

**Luiss**

Libera Università  
Internazionale  
degli Studi Sociali  
**Guido Carli**

**CERADI**

Centro di ricerca per il diritto d'impresa

## **Regole e vincoli dell'argomentazione giuridica**

**Amelia Bernardo**

**settembre 2003**

© Luiss Guido Carli. La riproduzione è autorizzata con indicazione della fonte o come altrimenti specificato. Qualora sia richiesta un'autorizzazione preliminare per la riproduzione o l'impiego di informazioni testuali e multimediali, tale autorizzazione annulla e sostituisce quella generale di cui sopra, indicando esplicitamente ogni altra restrizione

Sommario: 1. Il ragionamento giuridico non è deduttivo 2. Il ragionamento giuridico è argomentativo 3. Regole dell'argomentazione e canoni interpretativi.

1- Il ragionamento giuridico non è deduttivo.

Secondo la concezione del positivismo giuridico il compito dell'interprete, e specificamente la missione del giudice, si esauriscono nella meccanica applicazione della legge scritta, espressione della volontà del potere sovrano, ai casi concreti. L'interpretazione è attività tecnica di accertamento della norma e ricognizione acritica della volontà del legislatore.

Questa impostazione trova espressione nello stesso stile di esposizione della sentenza, che riflette la logica del processo giurisdizionale, e che viene strutturata come *sillogismo* (giudiziario). La *premessa maggiore* è la norma (fattispecie astratta), la *premessa minore* è il fatto (fattispecie concreta), la *conclusione* è formulata nel dispositivo. La soluzione della controversia segue il ragionamento di ricondurre il fatto (come *fattispecie concreta*) alla norma (*fattispecie astratta*). Il ragionamento è deduttivo: la norma è dedotta dalla legge<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Il seguente passo del Calamandrei espone con chiarezza questa impostazione : «In qualunque modo si definisca la sentenza, e si risolva la questione se sia atto di intelligenza o di volontà, non si potrà mai negare che in essa è contenuto un giudizio logico, il quale, come ogni giudizio, anche il più elementare ed il più semplice, deve essere il risultato di un sillogismo, esplicito o incosciente. Ma la sentenza si distingue da tutti gli altri giudizi in quanto il giudizio in cui essa consiste ha contenuto giuridico, cioè afferma l'esistenza o la inesistenza di una volontà di legge (ossia di un diritto soggettivo) a favore del singolo; ora se un simile giudizio si considera come la conseguenza di un sillogismo, bisogna, per ragione logica, ammettere che uno dei termini di questo sillogismo deve consistere nella nozione di tutti i casi in generale, contemplati dalla volontà della legge affermata o negata nella conclusione, e l'altro nella nozione concreta di un caso che rientri tra quelli preveduti da tale volontà di legge; ecco dunque che lo speciale carattere che distingue il sillogismo, da cui la sentenza deriva, da tutti gli altri sillogismi (i quali hanno, al pari di esso, una premessa maggiore, che è l'affermazione di una regola relativa ad una generalità di casi, ed una premessa minore, che è l'affermazione che il caso concreto è compreso in quella generalità) consiste tutto in un particolare requisito della premessa maggiore, la quale ha qui il carattere di una norma di legge. Così, nella mente del giudice, coll'affermazione dell'esistenza di una norma di legge generale, *propositio major*, coll'affermazione che il caso concreto rientra o non rientra tra quelli contemplati dalla norma, *propositio minor*, e colla deduzione del verificarsi in concreto dell'effetto giuridico posto in astratto dalla norma, *conclusione*, è compiuto il c.d. sillogismo giudiziario al quale viene schematicamente ridotta dai trattatisti l'attività mentale del giudice, e che anzi da taluno viene considerata come espressione peculiare della funzione giurisdizionale, vincolata sempre al rigore logico di questo giudizio, in confronto alla funzione amministrativa, che può estrinsecarsi secondo la libera volontà.» P. CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile*, in

Ebbene l'illusione illuministica del giudice "bocca della legge" è in crisi ormai da tempo: è ormai abbandonata la rassicurante identificazione del diritto con la legge scritta, e con essa l'utopia ottocentesca di una legge che non necessiti di essere interpretata. E' una visione che esprime la volontà politica di concentrare il potere normativo nelle sole mani del sovrano, e ciò spiega il favore incontrato non solo nei regimi assoluti, ma negli stessi Stati liberali, in cui in virtù del principio della tripartizione dei poteri è il Parlamento, eletto da popolo sovrano, ad assumere il monopolio delle decisioni politiche. Non a caso la tecnica normativa più frequentemente utilizzata in quel contesto storico-politico è quella della *codificazione*, attraverso la quale il diritto vigente viene enunciato in compilazioni di carattere sistematico, unitario, coerente, così da esprimere il più chiaramente possibile la volontà del sovrano.

Questa impostazione, che tanta influenza ha esercitato nella formazione della cultura giuridica dello scorso secolo, è tuttavia superata, essendo ormai generalmente riconosciuto il ruolo necessariamente "creativo" dell'attività di interpretazione. Riprendendo lo schema espositivo del sillogismo, si osserva infatti che la definizione delle premesse non è oggetto di semplice constatazione, al pari dei dati che interessano le scienze naturali, non è rilevazione di dati esistenti (la legge - i fatti), ma è il risultato di un sofisticato ragionamento sulle fonti del diritto e sugli elementi della vicenda concreta, ragionamento che necessariamente coinvolge la personalità di chi è chiamato a decidere.

