
Approfondimenti

Argomentare nel (e il) diritto: sulla necessità di un confronto per formare gli operatori delle professioni legali*

“Ottimo è quell’avvocato di cui il giudice, finita la discussione, non ricorda né i gesti, né la faccia, né il nome: ma ricorda esattamente gli argomenti, che usciti da quella toga, faranno vincere la causa al cliente”
(P. Calamandrei, *Elogio dei giudici*)

Fabrizio Fracchia
(fabrizio.fracchia@unibocconi.it)

SOMMARIO: 1. *Premessa.* - 2. *Delimitazione del campo d'indagine: le finalità dell'insegnamento dell'argomentazione giuridica.* - 3. *Argomentazione e diritto (dando per presupposta la conoscenza dei basilari criteri di interpretazione). L'insegnamento che proviene dalla filosofia del diritto e dalle elaborazioni in tema di "lavoro del giurista".* - 4. *Argomentazione e diritto amministrativo. Una digressione: l'importanza della motivazione.* - 5. *Argomentazione giuridica e argomentazione studiata dalla logica.* - 6. *Il giurista di fronte all'argomentazione; il primo passo: l'individuazione dell'argomentazione e le peculiarità del diritto amministrativo.* - 7. *Segue: il secondo passo e, cioè, l'individuazione della struttura argomentativa; le peculiarità del diritto amministrativo.* - 8. *Segue: il terzo passo e, cioè, la valutazione della bontà dell'argomento (alla ricerca delle fallacie) e le peculiarità del diritto amministrativo.* - 9. *Segue: ulteriori fallacie (non rilevanza, fallacie formali) e peculiarità del diritto amministrativo.* - 10. *Altre strategie di confutazione e peculiarità del diritto amministrativo.* - 11. *Il decalogo delle regole del cultore di diritto amministrativo.* - 12. *Alcuni consigli sparsi, per aprire ulteriori spazi di discussione.*

* Devo un sentito ringraziamento per la lettura anticipata e per i preziosi consigli a: Luigi Gili, Giuseppe Larosa, Alberto Marcovecchio, Francesca Mattassoglio, Pasquale Pantalone, Giovanni Tuzet, Scilla Vernile.

1. *Premessa.*

L'argomentazione fornisce le ragioni per ritenere vera un'asserzione o corretta una pretesa.

Pur dovendo considerare che altro è l'argomentazione con premesse normative altro è quella fondata su asserzioni/proposizioni, essa è in generale assai importante anche nel settore del diritto, ove, ad esempio, viene impiegata per interpretare le norme, per applicarle alle fattispecie concrete, per ricostruire i fatti, per definire la verità processuale, per valutare le prove, per redigere sentenze, pareri e scritti difensivi.

Molti giuristi sono quotidianamente impegnati nello sforzo di insegnare alle nuove leve di operatori giuridici o, comunque, a chi esprime o rappresenta una domanda di formazione, le modalità mediante le quali è opportuno "argomentare" giuridicamente, nella condivisibile convinzione che si tratti di una competenza essenziale, ancorché non unica, che occorre aver acquisito al fine di svolgere al meglio le professioni legali¹.

Ciò avviene nelle aule universitarie, negli studi legali, negli studi notarili, nei palazzi di giustizia, nei corsi di formazione, in quelli di preparazione a concorsi e nei corsi di aggiornamento.

Per numerosi formatori (e, cioè, per i docenti professionisti) si tratta di un aspetto importante e costitutivo della propria attività principale. Ovviamente, l'insegnamento non si esaurisce nella trasmissione e nell'elaborazione di metodologie di argomentazione giuridica, in quanto investe una notevole varietà di contenuti e di oggetti che eccedono l'area del ragionamento giuridico. Tuttavia, è indubbio che l'operatore del diritto, accanto alla padronanza degli istituti, all'aggiornamento, alla capacità comunicativa, dovrebbe avere una peculiare competenza attinente allo specifico ragionamento che si sviluppa nel settore del diritto e alla costruzione logica delle proprie argomentazioni.

Lo sforzo volto a insegnare e ad apprendere questo tipo di argomentazione implica sensibilità e capacità logica, oltre che conoscenze e abilità di tipo giuridico, pedagogico, etico, retorico e, più in generale, filosofico e, dunque, interferisce con problematiche ampiamente trattate e analizzate in ciascuno di questi settori scientifici.

Ciò che tuttavia manca, forse, soprattutto da parte della generalità dei docenti, è una riflessione ampia che parta dal "campo" e che sia soprattutto alimentata da chi si interessa di "un" ambito specifico del diritto, atteso che, accanto a regole generali, vi sono esigenze peculiari per ogni settore. Non si avverte, cioè, l'urgenza di confrontarsi e di condividere le pratiche costantemente poste in es-

¹ Per uno spunto, v. R. ALEXI, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Milano, 1998, 24.

sere da chi cerca quotidianamente di insegnare – anche con l'esempio – e di illustrare le modalità attraverso cui il giurista deve ragionare e argomentare, soprattutto nell'ambito dei corsi più avanzati del percorso universitario (spesso l'insegnamento universitario tradizionale, infatti, è essenzialmente nozionistico). L'obiettivo dovrebbe essere, dunque, quello di indicare precetti fruibili dagli utenti.

Siamo al cospetto di una lacuna importante e poco giustificabile, anche se non mancano assai rilevanti eccezioni.

Importante perché, come anticipato, l'obiettivo di questo segmento dell'insegnamento si lega alla acquisizione di abilità essenziali per l'attività dei futuri operatori del diritto, traguardo che le istituzioni formative dovrebbero farsi carico di garantire.

È poco giustificabile, perché l'attenzione degli studiosi non dovrebbe trascurare una parte tanto rilevante dell'attività "formativa" del giurista. In altri termini, tenendo conto del tempo dedicato all'insegnamento (e, all'interno di questo, all'insegnamento avente ad oggetto l'argomentazione), ci si dovrebbe aspettare una maggior attenzione e la presenza di letteratura in argomento, viceversa assente. Come si dirà nel corso dell'ultimo paragrafo, poi, la conoscenza delle tecniche argomentative è oggi un criterio di valutazione, normativamente fissato, nell'ambito dell'esame di Stato per l'abilitazione alla professione di avvocato.

Certamente, l'argomentazione giuridica (così come il problema dell'interpretazione delle norme²) traspare dai manuali; essa è oggetto di attenta riflessione teorica ed è costantemente sviluppata nell'impostazione dei lavori pubblicati da chi si impegna in accademia; per altro verso, di metodologia didattica si parla talora all'interno delle università da parte di esperti, spesso, però, privi di competenze giuridiche specificamente relative a un settore; vi sono poi i corsi volti alla tecnica dell'argomentazione, offerti, spesso con la partecipazione di autorevoli esperti, da numerose università o da scuole di specializzazione (in particolare, il pensiero corre all'argomentazione e alla retorica forense³). Tuttavia, i protagonisti attivi del settore, partendo da fatti e da questioni concrete di una materia, non si confrontano così spesso come sarebbe opportuno in ordine ai problemi di fondo e, soprattutto, alle metodologie da impiegare quotidianamente per "insegnare" l'argomentazione a chi non è provvisto delle conoscenze teoriche necessarie – o non ha banalmente il tempo o l'interesse – per accedere al dibattito accademico. Se esistente, questa attenzione, forse liquidata come poco giustificata perché atti-

² Sull'argomento interpretativo, v. L. GIANFORMAGGIO, *Logica e argomentazione nell'interpretazione giuridica, ovvero i giuristi interpreti presi sul serio*, in *Studi senesi*, 1987, 461 e ss.

³ *Ex multis*, v. M. MANZIN – P. SOMMAGGIO, *Interpretazione giuridica e retorica forense. Il problema della vaghezza del linguaggio nella ricerca della verità processuale*, Milano, 2006; A. MARIANI MARINI, *Scienza giuridica e argomentazione forense*, in *Dir. e formazione*, 2010, 141 e ss.

nente a profili di scarso spessore, difficilmente emerge nella letteratura⁴; più spesso, essa si trasfigura in una serie di dotte riflessioni distanti dall'esigenza di formare un corpo di *best practices* cui gli interessati possano attingere o ispirarsi (e per questo, a loro volta, quelle riflessioni sono bollate come inutili dai pratici che si confrontano quotidianamente con la realtà delle aule giudiziarie).

Il dibattito sull'argomentazione dovrebbe essere alimentato anche da tutti gli altri soggetti impegnati nella formazione del giurista, primi tra tutti gli avvocati e i notai presso i cui studi i praticanti esercitano o i magistrati che "formano" i loro giovani colleghi.

Obiettivo di questo scritto, lungi dal pretendere di insegnare alcunché, è appunto quello di riportare un'esperienza concreta, maturata nel settore dell'insegnamento del diritto amministrativo, illustrando le metodologie impiegate, nella piena consapevolezza che occorrerebbe poi analizzare separatamente e accuratamente i vari generi in cui l'argomentazione può essere usata nel diritto amministrativo (motivazione del provvedimento, parere, parere pro-veritate, ricorso, memoria, appello, discussione orale, sentenza e così via⁵; per usare una differente classificazione: atti linguistici rappresentativi di una tesi e atti decisori, quali la sentenza⁶), tenendo conto dei vincoli, delle finalità e degli obiettivi concretamente perseguiti in ciascuno di tali contesti⁷.

Gli operatori vanno posti in grado di ricostruire esattamente le argomentazioni, di individuarne le fallacie e di confutarle.

Questo obiettivo non coincide, ovviamente, con quello di riuscire a trovare le buone e convincenti ragioni a sostegno di una certa conclusione (anche se certamente aiuta a verificare la correttezza del proprio ragionamento), né con quello di saper comunicare – "parlare" e "scrivere" – bene e in modo elegante o, ancora, con quello di possedere le abilità relative alla tecnica del dibattito.

⁴ V. ad es., per un riferimento all'uso pratico dell'argomentazione, F. H. VAN EEMEREN – P. HOUTLOSSER (eds), *Argumentation in Practice*, Amsterdam – Philadelphia, 2005.

⁵ L'accenno, tra l'altro, mostra l'estrema importanza di maturare esperienze nei vari ambiti – possibilità garantita dalle scuole di specializzazione per le professioni legali – onde acquisire le diverse abilità necessarie per convincere, statuire, consigliare e per sapersi rapportare con chi compie queste operazioni. Su somiglianza e differenze tra giudici e avvocati, v. P. CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Firenze, 1999, 45 e ss.

⁶ A. MARIANI MARINI, *Presentazione*, in ID., (a cura di), *Teoria e tecnica dell'argomentazione giuridica*, Milano, 2003, XII, che utilizza la contrapposizione tra atti rappresentativi e atti dichiarativi

⁷ Per gli operatori presso le amministrazioni, ad esempio, non va trascurata l'importanza dello stile nella comunicazione con i cittadini. Di rilievo è la direttiva 8 maggio 2002 sulla "semplificazione del linguaggio dei testi amministrativi". La preoccupazione è avvertita anche in altri ordinamenti: *ex multis*, v. J. CONDE ANTEQUERA, *Lenguaje Administrativo y Derecho: El Lenguaje como Aspecto de la Actividad Administrativa*, Pamplona, 2009, in part. 213 e ss.

