

## IL LADRO SCHULZE

### Dalla verità alla *non-verità* nel processo

di Antonio Incampo

1. Sentenze non vere.
2. Tre modelli di verità.
3. Modello analitico.
4. Modello retorico.
5. Modello *fuzzy*.
6. Una critica.
7. Sentenze valide.
8. La differenza.
9. Passaggi logici.
10. Passaggi metafisici.
11. *Secundum legem*.
12. *Praeter legem*.

#### 1. Sentenze non vere.

La questione risale alla teoria kelseniana del carattere dinamico dell'ordinamento giuridico. Le norme giuridiche traggono validità dalla loro *forma*, piuttosto che dal loro *contenuto*. Ciò significa che una norma giuridica è tale se vi è alla base un atto qualificato di produzione, e quindi un'autorità e delle procedure determinate per la posizione di essa. Potrebbe non essere sempre così, ma il fenomeno giuridico ha sicuramente questo carattere, almeno a vedere le cose in generale.

Cercherò di discutere questo modello attraverso il diritto creato dai giudici. I giudici creano diritto mediante le sentenze. Forse l'ordinamento è, soprattutto, il *Richterrecht*, il diritto creato dai giudici.

Scriva Hans Kelsen:

????????

È senza dubbio possibile che la norma generale “Tutti i ladri devono essere puniti, cioè messi in prigione” – in quanto prodotta per via legislativa – sia valida, e che l'asserzione “Schulze è un ladro” sia vera, e che sia fatta dal tribunale competente, ma che tuttavia la

norma individuale “Schulze deve essere messo in prigione” non valga, perché il tribunale competente [...] non ha posto questa norma individuale<sup>1</sup>.

La norma individuale “Il ladro Schulze deve essere punito, cioè messo in prigione” può valere come norma positiva solo se è stata posta da un giudice competente. Non è condizione sufficiente l’esistenza accertata della norma generale “Tutti i ladri devono essere puniti, cioè messi in prigione”. Occorre che un tribunale pronunci effettivamente la sentenza “Il ladro Schulze deve essere punito”. Può anche darsi che il tribunale pronunci una sentenza completamente diversa: “Il ladro Schulze è assolto”. Sarebbe una sentenza comunque valida, se non subisse una procedura d’appello in grado di annullarla. È una sentenza valida perché posta da un’autorità competente.

La validità della norma inferiore non è, dunque, direttamente derivabile dalla validità della norma superiore. “Non si deve confondere la validità dell’inferenza [nel sillogismo pratico] con l’inferenza della validità”<sup>2</sup>. Non è sufficiente l’accertamento di certe premesse, perché si giunga ad una conclusione. Secondo Kelsen, ciò che conta per la validità di una norma è la corrispondenza di quest’ultima alla forma stabilita dall’ordinamento in cui essa è norma; non conta quel che la norma dice. In tal senso, le decisioni giudiziali avrebbero una natura *costitutiva*, e non semplicemente *dichiarativa*. Esse non dipenderebbero semplicemente da inferenze di verità. È cosa molto diversa stabilire la somma “5+7=12”. Qui non v’è evidentemente bisogno del giudice.

Questo fatto pone nuove domande sulla logica del processo.

## **2. Tre modelli di verità.**

Analizzando il processo, sotto l’aspetto del sillogismo giudiziale, emergono almeno tre modelli di verità.

### **2.1. Modello analitico.**

Secondo il primo modello, la ragione giuridica connessa all’attività del giudice è deduttiva in senso stretto. È il modello del sillogismo analitico o formale. La sentenza pronunciata dal giudice esprime un giudizio vero a partire da premesse vere. È il modello sostenuto, tra gli altri, dalla famosa “scuola dell’esegesi” (la francese “*Ecole de l’exégèse*”) che ha pervaso tutto il XIX secolo, fondando l’idea della certezza del diritto sul decisivo traguardo del *Code Napoléon* (il codice voluto da Napoleone Bonaparte, e promulgato nel 1804 sotto il titolo di *Code civil des Français*). Il codice napoleonico

---

<sup>1</sup> Hans Kelsen, *Diritto e logica*, traduzione italiana di Riccardo Guastini, 1990, p. 83.