Invero il sillogismo nulla dice sull'effettivo ragionamento seguito dal giudice per giungere alla conclusione: la conclusione è già contenuta nelle premesse, e da esse dipende, nel senso che avrà necessariamente lo stesso grado di verità e di attendibilità delle stesse. Esaminiamo ad esempio il seguente sillogismo:

Solo i residenti hanno diritto di accedere in auto al Centro Storico della città Alfa (*premessa maggiore*);

Tizio è residente (*premessa minore*);

Tizio ha diritto di accedere in auto al Centro Storico di Alfa (*conclusione*).

Ebbene la conclusione sarà attendibile solo se è corretta l'individuazione della premessa maggiore che individua un unico requisito per poter accedere al Centro Storico: la residenza. Laddove nella definizione della premessa non si sia tenuto conto di altre eventuali disposizioni che vincolano ulteriormente il rilascio dell'autorizzazione, è evidente che il contenuto normativo della conclusione sarà scorretto.

Certo le proprietà formali del sillogismo garantiscono la validità della deduzione ed il valore dimostrativo dell'operazione: ciò dà conto dell'utilità di utilizzare ancor oggi questo stile espositivo. Ma è nella *ri-costruzione* delle premesse che si sviluppa il ragionamento dell'interprete.

Si è assunta dunque piena consapevolezza della distinzione concettuale tra la "*disposizione*", intesa come il testo scritto della legge e la "*norma*", come *significato* che, attraverso l'interpretazione, viene attribuito al testo<sup>2</sup>. La norma cioè non è *data* dal legislatore, né *trovata* dall'interprete, ma costantemente *ricreata* nel momento applicativo.

Ciascuna disposizione, anche quella in apparenza più chiara è suscettibile di essere variamente letta. Innanzitutto a causa della inevitabile polivalenza linguistica delle parole, che, considerate indipendentemente dalla *ragione* dell'enunciato, si prestano a diversi significati.<sup>3</sup> Si pensi al caso di scuola del cartello, apposto all'ingresso di un parco pubblico e recante il divieto: "E' vietato l'ingresso dei veicoli". Il termine veicolo, per quanto di immediata cognizione può prestarsi a molteplici *letture*: si riferisce solo ai veicoli a motore, o anche alle biciclette o ai monopattini elettrici? E se dovesse rendersi necessario l'ingresso di un'autoambulanza per prestare soccorso urgente ad un cittadino? E' evidente che le eventuali risposte nascono da un ragionamento, finalizzato ad argomentare la corrispondenza della regola individuata al testo giuridico. La soluzione dipende dalla *ratio* della norma. Se la *ratio* è nella volontà di limitare l'accesso di mezzi pericolosi ed inquinanti: a) i motori elettrici non inquinano, ma possono essere pericolosi per l'elevata velocità, b) il triciclo non è pericoloso, forse inquinante, c) l'ingresso dell'autoambulanza, mezzo pericoloso ed inquinante, viola sicuramente la *ratio*. E' un caso di lacuna, un caso al quale il legislatore non ha evidentemente pensato. L'ingresso del veicolo può essere ammesso quale eccezione alla regola, sul fondamento di una norma

---

<sup>2</sup> Cfr. R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993

<sup>3</sup> Cfr. C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990.

costituzionale, che individua nella tutela della salute e della vita umana un valore primario dell'ordinamento giuridico, superiore a quello tutelato dalla disposizione violata.

L'ambiguità del testo può essere ancora di origine semantica. Un esempio di scuola è quello dell' art. 59, I c., Cost., secondo il quale :“Il Presidente della Repubblica può nominare senatori a vita cinque cittadini”. Ci si chiede se in questo contesto il limite di cinque senatori sia riferito al Presidente come organo oppure come persona fisica: nel primo caso non possono sedere in Parlamento più di cinque senatori di nomina presidenziale, nel secondo ciascun Presidente ha il diritto di nominare fino a cinque senatori, con la conseguenza che non è definibile il limite massimo di senatori di nomina presidenziale contemporaneamente in vita. Entrambe le interpretazioni sono giustificabili in base alla sola lettura del testo; entrambe sono “correttamente” sostenibili.

Tarello consigliava come *terapia linguistica* di evitare tutte le locuzioni, come “legge chiara”, “interpretazione dichiarativa”, “interpretazione restrittiva”, “interpretazione estensiva”, “interpretazione creativa”, “interpretazione abrogante”, allusive ad un concetto di discorso legislativo come discorso “con un significato proprio e principale, indipendente dalle attività interpretative degli utenti” e ad un concetto di norma giuridica come entità precostituita all'attività di ricerca, individuazione e interpretazione. Così verrebbe occultato il fatto che le norme sono da considerarsi il *risultato* piuttosto che il presupposto delle attività in senso lato interpretative:

“Ciò è sempre vero, anche in relazione a quelle affermazioni che sembrerebbero trovare immediato riscontro in dato empirico. Ad esempio si potrebbe pensare che per la giustificazione dell'enunciato “La capacità giuridica si acquista con la nascita” ci possa richiamare all'esperienza corrispondente, ovvero al momento del parto. Ma ciò non è corretto. Anche l'accettazione degli enunciati base si basa su un accordo: un accordo sul dato scientifico dato dall'esperienza, nel caso riportato sul concetto di nascita. Anche le semplici proposizioni osservative possono essere verificate nel discorso. Non per questo può affermarsi che ci sia sempre argomentazione, intesa come giustificazione. Se non ci sono obiezioni, reali o presunte, alla scelta che si avanza., non vi è neppure motivazione dell'enunciato. Ma l'evidenza di una asserzione non esclude che siano ipotizzabili diverse valutazioni: piuttosto implica una

“valutazione negativa” riferita a tutti i potenziali possibili argomenti contrari”.<sup>4</sup>

La *norma* è dunque la volontà della legge come pensata da colui che in concreto decide, influenzato dal contesto sociale e giuridico in cui si trova ad operare .

Per esprimere il ruolo dell'interpretazione nella conoscenza delle scienze dello spirito un filosofo dello scorso secolo, Hans Georg Gadamer, si serve di una metafora molto efficace: quella dell'arte. Comprendere un'opera d'arte non vuol dire cogliere l'intenzione del suo autore, né collocarla nel suo contesto originario, né tanto meno affermare che è lo spettatore ad attribuirle un significato, ma *partecipare* all'evento della sua rappresentazione. L'incontro con l'opera d'arte si traduce in esperienza vera nel momento in cui essa coinvolge lo spettatore. Come nell'arte, l'essenza del diritto è nella sua *rappresentazione*.<sup>5</sup>

La norma è dunque fenomeno del pensiero che si forma nella attività di *comprensione* del destinatario e che dipende dal contesto storico, sociale e circostanziale nel quale viene di volta in volta applicata. Esemplicativo è il caso dell'evoluzione dell'istituto della responsabilità extracontrattuale per opera della giurisprudenza, che ha innovato in modo sostanziale il contenuto dell'art. 2043 c.c., estendendo il concetto di danno risarcibile dai danni derivanti dalla lesione dei *solii* diritti assoluti ai danni derivanti dalla lesione *anche* di diritti relativi.<sup>6</sup> Il giudice non ha inteso cambiare il senso della parola per correggere un errore, ma perché il contesto sociale e normativo era mutato, e la

---

<sup>4</sup> G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in Trattato di Diritto Civile e Commerciale diretto da A. CICU-F. MESSINEO, Milano, 1980

<sup>5</sup> Il punto è ripreso dal saggio di Alberto ANDRONICO, *Ermeneutica e diritto da Wilhelm Dilthey ed Emilio Betti*, in *Spicchi di Novecento*, a cura di Bruno Montanari, Giappichelli, 1998

<sup>6</sup> Si definiscono assoluti i diritti che hanno efficacia nei confronti di tutti gli altri consociati e non presuppongono, per il loro esercizio, la collaborazione di terzi ( es. diritti reali, diritti della personalità). Sono definiti invece relativi i diritti che producono un'obbligazione a carico di una persona determinata, la quale ha un dovere positivo o negativo di comportamento. Per la realizzazione del diritto è dunque necessaria la collaborazione del terzo ( es. diritti derivanti da rapporto obbligatorio).

Nel testo si fa riferimento alle sentenze, esemplari per la ricchezza di argomenti oltre che per il pregevole stile espositivo, dei c.d. casi *Superga* (Corte Suprema di Cassazione 4 luglio 1953, n. 2085, in *Foro it.*, 1953, I, 1087) e *Meroni* ( Corte Suprema di Cassazione, S.U., 26 gennaio 1971, n. 174, in *Foro it.* 1971, I, 342).

precedente interpretazione, in origine soddisfacente, appariva con il passare del tempo inadeguata a raggiungere l'obiettivo di giustizia nella riparazione dei danni. Secondo la nuova sensibilità giuridica la lesione del diritto assoluto è stata equiparata a quella del diritto relativo. *In entrambe le interpretazioni la soluzione è prospettata come espressione della volontà della legge*, la diversità delle conclusioni ben esprime come l'immedesimazione tra la norma e la legge sia solo apparente.

Le medesime osservazioni, naturalmente, valgono per l'individuazione della fattispecie concreta, che è il fatto *concettualizzato e qualificato* dall'interprete, per essere assunto nel discorso giuridico. La qualificazione del fatto dipende quindi dalla lettura dell'interprete in base ai risultati delle prove assunte in giudizio.

## 2. *Il ragionamento giuridico è argomentativo*

Posto dunque che il ragionamento che viene seguito per l'applicazione del diritto non è riconducibile alla sola logica formale, ma è *scelta* da parte del giudice di una tra le varie soluzioni possibili, posto ancora che il diritto non è l'insieme delle norme date dal sovrano, né l'insieme delle decisioni dei tribunali, ma ordine normativo sempre nell'atto di positivizzarsi, la questione che si pone è quella di individuare il reale fondamento della decisione del giudice.

