

Claudio Luzzati

Alla luce del dubbio. La razionalità giuridica tra scetticismo e artificio*

E con il giorno risorgono le ombre,
le mute testimoni della luce
(A.G. Conte, *Kenningar*, p. 58.)

Ostendimus enim Scripturam non res philosophicas,
sed solam pietatem docere
(Spinoza, *Tractatus Theologico-Politicus*, cap. XV)

1. *Pensieri spettinati*

Siamo onesti, il dubbio sistematico è anzitutto una condizione psichiatrica. Chi vi si trova è paralizzato dall'incertezza, mille scrupoli lo attanagliano, vuole e disvuole. Tutto nasce da un tentativo di controllare l'incontrollabile. In effetti, il comportamento del nevrotico ossessivo, nella sua sterilità, ci mostra che viviamo nel rischio e che, per quanto ci si sforziamo di capire il mondo, siamo condannati ad agire sempre sulla base di informazioni incomplete, se non di luoghi comuni, di pregiudizi e di opinioni *in una qualche misura* ingiustificate, o, addirittura, viziate e svianti. Disponendo di un tempo ridotto e di risorse limitate, è inevitabile che si imbrocchino delle scorciatoie, utilizzando drastiche strategie semplificatorie, le c.d. *euristiche*. L'errore, più che essere probabile, nella maggioranza dei casi è sicuro. Fa parte del gioco. I *biases* cognitivi non rappresentano una remota patologia, bensì rientrano nel funzionamento "normale" della mente umana¹. Inoltre, come studioso del linguaggio vago, so perfettamente che esiste una sorta di "economia" dell'indeterminatezza. Necessitiamo di una quantità di vaghezza, o di precisione, che varia di caso in caso. Dire che durante le feste natalizie la città "si è svuotata" è un'esagerazione palese; tale formula aperta ha però il vantaggio di evitare lunghi e costosi

* Finito di scrivere lunedì 27 gennaio 2020 – Giorno della Memoria. Ringrazio Francesco Ferraro per aver letto una versione precedente di questo lavoro.

¹ D. Kahneman, *Thinking Fast and Slow*, New York, Farrar, Strauss and Giroux, 2011; tr. it. *Pensieri lenti e veloci*, Milano, Mondadori, 2017.

conteggi. D'altro canto, dire che si raggiunge la piena maturità "a diciotto anni esatti", non un attimo prima, è un modo arbitrario e convenzionale di fissare la maggiore età; tuttavia un tale sovrappiù di precisione permette di non impelagarsi in discussioni sofisticate e defatiganti sulle capacità mentali dei soggetti agenti. Del resto, ogni misurazione è approssimata, ammette, come si suole ripetere, "un margine d'errore". Quale sia l'ampiezza auspicabile della zona di penombra, da ridurre mediante definizioni o da lasciare indefinita, è materia di scelta guidata da ragioni d'opportunità e da valutazioni tecnico-finalistiche². Per le ragioni accennate sopra – sebbene il dubbio in alcuni contesti sia considerato una "virtù"³ – ritengo che un elogio indiscriminato del dubbio in ogni sua forma sia fuori luogo. Così come, all'opposto, sarebbe fuori luogo decantare le lodi incondizionate della risolutezza o di una fede che proclamasse ciecamente ai quattro venti il suo *credo quia absurdum*.

Noi filosofi siamo spesso considerati seminatori di dubbi. Forse perché facciamo un accorto uso delle nostre nevrosi e pretendiamo di spiegare agli altri che non sempre chi non sa, sa di non sapere; o forse perché, invece di cambiare il mondo, ci limitiamo a interpretarlo. I non filosofi talvolta la buttanano sul ridere, come accadeva fin dai tempi di Aristofane. Altre volte, però, s'adontano e fanno pagare ai liberi pensatori il fio della loro "empietà".

Ma che cosa fanno i filosofi di tanto ridicolo o di così poco commendevole? Non scoprono nulla. Semmai *inventano*. Sì, inventano, poiché il mestiere dei filosofi è quello di rimescolare le categorie esistenti, di decostruire e ricomporre i quadri mentali, gli *éndoxa* e gli stereotipi a cui s'affida la tradizione. Tipicamente, essi immaginano nuove possibilità. Il loro sguardo è distaccato, i loro discorsi sono in realtà *meta*-discorsi – cioè discorsi *su* altri discorsi –, che, oltretutto, arrivano a cose fatte, per mettere ordine. E questo prendere di contropelo le idee correnti, questo "spettinare i pensieri"⁴, mostrandone la problematicità, risulta estremamente irritante ai più.

D'altronde, i filosofi segnalano che vi sono questioni su cui, per quanto si discuta, non si giunge mai ad una soluzione, perché questa non dipende solo dai ragionamenti e dalle prove empiriche, ma anche dagli *impegni* assunti, in modo tacito o esplicito, dai partecipanti ad una data pratica sociale. In tal senso, le analisi giusfilosofiche, mostrando gli aspetti di scelta, le responsabilità degli attori e i relativi vincoli, offrono mezzi per conferire una consapevolezza critica più intensa al lavoro di costruzione delle fattispecie e dei concetti-chia-

² Cfr. M. Dascal, J. Wróblewski, *Transparency and Doubt: Understanding and Interpretation in Pragmatics and in Law*, «Law and Philosophy», 7, 2, 1988, pp. 203-224, e A. Capone, *The Role of Pragmatics in (re)constructing the Rational Law-maker*, «Pragmatics & Cognition», 2013, pp. 399-414.

³ Cfr. p. es. G. Zagrebelsky, *La virtù del dubbio. Intervista su etica e diritto*, a cura di G. Preterossi, Roma-Bari, Laterza, 2007.

⁴ Per questa immagine v. S.J. Lec, *Pensieri spettinati*, Milano, Bompiani, 2015.

ve intrapreso dai giuristi positivi. Anche la mia indagine proseguirà su questa linea metagiurisprudenziale⁵.

