

Tecla Mazzaresse

Scoperta *vs* giustificazione Una distinzione dubbia in tema di decisioni giudiziali*¹

Abstract - Alla distinzione fra contesto di scoperta e contesto di giustificazione è spesso attribuito un rilievo centrale nelle analisi che hanno ad oggetto l'applicazione giudiziale del diritto. A tale distinzione, infatti, è spesso ricondotto l'arduo compito di decidere della razionalità delle decisioni giudiziali.

Ora, nonostante la manifesta fortuna di cui gode (o, forse, proprio in ragione di tanta fortuna) è tutt'altro che ovvio e aproblematico stabilire quale sia la valenza della distinzione tra contesto di scoperta e contesto di giustificazione quale possibile strumento di comprensione delle decisioni giudiziali. La valenza di tale distinzione, infatti, è dubbia: 1. quale possibile strumento di comprensione della struttura e dell'articolazione delle diverse fasi in cui si configura l'applicazione giudiziale del diritto,

2. quale possibile strumento di comprensione delle specifiche forme di razionalità che si può assumere contraddistinguano il ragionamento giudiziale nelle diverse fasi in cui si configura l'applicazione giudiziale del diritto.

L'esame dei problemi che giustificano ciascuno dei due dubbi appena enunciati, è oggetto, rispettivamente, della seconda e della terza parte in cui si articola questo intervento. La prima parte si propone, invece, di richiamare sommariamente alcune delle ragioni che rendono problematica, in ambito epistemologico, la formulazione della distinzione fra contesto di scoperta e contesto di giustificazione, e di accennare brevemente ad alcune delle ragioni che rendono problematica la ricezione della distinzione in ambito giudiziale.

0. Introduzione

Alla distinzione fra contesto di scoperta e contesto di giustificazione è spesso attribuito un rilievo centrale nelle analisi che hanno ad oggetto l'applicazione

¹*Desidero ringraziare José Juan Moreso per avermi provocato (con i suoi rilievi critici ad un mio lavoro su *fuzziness* e decisioni giudiziali) ad indagare il tema qui in esame, Carlo Dalla Pozza e Lorenzo Magnani per le molte indicazioni bibliografiche che mi hanno segnalato, Paolo Comanducci e Riccardo Guastini per i loro commenti e le loro osservazioni. Il presente testo, ad eccezione di qualche rara modifica, è già apparso in P. Comanducci / R. Guastini (eds.), *Analisi e diritto 1995*. Torino, Giappichelli, 1995, pp. 145-196. Per lo svolgimento di questa ricerca ho usufruito di finanziamenti del Ministero dell'Università e della Ricerca Scientifica e Tecnologica.

giudiziale del diritto. A tale distinzione, infatti, è spesso ricondotto l'arduo compito di decidere della razionalità delle decisioni giudiziali.^[1]

Ora, nonostante la manifesta fortuna di cui gode (o, forse, proprio in ragione di tanta fortuna) è tutt'altro che ovvio e ap problematico stabilire quale sia, in ambito giudiziale, la sua possibile valenza esplicativa. La valenza di tale distinzione, infatti, è dubbia, in primo luogo, quale possibile strumento di comprensione della struttura e dell'articolazione delle diverse fasi in cui si configura l'applicazione giudiziale del diritto, e, in secondo luogo, quale possibile strumento di comprensione delle specifiche forme di razionalità che si può assumere contraddistinguano il ragionamento giudiziale nelle diverse fasi in cui si configura l'applicazione giudiziale del diritto.

Prima di indicare le parti in cui il presente lavoro si articola (§ 0.2.), del presente lavoro è tratteggiato il punto d'avvio ed è sinteticamente enunciato il principale nucleo tematico (§ 0.1.).

0.1. Una distinzione molto illuminante o gravemente fuorviante?

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

In particolare, lo scontro fra le diverse posizioni si incentra e si radicalizza intorno all'assunto della natura logico-deduttiva dell'applicazione giudiziale del diritto. Assunto che, secondo un'opinione che continua ad essere ampiamente condivisa, condiziona, se non addirittura coincide con, lo stesso assunto della razionalità delle decisioni giudiziali. In altri termini, è opinione ricorrente che la natura razionale delle decisioni giudiziali dipenda dalla, se non addirittura si esaurisca nella, loro natura logico-deduttiva.

Non stupisce, quindi, che perplessità e dubbi sui fondamenti teoretico-concettuali della concezione logico-deduttiva delle decisioni giudiziali siano (stati) spesso stigmatizzati come una pericolosa espressione di tendenze irrazionaliste, funzionali alle forme più preoccupanti di decisionismo e alle forme più radicali di arbitrio giudiziale.

Non sempre, però, le repliche alle critiche della concezione logico-deduttiva si esauriscono in giudizi di carattere meramente emotivo-ideologico. Non mancano, infatti, analisi nelle quali la confutazione di tali critiche assume anche toni più specificamente teoretico-esplicativi.

E' proprio in analisi di questo tipo che spesso si fa ricorso alla distinzione fra contesto di scoperta e contesto di giustificazione come argomento decisivo per

difendere, ridefinendone l'ambito operativo, la concezione logico-deduttiva delle decisioni giudiziali e, al tempo stesso, come argomento risolutivo per riaffermare, indicandone i termini nei quali può esplicarsi, la razionalità dell'applicazione giudiziale del diritto.

Alla distinzione fra contesto di scoperta e contesto di giustificazione spesso si fa ricorso, infatti, per ribadire la validità della concezione logico-deduttiva, precisando che essa attiene al contesto di giustificazione e non anche (o, almeno, non necessariamente anche) al contesto di scoperta di una decisione giudiziale. In altri termini, si precisa che la concezione logico-deduttiva concerne la giustificazione e/o la giustificabilità di una decisione giudiziale, concerne, cioè, la derivabilità, in una decisione, della norma espressa dal dispositivo dalla premessa giuridica congiuntamente alla premessa fattuale, e non concerne invece (o, almeno, non necessariamente) la natura del processo che porta alla formulazione di tali premesse.

Il richiamo alla distinzione fra contesto di scoperta e contesto di giustificazione sembra così garantire un duplice risultato: non disconoscere del tutto il fondamento e la ragion d'essere delle principali critiche mosse alla concezione logico-deduttiva, da un lato, e dall'altro lato, circoscrivere la portata e la forza di tali critiche al contesto di scoperta di una decisione, contesto al quale, implicitamente, quando non esplicitamente, viene attribuito un ruolo secondario e marginale per la definizione e per la caratterizzazione della natura delle decisioni giudiziali.

Esemplare di questa linea argomentativa è l'analisi di R. Wasserstrom.

Con esplicito riferimento alle critiche mosse alla concezione logico-deduttiva delle decisioni giudiziali, Wasserstrom denuncia, innanzitutto, il rischio di incorrere in quella che lui stesso denomina "fallacia irrazionalista", ovvero:

The question of whether an argument is formally valid is confused with the question of whether there can be good reasons for believing a proposition to be true or false. It is recognized quite correctly that the canons of formal logic have a decidedly limited applicability. It is inferred quite incorrectly from this that all questions which cannot be settled by appealing to formal logic cannot be settled in any manner which could be called "reasonable" or "logical"[2]

Dalla caratterizzazione della fallacia irrazionalista Wasserstrom passa, quindi, ad indicare i termini in cui, a suo avviso, si pone il problema di una corretta valutazione della concezione logico-deduttiva delle decisioni giudiziali. Scrive Wasserstrom:

Placing the problem within the broader context of decision procedures in general, there are two quite distinctive procedures that might be followed before any particular decision is made or accepted. This is true in science or ethics as it is in law. The way in which these two procedures operate can be indicated by reference to two types of questions that may be asked about any decision. One kind of question asks about the manner in which a decision or conclusion was reached; the other inquiries whether a given decision or conclusion is justifiable.[3]

La distinzione fra i due tipi di quesiti prelude, com'è palese, alla distinzione fra contesto di scoperta e contesto di giustificazione. Ora, avere ignorato tale distinzione è, secondo Wasserstrom, l'errore di fondo compiuto dai critici della concezione logico-deduttiva, errore che pregiudica il rilievo e la portata delle loro analisi. Scrive Wasserstrom:

By equating the process of discovery with the process of decision they have argued quite persuasively that the judge's *opinion* is surely not an accurate report of the decision process. But it is, I think, chimerical to suppose that most judicial opinions purport to describe the process of discovery. Surely the kind of reasoning process that is evident by the usual judicial opinion is more suggestive of a typical justificatory procedure. Turning by way of analogy to the example of the scientist -it is one thing to read a judicial opinion as a report of why or how the judge 'hit upon' the decision and quite another thing to read the opinion as an account of the procedure he employed in "testing it".[4]

Non diversamente da Wasserstrom anche J. Horowitz, così come non pochi altri studiosi, difende la concezione logico-deduttiva delle decisioni giudiziali, denunciando la confusione fra contesto di scoperta e contesto di giustificazione che vizia ed inficia le critiche di cui essa è (stata) bersaglio.[5]

Scrive Horowitz:

Logic is not concerned with the argumentative processes or acts and their psychological or historical aspects, but with their linguistic products as subject to syntactic and semantic rules. It is not concerned, that is to say, with the context of discovery of either conclusions or premises, but with the context of justification of the conclusions by the premises. Then the determinant conditions of the rational force of argument are purely formal.[6]

Ora, che la distinzione fra contesto di scoperta e contesto di giustificazione consenta di difendere e di riaffermare l'assunto della natura logico-deduttiva e, quindi, per ciò stesso, l'assunto della razionalità delle decisioni giudiziali, è meno ovvio e ap problematico di quanto non lascino supporre le rassicuranti affermazioni di Wasserstrom e di Horowitz, di quanto, cioè, non inducano a ritenere la linearità e l'apparente ovvietà delle loro argomentazioni.

Che la distinzione fra contesto di scoperta e contesto di giustificazione non costituisca necessariamente ed univocamente uno strumento concettuale atto a confutare le concezioni più radicalmente irrazionali o arazionali delle decisioni giudiziali è esplicitamente denunciato da U. Scarpelli. Scarpelli, infatti, manifesta la preoccupazione che tale distinzione si possa prestare ad un uso che veicoli e corrobora non già una concezione razionale, bensì, al contrario, una concezione arazionale, se non addirittura irrazionale, delle decisioni giudiziali. Scrive Scarpelli:

La distinzione fra contesto di decisione e contesto di giustificazione, a proposito delle decisioni giudiziarie, è una distinzione che può riuscire molto illuminante, ma può riuscire anche gravemente fuorviante. Riesce illuminante in quanto porta a rendersi conto che i giudici non prendono le loro decisioni alla maniera di macchine calcolatrici, bensì decidono come esseri umani, esercitando un'iniziativa ed attraverso processi con modalità dipendenti dalla loro personalità e dalla situazione in cui agiscono, non necessariamente coincidenti con operazioni e ordini di operazioni determinati da una disciplina delle attività giudiziarie. La distinzione riuscirebbe invece fuorviante se venisse usata a conferma del pregiudizio secondo cui una decisione giudiziaria va imputata a motivi affatto personali dei giudici oppure a influenze e condizionamenti istituzionali e sociali, considerando le convenzioni, i principi ed i criteri regolativi delle operazioni e delle decisioni dei giudici una sovrastruttura priva di un'effettiva funzione, una mistificazione, una maschera da strappar via.^[7]

Il timore di Scarpelli che l'uso della distinzione fra contesto di scoperta e contesto di giustificazione possa portare, nell'analisi delle decisioni giudiziali, ad esiti di natura irrazionale ha l'indubbio merito di richiamare ad una più attenta riflessione sulla valenza da attribuire a tale distinzione quale possibile strumento di comprensione dell'applicazione giudiziale del diritto, ha l'indubbio merito, cioè, di sollecitare un'attenta disamina delle possibili diverse implicazioni che può comportare l'adozione di uno strumento concettuale tanto noto, quanto, a volte, usato con imprudente disinvoltura.

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

Il primo quesito concerne l'idoneità dei due termini dell'opposizione paradigmatica fra contesto di scoperta e contesto di giustificazione a render esaustivamente conto dei principali momenti costitutivi di una decisione giudiziale. O, più precisamente, il primo quesito concerne l'individuazione dei momenti costitutivi di una decisione giudiziale che si assume siano assimilabili e/o riconducibili al contesto di scoperta e, rispettivamente, al contesto di giustificazione. Tale quesito è di centrale rilievo per decidere della valenza da attribuire alla distinzione quale strumento di comprensione dell'articolazione delle diverse fasi in cui si configura l'applicazione giudiziale del diritto.

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

L'analisi delle problematiche alle quali rinvia ciascuno dei due quesiti appena menzionati costituisce il nucleo centrale su cui si incentra l'analisi svolta nel presente lavoro.

0.2. Partizione del presente lavoro

L'analisi svolta nel presente lavoro si articola in tre parti principali.

La prima parte si propone di richiamare in modo schematico e sommario alcune delle ragioni che della distinzione fra contesto di scoperta e contesto di giustificazione rendono problematica la formulazione in ambito epistemologico, e di accennare brevemente ad alcune delle ragioni che della distinzione rendono problematica la recezione in ambito giudiziale.

La seconda e la terza parte di questo lavoro hanno ad oggetto l'analisi delle problematiche cui rinviano i due quesiti relativi alla capacità euristica della distinzione in tema di decisioni giudiziali.

In particolare, la seconda parte del lavoro ha ad oggetto l'esame del ruolo che può essere assegnato all'opposizione paradigmatica fra contesto di scoperta e contesto di giustificazione per la comprensione della struttura e dell'articolazione delle diverse fasi in cui si configura l'applicazione giudiziale del diritto.

La terza parte del lavoro, infine, ha ad oggetto l'esame del ruolo che può essere assegnato all'opposizione paradigmatica fra contesto di scoperta e contesto di giustificazione per la comprensione delle forme di razionalità che si può assumere caratterizzino fasi e momenti differenti del ragionamento giudiziale.

Un'ultima osservazione preliminare. La lettura critica che verrà qui proposta della portata esplicativa, in ambito giudiziale, della distinzione fra scoperta e giustificazione non è circoscritta ad alcuna forma particolare di regolamentazione normativa, non è circoscritta, cioè, alle forme in cui l'applicazione giudiziale del diritto si configura in ordinamenti di *common law*, piuttosto che in ordinamenti di *civil law*, o, ancora, alle forme in cui essa si esplica in campo penale piuttosto che in campo civile.

L'assenza di delimitazione del campo d'analisi, sotto questo profilo, non è dettata né dal fatto che alla distinzione fra scoperta e giustificazione si fa ricorso in ambito penalistico come in ambito civilistico, in relazione a sistemi di *common law* come in relazione a sistemi di *civil law*, né, ancor meno, dalla falsa convinzione che le diverse forme di regolamentazione dell'applicazione giudiziale del diritto siano irrilevanti al fine di una corretta comprensione della struttura e della natura delle decisioni giudiziali.

L'assenza di delimitazione del campo d'analisi, sotto questo profilo, è dettata, invece, dalla convinzione che la varietà di forme in cui l'applicazione giudiziale del diritto può configurarsi (in ragione delle diverse regolamentazioni da parte di ordinamenti diversi, o, nell'ambito di un unico e stesso ordinamento a seconda di materie differenti) concorra di per sé a mostrare quanto possa essere dubbia la valenza esplicativa della distinzione fra scoperta e giustificazione quando ad essa si fa ricorso in ambito giudiziale.

1. Sulla recezione della distinzione fra contesto di scoperta e contesto di giustificazione in ambito giudiziale

Della distinzione fra contesto di scoperta e contesto di giustificazione, così come di molte categorie concettuali che si sono imposte all'attenzione di studiosi di discipline diverse, non sempre è chiaro in che termini se ne configuri la recezione nei diversi settori di ricerca [8] Non sempre, cioè, è chiaro se ed in che termini la recezione tenga conto (o, almeno, sia consapevole) della complessità del contesto nel quale la categoria concettuale è stata elaborata e dell'eventuale problematicità che le può essere imputata.

