



# APPUNTI LUISS

## Appunti di Metodologia

---

Da Hobbes a Kelsen

S.L.F.



### Cosa è?

Metodologia->Insieme di tecniche e procedure o percorsi , un metodo per fare qualcosa. Insieme di tecniche utili allo studente. -> Possono essere in comune con vari "nemici"

Importanza del termine scienza. Scienza giuridica-> È o non è una scienza? Non è una scienza esatta si sottrae ad una metodologia rigorosa. Dobbiamo attivare una verifica rigorosa del ragionamento.

Strumenti comuni che servono al giurista.

Problema del rigore della giurisprudenza -> è stato fallace fino a qualche tempo fa. La Giurisprudenza è una scienza pratica(es. Lavoro sui casi concreti)

Così si trova la migliore soluzione. Il metodo casistico è importante ma non è l'unico.

La giurisprudenza è una scienza pratica e mira alla ricerca di soluzioni migliori-  
Tecnica retorica del senso più ampio. Obbligo di motivazione per il principio di trasparenza dell'autorità.

-Riuscire a rendere sempre più rigorosi i nostri ragionamenti quasi in maniera matematica.

-La scienza giuridica sta subendo una radicale trasformazione.

Esempio : il tribunale di cremona ha dato la sua decisione prendendo in considerazione esperimenti di un neuro scienziato. Dialogo fra giurisprudenza e scienza. Le scienze si avvicinano sempre di più ai metodi della giurisprudenza. Si basa sulla costruzione del fatto naturale.

Altro problema-> ingresso delle neuro scienze nella giurisprudenza-> es. conquista delle informazioni(dati personali)

"Conquista" dalla coscienza del soggetto. Lettura delle attività cerebrali.

Art. 88 e 89 del Codice Penale<< non è imputabile chi per infermità non aveva capacità di intendere e di volere.>>

3 sentenze dal 2009 in poi:

-2009 trieste e 2011 como(Si utilizzano solo per quanto riguarda il problema della capacità di intendere e di volere del soggetto)

-2012 cremona tecnica di scansione delle attività cerebrali in base alla velocità di reazione. Però il giudice spiega che l'importanza è data dalla valutazione complessiva . Non era la decisione più importante. -> Bisognava quantificare il danno anche al fine di stabilire il risarcimento per evitare aumenti ingiustificati.

"per la sicurezza si rinuncia a proprie informazioni e dati personali"

Giuristi contro la scienza-> come risolvere? Porre un'altra consulenza è inutile. Serve poter confutare da soli. Giurista vs Scienziato.

"ma siamo sicuri che questi siano problemi nuovi?"

La posta in palio è l'autonomia ma a discapito della sicurezza. Il diritto moderno vuole governare in cittadino per condurlo al bene?

"Diritto moderno è controllo(prof) o autonomia?".

Sicurezza attraverso la cattura di informazioni. È una novità o no?

Il diritto di stato. La qualificazione giuridica della sovranità.

1) Problema crisi della sovranità

"nozione di sovranità"

"come la crisi si trasforma in diritto e i rapporti con la sovranità".

Monti(video) disse-> Concentrarsi sull'efficacia

->regole: 1) garanzia dell'efficacia.

2) Rispetto effettivo

3) Capacità delle istituzioni che controllano.

->problema dell'efficacia.

Sovranità:-Cessioni a un livello comunitario

-Bisogno della crisi,eventi critici, per trasformarsi e andare avanti, evolversi.

-Rapporto fra norma e potere.

I due sensi della sovranità:

1) Verso l'interno->nazionale->sovraordinazione->sovrano come "legibus solutus"->non vi è una norma che lo disciplina.

2) Verso l'esterno->internazionale->parità->auto obbligazione, conclusione di trattati, vi è una regola pattizia dovuta ad una spontanea autoobbligazione.

2) Altro Problema-> pensiero giuridico inglese.

Diritto consuetudinario, quello dei giudici, osteggiato dal sovrano.

Come mai l'antinomia sovranità-giurisprudenza si evidenzia nella cultura inglese?

Come è possibile che proprio qui riveli il suo volto? Si mostra ma non si solidifica per l'ascesa della monarchia costituzionale.

"Codificazione e Common Law"

| |

Sembra + + decentrato  
accentrato

Quest'ultimo in verità era fortemente conservativo, ma molto variabile. Nasce su impulso del sovrano. All'inizio era un diritto uniforme. Prima istituzione di un diritto uniforme che poi si evolve verso maggiore duttilità. Si costituisce come più potente del potere del re. Common law come legge fondamentale.(edward cocke)

->Quasi un diritto naturale in quanto confermato dalla storia:

- divieto di arresto arbitrario
- tutela da monopoli
- tassazione rappresentata
- libero movimento
- tutela dei commerci.

Qui si condensa la tradizione costituzionale inglese. "caso bonham" -> si dichiara inefficace una legge statuaria cioè che nessuno è giudice in casa propria.

Quella legge contraddice il common law inglese( emanata dal re). Però così il giudice che disapplica una legge valida la interpreta.

Fra i due eccessi, Giudice bocca della verità e giudice che interpreta da solo, la soluzione del caso bonham sembra essere una terza soluzione cioè una interpretazione adeguatrice.

Altro problema. Da una lato il re e il suo primato, dall'altro i ministri e giudici che non sono d'accordo. "Il re non può essere ingiusto" Prima si interpretava nel senso che tutto quello che faceva il re doveva essere eseguito, poi che se il re faceva qualcosa di sbagliato era ammesso un diritto di resistenza.

### 3 lezione

Il primo metodo della scienza giuridica è il **Positivism Statualistico**. Ne capiremo le ragioni giuridiche e politiche.

Nelle puntate precedenti:

Sovranità statale e crisi della stessa che inizia con il conflitto fra re e parlamento.

Il sovrano aveva il controllo sulla scrittura, l'interpretazione, l'applicazione e la qualificazione delle conseguenze.

La qualificazione giuridica della sovranità: Può essere costituita giuridicamente? Il sovrano è sottoposto al diritto?

Il common law era così forte da mettere in crisi anche il sovrano. Si crede che l'evoluzione sia più veloce nel common law, a causa del peso della giurisprudenza, ma

in realtà ciò è il contrario! Questa statualità ha messo in crisi la sovranità in Inghilterra.

È la monarchia che inizia ad accentrare il diritto. Il caso Bonham(1603) è l'episodio chiave! È l'anticipazione del giudizio di legittimità della legge?

Si anticipa l'idea di controllo di legittimità nelle leggi positive.

Qui la corte disapplica l'applicazione di una legge valida. Tutte le leggi hanno bisogno di essere interpretate. L'unico modo per non creare una ingiustizia.

Quindi la svolta sta nel fatto che il sovrano capisce di non essere più assoluto e dichiara la sua disponibilità a condividere e suddividere il potere.

Fine Flashback.

### Positivismismo Statualista

Da analizzare sul piano:-della creazione  
-della interpretazione.

"Chi secondo questo metodo crea la legge e la interpreta? E come?

Sovranità nel Common Law. Il sovrano crea la legge e il giudice la interpreta? No! Se lo stato è assoluto anche il sovrano è assoluto.

Il potere è a favore della sicurezza del cittadino. Non "stato Vs individuo " ma "Stato a favore della sicurezza del singolo". REGOLE PER LA DIFESA DELL'INDIVIDUO.

- "Certezza del diritto non è solo relativa al Codice ma si pone anche riguardo la difesa dell'equilibrio contro il caos.

È strano che il primo passo verso la Costituzione sia proprio la rivoluzione e il disordine da lei portato.

Per governare è necessario una volontà unica. Il primo passo è imporre il diritto come legge.

"Hobbes"-> per l'ordine è necessario che il diritto sia legge, a discapito della giurisprudenza e dei giudici.

-Interessa nella certezza del diritto. Sebbene non si condivida, anche a fini commerciali è necessario che la legge sia chiara e conoscibile. "Precisione!". Conoscere la legge, giusta o ingiusta che sia.

-Quindi diritto come vero e proprio comando, non più semplice legge.

Il diritto crea l'ordine per evitare il caos. Si crea :- Positivamente-> legge dell'autorità

non legge della ragionevolezza. Legge totalmente inequivoca.