<sup>2</sup> Michel Troper, *Cos’è la filosofia del diritto*, traduzione di Riccardo Guastini, 2003, p. 100.

rappresenta un'opera singolare di codificazione del diritto, e risulta spinto in avanti specie dal "bisogno di calcolabilità del diritto borghese". Le analisi di Max Weber chiariscono bene questo risvolto giuridico e sociale.

L'attività del giudice consiste nel trarre diritto dal diritto che si ha, attraverso operazioni rigorosamente logiche. Se solo si traesse di più o di meno, l'attività di giurisdizione muterebbe se stessa in quella di legislazione.

Considerata sotto questo aspetto, la ragione è la stessa che Aristotele chiama "analitica" o "formale". Il giurista giudice non farebbe altro che rendere esplicito il significato di norme già poste. Quando Aristotele afferma nel sillogismo analitico, dopo le due premesse "Tutti gli uomini sono mortali" e "Socrate è mortale", la conclusione "Socrate è mortale", in realtà non sta aggiungendo una proposizione vera ad altre, ma si limita a mostrare il contenuto di verità delle premesse. Infatti, chi dice "Tutti gli uomini sono mortali" già sostiene la proposizione "Socrate è mortale". Socrate appartiene all'insieme denotato dal quantificatore "Tutti". Pensando "Tutti gli uomini", si pensa implicitamente anche a Socrate.

Il *Richterrecht* ha la forma della ragione deduttiva o analitica. Si dice: (i) v'è un dato oggettivo, la legge; (ii) v'è un evento storico oggettivo, il fatto; (iii) v'è, infine, il sillogismo che deduttivamente stabilisce il nesso interno tra la norma e il fatto, e trae una sola conseguenza.

Due premesse e una conclusione. Nella *premessa maggiore* (o premessa giuridica) si trovano le proposizioni normative cui sono riconducibili i fatti oggetto della controversia. Nella *premessa minore* (o premessa fattuale) hanno spazio le proposizioni che esprimono i fatti oggetto della controversia. La *conclusione* è la norma individuale corrispondente alla sentenza del giudice.

La forma è la seguente: "In qualsiasi caso, se  $p$ , allora  $q$ ; nel caso in questione  $p$ , allora  $q$ ". Non è possibile il contrario: "In qualsiasi caso, se  $p$ , allora  $q$ ; in questo caso  $p$ , ma non  $q$ ". Affermare quest'ultima soluzione significherebbe cadere per forza in contraddizione<sup>3</sup>.

Il valore in sé di questa forma d'inferenza è che non esiste un solo caso in cui le premesse siano vere, e la conclusione sia falsa. Se il condizionale è vero, ed è vero anche l'antecedente, il conseguente *deve* (nel senso del tedesco "*Müssen*") essere vero. I logici della scuola stoica, che vennero dopo Aristotele, diedero il nome di "*modus ponens*" a tale forma d'inferenza.

---

<sup>3</sup> Cfr. Neil MacCormick, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, 2001, in particolare pp. 35-41.

Dalla forma del “*modus ponens*” è facile passare a quella del “*modus tollens*”. È l’altra regola d’inferenza della logica proposizionale risalente agli Stoici. La regola esprime “il modo che toglie la verità di una proposizione, togliendo quella di un’altra”. “In qualsiasi caso se  $p$ , allora  $q$ ; nel caso in questione non- $q$ , allora non- $p$ ”. Cito un ragionamento che potrebbe essere di Sherlock Holmes, il personaggio *detective* di Sir Arthur Conan Doyle. Il metodo di indagine di Holmes è complesso e semplice al tempo stesso. Il ragionamento sarebbe di questo tipo: “V’era un cane nelle stalle che abbaia sempre (senza una sola eccezione) se arrivava un visitatore estraneo. Il cane non ha abbaiato, quando è stato rubato un cavallo, pertanto chi è venuto per perpetrare il furto del cavallo era un conoscente”.

