invenzione*. Milano, Franco Angeli, pp. 89-114.
- MAZZARESE, TECLA [1992], *Dubbi epistemologici sulle nozioni di « questo fatto » e « questo iuris »*. In: « Rivista internazionale di filosofia del diritto », 69 (1992), pp. 294-320.
- MORENO, JUAN JOSÉ / NAVARRO, PABLO E. / REDONDO, CRISTINA [1992], *Argumentación jurídica, lógica y decisión judicial*. In: « Doxa », 11 (1992), pp. 247-262.
- NICKLES, THOMAS [1980], *Introductory Essay: Scientific Discovery and the Future of Philosophy of Science*. In: NICKLES, THOMAS (ed.), *Scientific Discovery, Logic, and Rationality*. Dordrecht, D. Reidel, pp. 1-59.
- NICKLES, THOMAS [1984], *Scoperta e mutamento scientifico*. In: MAGNANI, LORENZO (ed.), *Epistemologie dell'invenzione*. Milano, Franco Angeli, 1984, pp. 7-27.
- NICKLES, THOMAS [1985 a], *Beyond Divorce: Current Status of the Discovery Debate*. In: « Philosophy of Science », 52 (1985), pp. 177-206.
- NICKLES, THOMAS [1985 b], *Metodologia, euristica e razionalità*. In: PERA, MARCELLO / PITT, JOSEPH (eds.), *I modi del progresso. Teorie ed episodi della razionalità scientifica*. Milano, Il Saggiatore, pp. 87-116.
- PERA, MARCELLO [1982], *Apologia del metodo*. Bari, Laterza.
- PERA, MARCELLO [1985], *Per un « Novum organon reformatum »*. *La scoperta dell'elettricità animale*. In: PERA, MARCELLO / PITT, JOSEPH (eds.), *I modi del progresso. Teorie ed episodi della razionalità scientifica*. Milano, Il Saggiatore, pp. 160-188.
- POPPER, KARL [1934], *Logik der Forschung*. Trad. ingl. ampliata: *The Logic of Scientific Discovery*, London, Hutchinson, 1959. Trad. it. di MARCO TRINCHEIRO: *Logica della scoperta scientifica*. Torino, Einaudi, 1970.
- REICHENBACH, HANS [1938], *Experience and Prediction*. Chicago, The University of Chicago Press.
- REYNOLDS, NOEL B. [1971], *A Formal Model for Judicial Discretion*. In: HUBER, HUBERT (ed.), *Le raisonnement juridique*. Bruxelles, Bruylant, pp. 355-361.
- SCARPELLI, UBERTO [1970], *Le argomentazioni dei giudici: prospettive di analisi*. In: « Il Foro Italiano », 95 (1970), supplemento al n. 1, col. 59-82. Ried.

- in: SCARPELLI, UBERTO, *L'Etica senza verità*. Bologna, il Mulino, 1982, pp. 251-285.
- TARUFFO, MICHELE [1975] *La motivazione della sentenza civile*. Padova, Cedam.
- TARUFFO, MICHELE [1992], *La prova dei fatti giuridici*. Milano, Giuffrè.
- TARUFFO, MICHELE [1993], *Ragione e processo: ipotesi su una correlazione*. In: « *Ragion pratica* », 1 (1993), pp. 49-60.
- UBERTUS GIULIO [1979], *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*. Milano, Giuffrè.
- WASSERSTROM, RICHARD A. [1961], *The Judicial Decisions: Toward a Theory of Legal Justification*. Stanford, Stanford University Press.
- WROBLEWSKI, JERZY [1973], *Facts and Law*. In: « *ARSP* », 59 (1973), pp. 161-178.
- WROBLEWSKI, JERZY [1975], *The Problem of the So-Called Judicial Truth*. In: « *Tidskrift Utgiven av Juridiska Föreningen i Finland* », 1 (1975), pp. 19-33. Ried. in: WROBLEWSKI, JERZY, *Meaning and Truth in Judicial Decision*. Helsinki, A-Tieto Oy, 1983, pp. 180-198.
- WROBLEWSKI, JERZY [1982], *Logic and Judicial Activity*. In: *Rapports polonais présentés à l'onzième Congrès international de droit comparé*. Warsaw, pp. 23-35.
- WROBLEWSKI, JERZY [1986], *Logique juridique et théorie de l'argumentation de Ch. Perelman*. In G. HARSCHER, L. INGBER (eds.), *Justice et Argumentation*. Bruxelles, Editions de l'université de Bruxelles, pp. 175-196.
- WROBLEWSKI, JERZY [1992], *The judicial Application of Law*. Edited by Zenon Bankowski and Neil MacCormick. Dordrecht, D. Reidel.