2. Dalla contestabilità all'incontestabilità "essenziale"

Riepilogando il percorso compiuto finora, si è visto che certezza e incertezza, precisione e vaghezza non sono caratteristiche assolute, che sussistono oppure no, ma sono caratteristiche *graduabili*. Sta a noi *deciderne* il dosaggio ottimale, valutando le nostre esigenze. Qualsiasi discorso *generale* sul dubbio, o sulla sua assenza, che prescinda dalla *relatività* d'una simile nozione, resta campato in aria. Somiglia alle tirate che talvolta si fanno sull'ottimismo e sul pessimismo dei filosofi, quali visioni onnipersive e irrealistiche, senza stati intermedi.

I vecchi giuristi ripetevano volentieri il brocardo *in claris non fit interpretatio*⁶. Va da sé che non esiste un confine netto tra la chiarezza e l'oscurità – anzi capita spesso che questioni che parevano suscettibili di risposte nette, s'intorbidino col tempo di fronte al presentarsi di casi ai quali nessuno aveva pensato. Del resto, non si dà una chiarezza puramente semantica, accontestuale. Il nostro bisogno di chiarezza varia pragmaticamente: è in funzione degli scopi perseguiti e delle differenti situazioni.

Ciò detto, credo che occorra distinguere fra due tipi di dubbi: quelli che concernono quesiti che, *prima facie*, sembrano trattabili in modo prevalentemente razionale ed essere suscettibili d'una soluzione determinabile, anche se al momento ignota, e i dubbi che, invece, cadono su interrogativi che non hanno mai ricevuto soluzioni condivise e, nonostante le controversie, si ripropongono di continuo immutati, dando l'impressione che i procedimenti razionali girino a vuoto fin dall'inizio.

In primo luogo occorre dunque considerare il dubbio che cade in campo tecnico-scientifico. Qui l'idea di un progresso lineare inarrestabile è stata spazzata via dalla consapevolezza dell'esistenza di rivoluzioni scientifiche che sconvolgono i vecchi paradigmi. Ciò nonostante, è innegabile che, almeno nella "scienza normale", vi sia un accumulo di conoscenze, ossia che si diano punti di non ritorno (salvo che non emergano ragioni fortissime per ripescare tesi "superate"). Chi tornerebbe al geocentrismo oggi? Forse qualcuno ancora c'è, come vi sono i creazionisti, i sostenitori della teoria della terra cava e quel-

⁵ Cfr. N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, 3^a ed., Milano, Comunità, 1977, pp. 43-46, e G. Tarello, *Riforma, dipartimenti e discipline filosofiche*, «Politica del diritto», 1, 1970, pp. 140-143.

⁶ Sul significato originario della massima, v. p. es. G. Gorla, *I precedenti storici dell'art. 12 disposizioni preliminari del codice civile del 1942 (un problema costituzionale?)*, «Foro italiano», 1969, V, cc. 112-32.

li della terra piatta⁷, ma costui, ove davvero vi fosse, riscuoterebbe ben poco credito. Perché? Perché tali assunti non sono sorretti da dimostrazioni valide e, semmai, le prove in mano nostra dimostrano il contrario. In simili settori si suole parlare di dubbio quando si presentano casi temporaneamente irrisolti e, in un modo più generale, quando si desidera evidenziare che la scienza è fallibile, procedendo essa per tentativi ed errori, e che nessuna conclusione è definitiva. Ritorrerò a questo dubbio in funzione metodologico-conoscitiva, o epistemica, nel prossimo paragrafo.

Ma prima vorrei illustrare l'altra specie di dubbio, quello che si manifesta negli studi filosofici, dove, a dispetto delle accanite discussioni, ritornano sempre le stesse domande, poiché nessuna concezione viene mai interamente scartata o accettata senza gravi obiezioni, e, pertanto, li domina la circolarità. Entrando nel merito, è pacifico che, mentre il quesito se un dato quadro sia dipinto a olio o a tempera può essere risolto sul terreno dell'esperienza, la questione se quello stesso quadro sia un'*opera d'arte* è di un genere radicalmente diverso. In quest'ultima ipotesi non si danno risposte *chiaramente* da accogliere o respingere. L'esempio non è mio; è di Walter B. Gallie, secondo il quale termini come, per esempio, 'opera d'arte', 'democrazia', 'vita cristiana', 'giustizia sociale' designerebbero concetti *di per sé* conflittuali, infinitamente controvertibili, o, come recita il calcio italiano dell'espressione inglese utilizzata dall'autore, *essenzialmente contestati*⁸. Tali concetti unirebbero un carattere valutativo ad una complessità interna, ma sarebbe erroneo sostenere che questo è solo un modo astuto e suasivo per parlare di vaghezza e d'apertura⁹. Meno che mai si tratterebbe di concetti semplicemente confusi o contraddittori¹⁰. L'idea di fondo è quella di una competizione fra molteplici *usi* concor-

⁷ Si consideri il paradossale successo della *Flat Earth Society* nonostante i voli e le foto spaziali. Anche in Italia i "terripiattisti" sono attivi e organizzano convegni.

⁸ W.B. Gallie, *Essentially Contested Concepts*, «Proceedings of the Aristotelian Society», New Series, 56 (1955-1956), pp. 167-198, e Id., *Art as an Essentially Contested Concept*, «The Philosophical Quarterly», 6, n. 23 (1956), pp. 97-114. L'A. delinea, in un modo a dire il vero alquanto macchinoso, una lista semi-formale di sette condizioni di "contestabilità". Non è però questa la sede per analizzare partitamente le voci di un simile elenco. Per un diverso approccio, v. W.E. Connolly, *The Terms of Political Discourse* (1974), 3ª ed., Princeton (NJ), Princeton University Press, 1993. Sul piano etimologico, *to contest* non fa venire in mente un mero conflitto sregolato. Il latino *contestari* vale: "chiamare qualcuno a testimone". Vi è dunque un gareggiare, un contendere, sullo sfondo di un giudizio che dipende da criteri precostituiti. Ma chi stabilisce tali criteri?