La questione è dunque comprendere se il ragionamento dell'interprete sia razionale o se piuttosto si determini secondo scelte legate all'opportunità del caso. La sentenza esprime una scelta politica del giudice? La decisione dipende da un sistema di norme predefinito o è soluzione di giustizia individuata in base ai *pregiudizi* dei soggetti chiamati a decidere?

Il ruolo politico dell'attività del giudice è stato enfatizzato da alcune correnti filosofiche, quali la Scuola del libero diritto, affermatasi nei primi decenni del secolo scorso, in contrapposizione agli orientamenti del positivismo giuridico in tutte le sue declinazioni. Secondo i rappresentanti più radicali della Scuola, infatti, non essendo possibile assoggettare l'applicazione del diritto a regole razionali, ci si può solo limitare a constatare come l'interprete *crei* diritto per ciascun caso, offrendo successivamente una motivazione del tutto *artificiosa*. Nella decisione il giudice è guidato innanzitutto dalle proprie intuizioni: la sentenza presenta solo in apparenza la soluzione

come derivata da un ordinamento astratto e preesistente, ma in realtà è fonte primaria e diretta del diritto.<sup>7</sup>

Già a partire dalla seconda metà del Novecento, la scienza giuridica ha tuttavia chiarito come l'impossibilità di individuare con *certezza* una *sola, vera* norma per ciascun caso, l'impossibilità di ridurre l'attività del giurista a mere operazioni logico-formali, non siano ragioni sufficienti ad escludere il carattere *razionale, non arbitrario* del fenomeno giuridico. Sarebbe scorretto ritenere che, nella misura in cui le valutazioni soggettive siano necessarie, ci sia uno spazio libero per le convinzioni morali di chi applica il diritto, che manchi un criterio oggettivo per accettare un'interpretazione e respingerne un'altra. Non è infatti la produzione di certezza, ma la *prevedibilità* del risultato interpretativo, raggiunto sulla base di regole predeterminate, a determinare la razionalità del diritto. La predeterminazione di regole sul ragionamento è strumento idoneo a rendere prevedibili, quindi più o meno attendibili, le soluzioni ipotizzate. Gli stessi strumenti consentono di controllare il ragionamento compiuto dall'interprete e valutarne la correttezza, alla luce delle regole predeterminate dal legislatore.

L'esperienza stessa conferma questo dato e mostra il diritto come fenomeno sì privo di certezza, ma che si sviluppa secondo un ordine razionale. Difficilmente l'avvocato fornirà certezze sull'esito della causa, ma sente di poter prospettare le probabilità di successo in base alle conoscenze a sua disposizione.

Negli ordinamenti democratici di *civil law* le regole finalizzate a vincolare l'attività del giudice, e quindi a dare ordine e razionalità al fenomeno giuridico trovano fondamento innanzitutto nella organizzazione delle istituzioni giudiziarie e nei principi del *giusto* processo: l'ordine giudiziario garantisce indipendenza al giudice, come istituzione e come persona; il processo è pubblico; il giudice decide su istanza di parte nei limiti delle domande e garantisce, in ogni fase del procedimento, la regolarità del contraddittorio; ha l'obbligo di motivare la sentenza, dando così risposta alle parti e rendendo noto *l'iter* logico che lo ha portato alla decisione del caso; la sentenza è impugnabile dinanzi ad un giudice diverso e di grado superiore, per le questioni di diritto è possibile ricorrere dinanzi alla Suprema Corte; etc.

---

<sup>7</sup> Per una puntuale analisi degli autori più rappresentativi della Scuola del libero diritto v. Karl LARENZ, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Milano, 1966



Oltre che da questi vincoli istituzionali l'argomentazione è regolata dalla presenza di alcuni postulati: ad esempio l'interprete agisce come se egli *dichiarasse* la norma, postulata preesistente. E' appunto un postulato, una finzione, ma questo vale ad orientare il discorso alla ricerca della volontà del legislatore.

Il giudice inoltre deve decidere il caso secondo criteri di universalità: anche ciò non può essere sempre verificato, ma l'esistenza del vincolo impone al giudice di adottare, nella decisione, questo criterio.

La presenza di tali condizioni costringe a sviluppare razionalmente il ragionamento nel corso del processo: il processo giurisdizionale costringe le parti ed il giudice ad *argomentare* le proprie tesi.

Indubbiamente l'eventualità del processo rappresenta una ipotesi e concretizza un momento particolare del fenomeno giuridico. Ma la sua eventualità dà fisionomia al fenomeno giuridico, è criterio di riferimento nell'impostazione del ragionamento dell'avvocato, dell'accademia, e dello stesso legislatore, che ipotizza la regola in vista della sua applicazione.

Nello svolgimento processo la struttura formale del rito vincola le parti a sviluppare le proprie tesi secondo un discorso di tipo *argomentativo*. Entrambe propongono *le proprie ragioni*, sviluppando una serie di argomenti persuasivi finalizzati a convincere l'interlocutore (l'altra parte ed il giudice). La dimostrazione delle affermazioni si svolge attraverso l'enunciazione della tesi; la messa in discussione della tesi stessa, anche in dialettica con la tesi dell'avversario, la perorazione delle ragioni a proprio favore<sup>8</sup>. Le tesi possono essere respinte, giustificate, meglio ponderate, definite: ciascuna delle parti utilizzerà gli argomenti a propria disposizione nel modo più efficace al fine di persuadere *l'uditorio* della fondatezza delle proprie ragioni.