Fallire l'obiettivo relativo alla capacità di giudicare la bontà delle argomentazioni, però, significa avere poche chance di successo nelle professioni giuridiche.

2. Delimitazione del campo di indagine: le finalità dell'insegnamento dell'argomentazione giuridica.

Va intanto precisato che la finalità – di cui qui ci si occuperà – dell'insegnamento che abbia ad oggetto le modalità attraverso cui si deve sviluppare l'argomentazione giuridica sono essenzialmente pratiche, nel senso che servono a fornire agli operatori del diritto strumenti per agire con correttezza ed efficacia nel proprio campo professionale, in particolare risolvendo conflitti concreti, impostando le cause e i propri ragionamenti giuridici o dando corretto assetto a interessi con riferimento a casi specifici⁸. Quegli operatori sono o saranno, dunque, giudici, avvocati, notai, dirigenti e così via.

Come si è avuto modo di anticipare, si è ben consapevoli del fatto che anche il ragionamento che si sviluppa in relazione all'attività di ricerca si svolge secondo regole (applicando, cioè, un metodo) analoghe, ma la finalità è in tal caso totalmente diversa. L'operatore del diritto deve essere formato per risolvere problemi concreti, finalità che non necessariamente preoccupa lo scienziato del diritto, se scienziato può definirsi⁹, il quale, per ciò stesso, ha d'altra parte un chiaro

⁸ Si sostiene, peraltro, che anche la scienza giuridica sia una scienza empirica. Su tale carattere, v. L. IANNOTTA, *Dialogo sul metodo: osservazione e ricostruzione delle vicende giuridiche reali*, *id.*, 2003, 133 e ss.

⁹ Il problema della scientificità dell'attività del giurista – cui ancora si farà riferimento nel corso della trattazione – è molto esplorato in dottrina, anche in Italia (circa l'utilità del dibattito, v. F. POGGI, *La filosofia del diritto e l'ideale della scienza giuridica*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2008, 393 e ss.). I riferimenti essenziali sono i seguenti: N. BOBBIO, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1950, 342 e ss. cit. (il quale si è occupato, più in generale, del problema dello statuto epistemologico della filosofia della conoscenza giuridica); L. FERRAJOLI, *Sulla possibilità di una scienza del diritto come scienza rigorosa*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1963, 320-363; R. GUASTINI, *Distinguendo*, Torino, 1996, 215 e ss.; V. VILLA, *Il positivismo giuridico: metodi, teorie e giudizi di valore*, Torino, 2004. V. altresì F. CASA, *Sulla giurisprudenza come scienza. I: Un dibattito attraverso l'esperienza giuridica italiana nella prima metà del ventesimo secolo*, Padova, 2005 e P. COMANDUCCI, *Problemi di compatibilità tra diritti fondamentali*, in P. COMANDUCCI - R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 2002-2003*, Torino, 2003, 318 e ss. Secondo taluni, il lavoro del giurista sarebbe un discorso su di un altro discorso (prescrittivo). Si tratterebbe, in sostanza, di un metalinguaggio, e qui si discute se questo metalinguaggio sia meramente descrittivo (v. in argomento M. JORI, *Oggetto e metodo della scienza giuridica*, in *Id.*, *Saggi di metagiurisprudenza*, Milano, 1985, 203 e ss), suscettibile di verifica (N. BOBBIO, *Teoria della scienza giuridica*, Torino, 1950;) e, come tale, scientifico. Sulla scientificità sia consentito

distacco rispetto al caso contingente e propone soluzioni sottoposte ad un peculiare controllo pubblico della giustificazione che manca per l'attività dell'operatore. Ciò non di meno, almeno parte delle regole che si applicano all'argomentazione giuridica è analoga a quella che il giurista scienziato è chiamato ad osservare.

Per altro verso, l'argomentazione giuridica è prima di tutto ragionamento e argomentazione senza aggettivazioni¹⁰. Di conseguenza, essa non può non tener conto della teoria dell'argomentazione in generale e, più nello specifico, dei principi della logica¹¹, viceversa spesso trascurati dai docenti e dai formatori nel momento in cui spiegano ai ragazzi o ai discenti l'argomentazione giuridica riferita a uno specifico settore del diritto.

È tuttavia inevitabile che l'argomentazione che viene qui analizzata debba essere coerente con il suo oggetto specifico (il diritto).

Un'altra zona di confine, assai labile anche in ragione della difficoltà di delimitazione dei vari concetti, è quella con la retorica. Essa, soprattutto nell'ambito di percorsi formativi destinati ad avvocati o aspiranti tali, è spesso brillantemente insegnata nei corsi o nelle trattazioni relative all'attività dell'avvocato. Vi è la tendenza a ricondurre l'argomentazione all'interno della retorica; in ogni caso, al di là delle dispute teoriche sulla mappatura delle discipline, sono indubbi i punti di contatto, posto che l'argomentazione è anche oggetto della retorica, la quale, però, tendendo a persuadere, potrebbe anche far leva su profili (pure emotivi e psicologici) e tecniche diversi da quelli che caratterizzano l'argomentazione¹² (un cenno a tali aspetti sarà effettuato nel corso dell'ultimo par.). In qualche misura, la distinzione corrisponde a quella tra argomento efficace (legato alla persuasione, cui mira la retorica) e argomento valido. Nel processo, però, è difficile persuadere se non si forniscono buone ragioni e, comunque, più in generale, è bene rammentare che nessuno si persuade di ciò che non capisce.

rinvia a F. FRACCHIA, *The science of administrative law, juridical method and epistemology: the roles of paradigms in the era of the crisis of modernity*, in corso di pubblicazione. V. altresì par. seguente.

¹⁰ Sulla specificità dell'argomentazione giuridica rispetto all'argomentazione in generale, v. A. CATTANI, *Esortazione alla teoria e alla pratica dell'argomentazione. Una modesta proposta*, in MARIANI MARINI, (a cura di), *Teoria e tecnica dell'argomentazione giuridica*, cit., 2 e ss. (ove si fa cenno alla peculiarità delle premesse e dei destinatari, oltre al fatto che, nel processo, vi sono regole specifiche in ordine all'onere della prova).

¹¹ La letteratura, al riguardo, è sterminata. Ci si limita qui a richiamare C. PERELMAN, *Il campo dell'argomentazione. Nuova retorica e scienze umane*, Parma, 1979; ID., *Teoria e pratica dell'argomentazione*, Palermo, 2005 e C. PERELMAN - L. OLBRECHTS-TYTECA, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, Torino, 2001; A. VARZI - J. NOLT - D. ROHATYN, *Logica*, Milano, 2004 e A. IACONA, *L'argomentazione*, Torino, 2005.

¹² Sull'argomentazione in funzione dialettico-retorica, v. A. CATTANI, *Esortazione alla teoria e alla pratica dell'argomentazione*, cit., 6.

Va infine sottolineato che la finalità di formare operatori del diritto destinati a superare concorsi nazionali e, in gran parte, a operare professionalmente in Italia, spinge a riflettere soprattutto sull'interpretazione del diritto nazionale e sull'argomentazione riferita a esso: tuttavia, questa limitazione è doppiamente sbagliata, atteso che i principi della logica, della filosofia e dell'argomentazione non hanno cittadinanza e che, sempre più spesso, il contesto cui riferirsi è sovranazionale, e ciò vale anche per l'amministrativista. D'altro canto, però, è importante ricordare che, nel momento in cui un giurista "domestico" imposta la propria argomentazione, egli non può non tenere in adeguata considerazione il contesto in cui opera, spesso sottovalutato da riflessioni teoriche anche interessanti, ma poco legate alla realtà del giurista pratico.

3. Argomentazione e diritto (dando per presupposta la conoscenza dei basilari criteri di interpretazione). L'insegnamento che proviene dalla filosofia del diritto e dalle elaborazioni in tema di "lavoro del giurista".

Si è detto che l'argomentazione giuridica deve considerare sia il contesto in cui essa si colloca e dal quale trae spunto (diritto), sia le regole generali sull'argomentazione.

Questa precisazione apre la via a una serie di considerazioni preliminari che, nella mia esperienza, cerco di trasmettere a (e di condividere con) studenti interessati all'argomentazione e che saranno illustrate nei prossimi paragrafi.

In primo luogo, è utile avere la chiara percezione di alcune operazioni essenziali che l'operatore del diritto deve compiere in ordine al "materiale" che utilizza e, cioè, appunto, al diritto.

Questo profilo richiede un breve cenno alla scienza del diritto, alla filosofia del diritto e alla filosofia della scienza, mentre (anche per mantenere entro limiti ragionevoli l'analisi) verrà qui data per presupposta la conoscenza dei canoni essenziali dell'interpretazione giuridica, pur strettamente intrecciata al tema dell'argomentazione. Più nel dettaglio, quanto al primo profilo, occorre attingere alle riflessioni in argomento nei limiti in cui forniscano strumenti pratici e suggestioni al futuro operatore del diritto. Onde meglio esplicitare questo passaggio, si consideri che il dibattito sul ruolo del giurista – scienziato si intreccia con la problematica dello statuto epistemologico della scienza e, in particolare, per usare una semplificazione drastica, investe la questione relativa al fatto che lo scienziato davvero si limiti a osservare la realtà e la descriva oggettivamente.

Non interessa qui approfondire oltre il punto, indulgiando sulla pluralità di posizioni molto articolate e critiche che si fronteggiano a questa visione un po'

ingenua della scienza, così come non è possibile seguire le varie strategie che possono essere impiegate per giustificare altrimenti la scientificità dell'attività (anche del giurista). Il dibattito, al riguardo, investe l'effettiva sussistenza di un mondo reale esterno – il “diritto”, o, meglio, frammenti oggettivati della realtà normativa in tutte le sue declinazioni, anche giurisprudenziali, che ha la stessa funzione della natura per altri scienziati – cui si rivolge il giurista¹³; l'alternativa è che sia, invece, tutto frutto di interpretazione¹⁴.

Più utile è ispirarsi alle argomentazioni e agli spunti che affiorano in questo dibattito¹⁵.