⁹ Cfr. L. Wittgenstein, *Ricerche filosofiche*, Torino, Einaudi, 1974, § 67, per la nozione di somiglianze di famiglia; F. Waismann, *Verifiability*, «Proceedings of the Aristotelian Society», supplementary volume XIX (1945), pp. 119-150, per la nozione di apertura e W.P. Alston, *Filosofia del linguaggio*, Bologna, il Mulino, 1971, pp. 139 ss. per la nozione di vaghezza combinatoria.

¹⁰ J. Gray, *On Liberty, Liberalism and Essential Contestability*, «British Journal of Political Science», 8, 4, 1978, pp. 385-402, in part. p. 391. Cfr. Id., *On the Contestability of Social and Political Concepts*, «Political Theory», 5, 3, 1977, pp. 331-48, e Id., *Political Power, Social Theory, and Essential Contestability*, in D. Miller, L. Siedentop (eds.), *The Nature of Political Theory*, Oxford, Clarendon, 1983, pp. 78-90.

renti – e qui vien voglia di specificare: *del medesimo* concetto – che pretendono tutti di essere usi corretti o appropriati¹¹. Ma come fanno ad esservi usi diversi, per non dire “significati diversi”, *dello stesso concetto*? Francamente mi sfugge. Il concetto non dovrebbe forse essere il significato di un termine?¹²

È stato affermato che la nozione in esame sarebbe autoreferenziale, applicandosi a se stessa, dando luogo, cioè, a molteplici interpretazioni fra le quali è arduo scegliere¹³.

In realtà tale nozione non regge in nessuna interpretazione, per quanto caritatevole essa sia.

Di sicuro non sta in piedi un'interpretazione semantica alla stregua della quale, quando viene a verificarsi una contestabilità “essenziale”, non sarebbe possibile circoscrivere un'area di significato minimale condiviso: di fronte a tale impossibilità, infatti, il concetto si dissolve.

D'altra parte, viene spesso ripetuto che le dispute “essenziali” non vertono tanto sulla zona di penombra quanto sugli aspetti centrali, o paradigmatici, del concetto¹⁴. Si potrebbe pensare allora di salvare la nozione di *contestabilità “essenziale”* con l'abbandono della prospettiva statica, o semantica, adottando al suo posto una visione dinamica, o pragmatico-retorica¹⁵, e, comunque, attenta al variare dei contesti¹⁶. La morale della favola a questo punto sarebbe: siccome le discussioni su questi concetti investono punti fon-

¹¹ J. Waldron, *Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept (in Florida)?*, «Law and Philosophy», 21, 2002, pp. 137-164.

¹² Certo, si potrebbe coerentemente sostenere che siamo davanti ad usi diversi della stessa parola, intesa come vettore di significato. Così suggerisce M. Ricciardi, *Essential Contestability and the Claims of Analysis*, in I. Carter, Id. (eds.), *Freedom, Power and Political Morality*, London, Palgrave, 2001, pp. 39-56. In tale ipotesi (v. p. 43), per i termini di cui qui si parla, si configurerebbe una situazione d'estrema equivocità.

¹³ Cfr. p. es. Gray, *On Liberty*, cit., p. 388.

¹⁴ Cfr. per tutti Waldron, *Is the Rule of Law* cit., p. 149: «One way of getting at Gallie's idea is to say that the term “essentially” refers to the *location* of the disagreement or indeterminacy: it is contestation at the core, not just at the borderlines or penumbra of a concept» (c.v.o dell'A.).

¹⁵ Cfr. E. Garver, *Rhetoric and Essentially Contested Arguments*, «Philosophy & Rhetoric», 11, 3, 1978, pp. 156-172.

¹⁶ Con questo torniamo al senso che in origine aveva per Gallie l'operazione di introdurre nel gergo filosofico la nozione di concetto essenzialmente contestato. Infatti W.B. Gallie, *The Historical Understanding*, «History and Theory», 3, 2, 1963, pp. 149-202 (confluito assieme a Id., *Essentially Contested Concepts*, cit. e ad altri saggi in Id., *Philosophy and Historical Understanding*, London, Chatto & Windus, 1964) sostiene, polemizzando con quanti vorrebbero utilizzare leggi di copertura anche in campo storico, che la spiegazione storica si distinguerebbe nettamente da quella delle scienze naturali, perché la prima presuppone la specifica capacità di seguire una narrazione. Ciò corrisponde bene alle osservazioni conclusive avanzate da Gallie nel saggio seminale del '56, pp. 196 ss., dove, seguendo Croce e Collingwood, si svaluta la razionalità universalizzante, e di conseguenza contestuale, quando fuoriesce dalla sfera delle teorie scientifiche, e si rivaluta la conoscenza particolaristica, o contestuale, degli storici. Mescolare la conoscenza storica con quella scientifica promuoverebbe una forma assai raffinata della “fallacia storicistica” (ivi, p. 197), comportando essa la ricerca di *leggi* storiche. Gallie, inoltre, cerca di agganciare i concetti contestati a casi esemplari.

damentali, casi tutt'altro che marginali, *evocando intere visioni del mondo*, non possiamo cavarcela troncando il discorso con un'accorta stipulazione¹⁷. È vero, le definizioni non sono elementi adatti a sostenere l'edificio teorico; piuttosto sono le definizioni a dover essere giustificate per mezzo di teorie o, meglio, di dottrine. Ma proprio per questo bisogna *evitare accuratamente di confondere i chiarimenti concettuali con le costruzioni teoriche*. Ed è appunto in una siffatta confusione che incorre la categoria dei concetti essenzialmente contestati¹⁸. Così come in un analogo equivoco cade la distinzione, ancor oggi sulla cresta dell'onda, fra concetti e concezioni¹⁹. Una cosa sono i concetti, un'altra le teorie che li utilizzano o li giustificano. Si può discutere quanto si vuole, ma, per farlo proficuamente, con cognizione di causa, occorre sapere *di che cosa* si stia parlando. La sistemazione concettuale è dunque prioritaria²⁰.