In particolare, della distinzione fra contesto di scoperta e contesto di giustificazione non sempre è palese, quando ad essa si fa ricorso nelle analisi in

tema di decisioni giudiziali, cosa rimanga delle problematiche teoretico-concettuali che, negli anni trenta, hanno portato alla sua esplicita tematizzazione e che, nei decenni successivi, sono state e continuano ad essere oggetto di un vivace dibattito in filosofia della scienza.

Tale dubbio non è dettato da un interesse di natura meramente esegetica o filologica. Così come non è dettato da un interesse di natura psicologica il dubbio sulle ragioni che, nelle analisi in tema di decisioni giudiziali, hanno dato origine alla fortuna della distinzione in esame di contro alla distinzione (per un giurista più ovvia e immediata) fra *ars inveniendi*, da un lato, e, dall'altro lato, *ars iudicandi* e *ars disputandi*.^[9]

Entrambi i dubbi, seppure in prospettive diverse, sono dettati, invece, da un interesse di natura esplicativa: vagliare la portata euristica dell'opposizione paradigmatica fra contesto di scoperta e contesto di giustificazione in tema di applicazione giudiziale del diritto.

Dei due dubbi, nel presente lavoro, verrà preso in esame soltanto il primo. In particolare, dopo avere sommariamente accennato ai termini in cui la distinzione è stata formulata e ad alcune delle principali difficoltà che in relazione ad essa sono state sollevate (§ 1.1.), si segnaleranno alcune spie che denunciano, nelle analisi sull'applicazione giudiziale del diritto, la scarsa attenzione, per la problematicità che la recezione della distinzione può comportare (§ 1.2.).

1.1. Scoperta vs. giustificazione in ambito epistemologico

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

In particolare, di tale distinzione si possono indicare almeno tre profili problematici: (a) un profilo storico-ricostruttivo; (b) un profilo esegetico-interpretativo; (c) un profilo teoretico-esplicativo.

1.1.1. Problemi storico-ricostruttivi

Sotto un profilo storico-ricostruttivo, è problematico delineare e ripercorrere i diversi momenti della genesi della distinzione fra contesto di scoperta e contesto di giustificazione. Più precisamente, non v'è consenso riguardo alle forme e ai modi in cui tale distinzione si è configurata nella storia della filosofia della scienza prima

che essa fosse esplicitamente tematizzata e prima che i due termini che in essa ricorrono in opposizione paradigmatica fossero esplicitamente denominati.

Non v'è consenso, in particolare, non tanto riguardo all'individuazione delle anticipazioni più prossime alla prima esplicita formulazione da parte di H. Reichenbach nel 1938,^[10] quanto, piuttosto, riguardo alla ricostruzione delle possibili prefigurazioni della distinzione nelle diverse concezioni del metodo che hanno segnato la storia della filosofia della scienza.^[11]

1.1.2. Problemi esegetico-interpretativi

Sotto un profilo esegetico-interpretativo, è problematica la lettura di quella che molti ritengono essere la prima esplicita formulazione della distinzione fra contesto di scoperta e contesto di giustificazione. Più precisamente, non v'è consenso riguardo alle implicazioni che la distinzione comporta nell'opera di Reichenbach, che di tale distinzione è usualmente indicato come l'autore.

Significativamente Th. Nickles scrive:

The distinction of context of justification from context of discovery is universally attributed to Reichenbach, in *Experience and Prediction*. Surprisingly, however, it is far from clear that the distinction Reichenbach drew in his 1938 book is the distinction that later writers have taken it to be! It is remarkable how nearly every quotation from Reichenbach selects out only what are supposed to find in him and ignores the rest.^[12]

E inoltre, sempre Nickles afferma:

Reichenbach's distinction is not a dichotomy (since he recognized that logico-rational elements are common to both sides), and it is strange that he is widely interpreted as denying a logic of discovery, when, by his own account, clearly articulated and logically cogent scientific reasoning of any sort belongs to 'context of justification', including reasoning to a new discovery.^[13]

Quest'ultimo rilievo di Nickles sintetizza in modo felice il perché dell'interesse per un'attenta rivisitazione dei termini nei quali Reichenbach ha formulato la distinzione e, al tempo stesso, indica con chiarezza la principale fonte di dissenso fra fautori e oppositori della distinzione: l'affermazione o, invece, la negazione della legittimità di una logica della scoperta, l'affermazione, o, invece, la negazione della possibilità di potere teorizzare forme di razionalità della scoperta.

E' indubbio, infatti, che la ragione d'essere della distinzione sia quello di circoscrivere, e al tempo stesso caratterizzare, specificandone la natura, l'ambito operativo dell'epistemologia.

Ciò che è dubbio, invece, è la specifica valenza che la distinzione assume nell'opera di Reichenbach, e, in una prospettiva più generale, la specifica valenza che, secondo concezioni diverse, si può ritenere che la distinzione assuma nell'individuazione e nella definizione dei compiti dell'epistemologia.

Riguardo alla distinzione così come essa è proposta per la prima volta da Reichenbach nel 1938, sembra plausibile affermare che essa abbia sì un ruolo di innegabile rilievo nell'analisi in cui si articola la definizione e la caratterizzazione di ciò che attiene all'epistemologia, ma che, nondimeno, di per sé essa non esaurisca la complessità e la ricchezza di tale analisi.^[14]

Il ruolo della distinzione fra contesto di scoperta e contesto di giustificazione è circoscritto, infatti, a uno dei due momenti in cui Reichenbach articola il "compito descrittivo" (*descriptive task*) dell'epistemologia, compito descrittivo distinto, a sua volta, da due compiti ulteriori: il "compito critico" (*critical task*)^[15] e il "compito normativo" (*advisory task*)^[16] Ora, dei due momenti in cui si articola il compito descrittivo dell'epistemologia (il compito che consiste, cioè, nel fornire una descrizione della conoscenza quale essa è realmente, e che, quindi, secondo Reichenbach, rende l'epistemologia parte della sociologia generale^[17]), il primo concerne l'individuazione di una linea di demarcazione fra epistemologia e sociologia generale,^[18] il secondo momento (il momento, cioè, in relazione al quale viene formulata la contrapposizione fra contesto di scoperta e contesto di giustificazione) concerne, invece, l'individuazione di una linea di demarcazione fra l'epistemologia e la psicologia. E precisamente, è tesi di Reichenbach che la psicologia si occupi dei processi di pensiero così come essi si svolgono nella realtà, mentre l'epistemologia tenda, invece, all'elaborazione di un "sostituto logico" (*logical substitute*) di tali processi reali, tenda, cioè, a fornire (il rinvio alla terminologia di Carnap è esplicito)^[19] "ricostruzioni razionali" dei processi di pensiero così come essi si svolgono nella realtà. In altri termini, è tesi di Reichenbach che:

If a more convenient determination of this concept of rational reconstruction is wanted, we might say that it corresponds to the form in which thinking processes are communicated to other persons instead of the form in which they are subjectively performed. I shall introduce the terms *context of discovery* and *context of justification* to mark this distinction. Then we have to say that epistemology is only occupied in constructing the context of justification.^[20]

1.1.3. Problemi teoretico-esplicativi

Sotto un profilo più manifestamente teoretico-esplicativo, ad essere problematica è la distinzione stessa fra contesto di scoperta e contesto di giustificazione. Più precisamente, non v'è consenso né sulla valenza da ascrivere a tale distinzione, né, più radicalmente, sulla sua stessa ragion d'essere, sulla sua stessa legittimità e plausibilità.

Dato il rilievo che, come si è già notato, la distinzione tende ad assumere nella delimitazione e definizione dell'ambito operativo dell'epistemologia e, quindi, nella caratterizzazione dei processi di conoscenza così come essi si configurano nella ricerca scientifica, non stupisce che di essa siano state proposte formulazioni diverse. La pluralità di concezioni relative alla teorizzazione o, invece, alla confutazione della distinzione altro non è, infatti, che l'ovvio riflesso di una simmetrica pluralità di concezioni dell'epistemologia e della natura dei processi conoscitivi che si esplicano nella formulazione ed elaborazione delle teorie scientifiche.

Un accurato quadro riassuntivo dei principali aspetti problematici della distinzione fra contesto di scoperta e contesto di giustificazione è tratteggiato da Nickles:

'The' discovery/justification distinction can be criticized in many ways . First, 'the' distinction is muddied by being formulated in many different ways by different writers. Second, the boundary between the things distinguished becomes rather arbitrary (depending on the -elusive- meanings of key terms), yet the existence of the distinction is supposed to be epistemologically very important. Third, closer inspection reveals that 'the' distinction is actually a cluster of related distinctions, some of them legitimate, others misconceiving one or both sides of the distinction . Fourth, it is found that no one distinction will do all the work required of 'the standard' distinction; rather the individual distinctions are not 'absolute' but context dependent. Fifth, the replacement of the old, 'absolute' distinction by a number of context-specific distinctions, removes a prop from the traditional epistemology and opens an exciting period of trying to recast the epistemology along more contextual lines.[21]

Meno analitico nell'elencare le principali ragioni che ne mostrano la problematicità, ma non per questo meno efficace nel sintetizzarne la principale fonte di dissenso è il passo in cui G. Gutting contesta la distinzione fra contesto di scoperta e contesto di giustificazione. Scrive Gutting:

The discovery/justification distinction is unwarranted and unilluminating. Unwarranted because to make a discovery is to come to *know* something and knowledge requires justification. Unilluminating because, even if we bracket the ordinary sense of 'discovery' and use it as a technical term for the development of hypotheses prior to justification, we find that the distinction corresponds to nothing in the methodology of science. All the methods of science are directed toward the development of justified hypotheses; they are simultaneously methods of 'discovery' (properly development) and justification.[22]

1.1.4. Alcune osservazioni di riepilogo

Per quanto non ne consentano certo una descrizione completa e approfondita, nondimeno le osservazioni che precedono (§§ 1.1.1.-1.1.3.) esemplificano a sufficienza la varietà di termini in cui, nella letteratura di filosofia della scienza, si pone la distinzione fra contesto di scoperta e contesto di giustificazione.

Nel tentativo di sintetizzare (e, in parte, anche di integrare) le osservazioni che precedono, sembra plausibile tentare di ordinare le diverse posizioni sulla contrapposizione fra contesto di scoperta e contesto di giustificazione secondo tre diversi atteggiamenti: (a) affermazione della distinzione in senso forte; (b) affermazione della distinzione in senso debole; (c) negazione della distinzione.[23]

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

Questo primo atteggiamento è esemplificato dall'usuale lettura della prima formulazione della distinzione da parte di Reichenbach nel 1938, lettura che, come si è già avuto modo di segnalare (§ 1.1.2.), è esplicitamente criticata, ad esempio, da Nickles e da M. Curd. Un'ulteriore esemplificazione è fornita dalla caratterizzazione che K. Popper propone della distinzione (omologa a quella qui in discussione) fra psicologia della conoscenza e logica della conoscenza.[24]

Al secondo atteggiamento, l'affermazione della distinzione in senso debole, è riconducibile la posizione di coloro che, pur in forme diverse ed in termini non sempre coincidenti, accettano la distinzione ma, nondimeno, sostengono: (a) che la razionalità della conoscenza sia garantita dalla giustificabilità delle teorie

scientifiche, ma che non per questo sia da escludere né qualsivoglia forma di razionalità propria ai modi in cui può realizzarsi una scoperta scientifica, né la possibilità di forme logiche proprie ai processi di scoperta; (b) che oggetto dell'epistemologia sia precipuamente ciò che attiene al contesto di giustificazione, ma che, non per questo, tutto ciò che attiene al contesto di scoperta sia destituito di rilievo epistemologico.

Questo secondo atteggiamento è esemplificato dalla rilettura critica che, come si è già accennato (§ 1.1.2.) Nickles propone della prima formulazione della distinzione in Reichenbach.

Al terzo atteggiamento, la negazione della distinzione, è riconducibile la posizione di coloro che, pur in forme diverse ed in termini non sempre coincidenti, rifiutano la distinzione e sostengono: (a) che compiti dell'epistemologia siano l'individuazione delle forme di articolazione della logica della scoperta e la definizione delle forme di razionalità proprie alle diverse fasi in cui il processo della scoperta si articola; (b) che oggetto dell'epistemologia sia, precipuamente, ciò che attiene al contesto di scoperta.^[25]

Questo terzo atteggiamento, ricorrente nella letteratura di matrice post-positivista, ha un'esemplificazione radicale nelle già citate analisi di Gutting e di Nickles (§ 1.1.3.).^[26]

1.2. Scoperta *vs.* giustificazione in ambito giudiziale

Mentre nella letteratura di filosofia della scienza la distinzione fra contesto di scoperta e contesto di giustificazione è funzionale alla demarcazione e alla caratterizzazione dei compiti specifici di due ambiti disciplinari diversi (l'epistemologia e la psicologia), nella letteratura sull'applicazione giudiziale del diritto, la funzione della distinzione si esplica, invece, nella differenziazione di due momenti del processo decisorio, momenti la definizione della cui natura si assume consenta di decidere della razionalità delle decisioni giudiziali.

Ora, una ricognizione dei termini in cui si è proposta la definizione della natura dei due momenti del processo decisorio, una ricognizione, cioè, delle forme in cui si è configurata la recezione della distinzione fra contesto di scoperta e contesto di giustificazione in tema di decisioni giudiziali non è per nulla agevole. Tale recezione, infatti, della distinzione spesso ignora sia la problematicità che ne contraddistingue la formulazione in ambito epistemologico, sia la problematicità che ne caratterizza la riproposizione in ambito giudiziale.^[27]

Indice della mancanza di consapevolezza della problematicità della distinzione, sotto un profilo specificamente epistemologico, è la generalità dei termini in cui la

distinzione è usualmente presentata. Della distinzione, infatti, si dà per scontata non solo la notorietà, ma anche e soprattutto l'univocità dell'interpretazione e l'ovvietà della portata esplicativa. Non a caso, forse, raramente sono indicati riferimenti bibliografici di analisi che documentino e consentano di approfondire le ragioni della complessità della distinzione. Non a caso, forse, quando si indica qualche riferimento bibliografico (e non ci si limita, invece, ad affermare la conclamata notorietà della distinzione) le segnalazioni sono circoscritte alle analisi pionieristiche di Reichenbach e/o di Popper,^[28] o, ancora più riduttivamente, alle analisi di altri giuristi che alla distinzione hanno già esplicitamente, o, anche solo implicitamente, fatto ricorso.^[29]

Indice della mancanza di consapevolezza della problematicità della distinzione, sotto un profilo più propriamente giudiziale, è la scarsa attenzione per la diversa valenza esplicativa che essa può assumere non solo, come è ovvio, in ragione della varietà dei modi in cui è possibile intendere la distinzione in sé, ma anche in ragione dei possibili tratti distintivi dell'ambito giudiziale rispetto all'ambito epistemologico, ma anche, cioè, in ragione delle possibili differenze specifiche fra teorie scientifiche e decisioni giudiziali, fra processo cognitivo e quella particolare forma di processo decisorio che si esplica nell'applicazione giudiziale del diritto.^[30]

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

La ragione della pluralità di forme che la recezione della distinzione assume in ambito giudiziale è semplice, così come è semplice la ragione, cui si è già fatto cenno (§ 1.1.3.), della pluralità di forme che la distinzione assume in ambito epistemologico. In particolare, non diversamente da come, in ambito epistemologico, la pluralità di concezioni della distinzione riflette una pluralità di modi di intendere l'epistemologia e la definizione dei suoi compiti, così, in ambito giudiziale, la pluralità di forme in cui si configura la recezione della distinzione è il riflesso di una pluralità di modi di intendere l'applicazione giudiziale del diritto, è il riflesso, cioè, di una pluralità di modi di intendere la natura delle decisioni giudiziali.

Prima di prendere in esame come forme diverse della recezione della distinzione riflettano concezioni diverse della natura delle decisioni giudiziali, prima di prendere in esame, cioè, la valenza della distinzione quale possibile strumento di comprensione delle specifiche forme di razionalità che, secondo concezioni

diverse, sono proprie al ragionamento giudiziale nelle diverse fasi in cui si configura l'applicazione giudiziale del diritto (§ 3.), si procederà all'esame della valenza della distinzione quale strumento di comprensione della struttura e dell'articolazione delle diverse fasi in cui si configura l'applicazione giudiziale del diritto (§ 2.).