Intanto, si è condivisibilmente osservato come sia davvero difficile asserire che il giurista si limiti a esprimere un giudizio del tipo vero-falso¹⁶; a tacere del

¹³ Si dice, ad esempio, che il giurista non conosce, ma fa le norme, le quali, dunque, non possono formare oggetto di conoscenza: v. le riflessioni di U. SCARPELLI, *Il positivismo giuridico rivisitato*, in A. SCHIAVELLO – V. VELLUZZI, *Il positivismo giuridico contemporaneo*, Torino, 2005, 110 (dello stesso A. v. anche *Il metodo giuridico*, in *Riv. dir. proc.*, 1971, 559 e ss.). D'altro canto, in una prospettiva utilitaristica e funzionale, non si può non osservare che una descrizione empirica e neutrale delle norme o delle istituzioni sarebbe ben poco utile al mondo dei giuristi e alla società (sul punto, v. le osservazioni di F. POGGI, *La filosofia del diritto e l'ideale della scienza giuridica*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2008, 395). V. altresì S. BERTEA, *La certezza del diritto nel dibattito teorico-giuridico contemporaneo*, in *Materiali per uno studio della cultura giuridica*, 2001, 131 e ss.; si consideri ancora che, secondo il realismo, le decisioni dipendono in realtà dalla discrezionalità del giudice, piuttosto che dal rispetto del diritto; in argomento v. P. G. MONATERI, *“All this and so much more”. Intento originale, antagonismo e non interpretivismo*, in *Ars Interpretandi*, Padova, 1998, 97 e ss.

¹⁴ Sulla questione torneremo brevemente ancora in conclusione di paragrafo. Personalmente – come d'altro canto diceva già Popper criticando il marxismo – ritengo preferibile un modello che ammetta e conceda spazi per un qualche residuo di falsificazione basata sul confronto con una realtà “altra” (una “incudine” per l'ipotesi). Certamente i fatti (che nel diritto, come si diceva nel testo, sono anche i frammenti oggettivati della realtà normativa in tutte le sue declinazioni, pure giurisprudenziali) possono a loro volta essere interpretati dal filtro teorico, che ha appunto questa specifica vocazione, ma non è consentito eliminarli dall'orizzonte di riferimento. Ciò, ad esempio, accade quando una conclusione scientifica cozzì apertamente con una norma o assuma l'inesistenza di un orientamento giurisprudenziale viceversa sussistente.

¹⁵ Esso è stata succintamente ricordato in precedenti lavori (in particolare in F. FRACCHIA, *Lo sviluppo sostenibile*, Napoli, 2010, cui ci si permette di rinviare).

¹⁶ V. la critica, fondata sul fatto che la descrizione comporta comprensione e che, quando concerne valutazioni, implica assunti valutativi, di B. CELANO, *Giusnaturalismo, positivismo giuridico e pluralismo etico*, in *Materiali per uno studio della cultura giuridica*, 2005, 161 e ss.; l'A. ricorda la diversa posizione di H.L.A. HART, *Postscript* a Id., *The Concept of Law*, second edition, Oxford, 1994, 242-244; trad. it. *Il concetto di diritto*, cit., p. 314; v. ancora la tesi di M. BARBERIS, *Sette domande a Bruno Celano*, in *Materiali per uno studio della cultura giuridica*, 2005, 188, il quale sostiene che si possa avere una conoscenza anche di un valore. Sotto altro profilo, R. GUASTINI, *Produzione di norme a mezzo di norme. Un contributo all'analisi del ragionamento giuridico*, in L. GIANFORMAGGIO – E. LECALDANO (a cura di), *Etica e diritto*, cit., 173 e ss., dimostra che i discorsi dei giuristi sono anche prescrittivi (contengono direttive) e spesso “scendono sul livello del loro linguaggio og-

fatto che, diversamente opinando, relativamente alla *quaestio iuris* scarso sarebbe lo spazio per l'argomentazione induttiva (vi sarebbe al più dimostrazione-descrizione). È assai più plausibile, infatti, che il suo sia un linguaggio impregnato di valori. In effetti, in una prospettiva costruttivistica, il giurista, accostandosi a un'esperienza giuridica (un insieme di norme, ovvero un'istituzione), storicamente determinata, compie operazioni molto più complesse: scelta di una base enunciativa, interpretazione della stessa in modo da ricavare una base normativa, risoluzione di antinomie, integrazione o completamento della base normativa, esposizione sistematica¹⁷.

Assai nota è l'impostazione – che ha avuto tra i maggiori esponenti (pur con rilevanti differenze tra le varie voci) Bobbio¹⁸, Tarello e Scarpelli – che dedica specifica attenzione all'analisi del linguaggio: da questa premessa deriva la necessità che il giurista si sforzi di dare coerenza al materiale che “considera”¹⁹ e, in questo senso, vada oltre l'interpretazione, sicché vi è una parte critica essenziale nel suo lavoro (si è parlato, ad esempio, di dogmatica²⁰), nello sforzo di trasformare il materiale grezzo, ripulito, in dato problematico²¹.

Una differente impostazione, concentrandosi sulle ricerche giuridiche, ha individuato i seguenti momenti: filologico (selettivo del materiale); logico (mediante inferenze); argomentativo (a fini di persuasione e di giustificazione) e quello, trasversale, interpretativo²².

getto” (175). Merita uno specifico richiamo la prospettiva sposata da M. JORI, *Pragmatica, scienza giuridica e diritti*, in P. COMANDUCCI - R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 2002-2003*, Torino, 2003, 377 e ss.: l'A., pur ammettendo che nell'attività del giurista si intersechino componenti descrittive e componenti normative, ritiene possibile una descrizione obiettiva (ancorché non avalutativa) del diritto e una sua corretta applicazione (e perciò si sarebbe al cospetto di una scienza).

¹⁷ R. GUASTINI, *Produzione di norme a mezzo di norme. Un contributo all'analisi del ragionamento giuridico*, cit., 175 e ss. In argomento v. anche F. CARNELUTTI, *Metodologia del diritto*, Padova, 1939, il quale sottolinea i momenti dell'osservazione, della comparazione, della classificazione, della formazione ed espressione di concetti e della scoperta delle regole dell'esperienza.

¹⁸ V., in argomento, M. JORI, *Norberto Bobbio teorico del discorso rigoroso*, in L. Ferrajoli - P. Di Lucia (a cura di), *Diritto e democrazia nella filosofia di Norberto Bobbio*, a cura di, Torino, 1999, 39 e ss.

¹⁹ Su questa “facoltà” contemplativa e considerativa, v. L. IANNOTTA, *Dialogo sul metodo: osservazione e ricostruzione delle vicende giuridiche reali*, cit.

²⁰ V. le osservazioni di G. U. RESCIGNO, *Interpretazione costituzionale e positivismo giuridico*, in *Dir. pubbl.*, 2005, 26, a proposito delle analisi di Guastini sui rapporti tra interpretazione e dogmatica.

²¹ N. BOBBIO, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, cit., 354, il quale ricollega questa parte critica, appunto, all'analisi del linguaggio.

²² G. U. RESCIGNO, *Il giurista come scienziato*, in *Dir. pubbl.*, 2003, 833 e ss.

Di interesse è pure la tesi secondo cui il giurista (per ciò stesso – a seguire siffatta tesi – non scienziato) pone in essere, al più, una sistematizzazione rigorosa di concetti a fini pratici²³.

Ove poi la scienza sia ritenuta un'esperienza caratterizzata dall'uso di uno specifico filtro teorico o dal ripetuto impiego di un paradigma, e questa idea – come chi scrive ritiene preferibile – sia applicabile anche al diritto, si ricavano ulteriori motivi di grande interesse, nel senso, in particolare, che quel paradigma va riconosciuto, esplicitato e applicato in modo rigoroso.

Infine, anche la riflessione in ordine alle specificità del diritto rispetto ad altre scienze fornisce spunti assai utili. Quanto all'*oggetto*, non si può negare che per il diritto vi sia l'essenziale mediazione del linguaggio che trascende i fenomeni naturali e che costituisce il primo livello di conoscenza – anche se non l'esclusivo – dello scienziato del diritto; a differenza di altre scienze, il giurista non si limita a influenzare l'immagine del proprio "oggetto" lavorando su di un paradigma per catturare la realtà (il filtro teorico), ma, in modo più marcato, può incidere direttamente sulla realtà osservata; in ordine alla *funzione*, mentre le scienze empiriche non assumono, né debbono assumere, compiti deliberativi, il diritto deve poter "guidare il comportamento umano"²⁴.

Alla luce di queste sintetiche osservazioni, che si limitano a gettare uno sguardo assai parziale su di un dibattito molto esteso e certamente profondo, possiamo ricavare le seguenti suggestioni assai utili anche per l'operatore del diritto chiamato ad argomentare per risolvere problemi concreti: la piena consapevolezza dei caratteri dell'esperienza che sta compiendo, infatti, rende (ma questo accade in tutti i campi) assai più "potente", efficace ed incisiva l'esperienza stessa.

Si potrà così iniziare a comporre una sorta di prontuario delle regole (vedremo che, a conclusione dell'indagine, giungeremo a individuare un decalogo, articolato in sottoregole) che l'operatore del diritto dovrebbe tenere a mente nell'affrontare i problemi giuridici.

- a) Il giurista non compie una semplice descrizione empirica di un oggetto pre-costituito: egli lo modifica cercando appunto di renderlo rigoroso²⁵.

²³ V. le osservazioni di A. CATANIA, *Introduzione* a U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico?*, Milano, 1965, 31. In argomento v. L. FERRAJOLI, *Sulla possibilità di una scienza del diritto come scienza rigorosa*, cit. e gli scritti raccolti in A. ROSSETTI - V. VELLUZZI, a cura di, *Diritto, linguaggio, scienza giuridica*, in *Notizie di politeia*, 80, 2005.

²⁴ J. RAZ, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, 1979, 225 e ss.

²⁵ R. GUASTINI, *Distinguendo*, cit., p. 221. Sempre di R. GUASTINI, v. altresì *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011. Di purificazione, completamento e ordinamento del linguaggio giuridico già parlava N. BOBBIO, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, cit., 355. Per chi ancora ritenga che la scienza sia osservazione oggettiva della realtà, in sostanza inseguendo un modello scien-

- b) La realtà più prossima con cui si confronta (e che per taluni costruisce) è costituita dal linguaggio (giuridico).
- c) Questo materiale/linguaggio va “ripulito”, sistematizzato (risolvendo ad esempio le antinomie e colmando le lacune) e opportunamente considerato, prima ancora che applicato e interpretato.
- d) Il lavoro del giurista si confronta con una realtà, appunto normativa, che è esterna e almeno in parte indipendente dalla sua azione interpretativa. Questo punto è molto discusso e discutibile; tuttavia, per l’operatore del diritto appare certamente preferibile, in via precauzionale (v. anche quanto si dirà al prossimo paragrafo), assumere che il dato giuridico costituisca un’invariante e non solo frutto dell’interpretazione, anche se, nella pratica, bisogna essere coscienti del fatto che la norma non è l’unico elemento sulla base del quale vengono assunte le decisioni.
- e) Accanto a questa realtà normativa, l’operatore del diritto deve collocare i fatti che il diritto disciplina, pure essi coinvolti dall’argomentazione. Non mancano, invero, casi in cui essa investe prevalentemente un fatto (pur qualificato giuridicamente), come accade nell’impianto accusatorio che sta alla base di una sanzione disciplinare, ove occorre dimostrare la verità di una conclusione (illecito) sulla base di premesse spesso solo fattuali.