-Diritto di proprietà non è un diritto naturale ma una concessione dello stato.

-Rivendicare il diritto di proprietà come "mio" non ha senso! In quanto se il sovrano è non si curerebbe di questo, io non otterrei **sicurezza**. Non vi è interesse ad escludere il sovrano ma vi è bisogno di tutela.

Ordine non più spontaneo ma artificiale.

"Leviatano"-> Ha il copro creato con le singole persone.

-Per la sicurezza si deve rinunciare alla propria soggettività politica.

-Il sovrano non può essere controllato da nessun altro organo, perché se così fosse il vero sovrano sarebbe quest'ultimo che controlla. Potere supremo.

Il sovrano non è mandatario. Esso non ha limiti tranne quando non riesce a garantire la sicurezza. Nessuna divisione, nessun governo misto, nessuna legge o partito. Non si può creare nessuna incertezza.

Consuetudine-> è fonte di diritto solo se i giudici non vi mettono bocca/ non possono valutare assolutamente/quello può essere fatto solo dal sovrano. Il re o elimina le consuetudini o, tacendo al riguardo, le approva implicitamente.

Giudici come fonte del diritto? No devono essere sottomessi.

Vincolatività del precedente->che senso ha? Potrebbe così diffondersi anche un eventuale errore sorto in un caso poi considerato come precedente. Si crede nel libero convincimento del giudice.

Autorevolezza, Autore, quantità dei precedenti, corte dove è stato approvato, non possono assolutamente influenzare.

"l'unico vincolo è la lettura corretta".

Quale è il metodo che deve avere il giudice?

Esegetico? NO. Bensì un criterio storico-sociologico, per ricreare l'antica volontà del sovrano.

Giudice che ricerca la "regola decidendi." Né opinione dottrinale né giurisprudenza.

Come fare allora?

Coincidenza fra legge del sovrano e giustizia/equità.

E in caso di lacuna? Interpellare la legge di natura come se il giudice stesso fosse "l'equità" o la "natura". Come se quel giudice avesse un pezzetto di sovranità.

E se l'applicazione letterale sembra irragionevole? Rivolgersi ancora alla natura.

"tutte le leggi vanno interpretate dal re, anche quelle brevi(principi) o lunghe (oscure).

Le abilità del giudice sono quindi : imparzialità,necessaria soprattutto nell'ascoltare le ragioni delle parti e applicarsi al caso concreto.

Siamo quasi arrivati alla creazione giurisprudenziale della legge. Questo perché la giurisprudenza non si piega a nessuna ideologia come a quella della sovranità.

#### **4 lezione. "Stato di Diritto"**

La teoria costituzionale porta qualche problema.

TH->il giudice è equità. CM->il giudice diventa solo bocca della legge.

Perché questa contrapposizione?

Nella sovranità pura il tema centrale era quello della sicurezza. Come mai anche nella visione costituzionale è centrale il problema della sicurezza?

Serve ragionare su tre piani diversi:

- Rapporto Sovrano-Legge
- Rapporto Giudice - legge
- Finalità della legge: certezza e sicurezza.

Modello costituzionalistico.

Ragionare sul contesto istituzionale. Il problema è dove iscrivere il potere del giudice.

Il giudice è bocca della legge,ma di una legge che è stata già controllata e verificata, superando i controlli di legittimità. Il problema è il controllo del legislatore. Si passa al problema opposto. Come controllare l'operato del sovrano? La risposta è che sono i parlamenti che hanno un forte controllo anche sulla volontà del re.(Siamo nel regno di Francia).

Il monarca governa grazie alle leggi fondamentali, ma le leggi non sono disponibili, per questo devo essere controllate(opposto alla consuetudine inglese). Come questo controllo si realizza? Chi si assumerà questo compito? Questo controllo sembra essere dei parlamenti. Iniziano a nascere le prime corporazioni di giuristi. Essi controllano il sovrano e fungono da filtro. Il controllo avviene con RIMOSTRANZA. Si ha un sindacato di legittimità.

"Stiamo mettendo in questione il modello della sovranità? I parlamenti lo mettevano in discussione?"



**Bodin**-> Capisce che la sovranità non può che essere limitata. Questi limiti sono:

-Leggi divine->difficili da constatare

-Leggi naturali-> che puoi sindacare

-i patti che lui come singolo re sottoscrive non può non rispettarli.

-Leggi della struttura fondamentale dell'ordinamento(esempio la divisione in ceti)

Il costituzionalismo nasce all'interno della teoria della sovranità.

La legge non può tutto. Gli incarichi non possono essere revocati senza motivo. Vi sono diritti che non possono essere intaccati liberamente. È necessario un equo indennizzo e una compensazione. VI SONO SEMPRE PIÙ LIMITI NELLA SOCIETÀ.

L'idea di Montesquieu che i Parlamenti possono opporsi al re è sempre più valida. Essi in caso di quelle violazioni possono rinviare l'editto al Re. Sì il può applicarle lo stesso ma agli occhi della comunità essi avrebbero meno influenza anche in sede di interpretazione da parte del giudice.

Si riconosce il bisogno di Filtrarla. È inevitabile il giudizio contro equità. In quel caso il giudice deve applicare il suo imperio dove la legge tace.

Il costituzionalismo nasce nel cuore stesso dell'assolutismo. Come la sovranità nasce in UK.

Ma come mai Montesquieu si preoccupa tanto ancora della sicurezza?

Bodin dice che è necessario un controllo per l'ordine, ma sempre in funzione di garantire lo spazio individuale. È necessario un controllo "assiduo" sui patrimoni, sulle mansioni ecc ecc, più informazioni si hanno, meglio si può governare e garantire l'ordine. Conoscere la qualità e la quantità delle persone. Informazioni per la sicurezza.

Nella tirannide avviene un abuso per il modo in cui si instaura l'ordine.

Quale è la differenza della legge in un regime dispotico e costituzionale?

Necessità di minaccia e sanzione. La volontà deve essere assolutamente efficace. Poche leggi che danno pochi ordini cui i cittadini devono obbedire. La legge non va interpretata.

C'è libertà se c'è sicurezza. Ma il modello del terrore, essendo governati dal terrore, è un modello altrettanto insicuro. La sicurezza è minacciata dal terrore. Quando il cittadino si sente insicuro? In caso di giustizia oscura, senza alcuna base.

Sicurezza non è più la città di Hobbes, dominata dal terrore, ma solo quando vi sono

buone leggi contro i criminali.

Montesquieu si pone il problema dei Delitti di opinione, dalla cronaca alla satira. Dice che in nessun caso si può essere condannati alla pena capitale. In ogni caso bisogna valutare il contesto.

Che tipo di controllo esercitare? Non poliziesco, non servono informatori che sarebbero anzi troppo costosi. Ma fare l'opposto dare fiducia al cittadino. Non ci interessa altro. Non serve creare un buon cittadino. Le leggi possono solo modificare leggi non creare individui.

Il costume di un popolo si crea da solo non servono leggi.

Per questo non bisogna legiferare con troppa frequenza, se no non vi è il tempo di assimilarle.

Questo modello sarà opposto a quello che si formerà dopo la rivoluzione francese. Il modello democratico sembra dare al legislatore una funzione opposta.

Montesquieu dice di fare leggi solo per il necessario. Il legislatore che crea da solo un giusto ordine. Nel suo interesse. Basato sulle leggi e non sulla costituzione.

Rousseau-> Il cittadino deve ubbidire spontaneamente, deve sentire la legge come propria. Uscire dallo spazio privato. Sentirsi libero in tutto lo stato, obbedendo a leggi che per lui sono proprie. Suddito e sovrano al tempo stesso. Leggi solamente obbedite. La sola sicurezza basta! Per il giusto ordine, serve educare e convertire il cuore del cittadino. Che il cittadino ritrovi i valori propri del cittadino.

Quando legiferano, cosa chiedere ai cittadini?

Chiedere se quella proposta è conforme al bene comune. Non lo chiedere a tutti, senza dialettica. Come Hobbes Chi non è d'accordo vuol dire che è sbagliato! Nessuna ragione alle minoranze. Basta che la legge sia sentita intimamente. Per questo il testo di legge deve essere per prima cosa convincente.