Ad aggravare questo guazzabuglio contribuisce la tesi ricorrente a detta della quale non si potrebbe usare un concetto in modo neutrale, senza cioè avere un atteggiamento normativo e valutativo, un *endorsement*, rispetto a una forma di vita e al merito delle questioni trattate²¹.

A mio avviso, invece, le categorie possono essere anche descritte con un relativo distacco – immaginiamo uno storico che si occupi della *democrazia* greca, ricostruendo le accezioni del termine – e, d'altronde, le ragioni per usare questo o quel concetto possono essere di pura opportunità, di fecondità scientifica o un modo di mantenersi fedeli al lessico tradizionale.

Oltretutto, per certi vocaboli e per i concetti da essi espressi, il problema che si pone sul piano valoriale non è affatto quello dell'essere messi sistematicamente in discussione, bensì è il problema antitetico. Chi oserebbe mai, nei contesti occidentali odierni, parlare apertamente *contro* la libertà, la democrazia, i diritti umani, il garantismo, il principio d'uguaglianza o la divisione dei poteri? *O a favore* del totalitarismo? Per dirla altrimenti, vi sono vocaboli che si trascinano dietro una connotazione, poco importa se positiva o nega-

¹⁷ Sull'abuso delle definizioni e in particolare sulla c.d. "chiusura definitoria" (*definitional stop*), v. H.L.A. Hart, *Responsabilità e pena*, Milano, Comunità, 1981, pp. 31-32.

¹⁸ Cfr. A. Pintore, *I diritti della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2003, pp. 3-8, e Id., *Democrazia e diritti. Sette studi analitici*, Pisa, ETS, 2010, pp. 24-25.

¹⁹ Cfr. J. Rawls, *A Theory of Justice* (1971), revised edition, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 5, e R. Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge (Mass.)-London, The Belknap Press of Harvard University Press, 1986, pp. 70-72. Per una critica a questa dicotomia mi sia concesso di rinviare a C. Luzzati, *La norma in bilico*, in L. Gianformaggio, M. Jori (a cura di), *Scritti per Uberto Scarpelli*, Milano, Giuffrè, 1997, pp. 529-585, in part. pp. 530 ss.

²⁰ Ricciardi, *Essential Contestability*, cit. legge il saggio di Gallie sull'incontestabilità "essenziale" come una rivendicazione, contro gli assunti della filosofia analitica, della dimensione storica del linguaggio. Ricciardi, ad ogni buon conto, rivendica con forza la priorità del chiarimento degli aspetti concettuali sulla stessa dimensione storica facendo appello al classico scritto di F.E. Oppenheim, "Facts" and "Values" in *Politics: Are They Separable?*, «Political Theory», 1, 1, 1973, pp. 54-68.

²¹ Cfr. Gray, *On the Contestability*, cit. e S. Lukes, *Power: A Radical View*, 2ª ed., Basingstoke-New York, Palgrave-Macmillan, 2005, p. 14.

tiva, che *non* può essere messa decentemente in discussione. Vi è una sorta di retorica obbligatoria. Basta fare la prova della negazione per accorgerci quanto poco dica colui che si lancia in un elogio della libertà laddove la libertà sia riconosciuta come un valore²². Si tratterebbe di un esercizio scontato, “retorico” nell’accezione peggiore. Assistiamo così al passaggio dalla contestabilità ad una *incontestabilità* “essenziale”. Ha ben poco valore parlare bene di qualcosa di cui non si può dire male, un po’ come certi discorsi funebri con cui si reca omaggio al motto *de mortuis nihil nisi bonum*. Al contrario, ci vuole molto più coraggio per scrivere un elogio della follia.

Insomma, il fenomeno che si verifica è una *guerra di simboli* per appropriarsi di certi valori tacendo dei *diversi* criteri applicativi del termine che li designa (una menzione, questa, che comporta sempre un indebolimento dell’impatto emotivo) e introducendo capziose distinzioni (penso a quanti dissettano di *sana* laicità o di libertà *che non sia arbitrio*)²³.

A questo punto ci si rende conto di quanto sia confondente la nozione coniata da Gallie. A noi basta affermare che la riflessione filosofica non porta a un sapere cumulativo.

Rimane la questione del relativismo etico, ma a quella accennerò nel prossimo paragrafo.

3. *Il dubbio metodico*

Dunque, non è il caso di tessere le lodi del dubbio solo perché nessuno di noi ha piacere di professarsi dogmatico. Per dire qualcosa d’originale, occorre andar oltre l’incontestabilità pragmatica di questa posizione e ribadire che esiste dubbio e dubbio.

In particolare, fin dai tempi di Cartesio si è distinto fra un *dubbio metodico*, prestato alla scienza come strumento d’indagine, e un dubbio aprioristico che si traduce in uno scetticismo metafisico globale.

Lo scienziato odierno utilizza il dubbio come tecnica di sospensione parziale del giudizio su singole questioni. Ritiene proficuo sul piano *metodologico* (su quello ontologico invece evita di pronunciarsi) supporre che nessuna tesi possa mai esser dimostrata, avvalorata dalle nostre esperienze, in via de-

²² Inutile ricordare che il *Sillabo* (1864) di Pio IX condannava, tra gli errori moderni, anche le teorie liberali. Cfr. J. Donoso Cortés, *Ensayo sobre el catolicismo, el liberalismo y el socialismo*, Parigi, 1851; R. Cammilleri, *Donoso Cortés. Il padre del Sillabo*, Genova, Marietti, 1998 e C. Schmitt, *Donoso Cortés*, Milano, Adelphi, 1996.