Anche usando il “*modus tollens*” si ha lo stesso risultato rigoroso. Dalla verità della proposizione condizionale (“Il cane abbaia sempre, se arriva un visitatore estraneo”), e di quella che asserisce l’antecedente del fatto criminoso (“Il cane non ha abbaiato, quando è stato portato via il cavallo”), deriva sicuramente la verità della conclusione (“Chi è entrato nelle stalle per rubare il cavallo non era un estraneo, ma un conoscente”).

## **2.2. Modello retorico.**

Il secondo modello è quello del sillogismo dialettico o retorico, in senso ancora aristotelico. Non è più la logica delle proposizioni sicuramente vere, ma la logica delle proposizioni *possibilmente* vere. Il sacerdote che predica di fronte ai fedeli della sua Chiesa presuppone l’adesione di tutti i credenti ai testi sacri ed ai dogmi ricevuti. Le proposizioni sono vere, con riferimento ad un pubblico che crede ed è persuaso della verità di esse. La stessa predica presentata ad una riunione di filosofi scettici, o fatta ai seguaci di una religione diversa rischierebbe di apparire ridicola. Anche gli argomenti teoreticamente ben impostati di San Tommaso nella *Summa Theologiae* non sono capaci di convincere tutti. I filosofi continuano a discutere da secoli. La stessa cosa non succede, ad esempio, con il teorema di Pitagora che stabilisce la relazione fondamentale tra i lati di un triangolo rettangolo nello spazio euclideo.

È il modello della “nuova retorica”, il modello che si è sviluppato grazie specialmente agli studi della scuola belga di Chaïm Perelman; è la logica del linguaggio giuridico come teoria dell’argomentazione *stricto sensu*, o teoria della controversia e della persuasione.

L’argomentazione retorica nel processo giuridico non vive come un sistema formale fatto di regole astratte rispetto ad un dato contesto storico e sociale. Un sistema formale fa astrazione da qualsiasi contesto, e si comporta ad esempio come un gioco. Le regole di un gioco non mutano in forza di una particolare credenza, o di una certa disposizione dei giocatori ad essere persuasi dal significato delle stesse regole. Prendiamo il gioco degli scacchi. Non confonderemo

certo il re con la regina; così sappiamo ben distinguere il numero pari dal dispari in sequenze aritmetiche. E i giocatori di scacchi sanno bene quando si ha “scacco matto”. Soltanto certe mosse possono mettere il re sotto scacco.

L'argomentazione giuridica non conosce simili risultati, e si comporta diversamente da un sistema formale. Partendo da uno stesso punto è possibile arrivare a soluzioni differenti. Le stesse mosse non hanno lo stesso significato.

Secondo Perelman, è un fatto: il processo giuridico giunge a formulare delle conclusioni che non sono il risultato univoco di una dimostrazione.

Il modello della “nuova retorica” spiegherebbe, tra l'altro, ciò che accade, quando un giudice collegiale prende una decisione a maggioranza. Nel caso, ad esempio, del diritto scozzese o inglese le corti d'appello sono costituite pressoché invariabilmente da tre o più giudici, ognuno dei quali esprime discorsivamente la propria opinione sulle questioni sollevate intorno al caso. In tal modo, le sentenze si basano su una decisione presa a maggioranza semplice dei giudici, i quali possono addurre argomenti anche opposti tra loro.

### **2.3. Modello *fuzzy*.**

Il terzo modello è rappresentato dall'apparato categoriale della logica *fuzzy*. La *fuzzy logic* non è né la logica delle proposizioni *sicuramente* vere, né la logica delle proposizioni solo *possibilmente* vere. Essa è la logica di proposizioni il cui significato di verità è giudicato *per approssimazione*, ossia per gradi e secondo la scala di valori di verità *fuzzy* adottata in un determinato calcolo. Sono le proposizioni non vere o false, né probabilmente vere o probabilmente false, ma le proposizioni “più o meno vere”, o “abbastanza vere”, o “non del tutto vere” e “non del tutto false”<sup>4</sup>.

Chi sostiene la logica *fuzzy* cerca di rendere conto di forme di ragionamento approssimate nel processo di decisione giudiziale. Anzi, la decisione giudiziale è solo una conseguenza della *fuzziness* (indeterminatezza e/o vaghezza e/o genericità) che caratterizza le diverse forme di linguaggio giuridico. Ecco alcuni esempi.