## 5 Lezione "Controllo del legislatore e del giudice"

### Riepilogo

Sovranità pura  
Diritto=Legge del sovrano  
Accentramento di potere  
Obbedienza=Paura  
Sicurezza=Ordine  
Legge incontrollabile  
Interpretazione=Equità

Costituzionale  
=Sovrano grazie alle leggi  
Policentrismo  
=Costume  
=libertà  
Controllo sulle leggi  
=uniformità e principi

Nel modello costituzionale vi sono due esigenze:

La prima è come controllare il legislatore senza una carta costituzionale. Questo può avvenire solo se si evita un eccesso di legiferazione. I cittadini stessi devono controllare il legislatore, ma questo può avvenire solo che capiscono le leggi. È necessario fare in modo che la legge diventi costume, consuetudine. Se la legge è troppo variabile non vi è il tempo affinché questo possa avvenire.

Le leggi devono adattarsi al contesto. Il sovrano deve conoscere il proprio popolo. Le scienze sociali devono aiutare il legislatore. Ogni legge deve essere regolata in base al destinatario.

La seconda è la scelta dei giudici. Non possono essere scelti da chi dovrà essere controllato. Per Montesquieu è meglio che sia ereditato o tutt'al più acquistata.

Il diritto per i privati è una priorità. L'autonomia è importante per una rigidità della legge e per garantire questi diritti. La separazione dei poteri porta inevitabilmente il controllo dei giudici. Per Montesquieu la legge deve essere uniforme. Egli è contrario alla libera interpretazione della legge. Il giudice deve solo applicarla. Controllo sul giudice come controllore delle leggi fondamentali. Deve svolgere il suo compito indipendentemente. È bene anche se svolgesse il suo compito temporaneamente, ma mai deve organizzarsi in corporazioni. In tal modo, infatti, potrebbe curare più gli interessi della propria corporazione. Per riassumere dovrebbero essere : indipendenti, non di carriera, assunti a tempo, meglio se stranieri.

Indipendenza vuol dire anche evitare l'eccesso di potere e la supremazia sul legislatore. È da evitare però il dispotismo giudiziario. Il modello costituzionale non crede nella creatività del diritto. Ma questo porta solo il giudice a "legiferare" maggiormente.

La rivoluzione francese cosa ha preso da Montesquieu:

-uniforme applicazione della legge.

-giudice non crea il diritto.

-la differenza è che: -Il giudice di Montesquieu era bocca della legge sì, ma di una legge già filtrata.

-dopo la rivoluzione francese egli diventa bocca di una nuova legge, nuovamente assoluta, come se si tornasse ad Hobbes.

Per quanto riguarda il controllo del potere( Montesquieu sosteneva che fosse necessario che il potere controlli il potere), con la rivoluzione francese non si può più effettuare questo controllo perché i poteri non sono più pari. Questo sbilanciamento è stato creato dal fatto che il legislatore è un potere di rappresentanza.

Come controllare una "legge uguale per tutti"?

La legge non si interpreta, in caso di dubbio o lacuna, il giudice deve rivolgersi al legislatore, per avere l'interpretazione autentica. Con l'entrata in vigore del codice

non c'è più bisogno di interpretare. " in claris non fit interpretatio".

L' Influenza di Montesquieu in America(anche più che in Francia) si può riassumere in questi concetti:

-Controllo della corte suprema.

-Critica accentramento del potere in un ordinamento che non poteva che essere federale.

-controllo del potere legislativo->funzione politica del giudice. Possibile solo con norme sovraordinate a quelle ordinarie.

-Poteri che si controllano e si interferiscono a vicenda.

-Primato dei diritti. Giudice custode di questi? Primato della legge libera.

-Le vecchie leggi non sono più valide, servono leggi completamente nuove. Esse servono a dare un'identità al popolo. Esse devono essere comprese, condivise e sentite proprie.

-Modifica del rapporto tra pubblico e privato. Il privato acquista soggettività politica. Deve comprendere le leggi. Necessità di una coscienza critica del cittadino. Controllo della legalità del diritto. Il primato della legge consente la nascita del principio e del principio della irretroattività. Tutto questo è possibile grazie alla conoscenza della legge.

Nel Code manca l'interpretazione della legge. Prima il giudice aveva il problema del riguardo per il caso e poteva considerare la consuetudine, la ragionevolezza, il precedente giuridico. Questo problema ora finisce. Si stabilisce la regola "In claris non fit interpretatio." Prima significava "Interpretare sempre quando non vi era una norma adatta" Cambia tutto il significato.

Il problema è di comprendere che provvedimento assumere per il giudice che ha assunto una cattiva condotta. A chi risponde il giudice? Quale è il potere superiore? Egli farà riferimento al Ministro della giustizia. Egli deve essere un funzionario pubblico, fedele. Egli deve rispettare la gerarchia.

Il codice è una legge nuova? No, è solo una raccolta di leggi vecchie più qualche disposizione nuove. Codice completo? Come può se l'ideologia trionfante ammette un diritto naturale per tutti? Come non richiamare questo diritto naturale? Almeno deve essere etero integrabile. Ma perché è necessario che sia concreto? Questo perché legge giusta e legge positiva ora coincidono. L'esegesi è in coerenza con il diritto positivo. Vigete la supremazia della legge.

Se è vero che il codice è completo, come risolvere i dubbi interpretativi?

"Portalis" Dichiarò, oltre tanti complimenti, che il codice non poteva essere completo. Erano necessari il richiamo al diritto Romano e ai precedenti. La completezza fu affermata per principio, ma poi in realtà non si può fare a meno di interpretare.

L'equità è un supplemento inevitabile

Paradosso dell'articolo 4->"Diniego di giustizia". È solo una ipotesi di scuola. Prima l'articolo 4 aveva un altro significato. Napoleone eliminò l'articolo 11 che prevedeva si potesse valutare secondo equità.

Quindi in caso di dubbio, il giudice non avrebbe fatto altro che decidere di persona, trasformando e manipolando. Non potendo negare la completezza.

**E fu così che si ritornò all'interpretazione.** Il modello napoleonico in realtà non è più legicentrico ma permette la nascita di una interpretazione manipolativa!(senza nemmeno interpretazione!)

## 6 Lezione.

Come è possibile che sia nata una metodologia(quella della scuola dell'esegesi) così criticabile?

Portalis, presentando il codice, disse che era meglio operare prendendo sul serio l'articolo 4. Interpretare può essere facile, ma è difficile applicare al caso concreto e motivare.

Nel caso di lacuna, di norma oscura o desueta, dato che il giudice deve sempre fare giustizia, la soluzione per Portalis, non può che essere il ricorso all'equità. Da dove nasce il metodo esegetico?

Non basta la conoscenza delle leggi, che è doverosa avere come base, ma la scienza dello spirito delle leggi, cioè la possibilità di ricavare principi.

Discontinuità, Domat.

Vi è questa discontinuità rispetto al passato? Interpretazione->Secondo lui si doveva seguire lo stesso principio che era stato enunciato anche da Cocke, e cioè di seguire lo spirito a cui si ispira la natura della norma. Non la lettera ma l'intenzione. La ratio stratificata nel tempo del legislatore.

La scuola dell'esegesi è una costruzione ex post. Loro non erano consapevoli.

Romagnosi dice di usare un metodo strettamente esegetico. Ma esistono vari tipi di esegesi a seconda del caso. Qui si deve partire dal testo ed arrivare ad una interpretazione razionale. Tale soluzione la si individua dando al testo della legge una funzione suppletiva. Tutto questo appena detto riguardava i teorici del diritto.

Per quanto riguarda gli operatori(avvocati, notai...)

Questi si rifacevano a commentari molto più simili ai nostri. In uno di questi troviamo continui riferimenti a precedenti giurisprudenziali, cioè la prassi, a questi ci si rifaceva nell'interpretazione. Si usavano gli stessi metodi del periodo precedente al codice. Questa certezza era impraticabile, ma perché allora era così importante?

In regime penale la certezza del diritto era molto importante. La rivoluzione francese possiamo dire che era nata dagli abusi arbitrari nei confronti delle singole persone. È questa la motivazione portante che ha portato alla lotta per procedure più chiare e trasparenti, soprattutto in campo penale. Principio del giudice naturale e della sentenza di condanna motivata, cioè non indicare semplicemente la legge (tipico del metodo esegetico).