2. Sui momenti costitutivi dell'applicazione giudiziale del diritto

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

In particolare, sono due gli ordini di problemi che giustificano le perplessità sui termini in cui la distinzione fra contesto di scoperta e contesto di giustificazione possa tener conto, e consenta di render conto, delle peculiarità del processo decisorio che si esplica nell'applicazione giudiziale del diritto.

Il primo ordine di problemi concerne l'assimilazione, meccanica e acritica, fra teorie scientifiche e decisioni giudiziali, fra ricerca scientifica e applicazione giudiziale del diritto, fra processo cognitivo e quella particolare forma di processo decisorio che si esplica nell'applicazione giudiziale del diritto. Il primo ordine di problemi concerne, cioè, l'adozione di una distinzione, pensata e concepita in ambito epistemologico, e disinvoltamente riproposta in ambito giudiziale.

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

2.1. Teorie scientifiche e decisioni giudiziali a confronto

Un'acritica riproposizione, in ambito giudiziale, della distinzione fra contesto di scoperta e contesto di giustificazione presuppone, in modo del tutto opinabile, l'isomorfismo fra il processo di conoscenza che si attua nell'elaborazione delle teorie scientifiche e quella particolare forma di processo decisorio che si attua nell'applicazione giudiziale del diritto. Tale presupposizione è fuorviante:

disconoscere i tratti specifici e le peculiarità che distinguono e differenziano i due tipi di processo non può che ingenerare pericolose semplificazioni, non può che favorire fraintendimenti ed equivoci concettuali.^[31]

In particolare, tale presupposizione è fuorviante sia nel caso in cui, in nome del mito neopositivista della razionalità scientifica, si tenti di offrire un'immagine "scientifica", una caratterizzazione cioè rigorosa e certa, del diritto e della sua applicazione giudiziale,^[32] sia nel caso in cui, in nome della negazione post-positivista del mito della razionalità scientifica, si tenti di offrire un'immagine "giuridica", una caratterizzazione cioè procedurale e/o fallibilista della scienza.^[33]

Un'autorevole testimonianza della tesi opposta a quella appena enunciata, una testimonianza, cioè, in favore dell'isomorfismo fra processo conoscitivo e processo decisionario, sembra offerta da Popper, uno dei più prestigiosi e dei più fermi assertori della distinzione fra contesto di scoperta e contesto di giustificazione, dall'autore, cioè, della netta separazione e differenziazione fra psicologia della conoscenza e logica della conoscenza.

Al fine di chiarire la distinzione fra giustificazione di una teoria e decisione delle "asserzioni base",^[34] i dati ultimi in relazione ai quali, e/o a partire dai quali, si articolano i controlli di una teoria,^[35] Popper propone, infatti, un parallelismo con quella particolare forma di processo in cui il giudice è affiancato da una giuria:

Quest'importante distinzione tra giustificazione e decisione può essere chiarita con l'aiuto di un'analogia: la vecchia procedura del processo con giuria.^[36]

In estrema sintesi, l'analogia suggerita da Popper, può essere così formulata: il verdetto della giuria (la decisione, cioè, relativa all'enunciazione e definizione dei fatti oggetto d'una controversia) è assimilabile alla decisione sulle asserzioni-base di una teoria, mentre il giudizio del giudice (la motivazione, cioè, che della decisione mostra il dispositivo come il risultato di un'inferenza logica a partire dalle norme dell'ordinamento congiuntamente al verdetto della giuria) è assimilabile, invece, alla giustificazione di una teoria. L'analogia, come emerge palesemente dalle parole di Popper, tende a mostrare più la fallibilità delle teorie scientifiche che non la possibilità di una presunta infallibilità delle decisioni giudiziali. Scrive Popper:

Come quello dello sperimentatore, il *verdetto* della giuria, è la risposta ad una questione di fatto. Ma quale questione si ponga, e in che modo la si ponga, dipenderà in massima parte dalla situazione giuridica, cioè dal sistema penale in vigore (che corrisponde a un sistema di teorie). La giuria decide concordemente di accettare un'asserzione su un

accadimento fattuale, asserzione che è paragonabile a un'asserzione-base. Il significato di questa decisione sta nel fatto che da essa, insieme con le asserzioni universali del sistema (della legislazione penale) si possono dedurre certe conseguenze. In altre parole, la decisione forma la base per l'*applicazione* del sistema; il verdetto adempie all'ufficio di una 'asserzione fattuale vera'. Ma è chiaro che l'asserzione non deve necessariamente essere vera soltanto perché la giuria l'ha accettata. Al contrario del verdetto della giuria, il *giudizio* del giudice è 'ragionato': esige, e contiene, una giustificazione. Il giudice tenta di giustificarlo in base a, o di dedurlo logicamente da altre asserzioni, cioè dalle asserzioni del sistema giuridico combinate con il verdetto. L'analogia tra questa procedura e quella con cui decidiamo le asserzioni-base è chiara. Essa getta luce, per esempio, sulla loro relatività, e sul modo in cui le asserzioni-base dipendono da questioni sollevate dalla teoria. Nel caso del processo con giuria sarebbe chiaramente impossibile *applicare* la 'teoria', a meno che non ci sia prima un verdetto a cui si è pervenuti in seguito a una decisione. Però il verdetto deve trovar posto in una procedura che si conforma a, e perciò applica, una parte del codice legale generale. Il caso è analogo a quello delle asserzioni-base. La loro accettazione fa parte dell'applicazione di un sistema di teorie.[37]

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

2.1.1. Diversità rispetto al fine

Fine dell'attività giudiziale è la risoluzione di conflitti sociali e non, come nel caso dell'attività scientifica, la conoscenza del reale.[38]

L'attività giudiziale e l'attività scientifica si differenziano rispetto al fine indipendentemente dal fatto che in ciascuna di esse il conseguimento del fine che le è proprio può configurarsi in una pluralità di modi diversi. In altri termini,

l'attività giudiziale e l'attività scientifica si differenziano rispetto al fine indipendentemente dal fatto che il conseguimento del fine della risoluzione dei conflitti sociali si caratterizzi in modo diverso a seconda di ordinamenti giuridici differenti, e indipendentemente dal fatto che il conseguimento del fine della conoscenza del reale si caratterizzi in modo diverso a seconda di concezioni epistemologiche differenti.^[39]

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

2.1.2. Diversità rispetto all'oggetto

Oggetto dell'attività giudiziale sono le controversie, oggetto dell'attività scientifica sono i fenomeni empirici.

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

Sotto un primo profilo, gli oggetti delle due attività si differenziano perché mentre di ciò su cui verte una controversia non è possibile ripetizione, di un fenomeno empirico, invece, è possibile iterazione, di un fenomeno empirico è possibile, cioè, la riproducibilità. Ciò comporta, com'è ovvio e come è noto, che di ciò su cui la controversia verte si possa avere una conoscenza di tipo storico e non, invece, una conoscenza di tipo sperimentale come nel caso dei fenomeni empirici.^[40]

Sotto un secondo profilo, gli oggetti delle due attività si differenziano perché ciò su cui verte una controversia non sempre (se è mai possibile affermare che lo sia) è riducibile a fatti empirici, al tipo di fatti, cioè, di cui, com'è ovvio, i fenomeni empirici si compongono e in cui i fenomeni empirici si esauriscono.^[41] Fatti determinati in modo valutativo, fatti psichici, fatti istituzionali, non sono che alcuni dei tipi di fatto non riducibili a, o quantomeno, non meccanicamente assimilabili a, fatti empirici con cui esemplificare ciò su cui una controversia può vertere.^[42] Com'è ovvio, anche se è scarsa l'attenzione che sino ad oggi è stata prestata all'argomento, fatti tipologicamente differenti sollevano problemi epistemologici diversi in ragione della loro natura specifica, problemi che non coincidono con i problemi epistemologici propri ai fatti empirici.

Sotto un terzo profilo, gli oggetti delle due attività si differenziano per le diverse forme di condizionamento di cui è passibile la loro individuazione in ragione del sistema in relazione al quale si pongono, per le diverse forme, cioè, in cui il sistema in relazione al quale si pongono concorre a definirli. In particolare, indipendentemente dalla loro possibile varietà tipologica, i fatti su cui una controversia verte hanno una specifica valenza giuridica che è determinata dall'ordinamento in relazione al quale la controversia si pone.^[43] La valenza di un fenomeno empirico, invece, può sì essere condizionata, ma di certo non è pre-determinata dalla teoria e/o dalle teorie di riferimento dello sperimentatore. Il condizionamento dei fatti naturali da parte delle teorie di riferimento (il cosiddetto carattere *theory-laden* dei fatti oggetto dell'attività scientifica) non è solo quantitativamente, ma anche e soprattutto qualitativamente diverso dalla definizione della specifica valenza giuridica, da parte di un ordinamento giuridico, dei fatti che esso disciplina.^[44]

2.1.3. Diversità rispetto alle forme di attuazione

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

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

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

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

Una terza differenza nelle forme in cui le due attività si configurano deriva dall'eterogeneità fra le forme e i modi in cui, da un lato, in ambito giudiziale, si configurano il cosiddetto accertamento dei fatti oggetto delle controversie e l'interpretazione delle norme da applicare per la risoluzione di tali controversie, e,

dall'altro lato, in ambito scientifico, si caratterizzano i metodi che presiedono all'elaborazione delle teorie scientifiche.^[45]

2.2. Scoperta e giustificazione nelle decisioni giudiziali

Quali aspetti, quali momenti dell'applicazione giudiziale del diritto sono riconducibili al contesto di scoperta e quali, invece, sono riconducibili al contesto di giustificazione? Come si configurano, cioè, il contesto di scoperta e, rispettivamente, il contesto di giustificazione di una decisione giudiziale? O, ancora: la contrapposizione fra scoperta e giustificazione consente di ordinare in due insiemi complementari, in due insiemi, cioè, i cui termini siano mutuamente esclusivi e congiuntamente esaustivi, le diverse fasi di cui si compone e in cui si articola l'applicazione giudiziale del diritto?^[46]

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

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

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

2.2.1. Non univocità della distinzione: pluralità di forme della recezione

La principale ragione della recezione della distinzione fra scoperta e giustificazione in ambito giudiziale è, come si è già avuto modo di segnalare (§ 0.1.), la convinzione che tale distinzione offra un argomento che consente di risolvere in modo incontrovertibile il problema della natura delle decisioni giudiziali, che consente, cioè, di decidere in modo univoco e definitivo della loro natura logico-deduttiva.

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

In estrema sintesi, è tesi dei sostenitori della concezione logico-deduttiva delle decisioni giudiziali che la norma con cui il giudice pone termine ad una controversia è il risultato di un'inferenza logica che ha come premesse le norme dell'ordinamento che si applicano al caso (premessa giuridica), e la cosiddetta descrizione del fatto oggetto della controversia (premessa fattuale). La validità

dello schema inferenziale sillogistico, cui possono essere ricondotti gli elementi essenziali di una decisione giudiziale, non è compromessa, sempre secondo i fautori della concezione logico-deduttiva, dall'eventuale natura alogica o extralogica del processo che porta alla formulazione della premessa giuridica e della premessa fattuale, alla formulazione, cioè, delle premesse dalle quali è logicamente inferibile la norma che pone termine alla controversia.

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

Per quanto sommarie e schematiche, le osservazioni che precedono consentono di individuare nel ruolo da ascrivere al complesso e composito processo che porta alla formulazione della premessa giuridica e alla formulazione della premessa fattuale di una decisione giudiziale un punto nodale intorno al quale si incentra il dibattito sulla natura logico-deduttiva delle decisioni giudiziali, il punto nodale, più precisamente, intorno al quale sembra ovvio si debba incentrare l'attenzione nel riproporre, in ambito giudiziale, la distinzione fra scoperta e giustificazione.^[47]

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

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

2.2.1.1. Prima ragione di dubbio

Una prima ragione di dubbio sulla caratterizzazione di ciò che attiene al processo di formulazione delle premesse di una decisione giudiziale è data dall'indeterminatezza della nozione di 'motivazione', nozione in relazione alla

quale è usualmente definito il contesto di giustificazione. Con esplicito riferimento alle norme che nell'ordinamento giuridico italiano prescrivono l'obbligo della motivazione, l'indeterminatezza della nozione è denunciata con particolare efficacia da M. Taruffo:

da un rapido censimento delle nozioni comunemente impiegate sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza, il concetto di motivazione appare ampiamente indeterminato, e spesso viene anzi trattato come avente un contenuto 'mobile'. Infatti, ogniqualvolta i tentativi di definizione si risolvono nel dire che la motivazione consiste nell'espressione dei 'motivi' o delle 'ragioni del decidere' o dell'*iter* logico seguito dal giudice per giungere alla decisione', ci si muove nel ristretto campo della tautologia (o in quello, ben più ampio ma non meno sterile dell'indeterminatezza): espressioni di questo genere, nel contesto in cui normalmente vengono usate, non esprimono alcuna nozione precisa di 'motivo', di 'ragione' o di '*iter* logico', e quindi, lungi dal definire alcunché, rinviano al piano delle nozioni intuitive, sull'erroneo presupposto che si tratti invece di concetti determinati nel patrimonio delle comuni conoscenze.^[48]

E' plausibile assumere che tali osservazioni, pur non individuando una verità di ragione in tema di motivazione, nondimeno segnalino un'importante verità di fatto, non circoscritta al modo in cui la nozione di 'motivazione' si configura nell'ambito dell'ordinamento giuridico italiano e alla dottrina che ad esso fa riferimento.

Ora, modi diversi di interpretare le norme che prescrivono l'obbligo di motivare le decisioni giudiziali (nel caso in cui tali norme valgano nell'ordinamento giuridico in relazione al quale il giudice si trova ad operare), si riflettono, com'è ovvio, su una simmetrica diversità di modi di stilare la motivazione, si riflettono, cioè, su una simmetrica varietà di modi di selezionare i dati processuali di cui render conto, su una pluralità di modi, cioè, di individuare gli eventuali elementi del processo decisorio che porta alla formulazione delle premesse di una decisione giudiziale da riportare nella motivazione.

2.2.1.2. Seconda ragione di dubbio

Non è chiaro se tutto ciò che non attiene alla motivazione (se tutto ciò che non attiene, cioè, al contesto di giustificazione), *ex negativo*, sia per ciò stesso da considerare come attinente ad un non meglio identificato contesto di scoperta.

Se così fosse, in ambito giudiziale, il contesto di scoperta non sarebbe circoscritto, così come la pretesa analogia con le teorie scientifiche sembra indurre

a credere, alle eventuali intuizioni e/o agli eventuali fattori psicologici che in un giudice possono intervenire nella, e/o interferire con la, risoluzione di una controversia, ma, sorprendentemente, verrebbe a coincidere con tutte le fasi in cui si articola il processo decisorio.

Non solo condizionamenti psicologici e folgorazioni illuminanti, ma: (a) le scelte che presiedono all'interpretazione delle norme procedurali che disciplinano le forme e i modi in cui un processo deve articolarsi, (b) le scelte che presiedono all'individuazione e all'interpretazione delle norme di diritto sostanziale sulle quali il giudice fonda la risoluzione delle controversie, (c) le scelte che presiedono all'interpretazione e applicazione delle norme del diritto alle prove sulle quali si fonda, ed in relazione al quale si articola, la ricostruzione e/o l'accertamento dei fatti oggetto delle controversie non sarebbero altro che aspetti o momenti diversi di un unico e complesso contesto di scoperta.

Che questo possa essere l'esito del ricorso alla distinzione fra scoperta e giustificazione sembra trovare conferma anche in una spia terminologica: in ambito giudiziale, infatti, il contesto di scoperta, è, a volte, denominato 'contesto di decisione', o 'contesto decisorio'.^[49]

2.2.1.3. Terza ragione di dubbio

L'esito, forse non del tutto voluto, di una netta dicotomia fra motivazione, momento della decisione giudiziale in cui viene identificato il contesto di giustificazione, e il complesso del processo decisorio nella sua totalità, relegato, invece, al contesto di scoperta, è parzialmente rimesso in discussione da un argomento che, paradossalmente, nella letteratura di filosofia della scienza è di solito usato non per affermare, ma, al contrario, per circoscrivere e/o per criticare la portata euristica della contrapposizione fra scoperta e giustificazione: l'affermazione dell'esistenza di rapporti fra i due contesti.^[50]

Ora, la definizione dei possibili rapporti fra contesto di scoperta e contesto di giustificazione contribuisce sì ad attenuare la drasticità dei risultati di una contrapposizione tracciata in modo non pienamente convincente, ma, al tempo stesso, concorre a rendere ancora più sfumati ed indeterminati i termini in cui rispondere al quesito sulla caratterizzazione, come contesto di scoperta, o, invece, come contesto di giustificazione, di ciò che attiene al processo di formulazione delle premesse, giuridica e fattuale, di una decisione giudiziale.