V'è il caso della motivazione “insufficiente”. L'insufficienza non è la mancanza di motivazione di una sentenza. Gli effetti, d'altronde, sono pure diversi. La *manifesta illogicità* della motivazione causa l'invalidità della sentenza; la motivazione *insufficiente* rende la

---

<sup>4</sup> Riprendo alcune caratterizzazioni della logica *fuzzy* formulate da Lotfi Asker Zadeh (*Fuzzy Logic and Approximate Reasoning*, 1975) autore forse del primo calcolo di logica *fuzzy*.

È di Tecla Mazzaresse una delle opere meglio documentate sulla rilevanza dell'apparato categoriale della logica *fuzzy* nella teoria dei modelli esplicativi delle decisioni giudiziali. Cfr. Tecla Mazzaresse, *Forme di razionalità delle decisioni giudiziali*, 1996.

sentenza emendabile. La motivazione insufficiente è un esempio di logica *fuzzy*, poiché formula in maniera approssimata (non del tutto vero) il giudizio su cui si fonda la sentenza. La *fuzziness* può avere l'effetto di far sopravvivere le sentenze che hanno deciso bene, ma hanno motivato male. La “giustezza” della decisione salva la motivazione; l'infondatezza di essa l'affossa.

La logica *fuzzy* sembra toccare direttamente il sillogismo giudiziale per un particolare carattere tecnico delle norme incriminatrici. Nel sillogismo giudiziale si ipotizza di regola, come premessa maggiore, un enunciato normativo del seguente tenore: “Se Tizio compie un furto, è punito con la reclusione”. In realtà, nei nostri sistemi giuridici è raro che vi sia una norma incriminatrice a pena fissa. La pena spazia tendenzialmente da un minimo ad un massimo, e in tale spazio di indeterminatezza o di approssimazione (in tale *fuzziness*) si inserisce la discrezionalità del giudice nella scelta della conseguenza giuridica. Il sillogismo “perfetto” del nostro primo modello si complica. La premessa maggiore non è più, semplicemente, “Se *p*, allora *q*”, ma: “Se *p* (fattispecie penale), allora *q*<sub>1</sub>, o *q*<sub>2</sub>, oppure *q*<sub>3</sub> (le diverse possibili conseguenze giuridiche)”. E si potrebbe parlare, su queste stesse basi, di una verità *fuzzy* anche a proposito del giudizio di equità.

L'ultima osservazione è *de iure condendo*. La *fuzziness* può essere vista come una dimensione indispensabile per la redazione di norme capaci di risolvere delle questioni giuridiche aperte. È noto che, nonostante siano prese delle misure speciali per proteggere i minori accusati di reati, molti diritti previsti per i maggiorenni nelle stesse circostanze di reato non siano estesi automaticamente ai minorenni. Sarebbe il caso che le leggi stabilissero un diverso *status* per i maggiorenni e i minorenni, al fine di prevedere una serie variegata di “situazioni limite” per determinare uno speciale trattamento in giudizio dell'imputato. In questo modo, il diritto adotterebbe delle distinzioni non nette, e perciò *fuzzy*<sup>5</sup>.

### 3. Una critica.

A ben vedere, tutti e tre i modelli che ho appena esposto spiegano solamente che il diritto prodotto dai giudici ha una logica, ma non chiariscono affatto quale essa sia. Non sono chiari neppure i presupposti di questa logica. Si dà per scontato, e non lo è realmente, che il discorso giuridico sia fondato sui predicati di verità o falsità. Si parla di premesse e di conclusioni o *sicuramente* vere (oppure sicuramente false), o *possibilmente* vere (oppure possibilmente false), o *non del tutto* vere (né del tutto false). Stanno le cose davvero così? Sono predicabili le norme di *vero* o *falso*? E il discorso dei giudici non contiene norme [*Soll-Norm*]? Certo è una norma la sentenza del giudice. Nel sillogismo formulato da Kelsen sarebbe norma (una norma individuale) la conclusione: “Il ladro

---

<sup>5</sup> Cfr. James D. McCawley, *Everything that Linguists Have Always Wanted to Know about Logic but Were Ashamed to Ask*, 1981, p. XII.