Naturalmente non tutti gli argomenti hanno la stessa forza. La forza di ciascun argomento è funzione del contesto culturale e storico nel quale viene utilizzato, e quindi dalla tradizione, dai valori, dall'esperienza comune ai soggetti in dialettica. Ma dipende anche dell'abilità dell'oratore, dalla capacità di comunicare con il proprio "uditorio". Non a caso negli ultimi decenni si assiste

---

<sup>8</sup> V. P. CHARAUDEAU, *Grammaire du sens et de l'expression*, Parigi 1992

ad un diffusa riscoperta degli studi sulla retorica classica, e dunque sulle tecniche dell'argomentazione.<sup>9</sup>

### 3. Regole dell'argomentazione e canoni interpretativi

Le regole e criteri di correttezza del *ragionamento* giuridico, o come si è detto, dell'argomentazione giuridica sono individuabili innanzitutto nei tradizionali canoni dell'interpretazione. *Canoni* che, quantunque accreditati e, per una parte anche codificati, nella nostra cultura giuridica provengono da culture ed organizzazioni istituzionali diverse da quella vigente: talchè di molti dei criteri oggi utilizzati, ma nati in funzione di sistemi giuridici diversi, può farsi una lunga storia procedendo indietro nel tempo, talora attraverso luoghi e civiltà lontane. Sono criteri che convivono, e la cui portata è in funzione della loro accettazione nel tessuto concettuale ed istituzionale di ciascuna società<sup>10</sup>. La storia e l'esperienza dimostrano anzi la complessità dell'operazione di *ricognizione* dei vari criteri: la fantasia, l'abilità dell'interprete, le particolarità della fattispecie offrono allo studioso esempi di *argomenti* spesso nuovi o differenti. Ciò in fondo dà ragione del numero elevato dei criteri elaborati, e delle difficoltà incontrate dalla scienza giuridica in ogni tentativo di dar loro ordine. Savigny distingueva quattro elementi: l'elemento grammaticale, logico, storico, e sistematico. Secondo Larenz, invece, i criteri sono cinque: il significato letterale, il significato delle leggi secondo il contesto, l'intento regolativo, gli scopi e le rappresentazioni normative del legislatore storico, i criteri teleologici oggettivi, il precetto che impone di interpretare le norme in modo conforme alla costituzione. E potrebbero portarsi numerosi altri esempi, anche dei nostri giorni.

Altrettanto complessa è la questione relativa al loro ordine gerarchico ovvero ai criteri di selezione di canoni diversi, tutti egualmente validi: questione estremamente delicata, posto che l'applicazione di criteri diversi può condurre a soluzioni opposte, entrambe valide.

---

<sup>9</sup> Un riferimento bibliografico importante è rappresentato dall'opera di C.PERELMAN-L.OLBRECHTS-TYTECA, *Trattato dell'argomentazione giuridica, Nuova retorica*, Milano, 1989

<sup>10</sup> Nell'analisi dei canoni interpretativi come argomenti del discorso rimane fondamentale la voce sull' " *Interpretazione della legge*" di Giovanni Tarello, cit.

Tuttavia colpisce che al di là delle differenze determinate dalle caratteristiche politico-istituzionali di ciascuna società e quindi dall'utilizzo *tipico* dei diversi criteri, si constata che, in prospettiva storica, le tecniche interpretative risultano *costanti*: dalle prime interpretazioni della Bibbia ad oggi, la struttura degli argomenti è nella sostanza analoga. La tradizione ha dunque creato un comune tessuto dell'argomentazione, che troviamo oggi nei sistemi di *common law* come in quelli di *civil law*: pur nella diversità formale dei vincoli processuali (ad esempio quello del precedente) la struttura argomentativa è nella sostanza analoga.

Dei vari metodi di interpretazione decantati da questa tradizione, alcuni sono stati codificati dal legislatore italiano, all'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale. Sono innanzitutto queste le regole che l'interprete dovrà rispettare.

I criteri interpretativi nulla dicono circa il contenuto del ragionamento, sullo scopo concretamente perseguito. Talchè la regola che impone, nell'individuazione della norma da applicare al caso concreto, la ricerca dell' "intenzione del legislatore" può giustificare risultati diversi e incompatibili, se due interpreti siano di parere diverso sulla *ratio* della norma. L'attitudine argomentativa del giurista potrebbe addirittura indurre a contraddire il senso letterale di una legge sulla base della sua *ratio*, sino a rovesciarne il significato normativo che si coglieva nel contesto originario. In questa prospettiva è interessante il seguente caso:

Una coppia sterile a causa della congenita impotenza di generare del marito, ricorre all'inseminazione artificiale eterologa. Il successo dell'intervento, avvenuto con il pieno consenso del marito, consente alla donna di avere un figlio. Negli anni successivi il marito avanza istanza di annullamento del matrimonio per *impotentia generandi* e promuove per la medesima ragione azione di disconoscimento di paternità ex art. 235 n. 2 c.c., sostenendo l'irrelevanza giuridica del consenso precedentemente accordato. La disposizione richiamata concede il diritto di esperire azione di disconoscimento del figlio nato durante il matrimonio "al marito che in quel periodo era affetto da impotenza, anche se soltanto di generare".