2.2.2. Non univocità della distinzione: rilievi concettuali

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

Non mancano, però, studiosi che, seppure in prospettive non coincidenti e sulla base di argomenti differenti, hanno manifestato perplessità sui termini della recezione della distinzione, proprio in ragione della specificità di alcuni tratti dell'attività giudiziale.

E' questo il caso, solo per citare due esempi, di G. Ubertis e di E. Amodio, entrambi processualisti.^[51]

In particolare, Ubertis, pur non respingendo il ricorso alla distinzione fra scoperta e giustificazione in ambito giudiziale, dei due termini della distinzione mette in evidenza la non idoneità a render conto di tutte le diverse fasi in cui il processo decisionale si articola. Scrive Ubertis:

Nella scienza il *context of discovery* concerne i problemi del come si pervenga alla formulazione di una ipotesi ed il *context of justification* i problemi del come questa ipotesi venga convalidata, senza che comunque una sua accettazione abbia mai carattere assolutamente definitivo; quando, invece, si tratta dei due contesti riferendoli all'attività giudiziaria, l'attenzione non è più volta al momento del sorgere di un'ipotesi, ma a quello della emanazione di un provvedimento finale. La "teoria dei due contesti" viene, per così dire, "spostata in avanti", tanto che *discovery* viene tradotto dai giuristi con "decisione" invece che, letteralmente, con "scoperta". Ne deriva, pertanto, un "vuoto concernente il periodo anteriore alla emanazione del provvedimento, venendo addirittura perso l'impiego del concetto di ipotesi. Non si rivela con sufficiente chiarezza che, anche nel processo, esiste un'ipotesi (indiziale) da verificare: quella prospettata dall'attore nel processo civile e dal pubblico ministero nel processo penale, su cui il giudice deve provvedere. Ed egualmente si pone nel processo il problema del come avvenga la convalida, effettuata tramite l'istruzione probatoria. In conclusione, e schematicamente (ma senza dimenticare la correlazione dialettica fra i vari momenti), mentre la sequenza scientifica è: 1) contesto di scoperta e formulazione delle ipotesi; 2) contesto di giustificazione ed eventuale convalida; la sequenza giudiziaria è: 1) contesto di scoperta e formulazione delle ipotesi (il momento dell'istruzione primaria);

2) contesto di ricerca (è il momento dell'istruzione probatoria o secondaria); 3) contesto di decisione; 4) contesto di giustificazione.^[52]

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

E' necessario prendere atto dei possibili fuorviamenti insiti nella rigida contrapposizione tra i due contesti. Recependola in modo acritico si può pensare che il giurista debba disinteressarsi del contesto di decisione soprattutto se gli si attribuisce la natura di punto di emergenza di materiali psicologici. Al contrario, la disciplina del processo mostra chiaramente come la deliberazione sia un atto minutamente regolato sia nelle forme sia nella logica della scelta che è fissata dalle norme di diritto penale sostanziale.^[53]

3. Sulle forme di razionalità giudiziale

La non univocità della risposta al quesito sulla delimitazione e definizione, in ambito giudiziale, del contesto di scoperta e del contesto di giustificazione è ampiamente condizionata, come si è già segnalato (§ 2.2.), dalle peculiarità dell'attività giudiziale la cui complessità non consente, se non a costo di forzature e di fuorvianti semplificazioni, di essere ridotta all'uno o all'altro dei due contesti.

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

In particolare, sono tre le principali concezioni della natura delle decisioni giudiziali in relazione alle quali sembra plausibile suddividere e ordinare le diverse forme in cui si è configurata la recezione della distinzione: (a) concezione arazionale, (b) concezione razionale, (c) concezione gius-normativa. Le prime due locuzioni ('concezione arazionale' e 'concezione razionale') sono ricorrenti in letteratura e designano, rispettivamente, le due opposte posizioni sulla natura logico-deduttiva delle decisioni giudiziali. La terza locuzione, ('concezione gius-

normativa') è qui scelta per denominare una posizione che, rifiutando i termini in cui concezione razionale e concezione arazionale tradizionalmente si contrappongono, incentra l'attenzione sul dato normativo, incentra, cioè, l'attenzione, sulle norme che in ordinamenti giuridici differenti delle decisioni giudiziali disciplinano le diverse forme di configurazione.

Ora, ciascuna delle tre concezioni sulla natura delle decisioni giudiziali condiziona e, al tempo stesso, è condizionata da, uno dei tre diversi atteggiamenti secondo i quali, come si è già proposto (§ 1.1.4.), è possibile suddividere le diverse reazioni alla distinzione fra scoperta e giustificazione che sono documentate nella letteratura di filosofia della scienza: (a) affermazione della distinzione in senso forte, (b) affermazione della distinzione in senso debole, (c) negazione della distinzione.

Della recezione della distinzione fra scoperta e giustificazione in ambito giudiziale sembra così plausibile differenziare tre forme principali.

La prima forma di recezione, propria della concezione delle decisioni giudiziali usualmente etichettata come arazionale, ripete le caratteristiche dell'affermazione della distinzione in senso forte.

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

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

3.1. Concezione arazionale delle decisioni giudiziali e affermazione della distinzione in senso forte

Nella letteratura in tema di decisioni giudiziali, con 'concezione arazionale' usualmente si designa la posizione di coloro che, pur sulla base di osservazioni diverse e di argomenti non sempre coincidenti, criticano l'assunto della natura logico-deduttiva delle decisioni giudiziali. E' etichettata come arazionale, cioè, la posizione di coloro che sostengono che la forma sillogistica alla quale vengono ridotti i principali elementi costitutivi di una decisione giudiziale (la premessa giuridica, la premessa fattuale, e il dispositivo), maschera la vera natura, alogica e arazionale, del processo decisorio che porta alla risoluzione di una controversia. In altri termini, è etichettata come arazionale la posizione di coloro che sostengono che la forma inferenziale sillogistica, con la quale viene presentata una decisione

giudiziale, funge da mera razionalizzazione *ex post* del processo decisorio, alogico e arazionale, che porta alla formulazione delle premesse sulle quali il dispositivo si fonda.

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

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

In ambito giudiziale, la recezione di questa forma di affermazione della distinzione in senso forte ripete le caratteristiche che ne contraddistinguono i termini in cui si configura in ambito epistemologico, ma con una differenza: il contesto la cui natura si assume decidere della natura del processo decisorio che si esplica nell'applicazione giudiziale del diritto è il contesto di scoperta, alogico e arazionale, e non il contesto di giustificazione. Il contesto di giustificazione, infatti, logico e razionale, camuffa, secondo i sostenitori della concezione arazionale delle decisioni giudiziali, la vera natura di ciò in cui una decisione giudiziale consiste: il processo, alogico e arazionale, che porta alla formulazione della premessa giuridica e della premessa fattuale su cui si fonda il dispositivo.

Secondo tale concezione arazionale della natura delle decisioni giudiziali, la netta cesura fra scoperta e giustificazione e la drastica contrapposizione nella definizione della natura dei due contesti (l'uno alogico e arazionale, l'altro, invece, logico e razionale) mostrano, se non addirittura dimostrano, i limiti e la povertà della concezione logico-deduttiva, concezione che di una decisione giudiziale si limita ad indicare i termini ultimi del processo decisorio per presentarne i risultati in veste logica, ma che di una decisione giudiziale ignora le forme e i modi di attuazione, che di una decisione giudiziale, cioè, non tiene conto, e non consente di render conto, di ciò che ne caratterizza il processo in virtù del quale certi risultati sono conseguiti.

La concezione arazionale delle decisioni giudiziali trova le sue più compiute formulazioni nell'ambito del realismo giuridico, nell'ambito, cioè, di quella corrente di pensiero che, seppure con diversa radicalità di toni, dell'applicazione giudiziale del diritto denuncia l'ineluttabile natura discrezionale sia dell'attività

che ha ad oggetto l'accertamento dei fatti, sia dell'attività che ha ad oggetto l'interpretazione del diritto. Le concezioni giusrealiste dell'applicazione giudiziale del diritto che si fondano su forme più o meno esasperate di *fact-scepticism* e/o di *rule-scepticism* denunciano sì che la forma sillogistica con la quale sono presentate le decisioni giudiziali è una mera razionalizzazione *ex post* del processo decisorio. Non per questo, però, negano che, quantunque mera razionalizzazione, lo schema sillogistico consenta, nondimeno, l'attuazione di una forma di controllo sulla correttezza formale della decisione. Esempio, in proposito, quanto afferma J. Frank, uno dei più noti esponenti del realismo giuridico americano. Scrive Frank:

Logic need not be the enemy of hunching. Most of the conclusions men reach in their daily lives are similarly hunch-products, originally arrived at in non-logical ways; yet we do not deny that frequently the correctness of many of these conclusions can profitably be tested by logical analysis. Even phisicists and mathematicians frequently use logically tested hunches. Of course, the mere fact that the reason given for an act or a judgment is *ex post facto* does not invalidate that reason. So it may be with a trial judge's decision: He may first arrive at it intuitively and, then only, work backword to a major "rule" premise and a minor "fact" premise to see whether or not that decision is logically defective. The chronological priority of the judge's hunch does not mean that is subsequent logical analysis is valueless. The analysis may have an artificial appearance. But such an appearance does not detract from worth of such *ex post facto* analyses in other fields. If one chooses, loosely, to call that hunch-testing process "razionalization", then, in that sense, most logical rationality involves some "rationalization".^[54]

Affermazione, questa, significativamente chiosata, in nota, da un esplicito rinvio alla distinzione fra contesto di scoperta e contesto di giustificazione.

3.2. Concezione razionale delle decisioni giudiziali e affermazione della distinzione in senso debole

Nella letteratura in tema di decisioni giudiziali, con 'concezione razionale' usualmente si designa la posizione di coloro che, pur sulla base di osservazioni diverse e di argomenti non sempre coincidenti, difendono l'assunto della natura logico-deduttiva delle decisioni giudiziali. In particolare, è etichettata come razionale la posizione di coloro che, pur non ignorando le critiche di cui è (stata) bersaglio, ripropongono la concezione logico-deduttiva circoscrivendone l'ambito operativo al contesto di giustificazione.^[55] In altri termini, è etichettata come

razionale la posizione di coloro che, pur variamente consapevoli delle difficoltà inerenti alla caratterizzazione della natura del processo decisionale che porta alla formulazione delle premesse di una decisione giudiziale, ritengono, nondimeno, che la razionalità di una decisione giudiziale dipenda dalla derivabilità della norma espressa dal dispositivo dalle norme da applicare per la risoluzione del caso congiuntamente alla descrizione dei fatti oggetto della controversia.

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

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

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

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

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

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

In secondo luogo, essa è dettata dall'intento di offrire un'analisi logica e razionale (secondo una delle molteplici concezioni possibili e della logica e della razionalità) del processo decisionario che porta alla formulazione delle premesse di una decisione giudiziale, processo complesso e composito che non può certo essere relegato ad un ruolo marginale e accessorio così come, inevitabilmente, comporterebbe una contrapposizione troppo drastica fra giustificazione come luogo della razionalità e del controllo logico, da un lato, e, dall'altro lato, scoperta come luogo, invece, della irrazionalità e della alogicità.

Così, chi si richiama alla distinzione fra scoperta e giustificazione per difendere l'assunto della natura logica e, quindi, razionale, delle decisioni giudiziali tematizza, a volte, la distinzione fra una logica della scoperta e una logica della giustificazione, e, quindi, implicitamente, quando non esplicitamente, teorizza anche, la possibilità di una varietà di forme di razionalità proprie alla pluralità di aspetti o momenti in cui si articola il contesto di scoperta, varietà di forme di razionalità diverse dalla razionalità per antonomasia che ha espressione e/o fondamento nei canoni della logica deduttiva classica.^[56]

L'esplicita tematizzazione, in ambito giudiziale, di una logica della scoperta (*logic of discovery*) diversa e distinta da una logica della giustificazione (*logic of justification*) è proposta da Wasserstrom. Dopo aver distinto, nel processo decisionario proprio dell'attività giudiziale (*judicial decision process*), il contesto di scoperta dal contesto di giustificazione, Wasserstrom, infatti, passando all'esame dei rapporti che è possibile individuare fra i due contesti, scrive:

When the procedure has a regular pattern that is systematically employed in each instance of discovery or justification, it might be called a "logic of discovery" or a "logic of justification", the word logic denoting precisely that attribute of order of procedure.^[57]

Più espliciti i termini in cui la distinzione fra logica della scoperta e logica della giustificazione viene riproposta da M. Taruffo:

La distinzione tra contesto decisionario e contesto giustificativo implica che l'analisi del ragionamento del giudice venga condotta tenendo conto della differenza strutturale tra i due contesti: la "logica del giudice" è diversa a seconda che si tratti della logica usata come strumento di decisione o come strumento di motivazione. Ogni modello del ragionamento del giudice deve constare di due modelli distinti, rispettivamente inerenti alla formazione della decisione e alla sua motivazione.^[58]

Un'ulteriore affermazione e caratterizzazione della distinzione fra logica della scoperta e logica della giustificazione è offerta (con una terminologia diversa, sia da quella usata da Wasserstrom, sia da quella usata Taruffo), da J. Wr—blewski che, prendendo in esame il rapporto fra logica (nella pluralità di forme in cui essa può configurarsi) e attività giudiziale, distingue fra ruolo euristico (*heuristic rTMle*) e ruolo giustificatorio (*justificatory rTMle*) della logica. E' tesi di Wr—blewski che la logica svolga un ruolo euristico nel procedimento seguito dal giudice per l'individuazione delle premesse e per la ricerca delle conseguenze che seguono dalle premesse adottate. Nella sua funzione euristica:

Logic is a tool used for formulating a decision. Logic guides judicial activities in "discovering" an individual norm the judge has to establish when disposing a concrete case. Logic is, thus, a tool for answering the question "how to decide the case?" formulated by the judge.[59]

Secondo Wr—blewski la logica svolge invece un ruolo giustificatorio nel procedimento seguito dal giudice per giustificare una decisione sulla base delle premesse e/o per giustificare le premesse stesse. Nella sua funzione giustificatoria:

The logic is needed to give good reasons for a decision. Logic is needed to answer the question "how to justify the decision? formulated by the judge".[60]

3.3. Concezione gius-normativa delle decisioni giudiziali e negazione della distinzione

Con 'concezione gius-normativa' si è qui proposto di designare la posizione di coloro che, contestando i termini in cui si articola il dibattito sulla natura logico-deduttiva delle decisioni giudiziali, contestando, cioè, i termini in cui concezione razionale e concezione arazionale tradizionalmente si contrappongono, sostengono che l'analisi della natura delle decisioni giudiziali debba incentrarsi sul dato normativo, debba incentrarsi, cioè, sulle norme che in ordinamenti giuridici differenti delle decisioni giudiziali disciplinano le diverse forme di configurazione.[61]

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

In ambito epistemologico la negazione della distinzione è caratterizzata dal rifiuto di una cesura, o anche solo di una troppo netta differenziazione, fra scoperta e giustificazione, è caratterizzata, cioè, dal convincimento di una interrelazione costante fra i due contesti, dal convincimento che ogni metodo scientifico sia al tempo stesso un metodo di scoperta e di giustificazione. Tale atteggiamento porta: (a) all'individuazione delle forme di articolazione della logica della scoperta e alla definizione delle forme di razionalità proprie alle diverse fasi in cui si articola il processo della scoperta; (b) ad una definizione di ciò su cui l'epistemologia verte che privilegia ampiamente ciò che attiene al contesto di scoperta, o più correttamente, ciò che concerne le forme e i modi che dell'attività scientifica portano all'elaborazione di nuove teorie.