Schulze deve essere punito”. Forse non è una norma, ma solo un enunciato *su* una norma [*Soll-Satz*], la premessa maggiore dello stesso sillogismo: “Tutti i ladri devono essere puniti”.

Le domande cadono, allora, inevitabilmente sull’inizio di una logica del discorso giuridico. L’inizio è molto generale. Delle norme noi affermiamo che sono *valide* o *invalidi*, e non *vere* o *false*. La *verità* lascia il posto alla *validità*. Qual è la logica della validità? È questa la domanda che si fa chi vuole affrontare il tema della logica di un discorso fatto di norme.

In realtà, non v’è scienza del dovere giuridico, senza una logica della *validità* giuridica del dovere stesso; allo stesso modo, non vi sarebbe scienza dei “*principia mathematica*”, senza anche una logica della *verità* delle proposizioni matematiche.

#### **4. Sentenze valide.**

Da proposizioni vere è possibile dedurre proposizioni altrettanto vere (e lo stesso vale per proposizioni o *sicuramente* vere, o *possibilmente* vere, o *non del tutto* vere). Il problema è se si possa dedurre, allo stesso modo, da proposizioni vere (oppure false) proposizioni imprevedibili sia di verità, sia di falsità. Le norme sono proposizioni imprevedibili sia di verità, sia di falsità. La logica del sillogismo classico sembra incapace di provvedere alla logica della decisione giuridica. Poniamo che la premessa sia non una norma, ma un enunciato su una norma: l’enunciato che afferma l’esistenza della norma “Tutti i ladri devono essere puniti”. Se la premessa è questa, essa è un enunciato di cui si può predicare la verità o falsità: l’enunciato è vero, se v’è la norma di cui si predica la validità; l’enunciato è falso, se viceversa non v’è realmente la norma di cui si predica la validità.

La domanda è se sia possibile derivare una norma (la norma di cui si parla è, ripeto, la sentenza: “Il ladro Schulze deve essere punito”) da una premessa del genere, ovvero se si possa derivare un enunciato imprevedibile di verità o falsità da un enunciato predicabile, invece, di verità o falsità (l’enunciato normativo posto a premessa maggiore del sillogismo). La questione, in altri termini, è se si possa dedurre la validità di norme.

#### **5. La differenza.**

V’è differenza tra verità e validità? Credo proprio di sì.

La differenza è innanzitutto di significato [*Bedeutung*]. Per *verità* di una proposizione qui si intende la corrispondenza tra essa e lo stato di cose che descrive. È il concetto classico di verità come “corrispondenza”. La proposizione “Gli studenti dormono alle lezioni di Filosofia” è vera se v’è il fatto corrispondente, falsa in caso contrario.

La validità di una norma è, invece, l'esistenza di una norma in un ordinamento. Si tratta, come si vede, non della corrispondenza di qualche cosa a qualche cos'altro, ma semplicemente dell'esistenza di qualche cosa. Una norma *valida* è una norma che esiste in un ordinamento; una norma *invalida* è una norma che non esiste in un ordinamento.

Gli effetti, sul piano logico, sono pure diversi. Penso al senso [*Sinn*] o all'operatività dei predicati logici di validità o invalidità. Una norma invalida non è una norma affatto, mentre una proposizione falsa continua ad essere una proposizione. Dire "norma" significa sempre dire una norma che esiste in un ordinamento. Una norma invalida (una norma cioè che non esiste in un ordinamento) non è semplicemente norma. Una norma o esiste, oppure no.

La stessa cosa non succede con la verità e la falsità di una proposizione. Se la falsità di una proposizione sta nella non corrispondenza di una proposizione allo stato di cose che essa descrive, anche la falsità di una proposizione suppone sempre che una proposizione vi sia (sebbene non vi sia la corrispondenza di essa ad un determinato stato di cose). Benché la proposizione "La chimera restò immortale" sia falsa, poiché non corrisponde al fatto che essa descrive (la chimera fu uccisa da Bellerofonte), si tratta lo stesso di una proposizione.