- Si afferma così il monopolio statale sulla giurisdizione
- Viene azzerato il controllo giudiziario
- Il giudice deve decidere applicando una regola definita. Non può affermare principi non basati su niente. È proibita la formulazione di regole generali.
- Il giudice è controllato dalle sentenze e dal reclutamento e carriera. Si perde indipendenza. Come mai questa idea è così importante?

Le ragioni del garantismo.

Il problema non è tanto la certezza, quanto la sicurezza. Importanza del tema della sorveglianza.

Bentham dice che l'interpretazione non deve essere solo democratica e liberale, ma intenzionata alla maturazione del cittadino per la comprensione della legge. È necessario creare un buon cittadino, il dovere è obbedire, ma serve comprendere la causa di questa obbedienza. Sono necessari degli sviluppi in senso critico. In questo mondo obbedisce meglio e si ottiene una diversa qualità dell'obbedienza, però può criticare e ciò crea obbedienza convinta.

Serve capire come e a quali condizioni questo obbedisce. Il cittadino compie un calcolo di interesse, pensa soprattutto alla sua condizione. Come bilanciare questo con la sicurezza?

Sicurezza e garantismo. Serve introdurre meccanismi per aiutare a prevenire i conflitti. Ripensare il carcere stesso. È anti-economico. Non vi è pubblicità dell'arresto e del motivo dell'incarcerazione. Non si può incarcerare come compensazione del reato compiuto. L'istituto di detenzione deve essere finalizzato alla rieducazione. Serve cambiargli il cuore.

Essi devono essere sicuri e controllati, dove il detenuto può vivere, muoversi e lavorare, per ricostruire una coscienza civile. Controllare il suo processo di rieducazione. Controllo totale dei detenuti. Controllo permanente per aiutare il colpevole. Riabilitare il colpevole nel senso che gli conviene. Dare la possibilità al singolo cittadino di controllare i sorveglianti e che così controlli l'amministrazione della giustizia. Anche utilizzando macchine.

Trasferire tutto questo meccanismo anche al di fuori delle carceri, scuole, ospedali.... Tutta la società si autocontrolla. Il cittadino così può esprimere giudizi e criticare.

Tutto questo è simile al trattamento del reo nel nostro sistema agli articoli :



- 27 costituzione( pena umana e educatrice)
- l. 355 n 75( trattamenti diversi a seconda del soggetto e osservazione e soluzioni in base ai risultati)
- Regolamento penitenziario 230 del 2000

## 7 Lezione.

### Antiformalismo

Per quanto riguarda la disputa "formalismo/antiformalismo", si pensa che non si possa esprimere una preferenza, ma che entrambi sono da ascrivere al contesto proprio contesto storico.

Esso si diffonde nella seconda metà del 19° secolo. Con l'avvento del 20° secolo, questo si diffonde anche in Germania, Italia e Francia, assumendo un connotato anche politico.

Vediamo come in Germania esso si diffonde proprio dopo che il regime era arrivato al culmine del formalismo. Ciò porta a una progressiva diffusione di una giurisprudenza degli interessi(Jering). Passaggio dalla pandettistica agli interessi.

Questo favore per gli "interessi" nella risoluzione delle controversie è data dal fatto che entra in crisi la fiducia nel codice e anche della capacità stessa del codice di continuare a gestire i conflitti sociali più diversi.

Il codice non va più bene perché le esigenze e le controversie non possono essere più risolte. Lacunoso perché il fatto precede il diritto. Necessari anche gli interventi dello stato non previsti dal codice. Questo passaggio è stato creato dalla consapevolezza che il codice non basti più.

È vero che si è sempre più diffidenti nei confronti del codice? Chi voleva un codice lo chiedeva diverso da quello francese (es Tibou).

Gli altri fedeli al diritto romano credono più nella prassi. Si poteva anche arrivare ad un testo normativo ma non ad un codice. Non serve un Codice. Secondo Savigny esso è inutile, sia per neo-civiltà, sia per civiltà in decadenza. È superfluo. Si parla invece di diritto naturale(non come quello illuministico) ma che si sviluppa naturalmente fra i consociati.

Il problema è capire perché questo metodo si inizia a diffondere.

Si inizia a credere in un metodo più sensibile, importanza dello stato dell'economia e fine dell'autonomia privata.

Il codice stabiliva solo le regole, lo stato era esterno, non si entrava nel merito delle finalità da raggiungere. Vi era maggior fiducia nella società. Questo prima

dell'irruzione dello Stato nell'economia. Vi era l'importanza che la legge fosse generale ed astratta per rimanere nel tempo. Era la costituzione della società borghese. Regole che non dovevano essere modificate.

Questo modello poteva giustificare e permettere un metodo esegetico. Questo fin quando la società rimane come dopo la fine della rivoluzione francese.

Lo Jering capisce che il metodo vecchio non si poteva più utilizzare perché è inevitabile la valutazione degli interessi per dar giustizia al caso concreto.

Codice inadeguato alla società. Può però essere integrato dalla legislazione.

Anche oggi richiesta di una tipizzazione(art18....)

Il formalismo fu usato per valutare i casi ma che poi permetteva una valutazione arbitraria.

Es Il principio di buona fede usato per scavalcare un'altra norma dello stesso codice->"Obbligo di retribuire il lavoratore in caso di problema tecnico". Questo si poteva evitare con il fatto che il problema doveva essere condiviso da tutti gli operai secondo il principio della "esecuzione della prestazione secondo buona fede".

Altro esempio di libera interpretazione a carattere politico si ha quando in Germania si diffuse il principio che si poteva interpretare e modificare secondo lo spirito del popolo(il fhurer difendeva il diritto). Si arrivava alla libera interpretazione per finalità politiche.

Lo stesso problema in Italia con lo statuto Albertino. La legislazione speciale ha preso il sopravvento corrodendo la centralità del codice. Quando ci si rese conto della discrezionalità del giudice, si rese necessaria la redazione di altri codici.

Difronte ad un codice non troppo corporativo e liberale (non avrebbe asservito bene il regime), si chiese che i principi dell'ordinamento fossero codificati. Molti giuristi si opposero alla raccolta di tali principi primi nel codice. La posta in palio era il controllo sulla legge. Il regime ,così,decise di trasformare la "carta del lavoro" nella carta dei principi dell'ordinamento.

Il regime voleva che il codice fosse interpretato secondo il pensiero del regime. Il fascismo capì che bisognava controllare l'interpretazione. Ma questa non era altro che una interpretazione secondo i valori ed i principi del codice.

La moda dell'antiformalismo porta all'utilizzazione strumentale. Lo stato che interviene, individua lui le finalità e le traduce in tutela. Quindi lo stato che interviene, rispetto allo stato liberale, determina una:-Proliferaazione legislativa  
-Maggiore interpretazione.



Il problema è: quando parliamo della Scienza Giuridica del 900, per Paolo Grossi stesso era difficile staccarsi dal mero Formalismo.->Kelsen Capisce che la M. S. G. Rischia di essere influenzata da altro (politica, economia, ecc ), una valutazione di interessi che rischia di far perdere valore scientifico alla giurisprudenza.

La diffusione del positivismo era stata data dalla scelta di questo metodo come adeguato al periodo del momento. Come è possibile che Kelsen (contrario Al Nazismo) a questo poi si rifà? Tutto dipende dal contesto storico e abitua il regime alla prudenza e alla cautela.

## 8 Lezione.

Positivismo '900->Sintesi fra positivismo seicentesco e la sua confutazione in chiave costituzionalista.

Kelsen-> di solito visto in maniera molto critica. Necessario approfondire.

Cosa è? A quale esigenza risponde questo positivismo? Vediamo che esso trova risvolti anche in America. Kelsen era un esperto di diritto internazionale e questo egli ha come punto di riferimento.

Kelsen sceglie il positivismo contro giurisprudenze basate su interessi e valori. Necessità di ridefinire cosa è la scienza giuridica. Non descrizione di fatti così come sono. Il giurista deve studiare enunciati normativi costruirli in sistema. Legge che si oggettiva. Sistema coerente. Kelsen non ha più il problema dell'intenzione del legislatore.

Il diritto è un fenomeno descrittivo, basato su preposizioni. Formalismo. Non come vuole chi comanda e cosa vuole che chi obbedisce. Questo non interessa. La base è la validità.