In ambito giudiziale la recezione di questa forma di negazione della distinzione ripete le caratteristiche che ne contraddistinguono i termini in cui si configura in ambito epistemologico.^[62]

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

Questo atteggiamento, dichiaratamente critico non solo nei confronti della distinzione fra scoperta e giustificazione ma anche e soprattutto nei confronti della disinvolta recezione della distinzione in ambito giudiziale, ha una significativa esemplificazione in Amodio. In un passo che si è già citato (§ 2.2.2.) Amodio, infatti, afferma:

E' necessario prendere atto dei possibili fuorviamenti insiti nella rigida contrapposizione tra i due contesti. Recependola in modo acritico si può pensare che il giurista debba disinteressarsi del contesto di decisione soprattutto se gli si attribuisce la natura di punto di emergenza di materiali psicologici. Al contrario, la disciplina del processo mostra chiaramente come la deliberazione sia un atto minutamente regolato sia nelle forme sia nella logica della scelta che è fissata dalle norme di diritto penale sostanziale.^[63]

E ancora:

Quanto ai rapporti fra i due contesti s'impone poi una considerazione ancora più rilevante. Nell'intento di respingere le tentazioni della fallacia descrittivista che fa della motivazione lo specchio del giudizio, si finisce talvolta per esasperare la cesura tra i due momenti sino ad asserire che in essi la "logica della scelta è irriducibilmente diversa". Poiché l'accentuazione data alla "irriducibilità" ed alla "asimmetria" tra i contesti sembra alludere ad una regola, va detto con la massima chiarezza che tutta la disciplina processuale della motivazione suona decisamente in senso opposto, vale a dire per la coincidenza tra giudizio e motivazione. Questo e non altro è il senso del "dovere" di motivare: la saldatura tra contesto di decisione e contesto di motivazione. La legge processuale mira a far sì che il giudice giustifichi la decisione in base agli stessi argomenti adottati per la deliberazione. E' pertanto inesatto dire che la logica della scelta "è" diversa nei due contesti, perché tanto nella formulazione della decisione che in quella della motivazione il giudice "deve" far applicazione delle norme sostanziali.[64]

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

Un richiamo ovvio (forse) che, nondimeno, consente di prospettare un'alternativa alla contrapposizione, spesso sterile e fuorviante per le sue palesi connotazioni ideologiche, fra concezioni razionali e arazionali delle decisioni giudiziali, alternativa che riposa sull'aureo principio metodologico di indagare ogni problema *iuxta propria principia*.

4. Osservazioni conclusive

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

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

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

Di tale distinzione, infatti, si rivela dubbia la valenza quale strumento esplicativo per la comprensione della scansione delle, nonché delle peculiarità

specifiche alle, diverse fasi di cui si compone e in cui si articola il processo decisorio che si esplica nell'applicazione giudiziale del diritto.

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

Sin qui, banalmente, il resoconto di un bilancio della pluralità di forme di recezione, in ambito giudiziale, di una delle più note distinzioni dell'epistemologia del ventesimo secolo.

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

Il secondo ordine di considerazioni concerne, cioè, il dibattito sulla razionalità delle decisioni giudiziali, dibattito che certamente non si esaurisce, né tanto meno si risolve, con le diverse forme di recezione della distinzione fra scoperta e giustificazione, ma che, nondimeno, nelle diverse forme di recezione di tale distinzione trova un'esemplificazione particolarmente efficace di un vizio di fondo che ne compromette ogni possibile esito. Il dibattito sulla razionalità delle decisioni giudiziali (dibattito che non solo velatamente rivela, ma, a volte, esplicitamente rivendica, una connotazione più ideologica che non teoretico-esplicativa)^[65] spesso inficiato dal ricorso a categorie concettuali della logica classica e/o dell'epistemologia neopositivista, categorie concettuali alle quali solo a costo di forzature e di fuorvianti semplificazioni è possibile ridurre aspetti e momenti dell'applicazione giudiziale del diritto.

Note

* Desidero ringraziare José Juan Moreso per avermi provocato (con i suoi rilievi critici ad un mio lavoro su *fuzziness* e decisioni giudiziali) ad indagare il tema qui in esame, Carlo Dalla Pozza e Lorenzo Magnani per le molte indicazioni bibliografiche che mi hanno segnalato, Paolo Comanducci e Riccardo Guastini per i loro commenti e le loro osservazioni. Il presente testo, ad eccezione di qualche rara modifica, è già apparso in P. Comanducci / R. Guastini (eds.), *Analisi e diritto 1995*. Torino, Giappichelli, 1995, pp. 145-196. Per lo svolgimento di questa ricerca ho usufruito di finanziamenti del Ministero dell'Università e della Ricerca Scientifica e Tecnologica.

¹ L'applicazione giudiziale del diritto non è il solo tema per la cui analisi, in teoria generale del diritto, si è fatto ricorso alla distinzione fra contesto di scoperta e contesto di giustificazione. In tema di dogmatica giuridica, ad esempio, la distinzione è usata da C. Alchourr—n / E. Bulygin [1971, p. 66 e

pp. 84-88] come strumento esplicativo della contrapposizione fra natura logico-deduttiva del processo di sistematizzazione del materiale normativo di un dato ordinamento, e natura "creativa" del processo di selezione e/o di individuazione di tale materiale. Sempre in tema di dogmatica giuridica, riguardo all'attività di interpretazione e sistematizzazione del materiale normativo, la distinzione è richiamata da A. Aarnio [1987, pp. 77-78 e p. 241 n.1], e, in relazione all'analisi di Aarnio, da P. Comanducci [1994, pp. 119-120]. In tema di razionalità e metodo nel diritto, la distinzione è richiamata da E.P. Haba [1990, pp. 171-172]. Con diversa denominazione (*i.e.*: "contesto di giustificazione" *vs.* "contesto sociologico") la distinzione è indicata da M. Jori [1987, p. pp. 56-57] e M. Jori / A. Pintore [1988, pp. 88-89] come uno dei tratti distintivi della filosofia analitica (del diritto), e, in relazione all'analisi di Jori e Pintore è richiamata da M. Barberis, *Di cosa parliamo, quando parliamo di filosofia analitica?* [manoscritto].

² R. Wasserstrom [1961, p. 24].

³ R. Wasserstrom [1961, p. 25].

⁴ R. Wasserstrom [1961, p. 28].

⁵ Tale posizione è già prefigurata in J. Dewey [1924], lavoro in cui, come si segnala alla n. 29, è possibile rintracciare un'anticipazione della distinzione qui in esame. Cfr., inoltre, N.B. Reynolds [1971], J. Aomi [1973]. Seppure in assenza di un esplicito rinvio alla distinzione fra contesto di scoperta e contesto di giustificazione, una posizione non dissimile da quella qui in esame è assunta, ad esempio, da H. Hart [1967, p. 270], J.J. Moreso / P. Navarro / C. Redondo [1992, pp. 257-258].

⁶ J. Horowitz [1972, p. 6].

⁷ U. Scarpelli [¹1970, ²1982, p. 281-282].

⁸ Solo per citare due casi eclatanti, si pensi, ad esempio, agli usi ed abusi di cui sono (state) oggetto la nozione di 'mondo possibile', della semantica formale, e la wittgensteiniana nozione di 'forma di vita'.

⁹ N. Bobbio [1987] dopo aver distinto "ragione legislatrice" e "ragione giudicante" (p. 79), ricorda che per secoli l'attenzione dei giuristi è stata rivolta precipuamente alla ragione legislatrice senza per questo ignorare le regole che presiedono alla ragione giudicante. "I manuali di *Topica* o di *Dialectica legalis* [ricorda infatti Bobbio] contenevano regole per l'interprete sotto forma di *argumenta* oppure regole per la soluzione delle controversie (per cui l'*ars iudicandi* e l'*ars disputandi* sono sempre state distinte dall'*ars inveniendi*)" (p. 81).

¹⁰ E' interessante segnalare che lo stesso Reichenbach, nel formulare per la prima volta la distinzione, sembra semplicemente proporre una nuova denominazione di concetti già noti. Significativamente, infatti, H. Reichenbach [1938, pp. 5-6] osserva che il termine proposto da R. Carnap [1928] '*Nachkostruction*': "seems appropriate to indicate the task of epistemology in its specific difference from the task of psychology", e, poche righe oltre [pp. 6-7], afferma: "I shall introduce the terms *context of discovery* and *context of justification* to mark this distinction". Questo passo di Reichenbach è interessante non solo perché offre un'esplicita testimonianza della continuità fra la propria affermazione della distinzione e altre categorie concettuali già presenti in letteratura, ma anche perché, seppure indirettamente, fornisce un indizio significativo della non univocità dei modi di intendere la contrapposizione fra scoperta e giustificazione, sin dalle sue prime tematizzazioni. Al carnappiano

concetto di "ricostruzione razionale", infatti, fa riferimento anche K. Popper [1934, trad. ingl. 1959, pp. 31-32] nell'enunciare la distinzione (omologa, com'è noto, a quella di Reichenbach) fra psicologia della conoscenza e logica della conoscenza. Popper, però, a differenza di Reichenbach, non ingloba passivamente il concetto di Carnap nella propria analisi: "Qualcuno potrebbe obiettare che sarebbe più rispondente allo scopo il considerare ufficio dell'epistemologia la produzione di quella che è stata chiamata la 'ricostruzione razionale' dei passi che hanno condotto lo scienziato a scoprire -a trovare- qualche nuova verità. Ma la questione è: che cosa, precisamente, vogliamo ricostruire? Se ciò che si deve ricostruire sono i processi che entrano in giuoco quando si stimola o si dà sfogo ad un'ispirazione, allora rifiuto di considerare questa ricostruzione come il compito della logica della conoscenza. I processi in parola interessano la psicologia della conoscenza, non la logica. Se invece vogliamo ricostruire razionalmente i *controlli successivi* in seguito ai quali si può scoprire che l'ispirazione è una scoperta, o diventa noto che è una conoscenza, questa è un'altra faccenda. Siccome lo scienziato giudica criticamente, altera o respinge la propria ispirazione, possiamo, se proprio lo vogliamo, considerare l'analisi metodologica qui intrapresa come una specie di 'ricostruzione razionale' dei processi di pensiero corrispondenti. Ma questa ricostruzione non riesce a descrivere tali processi come avvengono nel fatto: essa può soltanto fornire un'impalcatura logica della procedura dei controlli". La citazione è tratta dalla trad. it. [1970, pp. 10-11].

¹¹ La divergenza di opinioni sulla genesi e sull'articolazione delle forme e dei modi in cui la distinzione ha trovato espressione, in momenti diversi della storia della filosofia della scienza, è significativamente esemplificata dal dibattito fra L. Laudan [1980] e Th. Nickles [1980, pp. 3-8], [1984], [1985 b, pp. 92-95] sulla ricostruzione storica dell'idea di una 'logica' della scoperta. Sul tema, cfr. anche L. Magnani [1984, pp. 93-95].

¹² Th. Nickles [1980, p. 10]. Per una ricostruzione critica della distinzione, così come essa è formulata da Reichenbach nel 1938, cfr., oltre all'analisi svolta nel saggio di Nickles appena citato alle pp. 10-17, M. Curd [1980].

¹³ Th. Nickles [1980, p. 15]. Un'osservazione analoga ricorre anche in M. Pera [1982, p. 75, n. 28] che, contestualmente, della distinzione segnala anche una diversa formulazione in H. Reichenbach [1951], formulazione, quest'ultima, che comporta una più drastica negazione della possibilità di una logica della scoperta.

¹⁴ Più problematico, invece, ripetere la stessa affermazione riguardo alla formulazione che, quasi dieci anni dopo, H. Reichenbach [1947, p. 2] propone della distinzione nel definire l'ambito operativo (non dell'epistemologia, ma) della logica rispetto a quello della psicologia: "When we call logic *analysis of thought* the expression should be interpreted so as to leave no doubt that it is not actual thought which we pretend to analyze. It is rather their *rational reconstruction*, which constitutes the basis of logical analysis. The two realms of analysis to be distinguished may be called context of discovery and context of justification. The context of discovery is left to psychological analysis, whereas logic is concerned with the context of justification, i.e., with the analysis of ordered series of thought operations so construed that they make the results of thought justifiable".

¹⁵ Cfr. H. Reichenbach [1938, p. 7]: "In addition to its descriptive task, epistemology is concerned with another purpose, which may be called its *critical task*. The system of knowledge is criticized; it is judged in respect of its validity and its reliability. This task is already partially performed in the rational reconstruction . But the tendency to remain in correspondence with the actual thinking must be separated from the tendency to obtain valid thinking; and so we have to distinguish between the descriptive and the critical task."

¹⁶ Cfr. H. Reichenbach [1938, pp. 12-13]: "There are many places where the decisions of science cannot be determined precisely, the words or methods used being too vague, and there are others in which two or even more different decisions are in use . It happens that the decisions presupposed by positive science are not clarified. In such a case, it will be the task of epistemology to suggest a proposal concerning a decision; and we shall speak, therefore, of the *advisory task* of epistemology as its third task."

¹⁷ Cfr. H. Reichenbach [1938, p. 3].

¹⁸ E' tesi di H. Reichenbach [1938, p. 4] che ciò che consente di distinguere l'epistemologia dalla sociologia generale "is a difference of internal and external relations between those human utterances the whole of which is called "knowledge". Internal relations are such as belong to the content of knowledge , whereas the external relations combine knowledge with utterances of another kind which do not concern the content of knowledge. Epistemology, then, is interested in internal relations only, whereas sociology, though it may partly consider internal relations, always blends them with external relations in which this science is also interested."

¹⁹ Si veda, prima, la n. 10.

²⁰ H. Reichenbach [1938, pp. 6-7].

²¹ Th. Nickles [1980, pp. 18-19].

²² G. Gutting [1980 a, p. 221]. L'opportunità di una più attenta riflessione sul termine '*discovery*' ('scoperta'), sui suoi usi, sulla valenza pragmatica e le presupposizioni che questi comportano (problema al quale v'è solo un cenno fugace nel passo appena citato di Gutting) è segnalata, ad esempio, M.V. Curd [1980, p. 201] e da Th. Nickles [1980, pp. 9-10], le cui osservazioni mostrano come una maggiore attenzione all'analisi del termine contribuisca alla problematizzazione del concetto di 'contesto di scoperta'. Si può notare, inoltre, per quanto solo in forma apodittica in questa sede, che tali osservazioni evocano, a chi si interroghi sulla possibile definizione del concetto di 'contesto di scoperta' in ambito giudiziale, temi legati alla *vexata quaestio* della *one-right answer thesis*.

²³ Seppure formulata in termini diversi, una distinzione non dissimile da quella che qui si propone è operata da M. Pera [1982, pp. 59-61]. Pera, infatti, distingue una versione forte e una versione debole del paradigma ipotetico-deduttivista -paradigma caratterizzato nella sua versione odierna da una tesi antinduttivista (*i.e.*: "la scoperta non avviene per induzione dai fatti") e da una tesi anticontinuista (*i.e.*: "il processo della scoperta non è unitario ma distinto in due episodi discontinui di pensiero, l'uno alogico o pre-logico appartenente al 'contesto della scoperta' e l'altro invece logicamente e razionalmente ricostruibile appartenente al successivo 'contesto della giustificazione'")- e, a queste

due versioni del paradigma ipotetico-deduttivista, contrappone un terzo modello che non è né antiduttivista né anticontinuista.

²⁴ Scrive K. Popper [1934, trad. ingl. 1959, p. 31]: "Lo stadio iniziale, l'atto di concepire o dell'inventare una teoria, non mi sembra richiedere un'analisi logica né esserne suscettibile. La questione: come accada che a un uomo venga in mente un'idea nuova può rivestire un grande interesse per la psicologia empirica ma è irrilevante per l'analisi logica della conoscenza scientifica". La citazione è tratta dalla trad. it. [1970, pp. 9-10].