²³ Cfr. C.L. Stevenson, *Ethics and Language*, New Haven, Yale University Press, 1944, cap. IX, pp. 206-226; tr. it. *Etica e linguaggio*, Milano, Longanesi, 1962, pp. 298-318, per quanto riguarda il fenomeno delle c.d. “definizioni persuasive”.

finitiva. Nessuna ipotesi è al riparo dalla confutazione. Così facendo, e comportandosi di conseguenza, si colgono due vantaggi:

a) si considera l'orizzonte della ricerca *in linea di principio* sempre aperto (semmai a chiudersi sono determinate indagini, perché non le si ritiene più interessanti, perché si sono esauriti i fondi, perché mancano tecniche adeguate per perseguirle, perché sono politicamente sgradite o eticamente condannabili ecc. ecc.; ciò, tuttavia, non toglie che simili *decisioni interruttive* siano in ogni momento suscettibili d'essere riconsiderate);

b) si assume l'atteggiamento fattivo di quanti sono disposti ad imparare dai propri errori, in una competizione in cui sopravvivono le teorie *meno ovvie* (il nome di 'fallibilismo', dopo tutto, oltre a contrassegnare una famiglia di tesi in filosofia della scienza, presuppone anche un tipo di *pratica sociale* in cui gli esperimenti vengono costantemente *ripetuti* e i criteri di successo relativo dei *test* empirici richiedono una crescente severità).

In fondo, etimologicamente, lo scetticismo è parente stretto dell'osservazione attenta e della ricerca. Circa il quadro anzidetto, peraltro ben consolidato sul terreno del dibattito filosofico, vale la pena avanzare tre considerazioni niente affatto marginali, tese a renderlo meno banale.

In primo luogo, le ricerche scientifiche, anche se procedono *scartando* ipotesi, di sicuro *procedono*, avanzano, hanno uno sviluppo cumulativo confrontabile. La mia affermazione suona eretica a coloro che pensano che le teorie scientifiche siano incommensurabili e che i mutamenti di paradigma somiglino a conversioni religiose. Peraltro non ho la benché minima intenzione di rivangare il mito fatiscente del progresso, tipo *Ballo Excelsior*. Piuttosto qui si sostiene che ogni indagine scientifica è orientata verso *scopi* e *progredisce* nella misura in cui si avvicini alle finalità che essa stessa si prefigge, o ci metta in grado di capire le ragioni per le quali tali finalità sono irrealizzabili. Non si propone dunque nessuna filosofia ottimistica della storia. Né si ritiene fondata un'idea riduttiva della scienza come mero accumulo di dati. Per contro, il non-progresso non è necessariamente configurabile come un malaugurato circolo *vizioso*²⁴. In parecchi casi, il non-progresso (p. es. nelle ricerche filosofiche) significa soltanto che ci si sta interrogando liberamente sugli scopi, a prescindere da vincoli tecnico-normativi espliciti. Ci vincolano (in via di fatto, però) solo i nostri pregiudizi inconsapevoli e il contesto in cui ci troviamo a riflettere.

In secondo luogo, se c'è un dubbio (relativo e metodologico) al servizio della scienza, così, sempre al servizio della scienza, c'è un dogmatismo (anch'esso relativo e metodologico) che opera nel *background* di ogni indagine. La parola 'dogmatismo', si sa, è troppo negativa per essere usata corrente-

²⁴ Per S. Kierkegaard, *La ripetizione*, 5ª ed., Milano, Rizzoli, 2018, la ripetizione non è fonte di tedio, bensì, ove fosse possibile, ma non lo è, rinnoverebbe la felicità di una passata esperienza piacevole.

mente. Quel che di solito si asserisce è che nei nostri programmi di ricerca ci sono punti ciechi, presupposti *consapevolmente* sottratti *pro tempore* alla verifica²⁵. Non può, infatti, esservi un'indagine che si estenda a tutto campo.

In terzo e ultimo luogo, si può ragionare in modo rigoroso sull'affidabilità di una credenza a patto però che, per credenza, *non* si intenda qualcosa come *un'intima certezza soggettiva*. La scienza si disinteressa della certezza interiore, riconsegnandola alla vita privata. Ciò che per essa conta è il *grado* di certezza *pubblica*, di *corroborazione di un'ipotesi*, relativa ad un *determinato* insieme di prove (e non ad un altro). D'altronde, la condizione mentale non può per definizione essere "sbagliata", ma è quel che è; invece sulla valutazione degli elementi probatori pubblici è possibile incorrere in *errori* (talvolta dovuti a *biases*, ma quella è un'altra storia). Simili osservazioni hanno ragguardevoli ricadute in ambito giuridico, in specie sulla valutazione delle prove offerte in giudizio. Che un fatto sia "provato" non può essere *solo* il risultato di un'incontestabile decisione costitutiva del giudice. Le sentenze dovrebbero essere sempre *controllabili anche nel merito* (il che spesso non accade, si pensi al verdetto della giuria nel mondo anglosassone o, nel nostro, alla circostanza che il ricorso in Cassazione è solitamente limitato alla mera legittimità). D'altra parte, tale controllo presuppone una *congrua motivazione* che investa gli aspetti probatori del giudizio. E per motivazione qui s'intende una giustificazione resa alla luce del giorno, che avanzi ragioni, non il passaggio in rassegna di una serie di recondite spinte psicologiche. Necessitiamo, inoltre, di standard legali o giurisprudenziali che ci dicano quando un fatto si *debba* ritenere adeguatamente provato ai fini del processo (anche qualora la prova prevalente andasse in una direzione opposta, come nel caso dell'insufficienza di prove). Né possiamo accontentarci di clausole generali o di formule molto indeterminate come l'"oltre ogni ragionevole dubbio". Qualora ammettessimo che *con le stesse prove* si può tanto condannare quanto assolvere l'imputato, sarebbe come lasciar decidere il giudizio col lancio d'una moneta. Ma che altro succede se utilizziamo un criterio così vago d'adeguatezza probatoria come il Bard senza precisarlo preventivamente? È chiaro che il *diritto alla prova* in tale eventualità si volatilizza²⁶.