Positivismo perché il giurista non deve fare riferimento ai valori. Questi devono essere al vertice dell'ordinamento. Ma solo la validità interessa al giurista. Gli altri ambiti non sono propri di questa scienza.

La Dottrina Pura del Diritto è una dottrina che offre uno schema per capire come funziona il diritto in ogni ordinamento!(comunista, fascista, democratico). Prescinde ogni riferimento ai valori(opposto alle idee giusnaturalistiche, date dalle necessità di giustizia del periodo). Si accusa Kelsen di aver creato quei regimi accusando in quel modo i giuristi.

Vi sono due modi di intendere il formalismo in Kelsen:

- 1) positivismo formalistico per la norma
- 2) positivismo non formalistico per il suo contenuto.

Non sta al giudice verificare il contenuto della norma. In questo consiste il metodo

formalistico di Kelsen.

Questo si può evincere dalla struttura dell'ordinamento. Non siamo nel legicentrismo. Il problema è l'enunciato, non l'intenzione. Non sappiamo chi ha voluto questa norma. Quali sono le norme? Quelle del Parlamento, l'atto normativo e le sentenze. Diversificazione della produzione del diritto. Gli autori di quelle norme sono i produttori del diritto. Forme che si controllano. Condizione tramite il quale si può operare.

Il Diritto si positivizza nell'interpretazione.

Positivismo non in senso etico. Non è né bene né razionale ubbidire all'ordinamento. Non interessa il contenuto della norma.

Kelsen vuole dare uno strumento per far capire come funziona il diritto.

Il problema è la qualificazione giuridica della sovranità. Al vertice non possiamo avere il potere costituito di Hobbes. Non si può costruire l'ordinamento sulla base della sovranità, ma sulla base di una norma base. Depsicologizzazione del potere.

"Ubbidire alla norma fondamentale" ha un solo significato costruttivo, non di valore. Pura costruzione per comprendere il funzionamento dell'ordinamento.

Capire in che misura il potere esecutivo e legislativo si muovono all'interno dell'ordinamento.

Tecnica di controllo delle azioni dei consociati.

"Diritto come organizzazione della forza".-> Criticata come definizione.

La norma giuridica non comanda, ma prevede e stabilisce un nesso.

Schmith->afferma che una norma che organizza una sanzione difforma il compito del giurista. Ma vedere la forza come oggetto del diritto non vuol dire altro che vedere la patologia e non la fisiologia del diritto.

Diritto-> ordinamento dell'azione. Diritto come assetto e ordinamento di una comunità.

Altri giusnaturalisti italiani affermarono che esso era vuoto, forme vuote, che ricordano le città europee distrutte dalle bombe. Esse non sono altro che critiche sbagliate. Kelsen non riduce il diritto a forza. Lui vuole contenerlo, fermarlo. Far sì che le condizioni sia note a tutti, predeterminarle.

Kelsen ci offre un modello che non funziona per tutti i tipi di norme comprese quelle che attribuiscono poteri o danno permessi.

Stato di Diritto-> Le autorità rispettano le proprie leggi. Diversi dalle dittature.

Giudizi ipotetici che non possono essere considerati giuridicamente.

Diritto soggettivo conferito da quello oggettivo. Non può conferire in astratto diritti,

ma permette al cittadino di partecipare alla formazione.

Il problema sta ai vertici dell'ordinamento, nel potere costituente. Kelsen chiede: "Ma fino a che punto i destinatari delle norme sono tenuti ad obbedire alle norme stesse? C'è un limite? La risposta è: Sì, quando il sistema e l'ordinamento perde efficacia nel suo insieme.

Da cosa dipende questa inefficacia non si sa e nemmeno rileva. Passato il confine cosa troviamo?

Considerandola rivoluzione o la guerra civile. Si considerano illecite rispetto al vecchio ordinamento, ma risultano costitutive del nuovo. L'atto dipende solo dall'ordinamento considerato. Tutto dipende dalla capacità che hanno i meno di essere ascoltati dai più. Quindi vedere quale è più efficace.

Necessità di un controllo accentrato per causa di un organo ad hoc. Un organo di controllo costituzionale. Kelsen ragiona in termini di democrazia costituzionale. Non democrazia diretta.

Kelsen fa il primo attacco al principio della sovranità dello stato. Già pensa al riconoscimento dello stato all'interno del diritto internazionale.

Positivismismo non solo polistatualistico per la costituzione ma a favore del governo a livello internazionale.

Il punto debole? La teoria dell'interpretazione Antiformalistica. Anche la sentenza non è mai una dichiarazione ma produce diritti. Ma perché? Anche il legislatore che crea una disciplina completa. L'indeterminatezza non è intenzionale ma deriva dal linguaggio. Questo crea il margine di vaghezza e indeterminatezza. Non vi è solo un'unica interpretazione, ma più tante più corrette. L'unica risposta può essere di tipo politico e crea l'antiformalismo. La certezza del diritto è una illusione.

## **9 Lezione.**

Karl Schmitt-> decisionismo-> ritorno del sovrano.

Antipositivista e antiformalista.

L'importanza sta nella differenza di visione con Kelsen.

Come qualificare il passaggio della Germania dopo Hitler?

Kelsen rivendica il primato del diritto internazionale e quello della costituzione all'interno dello stato->imbrigliare il potere. Gabbia di regole.

Schmitt pensa che questa visione finisce per non consentire di comprendere il reale funzionamento dell'ordinamento.

Critiche a Kelsen -> Diritto come insieme di norme valide. Al vertice vi è una norma alla quale si deve obbedire->Norma fondamentale.

Schmitt->il normativismo lo vediamo analizzando la norma fondamentale. Si basa troppo su consenso e obbedienza. Osservare giuridicamente il potere. Guardare chi

può prendere il potere in casi eccezionali.

Ordinamento presuppone l'ordine. Che questo sia stato stabilito imposto. Situazioni di fatto di regole giuridiche che hanno senso se al caos si è sostituito un ordine. Per Kelsen vi è difficoltà in caso di rivoluzioni per vedere di chi è il potere.

Schmitt dice di tarare il problema della sovranità. Essa non può essere in costituzioni o codice. È solo un modo per nascondere il vero potere. La norma spersonalizzata non ha valore dato che non sappiamo chi comanda, dato che il potere si nasconde dietro la norma. Dobbiamo togliere questo velo. Identificare il potere. La disputa si ha nel '28. Chi difende la Costituzione? Per K la corte costituzionale, per S la Corte non basta.

La costituzionale è atto di creazione di un nuovo ordinamento. In momenti eccezionali non potrà essere difeso da una corte costituzionale. Serve un organo che sia tarato. Servono organi con poteri eccezionali. Se ci chiedono chi è il sovrano, la risposta è "chi decide in caso di emergenza". Ha poteri eccezionali e soprattutto qualifica lui la situazione come d'emergenza. Decide cosa e quando.

Conferito dalla costituzionale di Weimar all'art 48->Il sovrano in questo caso può intervenire con le armi e sospendere i diritti costituzionalmente stabiliti. (libertà personale, diritto di abitazione, segretezza comunicazioni, manifestazione di pensiero, riunione, associazione). Questo è possibile anche solo per decisione del sovrano. Decisione discrezionale.

Ci sono però dei contro limiti-> Informare il parlamento delle misure assunte. Devono essere revocate su richiesta del parlamento.( ma nella costituzionale di Weimar, il presidente ha il potere di sciogliere il parlamento.

Schmitt dice che il normativismo(?) non è altro che un risvolto del parlamentarismo nella tecnica giuridica. Questo infatti nasconde il conflitto per individuare ogni decisione come di insieme. Si nega l'esistenza di un conflitto.

Questo perché, mentre Kelsen crede nei partiti e nel ruolo da loro svolto, Schmitt afferma che se si nasconde il conflitto, il disegno del potere è stato nascosto, perché la decisione è stata presa in privato e al parlamento non resta che ratificare.



# APPUNTI LUISS

## PRESUPPOSTI E STRUMENTI DELLA LOGICA GIURIDICA

---

Compendio.

Utente

P.F.

Utilissimo per chi deve sostenere l'esame di metodologia della scienza giuridica con il professor Punzi.