4. Argomentazione e diritto amministrativo. Una digressione: l’importanza della motivazione.

Ciò chiarito in generale, possiamo ora a considerare il diritto amministrativo e le sue caratteristiche, sempre ponendo mente alle esigenze degli operatori del diritto.

Intanto, è necessario identificare alcuni caratteri del “frammento oggettivo di realtà normativa” con cui essi si confrontano²⁶. Qui non è possibile né opportuno trattare dei caratteri del diritto amministrativo, tra l’altro oggetto di approfonditi dibattiti.

- È più utile esplicitare il paradigma (per riprendere un motivo cui sopra si è accennato) da cui si preferisce partire, che non può non interferire sui risul-

tifico forgiato con riferimento alle scienze fisiche, ma pure in quel contesto criticato, quanto detto nel testo segnerebbe una distanza incolmabile del giurista rispetto allo scienziato empirico che non modifica il proprio oggetto.

²⁶ Analoga esigenza sussiste, ad esempio, nel diritto penale: L. STORTONI, *L’“argomentazione” nel diritto penale*, in *Politica dir.*, 2004, 501 e ss.

- tati interpretativo/argomentativi, ma che è da molti contestato: il potere è un pericolo per le libertà dei cittadini e il diritto mira essenzialmente a contenerlo e limitarlo, in un quadro in cui a fronte dell'amministrazione il cittadino si trova in una condizione di soggezione.
- In ogni caso, anche per chi non accoglie questo "filtro", regole scritte e principi (anche alla luce della giurisprudenza) vanno correttamente identificati e censiti in modo completo, sicché il primo compito dell'amministrativista è quello di esattamente ricostruire il quadro normativo, senza nulla trascurare, in particolare anche valorizzando le interpretazioni giurisprudenziali.
 - È un'ovvietà, e l'operazione dovrebbe essere attentamente compiuta in tutti i campi del diritto, ma per gli operatori pratici essa è ancor più essenziale onde evitare clamorosi incidenti professionali, come accade là dove venga sottovalutato il chiaro disposto di una norma, ad esempio offrendo una soluzione evidentemente in contrasto con essa, ovvero, magari influenzati da un'idea preconcepita, nei casi in cui si sia tentati di considerare solo i dati favorevoli alla stessa.
 - Per altro verso, a prescindere dalle valutazioni di tipo teorico, è importante, soprattutto nelle aule di giustizia, far apparire la propria argomentazione come fondata "sulla volontà della legge". Quasi per una sorta di vischiosità culturale, infatti, un'impostazione del genere risulta più rassicurante e, comunque, quand'anche non fosse la ragione della scoperta della soluzione, deve apparire come il fondamento della sua giustificazione. Da questo punto di vista, le premesse del ragionamento giuridico debbono essere sempre costituite dai dati giuridici, soprattutto normativi e giurisprudenziali, piuttosto che dottrinali (ciò è confermato dal divieto per i giudici di citare autori giuridici nelle motivazioni delle sentenze: art. 118 disp. att. c.p.c.).
 - Essi vanno interpretati e, nella esposizione delle premesse dell'argomentazione (v. *infra*), tendenzialmente "ordinati" secondo svariati criteri, tra cui spiccano quello gerarchico e quello storico²⁷.
 - Grande attenzione, in ragione dei caratteri nel diritto amministrativo, hanno i principi generali e gli istituti fondamentali, che occorre abituarsi a conoscere, saper riconoscere e essere in grado di applicare. In relazione all'esame di Stato per l'abilitazione alla professione di avvocato, il punto è essenziale, atteso che le prove si svolgeranno con il solo ausilio dei testi di legge senza commenti e citazioni giurisprudenziali (art. 46, l. 247/2012).
 - Sempre più importanti sono le fonti non nazionali: non soltanto Trattato dell'Unione, direttive, regolamenti e sentenze della Corte di giustizia, ma,

²⁷ F. MACARIO, *Metodologia e tecniche argomentative nell'elaborazione di scritti difensivi*, in A. MARIANI MARINI, *L'argomentazione e il metodo nella difesa*, Pisa, 2004, 57.

in maniera sempre più rilevante, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo. Al riguardo, occorre altresì “padroneggiare” i meccanismi di prevalenza di quel diritto e ben conoscere i canali di accesso nel nostro ordinamento (ad esempio: artt. 11 e 117 Cost., art. 1, 241/1990, art. 1, codice del processo amministrativo).

- Inoltre deve essere richiamato il materiale giurisprudenziale, la cui rilevanza potrebbe essere rafforzata in ragione del ruolo di nomofilachia svolto dall'adunanza plenaria (art. 99, c.p.a.²⁸): l'abitudine a basarsi sulle massime, facilitata dall'informatica, può rivelarsi un insidioso errore, atteso che le massime possono essere redatte in modo poco accorto e, se limitate al *decisum*, non consentono di cogliere l'argomentazione.
- Un aiuto importante dovrebbe giungere dalle note di commento curate dalla dottrina, che hanno la finalità, appunto, di mettere a nudo criticamente l'argomentazione.

In secondo luogo, è di interesse censire i “luoghi” in cui l'argomentazione giuridica può diventare rilevante. Essi sono facilmente identificabili richiamando le due principali forme che essa assume, quella interpretativa (e già s'è detto che si darà qui per scontata la conoscenza dei canoni interpretativi; in sostanza, essa è relativa alla premessa maggiore del sillogismo che – per ricorrere a uno schematicismo un po' semplicistico – usano, in particolare, i giudici) e quella sul fatto²⁹.

Di “luoghi” si può parlare anche in un altro senso e, cioè, riferendosi ad atti e attività che implicano l'uso di strumenti argomentativi. Essi, al pari di altri rami del diritto, sono soprattutto costituiti dalle sentenze (che dovrebbero evitare di debordare nel genere letterario della trattazione scientifica), dagli atti che le parti debbono produrre in giudizio, dai discorsi pronunciati nella aule giudiziarie (ma anche nei rapporti con i clienti o con i colleghi), dai pareri, e – specificità questa del nostro ambito – dai provvedimenti amministrativi.

Giova immediatamente sottolineare, perché è un punto su cui frequentemente si tornerà, la peculiarità dell'argomentazione che viene sviluppata all'interno del provvedimento amministrativo. Essa è principalmente esplicitata nella motivazione³⁰.

²⁸ Da ultimo, in argomento, v. G. PESCE, *L'adunanza plenaria del Consiglio di Stato e il vincolo del precedente*, Milano, 2012.

²⁹ L. GIANFORMAGGIO, *L'argomentazione giuridica interpretativa: avvocati e giudici*, in MARIANI MARINI, (a cura di), *Teoria e tecnica dell'argomentazione giuridica*, cit., 127.

³⁰ In ordine a questa figura, nell'impossibilità di richiamare compiutamente la vastissima letteratura, ci si limita a citare, per la loro rilevanza, le seguenti opere: G. CORSO, *Motivazione dell'atto amministrativo*, voce dell' *Enc. Diritto*, agg. V, Milano, 2001, 683 e ss.; M.S. GIANNINI *Motivazio-*

È importante rimarcare questo passaggio, perché l'amministrativista deve essere ben cosciente dell'assoluta centralità della parte motiva di un provvedimento alla luce della particolare tecnica di sindacato, basata sulle figure sintomatiche di eccesso di potere, che investe le decisioni amministrative.

La motivazione, cioè, da un lato può essere causa diretta di illegittimità (motivazione insufficiente, incongrua, contraddittoria e così via, a tacere del caso, estremo, in cui la sua mancanza integri violazione di legge per contrasto con l'art. 3, l. 241/1990); d'altro lato, però, essa può "salvare" dalla illegittimità atti che, apparentemente irragionevoli, l'amministrazione riesca a dimostrare viceversa coerenti con la cura dell'interesse pubblico. Un esempio può essere utile per gli operatori del diritto: la disparità di trattamento è una figura sintomatica dell'eccesso di potere (anzi, può al contempo ridondare in violazione di legge con riferimento all'art. 3, Cost.), ma l'amministrazione, in sede appunto di motivazione, potrebbe essere in grado di dimostrare che, alla luce delle circostanze concrete, quello che appare un caso di trattamento discriminante in realtà è il frutto di una scelta corretta. In sostanza, per anticipare un tema che riprenderemo a suo tempo, l'amministrazione, in questo caso, mediante motivazione, "confuta" l'ipotetico argomento che ha come conclusione l'illegittimità dell'atto.

L'accento è importante perché – aggiungiamo così altre regole al prontuario che stiamo definendo – lo studio dell'argomentazione nel diritto amministrativo implica e presuppone una conoscenza molto approfondita (quasi una sorta di catalogo da mandare a memoria) delle figure sintomatiche dell'eccesso di potere e la consapevolezza della possibilità di "superarle" attraverso un'adeguata motivazione e, cioè, con un'argomentazione valida.

Dal punto di vista formale e della chiarezza logica, poi, quanto detto dovrebbe suggerire grande attenzione nei redattori dei provvedimenti, chiamati a separare nettamente il preambolo, ove vengono riportati tutti i dati, fattuali e giuridici, rilevanti (quasi si trattasse di definire la griglia di elementi entro cui l'amministrazione si è mossa, accanto alla "narrazione della storia" del procedimento), dalla motivazione, in cui quegli elementi vengono valorizzati, soppesati e considerati al fine di supportare una coerente decisione finale. In chiave didattica, al riguardo, è molto utile esaminare concretamente esempi di provvedimenti, soprattutto alla luce del sindacato del giudice e, dunque, traendo spunti da casi giurisprudenziali.

ne dell'atto amministrativo, id., 1977, XXVII, 257 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Motivazione nel diritto amministrativo*, voce del *Digesto IV, disc. pubbl.*, XIII, Milano, 1997, appendice, 683 ss.; ID., *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987; V. MAZZARELLI, *Motivazione dell'atto amministrativo*, voce dell'*Enc. giur.*, XX, 1990.

Infine, come ancora diremo, alcune fattispecie (atti amministrativi generali, silenzio) sono caratterizzate dall'assenza di motivazione, sicché compito precipuo del giurista che si occupa di diritto amministrativo e che intenda contestare gli effetti giuridici collegati a quelle fattispecie è quello di "ricostruire" un'argomentazione che non è esplicitata.

5. Argomentazione giuridica e argomentazione studiata dalla logica.

Acquisito all'indagine che la motivazione di un provvedimento è un'argomentazione, passiamo ora a considerare in generale le caratteristiche – appunto – dell'argomentazione³¹. Ecco un tipico esempio: "Tutti gli uomini sono mortali, Socrate è un uomo, quindi Socrate è mortale"; il termine medio è l'uomo.

Il discorso, molto approfondito dagli studi di logica e di filosofia (anche del diritto), verrà qui condotto nei soli limiti in cui costituisca la premessa per una riflessione relativa alle abilità che deve acquisire l'operatore del diritto amministrativo.

Già si è detto che l'argomentazione fornisce le ragioni per ritenere vera un'asserzione o corretta una pretesa.