²⁵ Per il superamento anche di questa posizione (della posizione, cioè, di coloro che individuano nella logica della scoperta il principale ambito investigativo dell'epistemologia) e per la teorizzazione di una logica della "scopibilità", cfr., ad esempio, M. Pera [1985] e Th. Nickles [1985 a]. Citando Pera (p. 164), il tratto distintivo di tale logica è quello di "combinare i vantaggi del vecchio *Novum organon*, cioè della logica della scoperta tradizionale, con i vantaggi del successivo *Novum organon renovatum*, cioè della logica della giustificazione tradizionale". Secondo Pera, la definizione della logica della scopibilità è sollecitata dai limiti intrinseci a quelli che sono indicati, rispettivamente, come "programma generativista" (il programma, cioè, che si incentra sulla logica della scoperta) e "programma consequenzialista" (il programma, cioè, che si incentra sulla logica della giustificazione) (pp. 164-168), programmi che Pera ritiene siano entrambi viziati da due tipi di difetti simmetrici (p. 168): "Descrittivamente, considerati come ricostruzioni, essi non offrono resoconti completamente adeguati del metodo e della pratica scientifica. Normativamente, considerati come insiemi di tecniche o regole, rendono difficile raggiungere gli scopi che perseguono o capire perché tali scopi non vengono sempre raggiunti".

²⁶ Per la critica della netta contrapposizione fra scoperta e giustificazione e, al tempo stesso, per il riconoscimento del rilievo epistemologico delle forme e dei modi in cui si articola la scoperta, cfr., ad esempio, N.R. Hanson [1958], Th. Kuhn [1962, cap. 1], H.A. Simon [1973], R.J. Blackwell [1980], [1984, p. 120], M.V. Curd [1980], G. Gutting [1980 b] (lavoro da ricordare accanto a quello già citato alla n. 22), L. Magnani [1984], [1991, pp. 27-34].

²⁷ La distinzione, a volte, è considerata tanto ovvia, da fare ritenere superfluo ogni tentativo di approfondimento. Cfr., ad esempio, N. MacCormick [1978, pp. 15-16]: "There is no need to labour unduly a point often made before the difference between processes of justification and processes of discovery. Archimedes may indeed have discovered his celebrated principle in a blinding flash of insight. What justified Archimedes in believing that bodies immersed in fluids receive an upthrust equivalent to the weight of fluid displaced, is that it can be proved experimentally. Likewise, what prompts a judge to think of one side rather than the other as a winner is quite a different matter from the question whether there are on consideration good justifying reasons in favour of that rather than the other side."

²⁸ Le citazioni più ricorrenti sono H. Reichenbach [1938] e K. Popper [1934], lavoro, quest'ultimo, in cui, come si è già segnalato alla n. 10, ricorre una delle anticipazioni della distinzione più prossime alla esplicita formulazione da parte di Reichenbach.

²⁹ Tra i riferimenti bibliografici di lavori in cui si fa ricorso alla distinzione fra scoperta e giustificazione in tema di applicazione giudiziale del diritto, è interessante citare J. Dewey [1924], riferimento che ricorre in M. Taruffo [1975, p. 214, n. 6], e H. Kantorowicz [1934], riferimento che ricorre in R. Wasserstrom [1961, p. 179, n. 25]. In entrambi i lavori, pubblicati anteriormente alla prima formulazione della distinzione da parte di Reichenbach nel 1938, della distinzione è in effetti possibile ravvisare una prefigurazione. In particolare, Dewey, prendendo in esame le critiche rivolte al sillogismo giudiziale, scrive: "In a certain sense it is foolish to criticise the model supplied by the syllogism. The syllogism sets forth the *results* of thinking, it has nothing to do with the operation of thinking", e ancora: "Courts not only reach decisions; they expound them, and the exposition must state justifying reasons. The logic of exposition is different from that of search and inquiry. In the latter, the situation as it exists is more or less doubtful, indeterminate, and problematic with respect to what it signifies. Exposition implies that a definitive solution is reached, that the situation is now determinate with respect to its legal implication. Its purpose is to set forth grounds for the decision reached so that it will not appear as an arbitrary dictum". Cfr. J. Dewey [1924, p. 22 e, rispettivamente, p. 24]. Kantorowicz, invece, enuncia la distinzione fra spiegazione genetica e giustificazione normativa.: "The question chiefly interesting the judge is whether the decision he wants to give can be justified as a consequence of the particular statute, or at least being compatible with its consequences. Genetic explanation and normative justification must be kept apart -this is one of the most important lessons of modern epistemology. Of course, the genetic method may be used as a tool in the service of the normative method and vice versa". Cfr. H. Kantorowicz [1934, pp. 1248-1249].

³⁰ Un'eccezione a questa diffusa tendenza è offerta, ad esempio, dalle analisi di E. Amodio [1977, p. 216], e di G. Ubertis [1979, pp. 52-57], analisi nelle quali, in ragione delle peculiarità del processo decisorio così come esso si configura nell'applicazione giudiziale del diritto, della recezione della distinzione, è offerta una lettura critica.

³¹ Un esplicito monito contro la tentazione di facili assimilazioni e/o commistioni fra modelli esplicativi di ciò che attiene al diritto, e modelli esplicativi di ciò che attiene alle scienze naturali viene da alcune riflessioni di Tarello in tema (non di applicazione giudiziale del diritto, ma) di definizione della natura della giurisprudenza. Secondo G. Tarello [1985, pp. 448-449], infatti, sebbene sia giustificata l'osservazione secondo la quale: "il nome tradizionale di 'giurisprudenza' include prassi descrittive e prassi in senso lato normative, così come il termine tradizionale di 'fisica' include prassi descrittive in senso lato e prassi normative, cioè fisica e metafisica", nondimeno non "è giustificata una metateoria che assegni alle varie prassi della 'giurisprudenza' lo stesso *status* teorico delle varie prassi della 'fisica' come fanno le metateorie postneopositiviste visitate dai nuovi giusmetateorici giacché nella globale 'giurisprudenza' e nella globale 'fisica' i rapporti funzionali e storici tra le pratiche direttive e quelle descrittive sono opposti. Come frase ad effetto potrebbe dirsi che in fisica si dirige per conoscere mentre in giurisprudenza si conosce per dirigere; in fisica le conoscenze screditano le direttive e in giurisprudenza le direttive screditano le conoscenze; in fisica le cornici concettuali che pre-giudicano i

rilevamenti sono direttive deboli, mentre in giurisprudenza le cornici concettuali che pre-giudicano le direttive sono rilevamenti".

³² Il mito neopositivista della razionalità scientifica, spesso in forme tutt'altro che ingenue e acritiche, informa e condiziona non poche analisi in tema di applicazione giudiziale del diritto. Fra le analisi citate nel presente lavoro, esemplari, pur nelle loro specifiche diversità, E. Bulygin [1992], L. Ferrajoli [1985], [1989], M. Taruffo [1975], [1992].

³³ Il processo decisionale proprio dell'applicazione giudiziale del diritto è stato più volte esplicitamente richiamato per esemplificare una concezione procedurale e/o fallibilista delle teorie scientifiche. Per un'analisi di quest'aspetto dell'epistemologia postpositivista, ricca anche di rinvii bibliografici, cfr. V. Villa [1984, pp. 225-235]. Più in generale, per un'analisi in chiave postpositivista della scienza del diritto e/o dell'applicazione giudiziale del diritto, cfr. ancora V. Villa [1984], e [1985].

³⁴ Scrive K. Popper [1934, trad. ingl. 1959, p. 43]: "Chiamo 'asserzione-base' o 'proposizione-base' un'asserzione che può servire come premessa di una falsificazione empirica; in breve, l'asserzione di un fatto singolare". La citazione è tratta dalla trad. it. [1970, p. 25].

³⁵ Scrive K. Popper [1934, trad. ingl. 1959, pp. 104-105]: "Tutti i controlli di una teoria, sia che mettano capo alla corroborazione, sia che abbiano come risultato la falsificazione della teoria stessa, devono arrestarsi a qualche asserzione-base o ad altre asserzioni che *decidiamo di accettare*. Proprio come una prova logica ha raggiunto una forma soddisfacente quando il lavoro difficoltoso è terminato e tutto può essere riscontrato facilmente, così, dopo che la scienza ha compiuto il suo lavoro di deduzione o di spiegazione, ci arrestiamo ad asserzioni-base che possono essere controllate facilmente". La citazione è tratta dalla trad. it. [1970, pp. 98-99].

³⁶ K. Popper [1934, trad. ingl. 1959, p. 109]. La citazione è tratta dalla trad. it. [1970, p. 105].

³⁷ K. Popper [1934, trad. ingl. 1959, pp. 109-111]. La citazione è tratta dalla trad. it. [1970, pp. 105-107].

³⁸ Quest'ovvia affermazione è ricorrente in letteratura, anche se, a volte, si tende a circoscriverne il rilievo per la caratterizzazione, sotto il profilo epistemologico, della natura dell'attività giudiziale. Così, ad esempio, E. Bulygin [1992, p. 25].

³⁹ La varietà di forme in cui si può configurare il conseguimento del fine della risoluzione dei conflitti sociali è il risultato delle diverse forme di regolamentazione del diritto delle prove e/o delle diverse forme di strutturazione del processo. Di particolare rilievo, sia per la pluralità di fenomeni presi in esame, sia per la sistematizzazione propositane, è l'analisi che del tema offre M. Damaska [1986].

⁴⁰ Quest'ovvia constatazione è ricorrente nella caratterizzazione dell'attività giudiziale, dell'attività, più precisamente, svolta dal giudice nell'accertamento dei fatti oggetto di una controversia. Tale constatazione è sì ovvia, ma non per questo ap problematica. Letture e valutazioni diverse sia delle caratteristiche specifiche dell'attività dello storico, sia dei tratti comuni alle attività (non certo del tutto assimilabili) dello storico e del giudice, consentono, infatti, di delineare, o di suggerire, modelli epistemologici differenti dell'attività giudiziale. Sul raffronto fra giudice e storico, cfr., ad esempio, P.

Calamandrei [1939], G. Calogero [1937, ²1964, pp. 111-149], M. Taruffo [1967], [1992, pp. 310-315], L. Ferrajoli [1987, p. 306], [1989, pp. 24-36], G. Zaccaria [1988], W. Twining [1990, pp. 103-109].

⁴¹ Non la problematicità della natura empirica dei fatti oggetto di una controversia, quanto la problematicità di tracciare una netta linea di demarcazione fra "*fact*" e "*opinion*" (fra: "*fact-statement*" e "*opinion-statement*"), nelle fasi processuali di *discovery* e *trial* (fasi processuali dei sistemi di *common law* che, nei sistemi di *civil law*, sono rapportabili, anche se non totalmente assimilabili, alla fase istruttoria e, rispettivamente, alla fase dibattimentale), è segnalata da P.J. Grace III / G. Teschner [1989].

⁴² Sulla varietà tipologica dei fatti che possono essere oggetto d'accertamento nell'attività giudiziale, cfr. J. Wr—blewski [1973], [1975], [1992, pp. 137-161], M. Taruffo [1992, pp. 67-142], T. Mazzaresse [1992, pp. 302-308]. Seppure la tematizzazione della varietà tipologica dei fatti che possono essere oggetto d'una controversia non è ancora radicata appieno in letteratura, nondimeno la menzione di fatti non empirici, quale possibile oggetto d'accertamento delle decisioni giudiziali, è, invece, ricorrente. Per alcune indicazioni bibliografiche in proposito, cfr. T. Mazzaresse [1992, pp. 23-27].

⁴³ Quest'affermazione, di palese matrice kelseniana, rinvia non tanto (così come è stato enfatizzato, ad esempio, da C. Varga [1989], [1991]) al problema della natura dipendente dal contesto dell'accertamento dei fatti delle decisioni giudiziali, quanto piuttosto al problema della stretta connessione fra *quaestio facti* e *quaestio juris*. Quest'affermazione, cioè, rinvia precipuamente al problema, più volte denunciato nelle analisi in tema di applicazione giudiziale del diritto, dell'interdipendenza fra l'individuazione della norma da applicare per la risoluzione di una controversia (*quaestio juris*) e la definizione del fatto oggetto della controversia (*quaestio facti*). Sul doppio legame fra *quaestio facti* e *quaestio juris* e per alcune indicazioni bibliografiche sul tema, cfr. T. Mazzaresse [1992, pp. 299-302].

⁴⁴ In filosofia della scienza, la tesi secondo la quale "la negazione (ormai ben stabilita) di una distinzione assoluta, tracciabile con criteri logici o naturalistici, fra vocabolario teorico e vocabolario osservativo, non preclude la possibilità di controlli empirici genuini delle nostre pretese cognitive" è enunciata, e convincentemente argomentata, da P. Parrini [1995, pp. 77-107, la citazione è tratta da p. 79]. Sul tema, cfr., inoltre R. Lanfredini [1988].

⁴⁵ La tesi della non assimilabilità tra la procedura giudiziale dell'accertamento dei fatti oggetto di una controversia e le possibili forme di verifica dei dati oggetto delle scienze naturali è formulata, ad esempio, da G. Gottlieb [1968, pp. 22-23]: "Whether we adopt Popper's demarcation line between science and pseudo-science or the empiricist test which it displaces, it is clear that reasoning with rules is manifestly non scientific. There is nothing testable about a decision, for the consequences which it may occasion can themselves be evaluated only in non-empirical terms. Nor can a rule or principle be tested in subsequent applications for there again the assessment would turn upon non-empirical considerations. The concept of testing, experimenting, or verifying in induction and scientific procedure refer only to situations in which the proposition tested cannot affect the empirical evidence. Where there is no objective empirical datum, testing in the strict sense is impossible". Sebbene in termini più moderati, una tesi analoga ricorre in J. Wr—blewski [¹1975, ²1983, p. 195]: " One can generally state

that when we formulate 'judicial statements' referring to particular types of facts, then the problems of evidence do not correspond to those of 'scientific statements'. La tesi contraria è, invece, sostenuta da L. Ferrajoli [1989]. Ferrajoli ritiene che gli asserti che esprimono la *quaestio facti*, così come gli asserti che esprimono la *quaestio juris*, possano considerarsi veri o falsi secondo la concezione tarskiana della verità come corrispondenza [pp. 20-23], e che tali asserti possano essere sottoposti ad un processo di verifica. Tale assunto, comunque, è meno drastico di quanto non possa apparire dalla sua enunciazione. In realtà, esso sembra esprimere più un *desideratum*, che non un fine effettivamente conseguibile, sia pure in virtù di riforme dei modelli giuridici (penali) esistenti e/o in virtù di un incrocio di controlli di razionalità. E' questa una conseguenza delle notevoli differenze fra "verifica processuale" e "verifica empirica" che lo stesso Ferrajoli individua in modo puntuale [pp. 24-36], e che lo portano ad affermare che: "la verità nel processo è per così dire, una *verità normativa*: nel triplice senso che una volta accertata definitivamente ha valore normativo, che è convalidata da norme e che lo è solo se è cercata e acquisita con il rispetto di norme" [p. 34]. (Altre osservazioni rilevanti, che concorrono più a mettere in discussione che non a fondare l'assunto della verificabilità sia degli enunciati che esprimono la *quaestio facti*, sia degli enunciati che esprimono la *quaestio juris*, sono formulate alle pp. 94-189.) Un'aperta critica degli argomenti usualmente proposti (se non per dissuadere da semplicistiche assimilazioni, quantomeno) per evidenziare le differenze fra l'attività della ricerca scientifica e l'attività dell'applicazione giudiziale del diritto è stata di recente espressa da M. Taruffo [1992, pp. 303-310]. Tale critica non sembra però dettata da un reale dissenso sulla fondatezza degli argomenti di chi enuncia le differenze tra ciò che attiene all'attività del giudice e ciò che attiene all'attività dello scienziato (la banalità di cui Taruffo taccia tali argomenti sembra infatti confermarne l'ovvia correttezza e non già denunciarne una temibile erroneità). La critica di Taruffo sembra dettata, piuttosto, da quello che, usando una felice espressione di G. Gottlieb [1968, p. 15] può essere etichettato come un "epistemological inferiority complex", da quel complesso di inferiorità epistemologica, cioè, che, come nota convincentemente Gottlieb, costituisce la nota dominante dell'analisi della funzione della ragione nell'attività giudiziale, analisi che si è sempre rivelata succube alle nozioni di razionalità dominanti.