Abbiamo sperimentato personalmente che preparandosi su questo riassunto, che contiene TUTTO quello che c'è da sapere per l'esame, si può evitare persino di leggere il Carcaterra.



## *I COMPITI DELLA LOGICA*

La logica è la teoria del ragionamento, e il ragionamento è un momento costitutivo della scienza giuridica forse più che di altri ambiti. Solitamente le scienze si servono di osservazione e ragionamento, ma quella giuridica specialmente del ragionamento. E' la legge stessa che esige il ragionamento quando obbliga a motivare le sentenze, che vengono infatti cassate dalla Cassazione laddove difettino di logica. La conoscenza della logica migliora le prestazioni argomentative.

Il ragionamento è un procedimento mentale con cui si adducono ragioni a sostegno di una tesi. La **struttura** di un ragionamento è l'insieme degli elementi essenziali che lo costituiscono:

- La tesi (conclusione)
- Le ragioni (premesse)
- La relazione (nesso di consequenzialità)

Un **argomento** è un ragionamento espresso linguisticamente.

. La logica ha due compiti:

- ANALISI STRUTTURALE (dato un ragionamento, qual è la sua struttura?)
- VALUTAZIONE STRUTTURALE (data la sua struttura, è un buon ragionamento?)

Poiché l'argomento testuale non dice tutto quello che sta sotto, compito della logica è ricostruirlo. Siccome non è ordinato, occorre ricostruire l'ordine logico dei collegamenti, e aggiungere ciò che è stato sottointeso, sottaciuto magari per esigenze esteriori. Occorre poi eliminare le ridondanze e disambiguare i passaggi non univoci. Dobbiamo quindi arrivare dall'argomento testuale a quello **ricostruito**. L'argomento ricostruito ci serve soltanto per comprendere meglio gli argomenti (*fine ermeneutico*), per difendere meglio i nostri argomenti e attaccare meglio quelli altrui (*fine strategico*), e per valutare meglio gli argomenti (*fine critico*). Un argomento può avere pregi o vizi. Se riguardano l'argomento testuale sono **di comunicazione**, se riguardano quello ricostruito sono **strutturali**. E' giusto che il giurista faccia un sobrio uso della retorica, con riguardo però a quella classica, in cui trovava posto anche la valutazione strutturale. La nuova retorica invece tende a svalutare la logica. La logica è più importante della retorica perché nessuno impugna una sentenza perché è prolissa; un'argomentazione giuridica si censura partendo dai vizi strutturali. Un argomento sta in piedi se sta in piedi la sua struttura. L'oggetto della logica è il nesso di consequenzialità. Vi riesce svolgendo i due compiti sopraccitati.

## *STRUTTURE GENERALI DEGLI ARGOMENTI*

Già abbiamo detto che gli argomenti sono ragionamenti espressi linguisticamente, che nel loro tenore testuale possono presentarsi nelle forme più varie, ma che possono essere ricostruiti, esplicitati e tradotti in una forma strutturale standard di questo tipo:

A

B

...

\_\_\_ dunque

Z

Leggendolo così lo leggiamo nella sua struttura derivativa, ma possiamo anche leggerlo al contrario nella sua lettura giustificativa.

Gli argomenti solitamente non si presentano da soli, ma correlati tra loro. Si possono distinguere **argomenti composti** per sostenere una tesi, e **contrapposti** per criticare quella avversaria. Quelli composti si rafforzano tra loro e possono essere:

- **A cascata** (La conclusione di uno costituisce le premesse dell'altro)
- **Convergenti** (Premesse diverse e tra loro indipendenti arrivano a una stessa conclusione)

Quelli contrapposti confutano argomenti avversari. La confutazione è la negazione di qualcuno degli elementi costitutivi dell'argomento avversario; si possono attaccare sia le premesse, sia il nesso sia le conclusioni. E' raro che si riesca ad attaccare le premesse, talvolta si riesce ad attaccare premesse non esplicitate ma che abbiamo ricostruito. L'attacco che denuncia il vizio più grave è l'attacco al nesso, laddove non sussista o non supporti la conclusione. Si può anche attaccare la conclusione, ma è più difficile. Non basta che l'argomento sia plausibile: deve essere più plausibile di quello avversario. All'argomento di attacco ne va aggiunto un altro, teso a dimostrare la maggiore forza di questo rispetto a quello avversario (l'attacco in questo caso può essere alternativo, ossia di può dire che o è falsa una premessa o è falsa la conclusione). Dal punto di vista dell'efficacia retorica possiamo dire che se riusciamo nell'attacco alla conclusione avversaria possiamo dire che è falsa; se invece attacchiamo premesse o nesso possiamo solo indebolirla e dire che non è provata.

## *IL VALORE DEGLI ARGOMENTI*

Dipende dal valore degli elementi costitutivi. Ma alla fine è importante il valore dei primi due; se sono veri essi, lo è anche la conclusione. La logica in senso stretto ha per oggetto il nesso di consequenzialità, che invece spesso viene trascurato. Spesso presenta vizi sottili, che possono essere smascherati solo da chi ha una conoscenza approfondita della logica. Premesse e nesso possono presentare diverse gradazioni di valore, anche se nella logica deduttiva sono possibili solo due soli valori. La logica induttiva è quella su cui maggiormente si basa la scienza giuridica, ed è la logica



della probabilità, che si esprime in termini probabilistici e statistici come grosso modo anche il linguaggio comune. La certezza delle proposizioni solo relativamente certe è allo stato delle informazioni disponibili, quindi è defeasible. Le proposizioni matematiche sono assolutamente certe (apodittiche), quelle scientifiche sono relativamente certe e quelle che spesso usa la scienza giuridica sono solo molto probabili (dialettiche). Il diverso valore del nesso di consequenzialità distingue **deduzione e induzione**. Il ragionamento deduttivo si chiude con “certamente dunque...”, mentre l’altro è probabilistico. Un argomento per essere deduttivamente valido deve avere un nesso di consequenzialità certo, mentre uno induttivo può anche essere meno forte e restare comunque valido. Gli argomenti induttivi sono sempre defeasible, mai monotoni o definitivi ma sempre provvisori. Sono corretti solo se si tiene conto di tutte le informazioni disponibili. La scienza giuridica è rivedibile; per questo l’induzione non è incompatibile con la scienza, come non sono incompatibili incertezza e soggettività. Anzi, sono una caratteristica rilevante della scienza giuridica e delle scienze empiriche. Basta non lasciarsi andare allo scetticismo, come fa invece la “nuova Retorica” di Perelman, che dice che la logica è estranea all’argomentazione giuridica. Alla fine è sempre il nesso di consequenzialità ad essere valutato in campo processuale.

### *ESEMPI DI SCHEMI LOGICI*

In moltissimi schemi logici la prima premessa è rappresentata da una legge del tipo soggetto-copula-predicato (tutti gli A sono B) o di tipo condizionale (se A allora B). Gli schemi deduttivi hanno un nesso di consequenzialità certo. Tra di essi vi è la **regola della costitutività**, che rappresenta il principio di normatività e il passaggio della scienza giuridica da un enunciato normativo a un enunciato che riguarda la fattispecie prevista dalla norma. (ragionamento col quale la scienza giuridica passa da enunciati che riguardano norme con il loro contenuto a enunciati che riguardano fatti giuridici corrispondenti al contenuto delle norme.

Una norma valida stabilisce che A

—————

A

E’ uno schema esclusivo della logica giuridica. Dalla regola di costitutività si procede poi al **sillogismo di applicazione normativa**:

una norma valida stabilisce che tutti gli A sono B

i è A

—————

I è B

Poi col **sillogismo applicativo (SA)** si applica una legge universale a un caso particolare. (Tutti gli A sono B; i è A; i è B). La prima premessa è una legge di base e deve per forza poter essere trattata nella forma “tutti gli A sono B”

- Poi c'è il **modus ponens (MP)**. E' l'argomento per cui. Posto che un fatto A ne condiziona un altro B, una volta accertato A, si presume si sia verificato anche B. Es: se A allora B: A; B.
- Poi c'è il **modus tollens (MT)**, secondo cui invece posto che A condiziona B, se B non si verificato significa che non si è verificato nemmeno A.
- Poi c'è il **sillogismo disgiuntivo**, ossia il ragionamento per esclusione, secondo cui, posta un'alternativa tra più ipotesi, scartatele tutte tranne una, si conclude per l'ipotesi residua. Tale sillogismo non ha una legge di base e rimane un argomento deduttivo calcolabile nel suo valore anche se le premesse sono probabili.