Essa, di conseguenza, diventa rilevante solo nei casi in cui sia necessario giustificare e, cioè, allorché vi siano obiezioni reali o presunte all'asserzione proposta, sia essa l'interpretazione di una norma, la ricostruzione di un fatto, l'applicazione della norma. Questa evenienza, peraltro, è consueta nel diritto amministrativo e, più in generale, costituisce la base di partenza dell'azione dell'operatore del diritto.

L'argomento, molto banalmente, è costituito da una serie di proposizioni e, dunque, è un periodo. Tra queste proposizioni, riveste un ruolo principale la conclusione, che indica ciò che si intende dimostrare: nel caso di specie il carattere mortale di Socrate. Essa è sorretta da talune premesse (subordinate), che sono addotte per garantire l'accettazione della principale. Va ribadito che le subordinate mirano a giustificare la conclusione e, cioè, indicano le ragioni per accettare ("ritenere vera") la conclusione, sicché l'argomento non è semplicemente costituito da un gruppo di proposizioni raggruppate a caso, avendo invece una propria specifica struttura inferenziale. L'inferenza è, appunto, il procedimento per cui da un'asserzione vera si giunge a ritenere vera la conclusione, che, di conseguenza, nella prospettiva di chi argomenta, deve essere accettata. Facciamo un altro esem-

³¹ Una spiegazione chiara e semplificata di questi argomenti si ritrova in A. IACONA, *L'argomentazione*, cit., ove anche ulteriori approfondimenti in ordine ai passaggi che saranno illustrati nel testo e nei prossimi paragrafi.

pio di argomento, che assume la forma di *modus ponens*: se A allora B; A (queste sono le due premesse); quindi B (conclusione). Le due premesse sono costituite da un condizionale e dall'affermazione dell'antecedente; la conclusione è il conseguente. Non si fatterà e comprendere che, nel contesto giuridico, la prima premessa (quella maggiore) è di solito il precetto, la seconda (premessa minore) la *quaestio facti*, sicché il *modus ponens* corrisponde al c.d. sillogismo giuridico. Di rilievo è pure un altro esempio di argomentazione: A allora B; non B; quindi non A; negazione del conseguente: *modus tollens*. Esso è frequentemente usato dai logici, ma anche nella scienza (il falsificazionismo *à la Popper* per definire i margini della scienza, in fondo, si ispira anche a questo schema) e nel diritto.

È ora opportuno, almeno trattando del “metodo” per argomentare e, soprattutto, al fine di far acquisire la capacità di saper giudicare la bontà delle argomentazioni, sintetizzare le tappe che dovrebbe seguire l'operatore del diritto a fronte delle stesse.

Intanto, da una formula linguistica scritta o orale, occorrerà giungere alla esatta definizione dell'argomentazione e della sua struttura inferenziale, successivamente si applicheranno i criteri per valutarla e per confutarla.

6. Il giurista di fronte all'argomentazione; il primo passo: l'individuazione dell'argomentazione medesima e le peculiarità del diritto amministrativo.

Il consiglio iniziale che può essere rivolto anche all'operatore del diritto è quello di riscrivere (o sintetizzare) le argomentazioni in modo da poterle ripulire, chiarire, esplicitare e “trattare” adeguatamente.

Le indicazioni che forniscono gli studi di logica sono utili e interessanti³², ma, facendosi qui questione delle argomentazioni usate nel diritto amministrativo, esse vanno “contestualizzate”, nel senso che il loro studio va completato tenendo conto di alcune precisazioni.

Insegnano, quegli studi, che le asserzioni di una argomentazione debbono essere suscettibili di essere vere o false.

Di conseguenza, dal “corpo” dell'atto che contiene l'argomentazione, vanno in primo luogo espunti tutti gli enunciati che non hanno questa caratteristica (esortazioni, comandi, esclamazioni e affermazioni che non hanno l'intenzione di giustificare una conclusione) e l'argomentazione va parafrasata, isolando gli

³² V., ad esempio, D. WALTON, *Dialog Theory for Critical Argumentation*, Amsterdam – Philadelphia, 2007, 248 e ss. e F. H. VAN EEMEREN – R. GROOTENDORST, *Argumentation, Communication, and Fallacies*, New Jersey, 1992

enunciati che siano comprensibili autonomamente perché dotati di senso compiuto.

In secondo luogo occorre “tradurre” le espressioni metaforiche, ridurre le anafore ed eliminare quanto non è chiaro; soprattutto, va espunto l’ovvio, il ridondante e il superfluo e, cioè, tutto ciò che non fornisce alcun contributo all’argomentazione. Risulteranno, dunque, soltanto le proposizioni indispensabili, la cui eliminazione comporterebbe un’alterazione dell’argomentazione.

In terzo luogo (e con una mossa contraria rispetto a quanto appena detto), devono essere aggiunte le eventuali asserzioni implicite del ragionamento o la conclusione (talora, infatti, per amor di retorica, si lascia alla controparte l’onere di “trarre le conclusioni”; tuttavia, al fine di valutarne la bontà, è necessario disporre dell’argomentazione completa). Si tratta di un’operazione da compiere con attenzione, ricordandosi che le asserzioni implicite aggiunte debbono essere tali che con esse il “titolare dell’argomentazione” sarebbe comunque d’accordo.

A conclusione di questi passaggi, (anche) il giurista avrà a disposizione l’argomentazione nella sua forma pura e potrà procedere con le operazioni successive.

Nell’esame delle argomentazioni contenute nelle sentenze, quanto detto trova un riscontro nel fatto che la “conclusione” del ragionamento dovrebbe essere sintetizzata nella massima, la quale non dovrebbe estendersi a trattare di altri profili; per altro verso, si noti che gli *obiter* sono sostanzialmente le enunciazioni non incidenti sulla soluzione del caso e, dunque, estranee all’argomento.

Con specifico riferimento alle argomentazioni contenute nel provvedimento amministrativo, è rilevante ricordare che la necessità medesima di dover effettuare uno sforzo di ripulitura dell’argomentazione (dunque affetta da fallacie linguistiche) disvela che l’amministrazione non ha agito correttamente. Essa, infatti, per tradurre in termini giuridici queste situazioni, ha giustificato il proprio operato richiamando ragioni inconferenti, non ha chiarito in modo sufficiente il percorso logico seguito o, addirittura, pensando all’ultima evenienza sopra indicata (c.d. fallacia dell’evidenza soppressa, sulla quale ancora torneremo) ha perseguito un interesse diverso da quello indicato o ha posto alla base della decisione fatti inesistenti o non ha tenuto conto di quelli rilevanti. Ciò tendenzialmente si traduce in un’ipotesi di motivazione perplessa, contraddittoria o illogica, nonché in un vizio attinente l’istruttoria. Ritorna, dunque, ancora una volta assai utile il catalogo di figure sintomatiche al quale già s’è fatto cenno. L’indispensabilità delle asserzioni, poi, va giudicata alla luce del potere che l’amministrazione deve esercitare. Si pensi alla limitazione della viabilità giustificato invocando un interesse non contemplato dalla norma attributiva del potere (tutela del commercio invece

della protezione della salute). Espressioni non “indispensabili”, ridondanti e fuorvianti, in questo caso, sono sicuri indici di illegittimità.

Nel corso del par. 4 si è accennato al fatto che, talora, il giurista è chiamato a valutare la legittimità di atti amministrativi generali (si pensi a un bando di gara) o di forme di silenzio significativo. In questi casi la motivazione manca e, tuttavia, la critica all’azione (o inerzia) amministrativa deve articolarsi tenendo conto di una struttura argomentativa che, a partire da certe premesse, dovrebbe giungere a una conclusione che genera gli effetti giuridici ritenuti lesivi, ma che, legittimamente, manca o, meglio, non è esplicitata.

Egli è così chiamato a uno sforzo supplementare, dovendo ipotizzare, prima ancora di contestarla, che una struttura argomentativa comunque esista: insomma, ricorre una sorta di presunzione di logicità dell’azione amministrativa, necessaria proprio per contestare l’illogicità nel caso concreto. Quella struttura va ricostruita sulla base degli elementi a disposizione (la normativa applicabile, il preambolo o, nel silenzio, l’istanza della parte e così via).

Tutto ciò richiede sensibilità e esperienza, che va acquisita con il tempo e sulla base della conoscenza approfondita dei principi, della normativa e della giurisprudenza.

7. Segue: il secondo passo e, cioè, l’individuazione della struttura argomentativa; le peculiarità del diritto amministrativo.

Ripulita e chiarita l’argomentazione, si tratta di identificarne la struttura e, cioè, di cogliere i nessi che legano le varie proposizioni: una sorta di radiografia volta a individuarne le giunture.

Per i giuristi alle prime “armi”, può essere utile ricercare gli indicatori inferenziali, di premessa (anche cerchiandoli visivamente: dato che, premesso che e così via) e di conclusione (perciò, dunque) e tradurre le argomentazioni in formule grafiche lungo una linea verticale che dalle premesse porti alla conclusione, ricordando che, spesso, nel testo, la conclusione è invece posta all’inizio e non alla fine.

[Tutti gli uomini sono mortali
Socrate è un uomo
(Quindi)
È mortale]

Si vedrà così che, in molti casi, ci si trova al cospetto di argomentazioni complesse, in cui si trovano premesse che sono in realtà la conclusione di altre premesse, fino a giungere alla conclusione finale.

Per agevolare l'operazione d'identificazione dei singoli argomenti, all'interno di una argomentazione complessa, è bene ricordare che, di norma, ci sono tanti argomenti quanti sono gli indicatori inferenziali di conclusione. Gli argomenti semplici, a loro volta, sono legati tra di loro per formare l'argomentazione complessa.

Talora le premesse richiedono il concorso di altre, sicché, senza considerarle congiuntamente, l'argomento – sempre isolabile in ragione dell'inferenza – perde senso. Esse vanno scritte una accanto all'altra, lungo una linea orizzontale. Non mancano però casi (si pensi all'ipotesi nelle quali l'amministrazione adduca ragioni autonome per supportare una medesima decisione) in cui, a fronte della medesima conclusione, sussistono argomenti indipendenti, nel senso che le premesse sono "isolate", in quanto sorreggono autonomamente la conclusione.

La distinzione è interessante, perché, nel diritto amministrativo (pensiamo ancora alla motivazione), se sussiste un'autonoma ragione forte per sostenere una conclusione ciò dovrebbe garantire la legittimità della decisione; la circostanza che l'amministrazione adduca altri elementi deve far sospettare che il primo argomento non fosse ritenuto in realtà così forte dall'amministrazione, o che la stessa abbia deciso in base a un'argomentazione diversa e non esplicitata.

Per altro verso, si potrebbe affermare che, se la conclusione è sostenuta da più premesse, la debolezza di un argomento non inficia l'argomentazione complessiva, proprio perché ogni linea argomentativa si muove su di un binario autonomo. Viceversa, negli argomenti con premesse non divisibili, la debolezza di una premessa inficia tutta l'argomentazione. La "blindatura" delle linee argomentative autonome è comprensibile dal punto di vista della logica, ma, per il diritto amministrativo, la situazione in cui a quella linea se ne aggiungano altre deboli si traduce in una palese irragionevolezza e, dunque, in un caso di eccesso di potere: perché mai, infatti, addurre, con una argomentazione non corretta o un'ulteriore ragione non necessaria? Si consideri poi che i rami autonomi debbono essere davvero tali e, cioè, sostenere appieno la conclusione: due mezze ragioni non integrano una convincente motivazione complessiva.