## **6. Passaggi logici.**

Il passaggio dal vero al valido non sottrae la ragione giuridica al significato di scienza. Né serve ad affermare che nello spazio della validità giuridica non sia riconoscibile alcuna logica. La logica della validità è anch'essa feconda. Si tratta, questa volta, di considerare meglio che cosa implichi il concetto di validità. Se "validità" è l'esistenza specifica ("*spezifische Existenz*", per usare la nota definizione di Kelsen) di un atto o di una norma giuridica (mi fermo a questi due oggetti essenziali del processo giuridico), non si può non ripetere la domanda su che cosa sia un atto o una norma giuridica. L'esistenza di qualche cosa non è mai spregiudicata, contiene principî. Ebbene, la logica della validità è scienza di questi principî; essa si chiede, in particolare, che cosa stia alla base dell'esistenza di atti giuridici o di norme giuridiche. La logica, per questo motivo, è anche ontologia del diritto. Fa domande sull'essere. L'oggetto più specifico sarà, per noi, quell'atto e quella norma che danno vita alla sentenza del giudice.

Con un'idea ben ferma.

Pensare il diritto attraverso la validità giuridica non significa pensare alla determinazione di semplici fatti senza precise relazioni logiche o ontologiche. Al contrario. Si scoprono principî generali di un diritto che non può essere negato, e che va ben al di là della pura decisione del giurista (sia egli il legislatore, o il giudice che applica le leggi). Si direbbe, dunque, un diritto che è al di sopra della legge, e che



forma un limite logico ed ontologico alla decisione politica del giurista, un “diritto sovraleale” [*übergesetzliches Recht*]<sup>6</sup>. La ragione giuridica, proprio quando l’irrazionalismo si affaccia prepotentemente alla nostra coscienza, riprende i fili di una metafisica in senso kantiano dei costumi [*Metaphysik der Sitten*], ossia di una dottrina *a priori* del diritto.

L’argomento è fortemente giuridico e non solo filosofico. Il richiamo ad un ordinamento oggettivo di valori, anche *übergesetzlich*, è fatto spesso, tra gli altri, dalla Corte Costituzionale [*Bundesverfassungsgericht*] e dalla Suprema Corte Federale [*Bundesgerichtshof*] tedesca. Non si deve dimenticare che l’art. 20, comma 3, della Costituzione federale tedesca dispone:

???????

Il diritto [...] non coincide con la totalità delle leggi scritte.

## 7. Passaggi metafisici.

Esistono condizioni *a priori* di validità della sentenza? Provo immediatamente un sentimento giuridico fondamentale, un *Rechtsgefühl* sostanziale.

Non riesco neppure ad immaginare che la decisione giuridica sia presa in base alla pura fantasia o al capriccio momentaneo di qualcuno. Né posso pensare che la giustizia sia equivalente a “picchiare un pugno sul tavolo”. Non vedo come si possa ammettere che il giudice alla fine della sua sentenza aggiunga: “E ciò è, sotto ogni aspetto (s’intende sia formale, sia sostanziale), privo di qualsiasi motivazione, e, dunque, ingiusto”.

L’argomento non è solo emozionale, ma anche metafisico.

La sentenza del giudice ha bisogno di motivazione. La motivazione è regola giuridica fondamentale della sentenza.

### 7.1. *Secundum legem.*

La legge riconosce la motivazione come funzione essenziale della sentenza. Il riconoscimento è o esplicito, o implicito.

**7.1.1.** È esplicito il riconoscimento nell’ordinamento italiano. Secondo l’art. 111, comma 1, della *Costituzione* italiana, la giurisdizione non può aver luogo senza motivazione. È un principio fondamentale dell’ordinamento giuridico. La motivazione è il mezzo che consente il controllo sulla osservanza della legge da parte dei giudici, ed assicura l’indipendenza del potere giudiziario dagli altri poteri. Per questo l’obbligo di motivazione (art. 111, comma 1, della

---

<sup>6</sup> L’espressione (se non direttamente il concetto) ‘*übergesetzliches Recht*’ è tratta da un notissimo articolo di Gustav Radbruch apparso nel 1946 sulla rivista “*Süddeutsche Juristen-Zeitung*”: *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*.