Dopo aver sgrossato il problema del dubbio metodico negli accertamenti fattuali, adesso devo chiedermi se tale dubbio trovi un equivalente nell'attività

²⁵ Cfr. I. Lakatos, *La metodologia dei programmi scientifici*, Milano, Saggiatore, 1985, vol. I, pp. 62 ss., in cui avanza l'idea di un nocciolo inconfutabile (senza cambiare programma) che chiama *euristica negativa*.

²⁶ In questa materia rinvio a J. Ferrer Beltrán, *La valutazione razionale della prova*, Milano, Giuffrè, 2012, che è un testo fondamentale per avviare una discussione che superi i pregiudizi diffusi in dottrina. V. anche L. Laudan, *Is Reasonable Doubt Reasonable?*, «Legal Theory», 9, 4, 2003, pp. 295-331, e, più in generale sulla prova, M. Taruffo, *Verso la decisione giusta*, Torino, Giappichelli, 2020.

del giudice quando giudica sulle questioni di diritto e della dottrina. È quel che farò nel paragrafo seguente, che riguarderà l'epistemologia del garantismo.

4. *Nichilismo vs illuminismo giuridico*

Abbiamo parlato del dubbio in vari sensi: uno di questi era quello di strumento epistemico nella ricerca scientifica²⁷. Ora dovremmo passare a discutere dell'atteggiamento dei giuristi riguardo all'incertezza che cade sul diritto stesso (alle questioni fattuali s'era già accennato). Le domande che sorgono immediatamente sono se vi sia un "dato giuridico" e se i giuristi si presentino come scienziati che ad un simile "dato normativo" hanno sicuro accesso. Sono temi battutissimi. Mi si perdonerà se li affronto un po' sbrigativamente, sdrammatizzandoli, e guardando più alla foresta che ai singoli alberi isolatamente presi.

Da un lato, l'idea ottocentesca di una conoscenza giuridica oggettiva ha subito una serie di rovesci irreparabili. Tutti i dogmi di una volta, in particolare la convinzione di una chiusura logica del sistema, sono caduti in modo miserando. Ormai la tesi che il giudizio si risolva in una catena di sillogismi e la coeva teoria dichiarativa dell'interpretazione sono tramontate per sempre. Non solo è stato riconosciuto un margine di discrezionalità infranormativa nei casi marginali, ma vengono anche create di continuo norme del tutto nuove servendosi di principi, il più delle volte impliciti, quindi non precostituiti, che fungono da generatori o da "matrici" di norme²⁸. A questo punto che vi sia una conoscenza *avalutativa* del diritto, come riteneva la vulgata *vetero-positivista*, è arduo credere. Il diritto nasce e prospera in un quadro valoriale.

Dall'altro lato, le svariate tendenze riunite sotto l'etichetta di "neocostituzionalismo" sono solite ritenere che possa esservi una conoscenza giuridica meta-positiva e in particolare che si possano bilanciare i principi, impliciti o espliciti (ma la tesi sarebbe problematica anche limitandosi a quelli espliciti), quasi esistesse una scala di misura – o una potente bilancia ideale – in grado

²⁷ Vi è una questione che finora non ho trattato: l'interrogativo se il dubbio sia solo configurabile come una condizione psicologica *che non dipende da noi* – quale il dubbio nevrotico, l'esitazione, il timore ecc. – oppure si possa anche immaginare un dubbio visto come un *atteggiamento intenzionale*. Lo stesso dicasi per la certezza. La mia impressione è che *la pratica* del dubbio metodico supponga un *addestramento* alla cautela e un'*educazione* che sviluppi la capacità osservativa e la capacità di cogliere, sospendendo il giudizio, le situazioni che non rientrano nei vecchi schemi. Qui si discute di fiducia o sfiducia *giustificata* nell'affidabilità di un'ipotesi. Invece, gli stati d'animo che si provano in tali occasioni sono del tutto irrilevanti. Parleremo ancora di "dubbio" in omaggio alla tradizione? Lascio la scelta al lettore.

²⁸ U. Scarpelli, *Diritti positivi, diritti naturali: un'analisi semiotica*, in S. Caprioli, F. Treggiari (a cura di), *Diritti umani e civiltà giuridica*, Perugia, Centro Studi Giuridici, 1992, pp. 31-44, in part. p. 39.

di pesare i valori. Inutile dire che una siffatta teoria emana un forte sentore ideologico. Ad una simile impostazione, d'altronde, è agevole contrapporre la tesi che in etica non vi siano "verità"²⁹. Mi riferisco qui in modo abbastanza indifferenziato ad una serie di concezioni filosofiche distinguibili, anche se vanno spesso di pari passo, che comprendono il divisionismo fra fatti e valori, il non cognitivismo e il non oggettivismo.

Noi giuristi credevamo di muoverci sul solido terreno della scientificità, dove, nonostante i dubbi e le cautele, si registrano "progressi"; invece sembra che ci troviamo a camminare sulle sabbie mobili della filosofia, nel cui ambito si discute liberamente e ha poco senso dire che si compiono passi avanti. D'altronde, non abbiamo bisogno di imbarcarci in dispute filosofiche per capire che il libero esame in campo valoriale non porta a risultati condivisi: *anche qualora fossimo convinti oggettivisti in etica* sarebbe comunque impossibile ignorare il fatto che, in materia di diritto e giustizia, sistemi di valori divergenti sono in concorrenza fra loro senza che si dia un arbitro riconosciuto che, applicando criteri sicuri, proclami il vincitore. Inoltre, gli approcci oggettivisti, non praticando una distinzione netta tra un "foro interno" ed un "foro esterno" e conferendo essi una "patente di oggettività" a quelle che per gli oppositori sono solo le tesi opinabili di qualcuno, presentano gravi rischi. Nell'odierno pluralismo laico, alle istituzioni non è consentito di applicare una *particolare Weltanschauung* morale a scapito d'ogni altra concezione comprensiva della vita o, addirittura, di divenire il "braccio secolare" di questa o quella *determinata* religione³⁰. Del resto, una convergenza per intersezione, un *overlapping consensus*, tra le varie concezioni è lontana dall'essere dimostrata. Semmai è più facilmente vero il contrario. Ricordo peraltro che qui ci si sta riferendo ad un gruppo sparuto di paesi, quelli occidentali (e neppure tutti).