8. *Segue: il terzo passo e, cioè, la valutazione della bontà dell'argomento (alla ricerca delle fallacie) e le peculiarità del diritto amministrativo.*

Ripulita l'argomentazione e individuata la struttura, si tratta di valutarne la bontà e di ricercarne le fallacie, e, cioè, gli errori argomentativi: in sintesi, si tratta di anelli deboli o spezzati della catena argomentativa. In linea di principio (nella letteratura inglese si usa in questo caso un termine diverso: "sound"), un argomento è logicamente "buono" quando la conclusione segue le premesse e quando queste sono vere.

Con riferimento a tale ultimo aspetto, va appunto ricordato che, in luogo di contestarne la struttura interna e la sua logica, gli avversari di un certo argomento ne mettono spesso in discussione le premesse³³. Si pensi al caso in cui, nel diritto, si contesti l'esistenza della norma o del fatto storico.

Più in generale, questa "fallacia di premessa" ricorre ove vi sia equivocità dei termini o, nel diritto amministrativo, l'amministrazione abbia ricostruito in modo non corretto la porzione di realtà fattuale o giuridica da cui prende avvio il percorso logico che conduce alla decisione finale: tutto ciò ridonda in eccesso di potere per insufficienza di istruttoria e di motivazione.

Circa la premessa, però, va aggiunto che essa, non solo può essere falsa, ma pure può risultare non pertinente e ciò ricorre nei casi in cui non sorregga la conclusione, in quanto non c'entra nulla con essa e non è utile per dimostrarne la verità o probabilità: c.d. fallacia di pertinenza. Un'altra situazione critica – già sfiorata nel corso del precedente paragrafo – attiene all'ipotesi in cui sia stata pretermessa la premessa decisiva (fallacia dell'evidenza soppressa). In sintesi, di fronte all'argomento, chi ne valuta la bontà deve eseguire tre verifiche sulle premesse, per controllare:

- se esse sono vere,
- se risultano pertinenti,
- se è stata "occultata" quella rilevante (in tale ultima ipotesi occorre renderla esplicita).

In tutti questi casi, tornando al diritto amministrativo e al provvedimento, saremo al cospetto di un atto illegittimo, per vizi che il giurista immediatamente potrà facilmente individuare: violazione di legge, eccesso di potere per contraddittorietà o difetto di istruttoria, e così via. Deve però essere aggiunto che, di norma, il fatto è "filtrato" attraverso i documenti, sia nel procedimento, sia nel processo.

³³ V. L. GIANFORMAGGIO, *Logica e argomentazione*, cit., 484.

Chiarito questo importante aspetto, torniamo alla “bontà” dell’argomento sotto il profilo logico. La fallacia di inferenza ricorre quando la conclusione non può seguire la premessa (una volta accertato, come sopra chiarito, che essa sia vera).

In logica si distingue tra argomento deduttivo (non può esserci conseguenza vera e premessa falsa, nel senso che non è possibile e sarebbe incoerente che la premessa sia vera e la conclusione falsa; si pensi all’argomento della mortalità di Socrate, sopra richiamato) e argomento induttivo (è probabile che la conseguenza sia vera date certe premesse).

Per quanto attiene al diritto amministrativo, per semplificare in modo un po’ brutale, la distinzione corrisponde a quella tra attività vincolata (ove, al ricorrere di certi requisiti, l’amministrazione deve agire in un certo modo e sarebbe incoerente – illegittima – una decisione diversa) e scelta discrezionale (ove la motivazione/argomento deve dimostrare che la conclusione raggiunta è ragionevole alla luce delle premesse: i logici direbbero che la verità della conclusione è più probabile della sua falsità, mentre, alla luce della tecnica di sindacato usata dal giudice per le scelte discrezionali, è sufficiente dimostrare che la conclusione non è manifestamente irragionevole). Facciamo due esempi. Ricorrendo tutti i requisiti, l’amministrazione deve rilasciare il permesso di costruire, sicché la relativa conclusione, contenuta nella motivazione, è in tal caso inferita per deduzione. Il secondo esempio attiene invece alla discrezionalità. La motivazione che sorregge la scelta di agire in un certo modo – ad esempio adottando un’ordinanza di necessità e di urgenza che imponga lo sgombero – a fronte del pericolo di una alluvione è corretta (*rectius*, è stringente) se, alla luce delle esperienze pregresse, si dimostra che, in caso di gravi piogge, vi è il rischio che un fiume esondi. La conclusione è qui inferita per induzione e, sintetizzando, l’argomento si sviluppa nei termini seguenti: quando piove il fiume esonda; piove molto; è dunque probabile che il fiume esondi e, di conseguenza, non è manifestamente irragionevole adottare l’ordinanza.

Chi redige una argomentazione deve essere ben conscio della differenza nel momento in cui decide di proporre un argomento deduttivo o induttivo, anche al fine di fare applicazione di istituti che presuppongono il ricorrere di attività vincolata (si pensi alla prima fattispecie disciplinata dall’art. 21 *octies*, c. 2, l. 241/1990).

Dalla prospettiva opposta, chi valuta l’argomentazione per individuarne la fallacia, a fronte di un argomento deduttivo, dovrà dimostrare che la conclusione è falsa al cospetto di premesse vere. Nel diritto – e in particolare in quello amministrativo – deve però essere ribadito che, nel caso, appunto, di un argomento che pretende di essere deduttivo, il richiamo di ulteriori ragioni giustificative può in-

durre a pensare che la scelta non sia legittima in quanto si introducono elementi non pertinenti e non necessari. In altri termini, se la scelta è legittima in base alla deduzione, diventa sospetto che il soggetto “getti fumo” con altre ragioni inutili.

Viceversa, nell'ipotesi di argomenti induttivi, occorrerà verificare se l'argomento sia stringente e, cioè, se le premesse danno davvero un sufficiente grado di supporto alla conclusione. Qui occorrerà dunque dimostrare che non è affatto probabile (o, meglio, logico, o congruente) che da quelle premesse si giunga a quella conclusione.

Un punto delicato dell'argomento induttivo è poi legato alla sua vulnerabilità a fronte di nuove evidenze (c.d. fallacia dell'evidenza soppressa). Infatti, ove si dimostrasse che un nuovo elemento contraddice la conclusione, l'argomento risulterà vulnerabile: è vero che quando piove il fiume esonda, ma non si è tenuto conto che, nell'ultimo anno sono stati compiuti lavori di sistemazione degli argini e che la pioggia attesa non è molto intensa: la verità della conclusione – il fiume esonderà – risulta poco probabile, sicché è manifestamente irragionevole adottare una misura così invasiva come l'ordinanza di sgombero.

È chiaro come, ancora una volta, tutto ciò esalti l'importanza dell'istruttoria e della motivazione.

Nel diritto amministrativo, un'ulteriore specificità è costituita dalla possibilità che l'evidenza (questa volta, però, si tratta di un elemento che sorregge la conclusione adottata dall'amministrazione) venga esplicitata in un momento successivo rispetto all'emanazione dell'atto. La questione, cioè, attiene alla c.d. motivazione postuma, figura giustamente molto criticata in dottrina e che ha stretti legami anche con l'istituto, sopra richiamato, di cui all'art. 21 *octies*, l. 241/1990, norma che consente, in certi casi, il superamento dell'illegittimità a fronte di vizi formali del provvedimento. Questa possibilità, di cui dispone l'amministrazione (o, meglio, il suo legale), rende più gravosa la posizione del ricorrente, che dovrebbe impostare la propria critica all'operato dell'amministrazione anche tenendo conto di quest'ulteriore spazio di argomentazione. È, dunque, assai importante, quanto meno al fine di comprendere gli spazi di successo di un'eventuale iniziativa giudiziaria, ricostruire non solo l'argomentazione effettivamente sviluppata dall'amministrazione, ma anche quella potenziale. Non può peraltro negarsi che, proprio in ragione della centralità dell'argomentazione nella logica, prima ancora che nel diritto, appaia poco convincente la tesi che qualifica come mero vizio formale il difetto di motivazione.

9. *Segue: ulteriori fallacie (non rilevanza, fallacie formali) e peculiarità del diritto amministrativo.*

Tra le fallacie di inferenza vale la pena ricordare alcune ipotesi peculiari, in cui, appunto, non vi è consequenzialità tra premessa e conseguenza, nel senso più specifico che la premessa non è rilevante per la conclusione conseguita in via deduttiva.

La logica si è incaricata di redigere un articolato elenco³⁴, comunque di carattere aperto, che qui riportiamo individuando le figure più significative.

- Fallacia *ad ignorantiam*: dal fatto che non ci sono prove della verità di una proposizione, si inferisce che la proposizione è falsa (non ci sono prove dell'esistenza dell'acqua su Marte e quindi si conclude nel senso che su Marte non vi è acqua);
- appello all'autorità: con questo argomento, si conclude che la proposizione è vera perché è creduta vera da una persona autorevole;
- fallacia *ad hominem*: la falsità della proposizione si ricava dal fatto che chi la afferma non è credibile; l'attacco, dunque, è personale e non diretto all'argomentazione; quando effettuato preventivamente rispetto all'argomentazione che la persona probabilmente proporrà, si configura il c.d. "avvelenamento del pozzo";
- fallacia *ad populum*: la proposizione è vera perché è creduta da tutti.

In un argomento deduttivo, l'appello a queste giustificazioni integra un'evidente fallacia.

Tuttavia, nel diritto, e nel diritto amministrativo in particolare, il discorso è più articolato, proprio perché gli argomenti deduttivi sono molto pochi.

In altri termini, ponendo mente al caso di una decisione discrezionale, è molto frequente che le fallacie sopra descritte costituiscano invece "sostegni" per la scelta finale, ove sussista un'adeguata motivazione.

Specifici istituti del diritto, poi "corrispondono" a queste situazioni, a dimostrazione che siffatti argomenti possono costituire buone ragioni per decidere legittimamente e, in qualche modo, possono essere ascritti a indici di un provvedimento e di una conclusione corretti (non manifestamente irragionevole).

L'argomento *ad ignorantiam*, ad esempio, seppur trasfigurato e assai arricchito, è alla base del principio di precauzione.

³⁴ *Ex multis*, C. W. TINDALE, *Hearing is believing*, in F. H. VAN EEMEREN – P. HOUTLOSSER (eds), *Argumentation in Practice*, cit., 35-36 e F. H. VAN EEMEREN – R. GROOTENDORST, *Argumentation, Communication, and Fallacies*, cit.