A tale pretesa si oppone la moglie, sostenendo che l'azione trova ostacolo nel consenso alla inseminazione prestato al marito. Il giudice di primo grado conclude per l'accoglimento delle istanze del marito sulla base della considerazione che la disposizione citata prevede, tra i presupposti dell'azione di disconoscimento, *l'impotentia generandi*, che in fatto sicuramente sussisteva. La Corte va quindi oltre l'argomento letterale e rileva che l'ordinamento non contempla alcun rapporto giuridico di filiazione svincolato dal presupposto di un corrispondente rapporto biologico di sangue. Rileva inoltre che non esiste nel nostro ordinamento una diversa disposizione che attribuisca al consenso all'inseminazione eterologa efficacia escludente l'azione del disconoscimento stesso e che quindi la formulazione dell'art. 235 c.c. corrisponde alla *volontà* del *legislatore* di tutelare la sola filiazione biologica.

Contro questa decisione la moglie propone ricorso alla Corte d'Appello di Brescia, sostenendo che la disciplina del rapporto di filiazione, originato da inseminazione artificiale eterologa, non avrebbe dovuto essere ricercata nell'angusto disposto dell'art. 235 c.c., inadatto a regolare una fattispecie non ipotizzabile al tempo dell'entrata in vigore della norma, ma avrebbe dovuto essere desunta, con lo strumento dell'interpretazione analogica, dai principi generali dell'istituto della filiazione civile. Le procedure adottive e quelle di inseminazione artificiali sarebbero l'espressione di un istituto, quello della *filiazione civile*, caratterizzato da una propria autonomia rispetto alla *filiazione biologica* tutelata dal codice civile. L'affinità tra le ipotesi di filiazione adottiva e filiazione insemiativa deriverebbe dal ruolo del consenso come elemento costitutivo del rapporto giuridico, in contrapposizione al fattore biologico caratterizzante la filiazione naturale.

La Corte d'Appello rileva la diversità del ruolo assunto dal consenso nelle due fattispecie: nell'una è volto a dare una famiglia al minore in stato di abbandono - con intervento dell'autorità giudiziaria - , nell'altra a dare un figlio naturale a

chi lo desidera. Le due fattispecie pertanto non sarebbero assimilabili, stante la assoluta diversità degli elementi costitutivi; né tantomeno riconoscibili quali espressione di un principio comune. Piuttosto, rileva la Corte, nell'attuale quadro normativo il fattore biologico è l'unico fondamento giuridicamente rilevante del rapporto di filiazione. Il giudice ordinario che rifiutasse il disconoscimento al marito consenziente all'inseminazione, introdurrebbe una limitazione non prevista al *favor veritatis*, introducendo un nuovo principio, quello del *favor affectionis*, non previsto dal legislatore. Né può obiettarsi - prosegue la Corte - che la volontà legislativa di tutelare la sola filiazione biologica sia riferita ad un legislatore che, per ovvie ragioni cronologiche, ignorava le tecniche di fecondazione artificiale, posto che queste tecniche erano note sin dagli anni 1951<sup>11</sup>. In particolare erano già diffuse nel 1975, quando il legislatore intervenne incisivamente sulla disciplina del diritto di famiglia, e lasciò invariato il testo dell'art. 235 c.c., implicitamente confermando la volontà di riconoscere a fondamento dell'istituto della filiazione il solo legame biologico.

Contro la sentenza di appello la moglie promuove ricorso alla Corte di Cassazione, che con sentenza 16 marzo 1999 n. 2315, accoglie i motivi di ricorso. L'art. 235 c.c. si afferma, era approvato in un'epoca in cui la procreazione esige il rapporto fisico tra uomo e donna: in occasione della riforma, il legislatore non è andato oltre una revisione puramente terminologica della disposizione, mantenendo ferma l'elencazione tassativa. La riproduzione della precedente formulazione dell'articolo non può essere interpretata quale manifestazione implicita della volontà del legislatore di applicare quella disposizione al caso di

---

<sup>11</sup> Un isolato ma significativo precedente è Trib. Roma 30.4.1956, in *Foro it.*, 1956, I, 1212 in cui la Corte ricorre ai principi generali dell'ordinamento per impostare il problema del disconoscimento di paternità in caso di fecondazione eterologa. In particolare il giudice attraverso una interpretazione sistematica dell'istituto della filiazione riconosce tutela giuridica alla sola filiazione biologica ed accoglie, di conseguenza, la domanda di disconoscimento di paternità avanzata dal marito.

fecondazione artificiale: tanto è dimostrato dal rilievo che la norma consente il disconoscimento anche nel caso della sola *impotenza coeundi* del marito. Un'interpretazione strettamente *letterale* della norma quindi consentirebbe il disconoscimento anche al marito che avesse prestato il proprio consenso per un intervento di fecondazione omologa, negando così la condizione di figlio legittimo al figlio geneticamente appartenente alla coppia. Questo argomento (di *logica interna*) dimostra che l'applicazione esegetica della disposizione potrebbe fondare il disconoscimento da parte del padre biologico, in contrasto con gli stessi principi generali dettati in materia di filiazione biologica. Il successivo ripensamento del marito non è quindi riconducibile alla *ratio* dell'azione di disconoscimento: il *favor veritatis* non è un valore assoluto e incondizionato, espressione di un'esigenza pubblicistica dell'ordinamento, ma mira a difendere la posizione di quei soggetti ai quali soltanto è demandata la valutazione comparativa delle due situazioni in conflitto, la decisione di optare per l'una o per l'altra. Il marito che presta il proprio consenso, anticipa a quel momento quella valutazione attraverso il compimento di un atto giuridico con effetti, per propria natura, "irreversibili". Ne consegue che l'articolo non è applicabile al caso di fecondazione: è una lacuna.