⁴⁶ In ambito epistemologico, che la contrapposizione fra scoperta e giustificazione consenta di ordinare i diversi momenti di cui si compone la ricerca scientifica in due insiemi i cui termini siano mutuamente esclusivi, è negato, come si è già segnalato *sub* 1.1.3., da coloro che, come G. Gutting [1980 a], sostengono che tutti i metodi scientifici siano, al tempo stesso, metodi di scoperta (*rectius*: di sviluppo) e di giustificazione. Che la contrapposizione fra scoperta e giustificazione consenta di ordinare i diversi momenti di cui si compone la ricerca scientifica in due insiemi i cui termini siano congiuntamente esaustivi, è negato da coloro che tematizzano l'importanza di distinguere contesti altri da quello di scoperta e da quello di giustificazione. E' questo, ad esempio, il caso di Th. Nickles [1980, p. 20] che sottolinea l'esigenza di una terminologia che, più precisa di quella che si riduce alla contrapposizione fra scoperta e giustificazione, consenta di scindere "discovery into generation or initial thinking phase and a pursuit phase and which divides justification into 'final' justification and a prior

phase variously termed 'preliminary evaluation' and 'prior assessment'. To the extent that this plausibility evaluation can be identified with pursuit, we can view science in the large as a three-stage process (rather than the old two-stage process of discovery and justification) *viz.* generation, pursuit, and acceptance, all three being stages of the discovery process". Un secondo esempio è offerto da R. Laudan [1985, pp. 189-191] che, prendendo come spunto le vicissitudini di cui la teoria della deriva dei continenti è stata oggetto nella comunità scientifica, mostra il rilievo e la "piena dignità filosofica" di due momenti (di due contesti) della ricerca scientifica altri dalla scoperta e dalla giustificazione: (a) il contesto di "presa in considerazione" (*i.e.*: la decisione dello scienziato di "ammettere una nuova teoria nel gruppo delle teorie degne di essere prese in esame"), e (b) il contesto di "sviluppo" (*i.e.*: la decisione dello scienziato di "sviluppare una teoria, sia tramite l'articolazione della sua base teorica, sia tramite la raccolta di nuovi materiali di sostegno"). Ancora, cfr. C. R. Kordig [1978].

⁴⁷ Nonostante la sua indubbia centralità, lo scontro sulla valenza del processo che porta alla formulazione della premessa giuridica e della premessa fattuale di una decisione giudiziale non esaurisce, però, com'è noto, il dibattito sulla natura logico-deduttiva delle decisioni giudiziali. La natura logico-deduttiva delle decisioni giudiziali, infatti, è problematica anche sotto un ulteriore profilo: della premessa giuridica e della conclusione di una decisione giudiziale si predica non la verità, ma la validità giuridica. Il problema, la cui esplicita formulazione si deve ad H. Kelsen [1965], può essere così sintetizzato: la validità della norma espressa dal dispositivo di una decisione giudiziale è il risultato non di un'inferenza logica, quanto di un atto di posizione da parte del giudice che emette la sentenza. La tesi di Kelsen, tacciata di irrazionalismo come, d'altronde, ogni tesi che concorra a porre in dubbio la concezione logico-deduttiva delle decisioni giudiziali, ha suscitato una pluralità di consensi e di dissensi che hanno alimentato una copiosa letteratura. Per alcune indicazioni bibliografiche, cfr. T. Mazza [1988], [1993]. Che l'analisi della natura delle decisioni giudiziali sia condizionata e dal problema relativo alla formulazione delle premesse di una decisione, e dal problema relativo alla derivabilità della validità della norma espressa dal dispositivo dalle premesse, e indicato, ad esempio, anche da J.J. Moreso / P. Navarro / C. Redondo [1992, pp. 257-262].

⁴⁸ M. Taruffo [1975, pp. 7-9].

⁴⁹ Contesto di decisione' ricorre, ad esempio, in U. Scarpelli [¹1970, ²1982, p. 281], in E. Amodio [1977, p. 216], in C. Luzzati [1990, p. 137]; 'contesto decisorio' ricorre, ad esempio, in M. Taruffo [1975, p. 214]. Seppure non esplicitamente segnalata da spie terminologiche, nondimeno l'assimilazione concettuale fra scoperta e decisione è implicitamente suggerita da M. Atienza [1993, pp. 23-24]. Questo slittamento terminologico-concettuale non è, comunque, generalizzato. R. Wasserstrom [1961, p. 25], ad esempio, non assimila, infatti, processo decisorio e contesto di scoperta, ma, del processo decisorio, proprio dell'attività giudiziale (*judicial decision process*), propone, invece, la distinzione fra due diverse procedure decisionali, procedure, ciascuna delle quali, corrisponde al contesto di scoperta e, rispettivamente, al contesto di giustificazione.

⁵⁰ Fra i sostenitori della distinzione in ambito giudiziale, l'esistenza di rapporti fra contesto di scoperta e contesto di giustificazione è esplicitamente teorizzata, ad esempio, da R. Wasserstrom [1961,

p. 27]. Analoga la posizione di H. Kantorowicz [1934, p. 1249] riguardo alla distinzione, omologa a quella qui in esame, fra spiegazione genetica e giustificazione normativa.

⁵¹Seppure non esplicitamente formulati, alcuni interessanti rilievi sull'asimmetria fra il modo in cui scoperta e giustificazione si configurano, rispettivamente, nell'attività scientifica e in quella giudiziale emergono, da un lato, dalla connessione che A. Aarnio [1977, pp. 43-52, e p. 326, n. 1] propone fra tre profili sotto cui prendere in esame una decisione giudiziale (*i.e.*: (a) giustificazione, (b) descrizione euristica, e (c) spiegazione intenzionale) e i due termini della contrapposizione fra scoperta e giustificazione, e, dall'altro lato, dalle critiche che a tale operazione muove J. Wolenski [1979].

⁵²G. Ubertis [1979, pp. 55-56].

⁵³E. Amodio [1977, p. 216].

⁵⁴J. Frank [1949, ²1950, pp. 183-184]; cfr., inoltre, J. Frank [1930, ⁶1949, p. 104: nota, e pp. 130-131].

⁵⁵Che la concezione logico-deduttiva delle decisioni giudiziali, di principio, non sia preclusa da ragioni teoretiche è sostenuto da N. MacCormick [1978, p. 37]: "Given that courts do make 'findings of fact' and that these, whether actually correct or not, do count for legal purposes as being true; given that legal rules can (at least can sometimes) be expressed in the form 'if *p* then *q*'; and given that it is, at least sometimes, the case that the 'facts' found are unequivocal instances of '*p*'; it is therefore sometimes the case that a legal conclusion can be validly derived by deductive logic from the proposition of law and the proposition of fact which serve as premises; and accordingly a legal decision which gives effect to that legal conclusion is justified by reference to that argument". Cfr. anche N. MacCormick [1985, p. 174]. Con toni più decisi, la tesi secondo la quale "la ricostruzione del ragionamento giustificatorio può essere compiuta entro i limiti della logica deduttiva" è esplicitamente enunciata da E. Bulygin [1992, p. 13]: "Una decisione giudiziale è giustificabile secondo il diritto allorché essa consegue logicamente da una o più norme generali insieme con la descrizione della fattispecie. La giustificazione è un'operazione logica che ha natura essenzialmente deduttiva, ovvero, per dirla in modo più cauto, che può essere ricostruita come un'inferenza logica, nella quale, date certe premesse, si perviene alla conclusione secondo cui certe conseguenze giuridiche sono applicabili ad uno specifico caso. Questa inferenza mostra che la decisione di applicare tali conseguenze a quel caso specifico è giuridicamente giustificata". Seppure non sempre formulata negli stessi termini, una tesi analoga ricorre, ad esempio, anche in C. Alchourrón / E. Bulygin [1989]; L. Gianformaggio [1989].

⁵⁶Un'esplicita enunciazione dell'esigenza di distinguere forme diverse di razionalità nel processo è di M. Taruffo [1993, p. 59]: "Il tentativo di delineare le possibili correlazioni tra ragione e processo porta a mettere in evidenza che diversi tipi di ragione e di razionalità entrano in gioco nel processo e si combinano in vario modo, assumendo funzioni diverse. Così a seconda dei casi viene in maggiore evidenza la razionalità rispetto allo scopo o la razionalità come coerenza, la razionalità come conformità a valori o la razionalità come impiego di criteri razionali, nelle scelte o nello svolgimento delle argomentazioni", e ancora (p. 60): "Se il riferimento ai concetti generali della razionalità può fornire un'indicazione utile all'analisi del processo, questa è nel senso di mettere in evidenza la ricchezza e la varietà delle concezioni della razionalità e degli strumenti della ragione, e quindi le numerose e talvolta

insospettite vie per possibili analisi razionali dei fenomeni processuali. Di conseguenza, dovrebbe ridursi la credibilità delle concezioni che eludono l'analisi razionale solo perché si fondano su concezioni troppo povere della ragione". In apparenza lineare e convincente, quest'affermazione si presta in realtà a due obiezioni. La prima obiezione è che, così come è documentato dalla vastissima letteratura in tema di razionalità, lo scontro fra razionalismo e irrazionalismo altro non è, spesso, se non la contrapposizione fra concezioni diverse di 'razionalità', concezioni che *de facto* sono antagoniste e non complementari. (Cfr., ad esempio, l'elenco di "attacchi alla ragione" stilato da E. Gellner [1992, pp. 132-135], o la ricca panoramica di concezioni antagoniste di 'razionalità' offerta da G. Barbieri / P. Vidali (eds.) [1988] o, in altra prospettiva, da S. Biderman / B.-A. Scharfstein (eds.) [1989]; cfr., inoltre, E.P. Haba [1988]). La seconda obiezione, strettamente connessa alla prima, è che spesso, soprattutto nella letteratura di teoria del diritto, ciò che viene etichettato come espressione di irrazionalismo altro non è se non la denuncia di limiti e difficoltà di quella forma di razionalismo che ha a proprio fondamento i principî della logica classica e/o dell'epistemologia neopositivista. In altri termini, ciò che viene tacciato di irrazionalismo altro non è, spesso, se non ciò in relazione a cui si è cominciato a sperimentare e/o a suggerire forme di 'razionalità' diverse dalla (e spesso antagoniste alla) forma di razionalità classica, assunta, quest'ultima, come baluardo contro ogni espressione di pretesa soggettività e di temuto arbitrio.

⁵⁷ R. Wasserstrom [1961, p. 27].

⁵⁸ M. Taruffo [1975, p. 214]. Taruffo ricollega la propria affermazione non al passo prima citato di Wasserstrom, ma all'analisi di J. Wr—blewski [1967], analisi in cui, non è esplicitamente menzionata la distinzione fra contesto di scoperta e contesto di giustificazione, ma, nondimeno, è sottolineata l'importanza della distinzione fra "materiali psicologici" (i materiali, cioè, che emergono dall'analisi dell'applicazione giudiziale del diritto seguendo un approccio psicologico) e "materiali di decisione" (i materiali, cioè, presenti nella motivazione). Scrive J. Wr—blewski [1967, p. 24]: "L'errore fondamentale consisterebbe nel confondere il 'materiale psicologico' con il 'materiale di decisione'. Il risultato di una tale confusione sarebbe o l'incomprensione dei processi psicologici (qualora si pensasse che essi si svolgono sempre in concordanza con il 'materiale di decisione'), oppure il rifiuto del 'materiale di decisione' come mistificazione della realtà (se quel materiale venisse considerato come la descrizione di processi psicologici). E' necessario, invece, che il 'materiale di decisione' sia considerato semplicemente come una razionalizzazione del processo di applicazione della legge, compiuta nel modo regolato dalla legge o dalle tradizioni della pratica giuridica." Con diversa terminologia (*i.e.*: "ragionamento decisorio" *vs.* "ragionamento giustificativo"), la distinzione è riproposta in M. Taruffo [1993, pp. 57-59]. E, ancora, logica della scoperta e logica della giustificazione sono distinte in P. Comanducci [1992, pp. 201-203].

⁵⁹ J. Wr—blewski [1982, pp. 30-31].

⁶⁰ J. Wr—blewski [1982, p. 31]. Una formulazione parzialmente diversa della distinzione fra ruolo euristico e ruolo giustificatorio della logica nell'applicazione giudiziale del diritto ricorre anche in J. Wr—blewski [1986].

⁶¹E' opportuno segnalare che l'esplicito rifiuto della contrapposizione fra concezioni razionali e irrazionali delle decisioni giudiziali e/o l'intento di individuare una possibile alternativa a tale contrapposizione non è usuale. Non è usuale, perché i due termini della contrapposizione sono comunemente considerati come congiuntamente esaustivi (anche se, forse, non sempre come mutuamente esclusivi).

⁶²La problematicità di operare una netta cesura fra scoperta e giustificazione nell'applicazione giudiziale del diritto, così come nella ricerca scientifica, è esplicitamente denunciata da A. Aarnio [1977, p. 326 n. 1, e p. 327 n. 14].

⁶³E. Amodio [1977, p. 216].

⁶⁴E. Amodio [1977, p. 216]. L'espressione riportata da Amodio fra virgolette "logica della scelta è irriducibilmente diversa" è una citazione da M. Taruffo [1975, p. 205].

⁶⁵Nel dibattito sulla natura delle decisioni giudiziali, la valenza non esplicativa ma emotivo-ideologica dell'uso dei termini 'razionale' / 'irrazionale' è segnalata, seppure in termini diversi e in prospettive non sempre coincidenti, da più autori. Così, ad esempio, E. Haba [1988, p. 340], dopo aver menzionato una pluralità di teorie eterogenee in tema di razionalità e dopo aver sottolineato come ogni teoria tenda a qualificare come irrazionali o, quantomeno come insufficientemente razionali, le teorie concorrenti, scrive: "Et si l'on peut signaler plusieurs modalités du *rationalisme* comme 'idéologie', on constatera également que sont 'idéologiques' toutes ou bon nombre des conceptions (corrélatives) sur ce qui est *rationalité* et *irrationalité*". Sul tema, Haba rinvia a L. Kolakowski [1967]. Del problema della razionalità delle decisioni giudiziali come ideologia v'è menzione anche in M. Taruffo [1993, pp. 57]: "L'esistenza di numerosi orientamenti irrazionalistici o antirazionalistici a proposito dell'attività del giudice (ed eventualmente anche degli altri soggetti del processo), non dimostra affatto che l'ipotesi razionalistica sia infondata. E' però evidente che si tratta di un'ipotesi problematica e bisognosa di conferme: non a caso si è parlato di una 'ideologia legale-razionale' della decisione giudiziaria per mettere in evidenza come legalità e razionalità siano a loro volta oggetto di scelte complessive inerenti all'amministrazione della giustizia e al ruolo del giudice nell'ordinamento". L'espressione 'ideologia legale-razionale' è di Wróblewski che sul tema è tornato più volte nei suoi lavori. Cfr., ad esempio, J. Wróblewski [1974], [1992]. In contrasto con i toni emotivo-ideologici del dibattito sulla razionalità delle decisioni giudiziali può essere utile ricordare, così come G. Zaccaria [1993, p. 93], che: "Prendere atto del ruolo che giocano tali elementi [*i.e.*: i fattori pre-razionali, a-razionali, extrarazionali del diritto] non significa affatto impegnarsi in un'apologia dell'irrazionalismo".

Bibliografia

Aarnio, Aulis [1977], *Reasoning on Legal Reasoning*. Turku, Turun Yliopisto.

Aarnio, Aulis [1987], *The Rational as Reasonable*. Dordrecht, D. Reidel.