*Costituzione*) si collega alla possibilità di ricorso in Cassazione (art. 111, comma 2, sempre della *Costituzione*). Nelle deliberazioni collegiali l'obbligo di motivazione è assicurato dall'espressione delle motivazioni di tutti i giudici che vi concorrono. L'art. 527, comma 2, del *Codice di procedura penale*, riguardo alla "deliberazione collegiale", dispone: "Tutti i giudici enunciano le ragioni delle loro opinioni".

D'altronde, anche per un semplice atto negoziale che racchiude solo interessi soggettivi o particolari, l'art. 1367 del *Codice civile* stabilisce che si è tenuti ad interpretare le clausole di un contratto in modo che esse abbiano un senso, piuttosto che no. Fermo restando che l'argomentazione davanti alle Corti è ben diversa da quella delle trattative contrattuali.

Per non parlare, infine, di un generale obbligo di motivazione per tutti gli atti amministrativi<sup>7</sup>.

**7.1.2.** Vi sono, però, anche sistemi processuali che non prevedono la forma giuridica della motivazione. Sono i sistemi basati sulla giuria (si pensi al sistema giudiziario anglo-americano). La giuria è un giudice che non ha cognizioni tecniche, che è scelto dalle parti processuali e che emette verdetti "immotivati".

È chiara l'influenza dell'empirismo lockiano. La prova si deve formare sotto gli occhi della giuria, poiché comprende percezioni che non sono necessariamente veicolabili attraverso il linguaggio verbale. Anche il semplice contegno delle parti è, ad esempio, un elemento vivo di verità da prendere in considerazione. Ne consegue l'abbandono del valore della prova legale, e l'affermazione di un principio del libero convincimento del giudice che porti ad esiti principalmente intuizionistici. La "*intime conviction*" della giuria si forma per effetto di considerazioni immediate, valutazioni insuscettibili di distese elaborazioni analitiche o razionali. La motivazione richiede argomenti, l'intuizione no.

Ciò, tuttavia, non toglie a tale sistema il nesso giuridico con la correttezza della decisione [*rectitude of decision*]. Alcune circostanze lo dimostrano. Si pensi al diritto scozzese o quello inglese che prevedono lo stesso che i giudici delle corti d'appello esponano discorsivamente la propria opinione sulle questioni sollevate intorno al caso esaminato. Inoltre, se non v'è l'obbligo della motivazione, v'è sicuramente l'obbligo della pubblicità. Ora, la funzione della pubblicità è di consentire il controllo delle sentenze da parte della collettività. La pubblicità [*Öffentlichkeit*] è sempre l'anima della giustificazione.

Le parti sollevano costantemente pretese di correttezza, anche se perseguono soggettivamente solo i loro interessi. Davanti soprattutto

---

<sup>7</sup> Si veda l'art. 3 della legge n. 241 del 1990.

alle Corti supreme gli argomenti sono tratti dalle discussioni dottrinali.

## **7.2. *Praeter legem.***

La motivazione è regola trascendentale di validità della sentenza. Anche se norma non vi fosse, vi sarebbe comunque la regola che le sentenze devono essere motivate.

**7.2.1.** La motivazione è una condizione *a priori* di validità della sentenza come atto giuridico. Non si potrebbe neppure ammettere, né sarebbe pensabile una sentenza che dichiarasse alla fine: “E ciò è, sotto ogni aspetto (s’intende sia formale, sia sostanziale), privo di qualsiasi motivazione, e, dunque, ingiusto”.

**7.2.1.1.** Si tratterebbe, con tutta evidenza, di un paradosso, e di un paradosso pragmatico. Vi sarebbe di mezzo l’impossibilità di un fare. La paradossalità, infatti, sarebbe inerente a ciò che parlando si fa, e, dunque, appunto ad un *fare*, non semplicemente ad un *dire*. In particolare, una sentenza del genere sarebbe una sentenza non che *fa* se stessa, semmai che *disfa* se stessa. Sarebbe un fare che non si fa.

Se mediante le enunciazioni performative il soggetto *fa* (è il fare di “*to do*” per Austin) ciò che dice, in forza proprio di questo dire, nel caso di una sentenza *dichiaratamente* ingiusta il giudice finisce per *disfare* (sarebbe, semmai, “*to undo*”) ciò che sta dicendo. Si tratta non di performatività, semmai di “*controperformatività*”. Una sentenza del genere vanifica, infatti, la sua stessa legittimità *de iure*. Essa invalida se stessa. La conseguenza è inevitabile.