L'intelligenza è la sinergia di fantasia (saper immaginare scenari diversi), senso critico (capacità di vagliare le ipotesi e di vedere quali non quadrano), e rigore (capacità di scorgere ciò che risulta dalla selezione critica dei prodotti della fantasia).

- Poi c'è il **ragionamento per assurdo**, con cui per mostrare che da certe premesse segue deduttivamente una conclusione, si mostra che se si accettano quelle premesse ma si rifiuta quella conclusione ci si contraddice. L'avversario, per evitare l'assurdo della contraddizione, Dovrà accettare la nostra conclusione.

Passiamo agli schemi induttivi:

- **Generalizzazione universale induttiva (GUI)**. Tutti gli A osservati sono B; probabilmente dunque tutti gli A sono B. La prima premessa non è una legge di base. Proceede dal particolare all'universale, al contrario del sillogismo applicativo
- **Generalizzazione statistica (GS)**, dove il campione preso in considerazione è solo una percentuale degli osservati. E' molto usato, e si fonda sull'id quod plerumque accidit.

Nelle generalizzazioni è importante la numerosità degli elementi del campione; più sono i casi osservati è maggiore è la forza del nesso. Il campione deve anche essere rappresentativo.

- Poi c'è il **sillogismo statistico (SS)**. E' per la generalizzazione statistica quello che il sillogismo applicativo è per la generalizzazione universale

induttiva. Ci fa applicare la legge statistica a casi particolari, ma con un sillogismo induttivo. E' l'argomento che applica una legge statistica a un caso particolare. Es: l'n% degli A è B; i è A; probabilmente al n% i è B. La prima premessa è la legge di base. Il SS differisce dal SA per la prima premessa.

- **L'argomento per abduzione**, che procede dagli effetti alla causa. Si dice anche "argomento indiziario". E' l'argomento con cui, sapendo che ad un certo fatto ipotizzato segue normalmente una data conseguenza, dalla presenza di questa conseguenza, che funziona come indizio del fatto ipotizzato, si risale al fatto stesso. Es: "è probabile che se F allora I; c'è I; probabilmente dunque c'è anche F; La prima premessa è un condizionale probabilistico. Tale argomento è evidentemente molto usato in campo giudiziario, in cui dagli indizi si risale al fatto. Ma anche nella medicina si può utilizzare come argomento sintomatico. Per valutare con più attenzione la forza di questo tipo di argomento possiamo utilizzare informazioni che ci provengono dal **teorema di Bayes**. Nella forma più semplice si esprime così:  $Pr(F/I) = [Pr(I/F)Pr(F)/Pr I]$ . Da qui si desumono le condizioni in dipendenza delle quali varia la probabilità del nesso induttivo dell'argomento per abduzione. Queste condizioni sono la probabilità a priori del fatto da scoprire (F), il confronto tra la probabilità del condizionale di base e il condizionale alternativo. La probabilità del nesso cresce quanto più alta è la probabilità a priori del fatto ipotizzato e quanto maggiore è la probabilità che l'indizio sia conseguenza del fatto ipotizzato rispetto alla probabilità che l'indizio sia conseguenza di altri fatti. Nella sua forma più completa l'argomento dovrebbe essere: "c'è già una certa probabilità che F; è probabile che se F allora I; è meno probabile che se non F allora I; c'è I; è più probabile di prima dunque che ci sia F.
- **L'argomento per abduzione multipla**. E' un importante corollario del teorema di Bayes, per cui sotto certe condizioni di indipendenza, la forza del nesso di consequenzialità in un argomento per abduzione cresce col numero degli indizi che convergono sul fatto ipotizzato. Es. "probabilmente se F allora I, I° ecc.; I, I° ecc. ; probabilmente dunque F"

### *I VIZI DEGLI ARGOMENTI*

Possono essere vizi di comunicazione o vizi strutturali. Sono questi ultimi che si denunciano. Le premesse sono viziate se non sono vere o non sono sufficientemente probabili, ad esempio alcune massime di comune esperienza come "vis grata puellis". Un argomento invece è viziato nel nesso di consequenzialità, ossia è logicamente scorretto, se il nesso non è deduttivamente valido e non è neppure induttivamente

abbastanza forte. Tali vizi sono detti **fallacie**, e possono passare con una retorica disonesta.

- Poi c'è la **fallacia dell'affermazione del conseguente**, che è una deformazione del MP. Lo schema è “se A allora B; B; A.” E' deduttivamente sbagliato, ma può valere come argomento induttivo.
- Si ha **generalizzazione affrettata** quando non si registrano correttamente le osservazioni del campione o da pochi esempi non rappresentativi si trae una regola generale.
- **L'argomento della prova contraria, o argumentum ad ignorantiam** consiste nel sostenere una tesi solo perché non è stato provato il contrario. “Non è che provato che A è vera; A è falsa”. E' un modo di ragionare sbagliato, valido solo nell'ambito del diritto in materia di onere della prova. Ma ciò che rende qui valido l'argomento è proprio la premessa ulteriore aggiunta dal diritto. “Se non è provato che l'imputato è colpevole, allora non lo è; non è provato che l'imputato è colpevole; non lo è”.
- Poi c'è l'**argomento dell'appello all'autorità incompetente**
- Poi l'**errore delle informazioni trascurate**. E' uno dei possibili motivi di censura di una sentenza, poiché una induzione è corretta solo se tiene conto di tutte le informazioni disponibili.

### *ARGOMENTI NELLE QUESTIONI DI FATTO*

Provare significa ragionare e argomentare. Le prove sono le ragioni a sostegno della sussistenza di certi fatti. Si enuncia un fatto accertato e se ne desume uno ipotizzato. Le prove per esclusione (sillogismi disgiuntivi) bastano a se stesse, non hanno bisogno di ulteriori premesse per essere valide. Mentre le altre deduttive e induttive necessitano di altre premesse: le leggi di base. Le leggi di base possono essere leggi scientifiche, norme giuridiche e massime di comune esperienza. Le prove possono essere **dirette o rappresentative (prova documentale e prova testimoniale), oppure indirette e critiche (prova indiziaria e prova peritale)**.

Vediamo quali sono le prove deduttive:

- **Prove in forma di SA e MP**. Il SA e il MP possono essere usati come prove se la legge di base (legge scientifica o massima di comune esperienza) può essere trattata nella forma “tutti gli A allora B” senza alcun indice di probabilità. In caso di presunzioni legali e prove legali la legge di base può anche non essere una legge scientifica o una massima di comune esperienza. Tuttavia argomenti di questo genere, più che provare un mero fatto, sembrerebbero portare ad un giudizio di diritto.
- **La prova dell'alibi**, è una **applicazione del MT**. “Se l'imputato fosse l'assassino, si sarebbe dovuto trovare sul luogo del crimine; non si trovava nel

luogo del crimine; non è l'assassino.”

- **La prova per esclusione o sillogismo disgiuntivo** è molto versatile, ma nell'apprezzarla bisogna usare cautela, poiché qui non opera nessuna legge di base e non si regge sulla esperienza. Non possiamo mai essere certi di aver considerato tutti i casi possibili.
- **La riduzione all'assurdo nella prova dei fatti** è di largo impiego e di facile utilizzo. Spesso si mette in difficoltà l'avversario mostrando che è lui che sbaglia fino a dire cose assurde è un modo molto intuitivo di avere ragione.

Le prove induttive più frequenti sono le prove documentali, testimoniali, indiziarie e peritali. Vediamole.

E' possibile fare uso di **prove in forma di sillogismo statistico**, la cui plausibilità sarà pari alla percentuale indicata nella legge di base. In questo modo possono essere espresse sia prove documentali che testimoniali (si dovrà valutare la probabilità che il testimone dica la verità).