Esclusa l'applicazione diretta dell'art. 235 c.c. al caso, la Corte nega anche la possibilità di estendere la portata del disposto per via analogica. Tale interpretazione postula, come sostenuto nel giudizio di secondo grado, una omogeneità di elementi essenziali ed una identità di *ratio* assenti caso in questione. I giudici di Cassazione dimostrano così l'esistenza di una lacuna del diritto. Peraltro la regola da applicare alla fattispecie non è rinvenibile in alcuna disciplina analoga (*analogia legis*), posto che natura e finalità dell'adozione sono profondamente diverse da quelle che caratterizzano le tecniche di fecondazione artificiale. La Corte di Cassazione ricorre dunque ai principi generali dell'ordinamento (*analogia iuris*), segnatamente a quei doveri generali di lealtà, buona fede e correttezza che, nei rapporti di famiglia, assumono il significato di solidarietà e reciproco

affidamento. La scelta in favore della paternità presunta è quindi elemento costitutivo della fattispecie attributiva dello *status*, con effetti irreversibili. Per tali ragioni la Corte conclude per l'annullamento della sentenza d'Appello che accoglieva la domanda di disconoscimento del padre.

La vicenda è interessante proprio per la chiarezza con la quale vengono posti in evidenza i vincoli che hanno guidato lo sviluppo del discorso giuridico. E' anzi la ragione per cui si è ritenuto utile, in questa sede, riportare il caso con tanta ricchezza di particolari.

Si è visto come, nella ricerca della *ratio legis*, concorrono una serie di valutazioni, che vanno dalla ricostruzione del contesto socio-politico in cui l'articolo fu approvato (volontà del legislatore *storico*), alla comparazione del fatto con discipline di fattispecie analoghe (es. adozione), alla analisi infine dei principi fondamentali dell'istituto della famiglia, e più in generale dei rapporti interpersonali del diritto privato (tutela dei minori, diritto del minore ad una famiglia, principio di buona fede, etc.). La decisione non è esente neppure da considerazioni di ordine sociologico, o di politica giudiziaria, volte ad una valutazione delle conseguenze, in termini di impatto sociale, derivanti dalla propria pronuncia. Si pensi alla preoccupazione di non incoraggiare una deresponsabilizzazione dei mariti che avessero prestato il proprio consenso, privando così definitivamente un bambino della possibilità di avere un padre. Ma tutte queste riflessioni vengono *rigorosamente* sviluppate secondo argomenti giuridici, tanto da impedire ai giudici di merito, in assenza di fondate ragioni di diritto, l'applicazione di quella che sin da principio appariva, almeno all'opinione pubblica, la soluzione più aderente alla giustizia del caso.

Il rigore processuale del contraddittorio vincola il giudice, in ogni momento, alla ricerca di una soluzione coerente col sistema giuridico. Ed è vero che l'interprete può giungere a superare il senso letterale del testo, rovesciando il significato normativo che si coglieva nel contesto originario, ma solo sulla base di solide ragioni di diritto.

In questa prospettiva l'individuazione della norma nel caso concreto ripropone la discussione, tipica del momento normativo, sui fondamenti ideologici, sui valori: ciò perché l'attività dell'interprete è sempre legata a fatti e circostanze particolari, in quanto umani sempre nuovi e diversi. I meccanismi argomentativi garantiscono però razionalità nella valutazione dei

valori discussi o coinvolti, costringendo gli interlocutori a distinguere il momento ideologico da quello tecnico, i fini dai mezzi, l'interesse personale da quello collettivo. Sono criteri che aumentano la probabilità che in una discussione venga trovato un risultato corretto e suscettibile di essere *controllato*, attraverso la motivazione e la pubblicità della decisione, dalla società.

E' compito del giurista operare una mediazione tra l'universalità della norma e la varietà e la mutevolezza dei casi, è proprio dell'attività ermeneutica connettere di continuo l'universale con il particolare. Essa perciò non può limitarsi ad essere mera tecnica, deve anche configurarsi come *ars*, come arte appunto argomentativa.<sup>12</sup>

L'argomentazione giuridica è l'*arte* di cui il diritto deve servirsi se vuole soddisfare la sua pretesa di correttezza, rivolta innanzitutto al vincolo del rispetto della volontà del legislatore.

L'alternativa è l'uso arbitrario della forza, l' *imposizione in-giustificata* della norma, che sarebbe con ciò *data, non motivata*: per questo l'alterazione dei meccanismi che garantiscono la regolarità del contraddittorio e la correttezza del ragionamento introduce nel discorso elementi di *imprevedibilità*, dunque di *irrazionalità*.