L'autorevolezza del “parlante”, invece, corrisponde alla tradizione giuridica del richiamo ai precedenti³⁵, alla forza della legge³⁶ o alla dottrina più autorevole; per altro verso, essa si riflette in specifici istituti quali la riserva di valutazione tecnica.

Gli esempi potrebbero facilmente continuare; tutti – per restare al provvedimento amministrativo – confermano l'importanza della motivazione, la quale deve esattamente valorizzare quegli argomenti come giustificazione della decisione e mostrare la consequenzialità della scelta in relazione alle premesse.

Citiamo ora alcuni esempi di argomenti deduttivi non validi perché integrano fallacie formali: essi ridondano in illogicità e in difetto di istruttoria ove rilevate in un provvedimento amministrativo.

- Il primo è la negazione dell'antecedente; se A allora B; non A, allora non B. Nonostante l'apparente somiglianza con il *modus ponens* sopra citato (ove però l'antecedente veniva affermato), questo argomento non è corretto in quanto è ben possibile che sia vera la premessa non A e la conclusione B (se vi è traffico si genera inquinamento atmosferico; non vi è traffico e quindi non vi è inquinamento; l'argomento è invalido perché il traffico potrebbe essere causato da altre fonti).
- Il secondo è l'affermazione del conseguente: se A allora B; B e allora A; anche in questa ipotesi ben sarebbe possibile che l'inquinamento sia stato causato da una fonte diversa da quella veicolare.

Nei due casi, per svelarne la fallacia, una strategia diversa e forse più immediata, anche se meno elegante rispetto a quella che fa semplicemente leva sulla forma dell'argomento, consiste nel trovare il contro esempio e tradurlo in difetto di istruttoria, illogicità e vizio della motivazione.

Aggiungiamo le seguenti figure, le quali emergono molto frequentemente nelle discussioni comuni e, nel diritto amministrativo, generalmente confluiscono nelle carenze di istruttoria e di motivazione:

- fallacie c.d. “merceologiche” perché relative al rapporto tra “tutto” e “parte: dalla premessa per cui qualche parte ha una proprietà, non si può dedurre che il tutto abbia la medesima proprietà, e viceversa (dal fatto che la città è inquinata non si può dedurre che ogni quartiere sia inquinato);

³⁵ M. L. MATHIEU-IZORCHE, *Gli orientamenti della dottrina in tema di neutralizzazione e di valorizzazione delle divergenze in giurisprudenza*, in MARIANI MARINI, (a cura di), *Teoria e tecnica dell'argomentazione giuridica*, cit., 55 e ss.

³⁶ In argomento v. altresì A. NIETO, *Critica della ragion giuridica*, Milano, 2012, 166 e ss.

- generalizzazione impropria: qui il riferimento è agli elementi di un insieme; dalla circostanza che alcuni di essi hanno specifiche caratteristiche, si inferisce che tutti hanno quelle caratteristiche (il classico esempio è il seguente: alcune pecore sono nere, sicché tutte le pecore sono nere);
- analogia impropria: essa ricorre quando si valorizza una proprietà comune che non è tale; ciò, ad esempio, accade richiamando precedenti non pertinenti;
- fallacie attinenti alla causalità, nel senso che si inferiscono relazioni causali indebite: classico esempio è *post hoc, ergo propter hoc*; in questo caso – la circostanza che un evento segua un’azione non significa che esso sia stato causato dalla stessa – il vizio attiene soprattutto alla congruità e ragionevolezza della conclusione;
- la “china sdruciolevole”: essa ricorre quando si contesta una certa azione sottolineandone le conseguenze come se si trattasse di una catena di eventi tutti legati tra di loro, la cui connessione causale con l’azione, però, non viene provata. Gli argomenti *ad consequentiam*, cui appartiene quello della “china sdruciolevole”, acquisiscono una particolare fisionomia nel diritto, nel senso che non mancano voci, nel campo ermeneutico e nell’esperienza giudiziaria (il recente “caso Ilva” è emblematico, a prescindere dall’opinione che il lettore possa avere in argomento), che predicano la necessità di vagliare i risultati interpretativi alla luce degli effetti – non tanto nel contesto giuridico, quanto nell’ambiente “esterno” – che essi possono generare³⁷. In fondo, questo approccio è pure seguito dall’analisi economica del diritto. Anche nel diritto, come nella logica, il problema è di esattamente definire la catena causale e di individuare il punto di arresto degli effetti a valle³⁸;
- fallacie di appropriatezza, con riferimento al contesto in cui l’argomento è sviluppato:
 - un primo caso ricorre – e, va detto, talora ciò accade nelle motivazioni dei provvedimenti – quando la conclusione non è la proposizione della cui validità si sta discutendo. Facciamo un esempio: il punto è la pericolosità di un’attività commissionata da un’amministrazione e si argomenta affermando che l’opera è assolutamente indispensabile per assicurare un certo obiettivo sociale ed economico; è evidente che la conclusione non è pertinente e rilevante in quel contesto, anche se appare a prima vista persuasiva. Più in generale, spesso le amministra-

³⁷ In argomento, v. L. MENGONI, *L’interpretazione orientata alle conseguenze*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, 1 e ss.

³⁸ Nel senso che occorre rispettare sia il vincolo del diritto positivo, sia i diritti fondamentali, v. L. MENGONI, *L’interpretazione orientata alle conseguenze*, cit., 10.

- zioni introducono un profilo come premessa del ragionamento – anche invocando una norma che, ad esempio, protegge un interesse pubblico, quale la salute – e poi nella conclusione non lo “valorizzano” o lo trasformano confusamente in un altro contenuto, ad esempio adottando un dispositivo che fa riferimento alla tutela di un altro interesse pubblico. Al riguardo, la metafora del fucile nei film western (se vedi un fucile all’inizio del film, quello prima o poi deve sparare) rende bene l’idea di un’argomentazione in cui ogni elemento inserito all’inizio dell’argomentazione/motivazione deve essere ripreso e considerato;
- la seconda ipotesi è la petizione di principio: la conclusione è in realtà la premessa del ragionamento, che appare così circolare, in quanto si afferma ciò che si dovrebbe dimostrare, mentre non si chiariscono le ragioni e gli elementi che supportano la conclusione (la camomilla concilia il sonno perché ha qualità soporifere). La difficoltà consiste nel fatto che, di solito, la conclusione è una riformulazione più elaborata della premessa e non una mera riproposizione, sicché appare diversa. È assai importante, dunque, l’opera di “ripulitura” dell’argomento, qualificando la conclusione come premessa e riportandola al suo posto naturale.

10. *Altre strategie di confutazione e peculiarità del diritto amministrativo.*

Già abbiamo individuato varie strategie per colpire l’argomentazione avversaria.

Indichiamo ora altre vie per “confutare” l’argomentazione o la proposizione avversa.

Sul punto occorre chiarire che, nelle argomentazioni che si sviluppano in sede processuale, quanto qui discusso deve essere coordinato con il principio dell’onere della prova, nel senso che la confutazione è sufficiente se l’onere grava sull’altra parte (si pensi al caso in cui si contesti la sussistenza dei presupposti per l’applicazione di una sanzione comminata dall’amministrazione)³⁹; nella situazione opposta, invece, non basta dimostrare che l’argomento della controparte è errato o non fondato, dovendosi invece provare espressamente un fatto o una circostanza. Tuttavia, soprattutto nelle discussioni orali, un principio talora non

³⁹ Per altro verso, occorre vigilare affinché chi ha l’onere della prova non si sottragga ad esso: F. H. VAN EEMEREN – R. GROOTENDORST, *Argumentation, Communication, and Fallacies*, cit., 117, che analizzano la relativa fallacia (“è chiaro come la luce del sole...; non può essere negato che...”, ecc.).

esplicitato, eppure molto importante e che va tenuto in considerazione, è quello di inerzia, nel senso che, se un'idea è stata accettata una volta, non può essere abbandonata senza una ragione sufficiente⁴⁰. Un tema in parte legato è quello del rapporto tra argomentazione sviluppata dal giudice nella fase cautelare e argomentazione nella fase di merito: nella pratica, non mancano casi in cui la decisione in appello resa dal Consiglio di Stato in sede cautelare condiziona la sentenza di merito in primo grado, quasi che, appunto per inerzia, non si possa più abbandonare la linea sposata – ma in un contesto differente – dal giudice d'appello.

Ciò premesso è evidente che una proposizione può essere contestata dimostrando che essa non è vera (e, cioè, che la sua condizione di verità non ricorre); esistono però altre strategie.

- Se una proposizione è equivalente rispetto a un'altra, essa può essere confutata dimostrando che la seconda è falsa: si sostiene che non vi è inquinamento acustico; ma ciò equivale a dire che non si sono superati i valori di attenzione o che il rumore non supera la normale tollerabilità; poiché, pur senza superare i limiti, il rumore non è tollerabile, la seconda proposizione è falsa, sicché la prima, in quanto equivalente, non può che essere a sua volta falsa. È evidente che chi confuta l'argomento deve riuscire a dimostrare l'effettiva equivalenza.
- Riduzione all'assurdo: si premette la proposizione da confutare e si dimostra che essa implica una contraddizione; oppure, per dimostrare la bontà di un'asserzione, si assume la negazione della premessa e si dimostra una contraddizione, il che porta a dire che la proposizione originaria è vera. Facciamo alcuni esempi. Voglio confutare che la proprietà sia un diritto soggettivo; ammesso (... "e non concesso", come suggerisce la retorica forense) che sia un diritto, si deve anche ammettere che non dovrebbe coesistere alcun potere a fronte di quel diritto; tuttavia, l'ordinamento prevede molti poteri con riferimento alla proprietà; poiché non è possibile che la premessa sia vera e la conclusione falsa, deve ritenersi che la premessa sia falsa: la proprietà, in conclusione, non è un diritto. È evidente che la confutazione presuppone che siano inattaccabili tutti i passaggi sviluppati al suo interno; molti autori, ad esempio, non sarebbero disposti ad ammettere che il diritto soggettivo sia una situazione di immunità da tutti i poteri. Ecco il secondo esempio: voglio dimostrare che la concessione è un accordo; nego che sia un accordo e proseguo lungo la catena di deduzioni; se non è un accordo, e poiché è una pattuizione, non può che essere un contratto; se è un contratto, si deve ammettere la stabilità del rapporto contrattuale rispetto alle va-

⁴⁰ R. ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, cit., 135.

riazioni nel tempo degli interessi delle parti; di conseguenza, non può sussistere la facoltà generale di recesso unilaterale; tuttavia, l'art. 11, l. 241/1990 contempla il recesso; si evidenzia, dunque, una contraddizione e poiché non può esserci una premessa vera e la conclusione falsa, non può che essere falsa la premessa (e, cioè, il fatto che la concessione sia un contratto). Va aggiunto che, molto spesso, la falsità della conclusione della catena di deduzioni consiste, nel diritto, nella sua contraddittorietà rispetto al quadro normativo, specialmente al principio di eguaglianza o di irragionevolezza. Ecco un esempio, tratto da Cons. Stato, sez. III, parere 25 settembre 2007, n. 322/07⁴¹, relativamente all'interpretazione del termine "amministrazioni locali" di cui all'art. 13 d.l. 4 luglio 2006 n. 223: "in concreto — e per restare alla fattispecie che ha occasionato il quesito — appare irrilevante l'ascrivibilità, riconosciuta dalla dottrina, delle camere di commercio nell'ambito delle c.d. autonomie funzionali. Ciò che conta, ai fini della disposizione in esame, è che tale ente possa essere qualificato «amministrazione locale». D'altro canto — *argomentum per absurdum* — apparirebbe irragionevole in termini costituzionali l'assoggettamento alla nuova disciplina delle società costituite o partecipate, ad esempio, dalle amministrazioni regionali o comunali e non anche quelle che fanno riferimento alle altre amministrazioni che agiscono in ambito locale".