Sulla scorta dei precedenti rilievi appare evidente che la giurisprudenza non può aspirare ad una *neutralità* intesa come *Wertfreiheit*, quale cioè un'assoluta astensione dai valori e un totale disimpegno. Una scienza giuridica distaccata in grado di dare la *descrizione* del diritto così com'è, evitando gli apprezzamenti valutativi³¹, è impraticabile. Tale conclusione, però, non esclude la possibilità di una *neutralità liberale*, la quale si risolve in un *impegno*: quello a non esprimere una preferenza entro una famiglia più o meno vasta di stili di vita e di credenze ragionevoli. Proprio perché qui entra in gioco un impegno, è chiaro che non si dà un autoriferimento: la neutralità liberale non

²⁹ Cfr. per tutti U. Scarpelli, *L'etica senza verità*, Bologna, il Mulino, 1982.

³⁰ Registro il contrasto fra la posizione di H. Kelsen, *La democrazia*, 5ª ed., Bologna, il Mulino, 1984 e quella di G. Zagrebelsky, *Il «Crucifige!» e la democrazia*, Torino, Einaudi, 1995.

³¹ È tuttavia possibile che si descriva in modo distaccato quel che pensano o consigliano i giuristi. In effetti non è per nulla detto che la valutatività dei discorsi collassi nei meta-discorsi.

può essere neutrale *su se stessa*, senza contraddirsi: col che si voterebbe ad una sicura rovina. Anzi, essa suppone un'energica presa di posizione.

Mettendola in maniera leggermente diversa, nel diritto la strada dell'oggettività non è più percorribile. Non lo è mai stata. Salvo che in sogno. Dobbiamo abbandonarci nel puro soggettivismo? No, perché resta aperta la via dell'intersoggettività. Che però è una via stretta.

L'intersoggettività si differenzia dall'oggettività in quanto, pur dando luogo a orientamenti condivisi, tali orientamenti non sono indipendenti dalle credenze, dagli atteggiamenti e dalle scelte collettive di coloro che li esprimono. Nel diritto, più specificamente, questa possibilità di giungere a una *communis opinio* è assicurata da forme, procedure, competenze, controlli e atti costitutivi – insomma, da artifici – che, tagliando corto sui dissensi contenutistici, fanno sì che i giudici e i pubblici funzionari debbano prescindere dalle proprie personali preferenze etiche per applicare invece standard di giudizio comuni. Tra questi formalismi bisogna innanzi tutto ricordare il passaggio in giudicato e il corteo di preclusioni processuali, di oneri probatori, di finzioni e di presunzioni che lo accompagnano. Ma è un formalismo anche il vincolarsi a prendere decisioni secondo regole generali, anziché caso per caso; così come lo è il *rapporto gerarchico* tra le fonti del diritto, dove la fonte superiore prevale sull'inferiore, *un formalismo questo che sta alla base della rigidità costituzionale*³².

Tali formalismi, con cui si “amministra” il diritto, escludono il bilanciamento delle ragioni propriamente giuridiche con altre ragioni, anche qualora queste ultime apparissero più sensate e persuasive sul terreno contenutistico. Essi sono frutto di una peculiare educazione degli interpreti e trovano la loro manifestazione all'interno di una pratica sociale. Potrebbero far benissimo difetto. O, viceversa, ricevere un'applicazione più stringente e rigorosa.

Il formalismo giuridico non gode d'una buona fama. *Sembra* essere (ma, come vedremo tra poco, non è) il linguaggio dell'indifferenza etica che ripete stancamente: «tutto va bene!». A tale stregua, sotto l'ombrello protettivo della *Grundnorm* si pensa che si possa dare al diritto qualsiasi contenuto, per quanto odioso esso sia. Un simile diffuso stato d'animo è stato icasticamente manifestato da Natalino Irti, quando osserva: «E, affinché la produzione sia

³² Non per nulla, il controllo del diritto attraverso il diritto e l'eliminazione del diritto ingiusto, cioè contrario al diritto, per L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 1989, passano attraverso la valorizzazione del rapporto gerarchico. Per questo, nonostante Luigi Ferrajoli trovi ben *Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, come recita il sottotitolo del suo *La logica del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2015, egli non può fare a meno di dirsi kelseniano. Del resto, la lettura reazionaria della dottrina pura, p. es. di Schmitt, che negava a Kelsen la neutralità scientifica, riconoscendogli un impegno verso la neutralità liberale, non era del tutto priva di fondamento. Oggi il Kelsen teorico del diritto potrebbe essere riletto proficuamente con gli occhi del Kelsen teorico della democrazia. La dottrina pura è una concezione esigente. Mette a disposizione strumenti per attuare il garantismo, se solo li si vuole usare. E i tiranni, si sa, vogliono tenersi le mani libere.

‘razionale’, e la volontà normativa si svolge senza sperperi e attriti, il diritto adotta i modi della procedura. Le procedure, appunto, del produrre e applicare diritto: canali, pronti ad accogliere qualsiasi contenuto e perciò indifferenti verso ogni contenuto. Il formalismo delle procedure non reca in sé alcun contenuto: esso è attraversabile da tutte le volontà, disponibile per tutti gli scopi»³³. In definitiva, quando il problema è quello funzionalistico del *come*, non quello del *che cosa*, il linguaggio del diritto coincide con quello della razionalità economica, invero una razionalizzazione alienante, o peggio, con quello della “tecnica scatenata”³⁴.