È una conseguenza dettata da ciò che dice la legge sulla procedura (*secundum legem*): la giurisdizione, secondo il nostro ordinamento, non può aver luogo senza motivazione. Ma è, innanzitutto, la conseguenza derivabile dall’idea stessa di giuridicità: il diritto *praeter legem* che, in questo caso, è a fondamento della sentenza nel processo. La motivazione, come si è visto, è una regola trascendentale di validità della sentenza. Questa regola vale anche indipendentemente dall’ordinamento vigente<sup>8</sup>.

**7.2.1.2.** Il paradosso è un paradosso *praxeologico*. Perché mai si va davanti al giudice? Qual è l’idea che abbiamo di “sentenza”?

Se si va davanti al giudice è per avere certo giustizia, e non ingiustizia. È dall’idea stessa di giudizio nel processo che deriva la necessità di una giustificazione. Il processo ha la funzione di giustificare la conseguenza giuridica dell’illecito, e reintegrare effettivamente il diritto che è stato violato. Per questo una sentenza che dichiarasse espressamente di sé la negazione di ogni giustificazione, e perciò la propria ingiustizia radicale, si sottrarrebbe

---

<sup>8</sup> I due neologismi ‘controperformativo’ e ‘controperformatività’ sono, per la prima volta, nel saggio di Maria-Elisabeth Conte, *Coerenza testuale* (1980).

ad una condizione necessaria di validità. Sarebbe un atto auto-*contraffattorio* [*selbst-widrig*].

Di paradossi del genere si possono fare molti esempi. Un documento si trova già in Aristotele. In un passo di *De sophisticis elenchis* (180a34-180b1) Aristotele fa l'ipotesi di qualcuno che giuri di spergiurare. Questi giurerebbe di rompere il giuramento che si sta facendo: "Giuro di non mantenere il presente giuramento". Non si sa qual è il senso di questo atto.

Il paradosso dello spergiuro ha la stessa paradossalità di quello del mentitore. L'enunciato "Il presente enunciato descrittivo è falso" è indecidibile: non può essere vero, altrimenti sarebbe vero ciò che afferma, ossia che è falso; né può essere falso, poiché sarebbe falso ciò che dice, e quindi vero. Com'è noto si è potuto accostare a questo paradosso, con i teoremi di incompletezza di Kurt Gödel, il limite interno dei sistemi assiomatici di dedurre tutte le formule o proposizioni che vi appartengono.

**7.2.2.** Il dovere di motivazione è connesso alla natura stessa degli atti linguistici impegnati nella comunicazione (tra essi evidentemente v'è anche la sentenza del giudice). Vi sono condizioni che non dipendono dai desideri dei parlanti, bensì dalle regole che stanno alla base degli atti linguistici. Una di queste regole impone che il parlante giustifichi ciò che <sup>9</sup>afferma, a meno che egli non possa addurre ragioni che giustifichino il rifiuto di una giustificazione. Chi afferma che "*p* implica *q*", posto che vi sia un interlocutore che sostenga "non-*q*", deve o accettare "non-*q*", o confutare "non-*q*", oppure rinunciare completamente all'affermazione "*p* implica *q*". Si tratta di una regola generale di motivazione<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> Secondo Robert Alexy è questa una regola fondamentale del "discorso pratico generale". Scrive Alexy: "I discorsi pratici mirano a giustificare l'affermazione di proposizioni normative. Discutendo tali affermazioni vengono prodotte altre affermazioni, e così via. Le affermazioni sono necessarie anche per confutare qualcosa, per rispondere a domande e per motivare proposte. Non è possibile un discorso pratico senza affermazioni.

Chi afferma qualcosa non vuole soltanto esprimere ciò in cui crede, ma oltracciò pretende anche che quanto dice sia giustificabile, sia cioè vero e giusto. Questo vale in ugual misura per proposizioni normative e non" (Robert Alexy, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, traduzione italiana di Massimo La Torre, 1998, p. 152).