- Alchourr—n, Carlos Eduardo / Bulygin, Eugenio [1971], *Normative Systems*. Wien, Springer-Verlag.
- Alchourr—n, Carlos Eduardo / Bulygin, Eugenio [1989], *Limits of Logic and Legal Reasoning*. In: Martino, Antonio A. (ed.), *Preproceedings of the III International Conference on Logica Informatica Diritto*, Firenze, 1989, vol. 2, pp. 1-20. Trad. spagnola di Eugenio Bulygin: *Los limites de la l—gica y el razonamiento jur'dico*. In: Alchourr—n, Carlos Eduardo / Bulygin, Eugenio, *Analisis l—gico e derecho*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 303-328.
- Amodio, Ennio [1977], *Motivazione della sentenza penale*. In: *Enciclopedia del diritto*. Milano, Giuffrè, vol. XXVII, pp. 181-256.
- Aomi, Junichi [1973], *The Regulative Function of Logic in Judicial Decisions*. In: "ARSP", 59 (1973), pp. 193-196.
- Atienza, Manuel [1993], *Las razones del derecho. Teor'as, de la argumentaci—n jur'dica*. Madrid, Centro de estudios constitucionales.
- Barberis, Mauro, *Di cosa parliamo, quando parliamo di filosofia analitica?* [Manoscritto].
- Barbieri, Giuseppe / Vidali, Paolo (eds.) [1988], *La ragione possibile. Per una geografia della cultura*. Milano, Feltrinelli.
- Biderman, Shlomo / Scharfstein, Ben-Ami (eds.) [1989], *Rationality in Question*. New York, E.J. Brill.
- Blackwell, Richard J. [1980], *In Defense of the Context of Discovery*. In: 'Revue Internationale de Philosophie', 34 (1980), pp. 90-108.
- Blackwell, Richard J. [1984], *Che cos'è una scoperta scientifica?*. In: Magnani, Lorenzo (ed.), *Epistemologie dell'invenzione*. Milano, Franco Angeli, pp. 115-128.
- Bobbio, Norberto [1987], *La ragione nel diritto*. In: Faralli, Carla / Pattaro, Enrico (eds.), *Reason in Law*. Milano, Giuffrè, vol. I, pp. 75-89.
- Bulygin, Eugenio [1992], *Sull'interpretazione giuridica*. In: Comanducci, Paolo / Guastini, Riccardo (eds.), *Analisi e diritto 1992. Ricerche di giurisprudenza analitica*. Torino, Giappichelli, pp. 11-30.
- Calamandrei, Piero [1939], *Il giudice e lo storico*. In: *Studi di storia in onore di Enrico Besta*. Milano, Giuffrè, 1939, vol. II, pp. 351-376.
- Calogero, Guido [1937, 21964], *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*. Padova, Cedam.
- Carnap, Rudolf [1928], *Der logische Aufbau der Welt*. Berlin. Trad. it. di E. Severino: *La costruzione logica del mondo*. Milano, Fratelli Fabbri, 1966.
- Comanducci, Paolo [1992], *Assaggi di metaetica*. Torino, Giappichelli.
- Comanducci, Paolo [1994], *Aarnio e il problema della certezza del diritto*. In: Comanducci, Paolo / Guastini, Riccardo (eds.), *Analisi e diritto 1994. Ricerche di giurisprudenza analitica*. Torino, Giappichelli, pp. 111-129.
- Curd, Martin V. [1980], *The Logic of Discovery: An Analysis of Three Approaches*. In: Nickles, Thomas (ed.), *Scientific Discovery, Logic, and Rationality*. Dordrecht, D. Reidel, pp. 201-219.
- Damaska, Mirjan [1986], *The Faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach to the Legal Process*. New Haven, Yale University Press. Trad. it. di Andrea Giussani e Fabio Rota: *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*. Bologna, il Mulino, 1991.

- Dewey, John [1924], *Logical Method and Law*. In: 'The Cornell Law Quarterly', 10 (1924), pp. 17-27.
- Ferrajoli, Luigi [1985], *La formazione e l'uso dei concetti nella scienza giuridica e nell'applicazione della legge*. In: 'Materiali per una storia della cultura giuridica', 15 (1985), pp. 401-422.
- Ferrajoli, Luigi [1987], *Guarantees and Truth in Criminal Law*. In: Faralli, Carla / Pattaro, Enrico (eds.), *Reason in Law*. Milano, Giuffr , vol. I, pp. 301-311.
- Ferrajoli, Luigi [1989], *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. Bari, Laterza.
- Frank, Jerome [1930, ⁶1949], *Law and the Modern Mind*. New York, Coward-McCann.
- Frank, Jerome [1949, ²1950], *Courts on Trial. Myth and Reality in American Justice*. Princeton, Princeton University Press.
- Gellner, Ernest [1992], *Reason and Culture*. Oxford, Blackwell.
- Gianformaggio, Letizia [1989], *In difesa del sillogismo pratico. Ovvero alcuni argomenti kelseniani alla prova*. Giuffrè, Milano.
- Gottlieb, Gidon [1968], *The Logic of Choice*. London, Allen & Unwin.
- Grace III, Patrick / Teschner, George [1989], *Semiotic Contrasts between Trial and Discovery*. In: Kevelson, Roberta (ed.), *Law and Semiotics*. New York, Plenum Press, 1989, vol. 3, pp. 127-148.
- Gutting, Gary [1980 a], *The Logic of Invention*. In: Nickles, Thomas (ed.), *Scientific Discovery, Logic, and Rationality*. Dordrecht, D. Reidel, pp. 221-234.
- Gutting, Gary [1980 b], *Science as Discovery*. In: 'Revue Internationale de Philosophie', 34 (1980), pp. 26-48.
- Jori, Mario [1987], *Il giuspositivismo analitico italiano prima e dopo la crisi*. Milano, Giuffr .
- Jori, Mario / Pintore, Anna [1988], *Manuale di teoria generale del diritto*. Torino, Giappichelli, 1988.
- Kantorowicz, Hermann [1934], *Some Rationalism about Realism*. In: "Yale Law Journal", 43 (1934), pp. 1240-1253.
- Kelsen, Hans [1965], *Recht und Logik*. In: 'Neues Forum', 12 (1965), pp. 421-425, 495-500. Trad. it. di R. Guastini: *Diritto e logica*. In: Comanducci, Paolo / Guastini, Riccardo (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico*, Torino, Giappichelli, 1990, pp. 65-98.
- Kolakowski, Leszek [1967], *Der Rationalismus als Ideologie*. In: *Traktat  ber die Sterblichkeit der Vernunft*. München, Piper.
- Kordig, Carl R [1978], *Discovery and Justification*. In: 'Philosophy of Science', 45 (1978), pp. 110-117.
- Kuhn, Thomas S. [1962], *The Structure of Scientific Revolutions*. Chicago, The University of Chicago. Trad. it. di A. Carugo: *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*. Torino, Einaudi, ¹1969, ²1978.
- Haba, Enrique P. [1988], *Rationalit *. In: Arnaud, André-Jean (ed.), *Dictionnaire Encyclopedique de Th orie et de Sociologie du droit*. Bruxelles, E. Story-Scientia.
- Haba, Enrique P. [1990], *Racionalidad y metodo para el derecho:  Es eso posible? (1)*. In: 'Doxa', 7(1990), pp. 169-247.
- Hanson, Norwood Russell [1958], *The Logic of Discovery*. In: 'Journal of Philosophy', 55 (1958), pp. 1073-1089.

- Hart, Herbert [1967], *Philosophy of Law, Problems of*. In: Edwards, Paul (ed.), *The Encyclopedia of Philosophy*. New York, Macmillan & The Free Press, vol. VI, pp. 264-276. Trad. it. di P. Comanducci: *I problemi della filosofia del diritto*. In: Comanducci, Paolo / Guastini, Riccardo (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico*. Torino, Giappichelli, 1967, vol. II, pp. 11-51.
- Horowitz, Joseph [1972], *Law and Logic*. Wien, Springer Verlag.
- Lanfredini, Roberta [1988], *Oggetti e paradigmi. Per una concezione interattiva della conoscenza scientifica*. Napoli, Theoria.
- Laudan, Larry [1980], *Why Was the Logic of Discovery Abandoned?*. In: Nickles, Thomas (ed.), *Scientific Discovery, Logic, and Rationality*. Dordrecht, D. Reidel, pp. 173-183.
- Laudan, Rachel [1985], *La razionalità di prendere in considerazione e sviluppare una teoria. La deriva dei continenti*. In: Pera, Marcello / Pitt, Joseph (eds.), *I modi del progresso. Teorie ed episodi della razionalità scientifica*. Milano, Il Saggiatore, pp. 189-207.
- Luzzati, Claudio [1990], *La vaghezza delle norme*. Milano, Giuffrè.
- MacCormick, Neil [1978], *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford, Clarendon Press.
- MacCormick, Neil [1985], *The Limits of Rationality in Legal Reasoning*. In: Arnaud, André-Jean / Hilpinen, Risto / Wr—blewski, Jerzy (eds.), *Juristic Logic, Rationality and Irrationality in Law*. Berlin, Duncker und Humblot, pp. 161-177.
- Magnani, Lorenzo [1984], *Problemi, strategie, euristiche nell'invenzione scientifica*. In: Magnani, Lorenzo (ed.), *Epistemologie dell'invenzione*. Milano, Franco Angeli, pp. 89-114.
- Magnani, Lorenzo [1991], *Epistemologia applicata. Conoscenza e metodo nelle scienze*. Milano, Marcos y Marcos.
- Mazzarese, Tecla [1988], *Deontica kelseniana*. In: 'Materiali per una storia della cultura giuridica', 18 (1988), pp. 429-457.
- Mazzarese, Tecla [1992], *Dubbi epistemologici sulle nozioni di 'quaestio facti' e 'quaestio juris'*. In: "Rivista internazionale di filosofia del diritto", 69 (1992), pp. 294-320.
- Mazzarese, Tecla [1993], *Normological Scepticism and Legal Dynamics. Weinberger and Kelsen Confronted*. In: Aarnio, Aulis / Paulson, Stanley L. / Weinberger, Ota / Wright, Georg Henrik von (eds.), *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit*. Berlin, Duncker und Humblot, pp. 155-169.
- Moreso, Juan José / Navarro, Pablo E. / Redondo, Cristina [1992], *Argumentaci—n jur'dica, l—gica y decisi—n judicial*. In: 'Doxa', 11 (1992), pp. 247-262.
- Nickles, Thomas [1980], *Introductory Essay: Scientific Discovery and the Future of Philosophy of Science*. In: Nickles, Thomas (ed.), *Scientific Discovery, Logic, and Rationality*. Dordrecht, D. Reidel, pp. 1-59.
- Nickles, Thomas [1984], *Scoperta e mutamento scientifico*. In: Magnani, Lorenzo (ed.), *Epistemologie dell'invenzione*. Milano, Franco Angeli, 1984, pp. 7-27.
- Nickles, Thomas [1985 a], *Beyond Divorce: Current Status of the Discovery Debate*. In: 'Philosophy of Science', 52 (1985), pp. 177-206.
- Nickles, Thomas [1985 b], *Metodologia, euristica e razionalità*. In: Pera, Marcello / Pitt, Joseph (eds.), *I modi del progresso. Teorie ed episodi della razionalità scientifica*. Milano, Il Saggiatore, pp. 87-116.

- Pera, Marcello [1985], *Apologia del metodo*. Bari, Laterza.
- Parrini, Paolo [1995], *Conoscenza e realtà. Saggio di filosofia positiva*. Bari, Laterza.
- Pera, Marcello [1985], *Per un "Novum organon reformatum". La scoperta dell'elettricità animale*. In: In: Pera, Marcello / Pitt, Joseph (eds.), *I modi del progresso. Teorie ed episodi della razionalità scientifica*. Milano, Il Saggiatore, pp. 160-188.
- Popper, Karl [1934], *Logik der Forschung*. Trad. ingl. ampliata: *The Logic of Scientific Discovery*, London, Hutchinson, 1959. Trad. it. di Mario Trinchero: *Logica della scoperta scientifica*. Torino, Einaudi, 1970.
- Reichenbach, Hans [1938], *Experience and Prediction*. Chicago, The University of Chicago Press.
- Reichenbach, Hans [1947], *Elements of Symbolic Logic*. New York, The Free Press.
- Reichenbach, Hans [1951], *The Rise of Scientific Philosophy*. Berkeley, University of California Press. Trad. it.: *La nascita della filosofia scientifica*. Bologna, il Mulino, 1961.
- Reynolds, Noel B. [1971], *A Formal Model for Judicial Discretion*. In: Hubien, Hubert (ed.) *Le raisonnement juridique*. Bruxelles, Bruylant, pp. 355-361.
- Scarpelli, Uberto [1970], *Le argomentazioni dei giudici: prospettive di analisi*. In: 'Il Foro Italiano', 95 (1970), supplemento al n. 1, col. 59-82. Ried. in: Scarpelli, Uberto, *L'Etica senza verità*. Bologna, il Mulino, 1982, pp. 251-285.
- Simon, Herbert A. [1973], *Does Scientific Discovery Have a Logic?*. In: 'Philosophy of Science', 40 (1973), pp. 471-480.
- Tarello, Giovanni [1985], *Intervento, La formazione dei concetti e delle teorie nella scienza giuridica*. In: 'Materiali per una storia della cultura giuridica', 15 (1985), pp. 447-449.
- Taruffo, Michele [1967], *Il giudice e lo storico: considerazioni metodologiche*. In: 'Rivista di diritto processuale', 22 (1967), pp. 438-465.
- Taruffo, Michele [1975] *La motivazione della sentenza civile*. Padova, Cedam.
- Taruffo, Michele [1992], *La prova dei fatti giuridici*. Milano, Giuffrè.
- Taruffo, Michele [1993], *Ragione e processo: ipotesi su una correlazione*. In: 'Ragion pratica', 1 (1993), pp. 49-60.
- Twining, William [1990], *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*. Oxford, Basil Blackwell.
- Ubertis, Giulio [1979], *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*. Milano, Giuffrè.
- Varga, Csaba [1989], *The Fact and Its Approach in Philosophy and in Law*. In: Kevelson, Roberta (ed.), *Law and Semiotics*. New York, Plenum Press, vol. 3, pp. 357-382.
- Varga, Csaba [1991], *The Mental Transformation of Facts into a Case*. In: 'ARSP', 77 (1991), pp. 59-68.
- Villa, Vittorio [1984], *Teorie della scienza giuridica e teorie delle scienze naturali. Modelli e analogie*. Giuffrè, Milano.
- Villa, Vittorio [1985], *La formazione dei concetti e delle teorie nella scienza giuridica*. In: 'Materiali per una storia della cultura giuridica', 15 (1985), pp. 371-399.
- Wasserstrom, Richard A. [1961], *The Judicial Decisions. Toward a Theory of Legal Justification*. Stanford, Stanford University Press.

- Wolenski, Jan [1979], *Context of Discovery, Context of Justification and Analysis of Judicial Decision-Making*. In: A. Peczenick / Y. Uusitalo (eds.), *Reasoning on Legal Reasoning*. Vammala, Vammala Kirjapaino, pp. 115-120.
- Wr—blewski, Jerzy [1964], *Il modello teorico dell'applicazione della legge*. In: "Rivista internazionale di filosofia del diritto", 46 (1967), pp. 10-30.
- Wr—blewski, Jerzy [1973], *Facts and Law*. In: 'ARSPÈ, 59 (1973), pp. 161-178.
- Wr—blewski, Jerzy [1974], *Idéologie de l'application judiciaire du droit*. In: '...sterreichisches ZeitschriftÈfÿr ðffentliches RechtÈ, 25 (1974), pp. 45-58.
- Wr—blewski, Jerzy [1975], *The Problem of the So-Called Judicial Truth*. In: "Tidskrift Utgiven av Juridiska Fšreningen i FinlandÈ, 1 (1975), pp. 19-33. Ried. in: Wr—blewski, Jerzy, *Meaning and Truth in Judicial Decision*. Helsinki, A-Tieto Oy, 1983, pp. 180- 198.
- Wr—blewski, Jerzy [1982], *Logic and Judicial Activity*. In: *Rapports polonais présentés à l'onzième Congrès international de droit comparé*. Warsaw, pp. 23-35.
- Wr—blewski, Jerzy [1986], *Logique juridique et théorie de l'argumentation de Ch. Perelman*. In G. Harscher, L. Ingber (eds.), *Justice et Argumentation*. Bruxelles, Editions de l'universite de Bruxelles, pp. 175-196.
- Wr—blewski, Jerzy [1992], *The judicial Application of Law*. Edited by Zenon Bankowski and Neil MacCormick. Dordrecht, D. Reidel.
- Zaccaria, Giuseppe [1988], *Ermeneutica e comprensione narrativa*. In: 'Materiali per una storia della cultura giuridicaÈ, 18 (1988), pp. 489-511.
- Zaccaria, Giuseppe [1993], *Complessità della ragione giuridica*. In: 'Ragion praticaÈ, 1 (1993), pp. 82-95.