Alla tesi nichilista si potrebbe ribattere in molti modi ovvi e fondati. Per esempio:

a) dicendo che l’ostilità contro la tecnica, i formalismi e le procedure è tipica degli scrittori reazionari che sfruttano e istillano una profonda disaffezione verso la democrazia, facendo di ogni erba un fascio nell’equazione «tecnica = vuota volontà di potenza»;

b) osservando che il bersaglio polemico di questi discorsi, il meccanicismo sul modello del congegno a orologeria (Hobbes), nell’era digitale della “rete” e dell’elettronica, è superato;

c) sottolineando che per ‘tecnica’ si possono intendere molte cose differenti e che, in ogni caso, il diritto, comunque concepito, non può non servirsi di procedure finalizzate;

d) notando che la correlazione mezzi-fini, in sé, non ha nulla di spregevole o di sinistro, ma è una forma elementare di razionalità;

e) rammentando che la giurisprudenza meccanica e il giudice-automa non sono esistiti in nessuna epoca e che i formalismi, mai integrali, sono essenzialmente una questione *di misura*, coesistendo essi con dinamiche (con tecniche di giudizio) che danno adito a discrezionalità.

E potremmo andare avanti un pezzo. Quelli anzidetti sono argomenti sensati, ma trovo preferibile prendere di petto la tesi di Irti contestandone il punto centrale: non è affatto vero che, come dice Irti, «[l]a concezione procedurale, comune a mercati ed a regimi democratici» riposi «sull’*indifferenza contenutistica* [...]»³⁵.

³³ N. Irti, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 2004, p. vi.

³⁴ Cfr. C. Schmitt, *Scritti su Thomas Hobbes*, a cura di G. Galli, Milano, Giuffrè, 1986, p. 178.

³⁵ Irti, *Nichilismo giuridico* cit., p. 85, c.v.o nell’originale. Occorre notare che per Irti il termine ‘nichilismo’ possiede una funzione radicale antideologica. Egli, infatti, nella conclusione del suo lavoro, lungi dall’arrendersi alla «vuota dimensione della techno-economia», riafferma «la serietà delle scelte», qualificando così il nichilismo: «Medicina nei confronti di antichi e nuovi morbi: unità, totalità, globalità, universalità ecc. ecc. Il nichilismo ci salva e protegge; smaschera falsi idoli, da cui pensavamo di trarre il nostro ‘valore’. E tutto risolve nelle differenze della volontà, nel loro conflitto, nel loro vincere o soccombere. Esso non è rinuncia, ma accettazione; non è inerte angoscia, ma serena fraternità con il divenire» (ivi, p. 148). Mi limito a questa doverosa precisazione, senza discuterla nel merito.

Il formalismo procedurale, come di solito lo s'intende, consta di tre impegni: 1) *l'impegno* istituzionale a trattare allo stesso modo, senza discriminare, una serie di casi e/o di concezioni distinti; 2) *l'impegno* a rendere relativamente trasparenti e quindi pubblicamente controllabili sia gli standard di giudizio sia gli atti delle persone che decidono per conto delle istituzioni; 3) *l'impegno*, infine, a rendere effettiva l'accessibilità a istanze *giuridiche* di controllo e di garanzia, allo scopo di caducare le decisioni *giuridicamente* illegittime (tipicamente: la Corte costituzionale, la quale valuta la conformità *contenutistica* delle leggi ordinarie ai principi di una costituzione rigida).

Per esempio, assicurare la libertà di pensiero non significa aderire alla particolare visione di chi è libero di esprimere (in genere entro certi limiti) le sue convinzioni; né significa essere indifferenti. Significa invece manifestare il preciso intento di non censurare l'altrui pensiero, quale che sia. Quella che emerge è una *posizione di secondo livello*, un atteggiamento che riguarda le forme di vita *altrui*. Ma, nonostante questo carattere *meta*-valutativo, sussiste una grande differenza, come i liberali ben sanno, fra l'adottarla oppure no.

Le tesi qui succintamente delineate costituiscono uno dei cardini dell'illuminismo giuridico.

Esse suppongono un giurista critico e riflessivo, che però si schiera, preferendo le decisioni assunte e motivate in modo aperto, senza nascondimenti.

Contrappongo queste tesi a quelle nichilistiche di Irti che oltre ad essere false e confondenti – penso alla loro sterile polemica contro una modernità immaginaria – risultano disarmanti, nel senso letterale che *disarmano*, togliendo ai cittadini alcune importanti difese immunitarie contro gli appelli di chi dice di volere restaurare la sovranità degli stati, mentre propugna solo una visione avversa al pluralismo e al garantismo³⁶. Avversa cioè a quelli che, con qualche enfasi, di cui chiedo perdono, potremmo forse continuare a chiamare “i valori occidentali”.

E il dubbio? Che ne è del dubbio nel diritto?

Credo che per l'illuminista il dubbio nel diritto possa ritornare ad essere in una certa misura metodico. Ad un prezzo: che si tracci una linea arbitraria, scandita dalle forme, in quanto, sul piano della controllabilità, una linea è meglio di nessuna linea. O di troppe linee.

Il dubbio postula che siano prese puntuali decisioni, invece di lasciarsi andare agli svolazzi retorici e a quelle formule vaghe e generiche che talvolta si ammantano del nome di principi. Fa bene anche al teorico, perché gli permette di cogliere l'utilità di determinate costruzioni, pur riconoscendone il carattere fittizio e metaforico.

³⁶ Cfr. da ultimo M. Barberis, *Populismo digitale. Come internet sta uccidendo la democrazia*, Milano, Chiarelettere, 2020.