- **Prova testimoniale.** “A è affermato da T; A probabilmente è vero”. Si presume che il testimone si sia trovato in condizioni tali da rendere credibili le sue dichiarazioni. “L'n% di ciò che è affermato da persona che è nelle condizioni x,y è vero; A è affermato da T, che è nelle condizioni x,y; all'n% A è vero”. Bisogna valutare se è esatta la massima che costituisce la legge di base nella prima premessa, e valutare se esistono davvero quelle condizioni del testimone. Tali condizioni si dividono in **oggettive** (de visu o de auditu, senza che qualcosa ostacolasse le sue percezioni), **psicologiche** (buone capacità di intendere, percettive, di memoria e non deve essere suggestionato), **logiche** (le affermazioni devono essere coerenti) e **morali** (non deve avere precedenti, e non deve avere interesse a mentire). Dobbiamo verificare la presenza complessiva di queste condizioni con una grandezza scalare. Non è facile però misurare l'attendibilità di un testimone. Oggi tale prova non è più considerata superiore, non c'è più gerarchia.
- **Prova documentale.** “ L'n% di ciò che è affermato in un documento che proviene da persona che è nelle condizioni x,y.. è vero; A è affermato da documento che proviene da persona in condizioni x,y; A è vero”. L'autenticità del documento deve essere provata a parte. Per gli atti pubblici è considerata deduttiva.
- **Prova indiziaria.** Segue l'argomento per abduzione. “C'è l'indizio I; probabilmente dunque c'è il fatto F. Ma anche qui ci vogliono altre premesse sottaciute, come la probabilità a priori di F e il fatto che F sia più probabile di non F in considerazione che c'è stato I. La rilevanza della prova si ottiene facendo il rapporti tra F e varie ipotesi di non F. In relazione alla prova indiziaria devono esserci requisiti di *gravità, precisione e concordanza*. Un indizio è grave se la probabilità di F dopo I è molto più alta di quella a priori di F. E' preciso se indica proprio quel fatto e non altri. Devono poi esserci



possibilmente molti indizi, che devono poi essere concordanti.

- **Prova peritale.** Vi si fa ricorso quando non bastano le massime di comune esperienza. Ha una logica interna (ragionamento del perito) e una esterna (ragionamento che compie il giudice per decidere se accettare o respingere). Il giudice valuta l'attendibilità del perito, ma dato che è peritus peritorum può anche valutare entro certi limiti la logica interna alla perizia. Deve valutare la diligenza del perito, e vedere se ci sono clamorosi svarioni scientifici. Si discute se possa sindacare nel merito. Sembra che per accettare non servano motivazioni, ma che invece il dissenso vada motivato, a meno che non sia a beneficio di un'altra perizia. Il giudice potrà chiedere una nuova perizia.

Le prove vanno poi valutate nel loro complesso, il tutto non è mai come le parti. Nel processo civile basta il criterio della preponderanza: è più probabile A o B? Nel penale serve la certezza oltre ogni ragionevole dubbio. Le prove poi si valutano a seconda di come ricostruiscono il fatto, si valuta se la narrazione regge. Ci vorrebbe una interfacci tra tecnica logica e cultura giuridica, un sistema di regole che da un lato fosse conforme ai teoremi del calcolo delle probabilità e dall'altro risultasse accessibile al giurista. Bisogna procedere oltre la valutazione parcellare delle prove, verso una valutazione unitaria e di sintesi.

### *LA LOGICA NELLA SENTENZA*

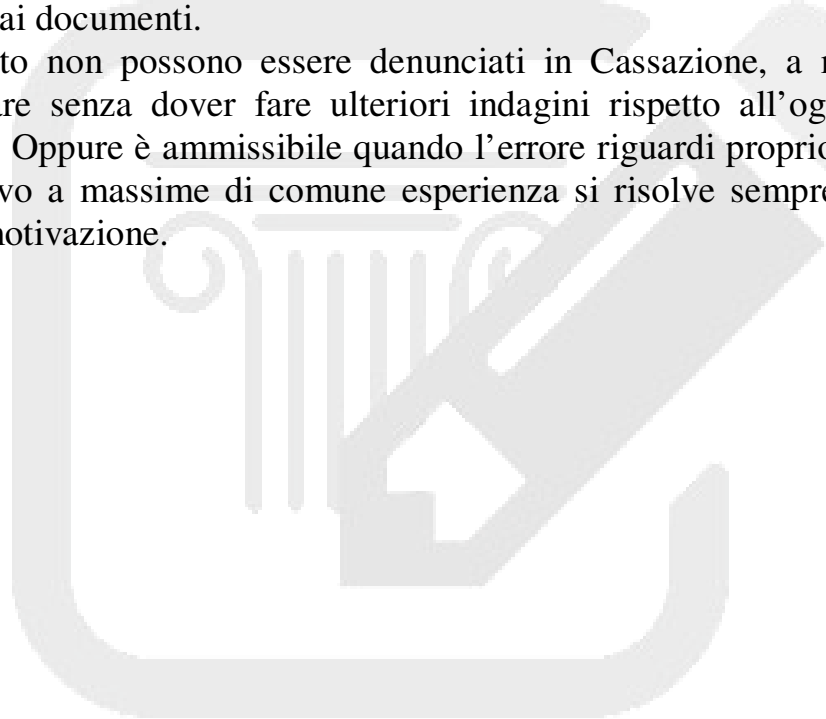
La sentenza si può considerare come argomento testuale e come argomento ricostruito. Noi dobbiamo valutarne la struttura logica, ossia l'argomento ricostruito. Si compone di motivazione (norma più fatto) + dispositivo. E' un sillogismo giudiziale, ma la sentenza non è sempre un sillogismo perfetto come voleva Beccaria. Non è mai dimostrativa, ma plausibile. E' un argomento composto. La prima premessa (norma) è risultato di argomenti interpretativi, e anche la seconda (il fatto) è il risultato di argomenti probatori. **Questo non significa che la sentenza non possa avere una struttura logica.** Magari ce l'ha solo nell'argomento ricostruito, ma ce l'ha sempre. Secondo Calogero, il giudice parte dalle conclusioni e cerca poi le premesse adatte; secondo lui la logica non c'entra. Ma la logica non può non esserci nel nesso. Poi è vero che il ragionamento del giudice è plausibile e non apodittico, ma ciò non significa che debba essere privo di logica.

Nella sentenza possono esserci dei vizi, relativi a questioni di fatto o di diritto. L'errore di diritto può dipendere dall'aver considerato valida una norma che non lo è, o da un errore di applicazione o da un errore interpretativo. Inoltre l'argomentazione di diritto può avere un vizio logico nel nesso, ma i vizi logici sono rilevabili in ogni grado di giurisdizione e spesso di traducono in errori di diritto. Relativamente alle questioni di fatto, i vizi possono essere logici o di merito; in Cassazione si possono discutere solo quelli logici. Un singolo vizio

logico non rileva se l'argomentazione complessiva regge bene. **I vizi logici sono la contraddittorietà, la insufficienza o la mancanza della motivazione.** Due proposizioni sono contraddittorie se non possono essere entrambe vere. L'insufficiente motivazione è un vizio che colpisce il nesso di consequenzialità dell'argomento in fatto. Il nesso è viziato se è troppo debole per la conclusione, o se non c'è proprio. Se il giudice vuole usare un argomento per abduzione, deve paragonare condizionale di base e condizionale alternativo. Sono vizi di insufficiente motivazione anche gli errori nella valutazione complessiva, o se si è trascurato qualche informazione.

Motivazione mancante può significare o mancanza assoluta o motivazione apparente (ovvero per relationem, se rinvia alle motivazioni del giudice di primo grado). E' possibile che il giudice assuma poi delle premesse senza giustificarle. Egli non è tenuto a giustificare verità notorie e massime di comune esperienza e atti rilevabili dai documenti.

I vizi di merito non possono essere denunciati in Cassazione, a meno che si possano rilevare senza dover fare ulteriori indagini rispetto all'oggetto chiuso della sentenza. Oppure è ammissibile quando l'errore riguardi proprio fatti notori. L'errore relativo a massime di comune esperienza si risolve sempre in vizio di insufficiente motivazione.



In ogni caso il diritto si presenta fin dall'antichità come esigenza di ragionamento e di argomentazione, La scienza giuridica ha bisogno della logica, ma la logica trae profitto dall'esperienza giuridica che è così ricca di pratica argomentativa da costituire terreno fecondo per la logica. Come dice Stephen Toulmin, la stessa logica non è che giurisprudenza generalizzata.