L'alternativa è ancora la persuasione mediante argomenti che non poggiano sulla ragione ma sulla *seduzione*: in questo caso l'abilità oratoria vale più della forza stessa degli argomenti ( c.d. *eristica*).

Tutto ciò si arricchisce viepiù di significato se solo si rifletta sul ruolo assunto dal processo nella formazione e quindi nella definizione della stessa qualità diritto: invero il ruolo delle Corti non solo è fondamentale nell'attribuzione di significato alla legge esistente, ma è presupposto per la *creazione* di diritto, indipendentemente dalla esistenza di una legge formale. L'istituzione di una corte per determinate competenze di riflesso garantisce lo sviluppo del diritto in quelle materie, come è dimostrato dalla produzione normativa in sede comunitaria, di fonte ormai prevalentemente giudiziaria, anche su questioni estremamente delicate. Esemplificativo è il caso Francovich<sup>13</sup> nel quale la Corte di Giustizia ha condannato l'Italia al

---

<sup>12</sup> Cfr. Giuseppe ZACCARIA, *L'arte dell'interpretazione*, Cedam, 1990

<sup>13</sup> Corte di Giustizia 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90, *Francovich e Bonifaci*, in *Racc.*, I, 5357



risarcimento dei danni subiti da alcuni lavoratori di un'azienda fallita, per la mancata attuazione della direttiva 80/987/Cee.

Sulla responsabilità dello Stato per i danni derivanti dalla violazione degli obblighi comunitari, la Corte riconosce per la prima volta il diritto del privato di ottenere dallo Stato il risarcimento dei danni subiti per il mancato recepimento della direttiva, pur in assenza di una specifica disposizione nel Trattato o in altre fonte comunitaria<sup>14</sup>. La responsabilità dello Stato è subordinata alla presenza di tre distinte condizioni: la direttiva inattuata deve attribuire diritti a favore dei singoli; il destinatario deve essere danneggiato dalla mancata attuazione; infine vi deve essere un nesso di causalità tra la violazione del diritto comunitario ed il danno subito dal soggetto. La regola elaborata dalla Corte presenta tutti gli elementi essenziali dell'illecito extracontrattuale: il fatto lesivo di un interesse giuridicamente tutelato come diritto, il danno ed il nesso di causalità tra l'evento dannoso ed il danno. Nell'ordinamento comunitario non esiste una norma specifica che sanzioni l'illecito extracontrattuale. Peraltro in tutti gli Stati membri è riconosciuto il principio per cui la lesione dolosa o colposa dei diritti dei terzi obbliga colui che ha commesso il fatto al risarcimento del danno. In quanto presente in tutti gli ordinamenti degli Stati membri il principio della responsabilità dello Stato è per ciò "inerente all'ordinamento giuridico comunitario".

La decisione della Corte è espressione di una regola di *diritto comune*: la legittimità della pronuncia, pur in assenza di una specifica disposizione comunitaria, è garantita dall'autorità dell'organo da cui promana. La legittimità

---

<sup>14</sup> Così osserva la Corte: " L'ordinamento comunitario è un ordinamento giuridico proprio, integrato agli ordinamenti giuridici degli Stati membri e che si impone ai loro giudici, i cui soggetti sono non solo gli Stati membri, ma anche i loro cittadini e che, nello stesso modo in cui impone ai singoli degli obblighi, attribuisce loro dei diritti che entrano a far parte del loro patrimonio giuridico [...]Va constatato che sarebbe messa a repentaglio la piena efficacia delle norme comunitarie e sarebbe infirmata la tutela dei diritti da esse riconosciuti se i singoli non avessero la possibilità di ottenere un risarcimento ove i loro diritti siano lesi da una violazione del diritto comunitario imputabile ad uno Stato membro [...] Ne consegue che il principio della responsabilità dello Stato per danni causati ai singoli da violazioni del diritto comunitario ad esso imputabili è *inerente al sistema del trattato*".

dell'istituzione della Corte consiste nel riconoscimento della sua autorità da parte degli stessi destinatari.

La pronuncia della Corte di Giustizia rende evidente la dipendenza del fenomeno giuridico dal processo. La Corte di Giustizia *ha creato* diritto su una materia fondamentale. Elabora il principio generale di responsabilità extracontrattuale e lo applica ai rapporti tra Stato e cittadino, estendendo la portata del corrispondente principio di diritto interno: lo Stato italiano infatti non è responsabile al proprio interno per l'inadempimento di obblighi costituzionali, ma risponde al cittadino della violazione del diritto comunitario.

Risulta evidente la necessità di garantire che il processo si svolga secondo regole che *effettivamente* garantiscano alle parti di *argomentare correttamente* le proprie ragioni, in un giusto processo.

Peraltro la razionalità del discorso processuale ha come condizione che nella società vi sia l'abitudine culturale ad impostare ed affrontare le questioni in modo razionale, secondo logiche lontane sia dall'imposizione d'autorità che dalla negoziazione. Perché sia garantita la qualità del discorso giuridico è quindi importante che il valore della argomentazione sia riscoperto e praticato nelle diverse espressioni della società civile: nell'ambiente professionale, politico, accademico.