- Se si ha una congiunzione, si dimostra che uno dei congiunti è falso, mentre se ricorre disgiunzione si dimostra che entrambi sono falsi. L'amministrazione motiva richiamando due ragioni concorrenti e non autonome che giustificano la concessione di una sovvenzione: la confutazione comporta che si contesti la sussistenza di un requisito.
- Una proposizione particolare, che attribuisca certe caratteristiche a un elemento, può essere confutata dimostrando che la famiglia cui appartiene quell'elemento ha caratteristiche diverse: la proposizione che afferma che un'auto specifica inquina può essere confutata dimostrando che tutte le auto di quel tipo sono costruite in modo da non inquinare.
- Viceversa, per confutare una proposizione generale (tutti i corvi sono neri, per citare la famosa frase di Popper), è sufficiente trovare un contro esempio.
- Una proposizione che sia in contraddizione con un'altra può essere confutata dimostrando che quest'ultima è vera. Si pensi al caso in cui si discuta della natura di una sostanza ai fini dell'assoggettabilità al regime dei rifiuti: di fronte alla tesi che si tratti di un rifiuto, affermazione in contrasto con il

⁴¹ Vedila in *Foro it.*, 2007, III, 611.

fatto che ricorra un sottoprodotto, la parte potrebbe dimostrare che effettivamente la sostanza soddisfa i requisiti del sottoprodotto.

11. *Il decalogo delle regole del cultore di diritto amministrativo.*

Riassumiamo qui di seguito il decalogo di regole che sarebbe opportuno tenere a mente nell'attività concreta dell'operatore del diritto. Il giurista le applica spesso in modo automatico e naturale: la conoscenza analitica di queste regole, però, per ribadire un concetto già espresso (par. 3), di norma le rende più "potenti".

- 1) La realtà più prossima con cui si confronta abitualmente il giurista – ma non mancano ipotesi di argomentazione che investono profili di fatto – è costituita dal linguaggio giuridico, che va "ripulito", sistematizzato, risolvendo le antinomie e colmando le lacune. Grande attenzione deve essere riservata al materiale giurisprudenziale.
- 2) Lo studio dell'argomentazione nel diritto amministrativo implica e presuppone una conoscenza molto approfondita delle figure sintomatiche dell'eccesso di potere.
- 3) L'argomentazione va ridotta al suo schema essenziale (la necessità di effettuare questa operazione, però, può essere un sintomo di eccesso di potere). Occorre poi individuare con attenzione la struttura dell'argomentazione; nei casi di silenzio e di atti generali, poi, essa va addirittura ricostruita.
- 4) Con riferimento alle premesse, bisogna controllare:
 - a) se esse sono vere,
 - b) se risultano pertinenti,
 - c) se è stata "occultata" quella rilevante (in tale ultimo caso occorre renderla esplicita).
- 5) Occorre saper identificare non solo gli errori formali e logici (non sequitur: essi ridondano nella figura sintomatica dell'eccesso di potere sotto il profilo dell'assenza del nesso logico di consequenzialità tra presupposti e conclusioni) dell'argomentazione, ma anche le più comuni fallacie (se le conosci, le eviti...):
 - a) fallacia dell'evidenza soppressa
 - b) fallacia *ad ignorantiam*
 - c) appello all'autorità
 - d) fallacia *ad hominem*
 - e) fallacia *ad populum*:

- f) fallacie “merceologiche”;
 - g) generalizzazione impropria;
 - h) analogia impropria;
 - i) fallacie attinenti alla causalità: in particolare *post hoc, ergo propter hoc*;
 - j) la “china sdruciolevole”;
 - k) fallacie di appropriatezza (in particolare: la petizione di principio).
- 1) Occorre conoscere le strategie di confutazione: se una proposizione è equivalente rispetto a un'altra, essa può essere confutata dimostrando che la seconda è falsa.
 - 2) Occorre poi padroneggiare la riduzione all'assurdo.
 - 3) Bisogna saper confutare una congiunzione: si dimostra che uno dei congiunti è falso; se ricorre disgiunzione si dimostra che entrambi sono falsi.
 - 4) Ricordarsi che una proposizione particolare può essere confutata dimostrando che la famiglia cui appartiene quell'elemento ha caratteristiche diverse; viceversa, per confutare una proposizione generale è sufficiente trovare un contro esempio.
 - 5) Ricordarsi che una proposizione che sia in contraddizione con un'altra può essere confutata dimostrando che quest'ultima è vera.

12. Alcuni consigli sparsi, per aprire ulteriori spazi di discussione.

A conclusione di questa analisi, pare utile fornire ulteriori consigli “sparsi”, molti dei quali attengono più alla retorica o all'approccio concreto alla prassi argomentativa che all'argomentazione rigorosa in sé considerata e isolata. In ogni caso, questa area di discussione – che coinvolge lo “stile” comunicativo, oltre che le competenze – andrebbe adeguatamente valorizzata ed esplorata, anche mediante un confronto tra i formatori, sicché le indicazioni qui riportate sono soltanto esemplificative e molto parziali.

- Intanto, l'amministrativista non deve dimenticare quanto disposto dall'art. 3, c.p.a.: “il giudice e le parti redigono gli atti in maniera chiara e sintetica”. L'art. 26 aggiunge che “quando emette una decisione, il giudice provvede anche sulle spese del giudizio, secondo gli articoli 91, 92, 93, 94, 96 e 97 del codice di procedura civile, tenendo anche conto del rispetto dei principi di chiarezza e sinteticità di cui all'articolo 3, c. 2”. L'art. 55, in tema di misure cautelari, chiarisce che “la trattazione si svolge oralmente e in modo sintetico”, così come l'art. 73, dispone che “nell'udienza le parti possono

discutere sinteticamente”. L’art. 74, poi, prevede che, nel caso in cui ravvisi la manifesta fondatezza ovvero la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza del ricorso, il giudice decide con sentenza in forma semplificata. Con riferimento al rito di cui all’art. 120, c.p.a., inoltre, la stessa norma dispone che “tutti gli atti di parte e i provvedimenti del giudice devono essere sintetici”. Ai sensi dell’art. 2, l. 241/1990, infine, se ravvisano la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza della domanda, le pubbliche amministrazioni concludono il procedimento con un provvedimento espresso redatto in forma semplificata, la cui motivazione può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo. La sinteticità, dunque, è un onere o un vincolo per gli operatori del diritto che si confrontano con (e utilizzano) il diritto amministrativo. Ancor prima, si risolve (forse in una dote e, comunque) in un essenziale consiglio che andrebbe sempre seguito. Senza trattare qui dei problemi connessi con le disposizioni sopra citate, la prima raccomandazione da ricordare costantemente, dunque, è quella di concentrare e, nelle discussioni orali, di ridurre i tempi. All’uopo, può essere assai utile l’esercizio suggerito da P. Calamandrei⁴²: abituare l’allievo a riferire i risultati dello studio di una difficile controversia dapprima in un’ora e, poi, con restrizioni successive, in quindici minuti (forse si potrebbero cambiare i valori, per giungere a cinque minuti). In generale, comunque, se si ha un limite di tempo per parlare, mai e poi mai superarlo, mai e poi mai accelerare per rispettarlo, e, possibilmente, terminare sempre prima.

- Alcuni consigli specifici possono essere rivolti all’avvocato:
 - Nella discussione orale – e, soprattutto, nelle presentazioni e nelle relazioni, attività che sempre più spesso impegnano il giurista – occorre, se possibile, rispettare la regola KISSER: *Keep it Short, Simple, Engaging, Real*.
 - Uno strumento molto potente – ma assai delicato da usare – di persuasione è quello della metafora, utile soprattutto per favorire la memorizzazione di un passaggio importante (come il fucile dei film western) per spiegare un problema a chi non abbia conoscenze specifiche in un settore specialistico.
 - È altresì importante, ove possibile, usare parole-chiave e utilizzare la regola – seguita ad esempio dai politici – della tripletta anaforica, che consiste nell’unire tre concetti rappresentati da tre proposizioni che iniziano allo stesso modo. La strutturazione ternaria (mai e poi mai; mai e poi mai; sempre), più in gene-

⁴² P. CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Firenze, 1999, 76-77.

- rale, genera un ritmo del discorso che facilita l'attenzione dell'ascoltatore.
- Chi ascolta è portato a seguire con maggiore facilità un ragionamento che semplifica (senza essere semplicistico) le questioni più complesse o gli istituti più barocchi, come talora risultano essere quelli di diritto amministrativo: è, dunque, consigliabile una saggia applicazione del rasoio di Ockham e della prima regola sul metodo di Newton (delle cose non debbono ammettersi cause più numerose di quelle che bastano a spiegarle).
 - L'avvocato deve avere la costante preoccupazione di valorizzare solo ciò che è coerente con la conclusione⁴³, ovviamente nel rigoroso rispetto dei limiti deontologici.
 - Al riguardo, occorre trovare il giusto equilibrio tra ethos, logos e pathos, a seconda del contesto.
 - Altri aspetti vengono poi in rilievo: ad esempio, chi è parziale convince solo coloro dei quali si considera parte; per convincere tutti, (anche l'avvocato) deve mostrare di essere imparziale⁴⁴.
 - Ai sensi dell'art. 74, c.p.a., la motivazione della sentenza può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo ovvero, se del caso, ad un precedente conforme: questa disposizione non può non influire sulla strategia processuale dell'avvocato, che, in quanto possibile o opportuno, deve ricorrere all'appello all'autorità del precedente. Lo sforzo, in tal caso, sarà soprattutto quello di dimostrare che il precedente è "conforme": la strategia di confutazione, qui, è analoga a quella che si segue nell'ipotesi di proposizioni equivalenti (*supra*, par. 10).
 - Nel corso del par. 1, si accennava alla differenza tra atti rappresentativi di tesi e atti decisori. Rispetto all'avvocato, il giudice ha il vantaggio di ragionare sulla base di argomentazioni già da altri sviluppate, che ne delimitano il campo d'azione. Anche il frutto della sua attività, però, dovrebbe essere un'argomentazione, e non un trattatello, come talora capita di riscontrare; per altro verso, la decisione dovrebbe preoccuparsi di tenere in considerazione, confutandoli, tutti gli argomenti delle parti. Al di là del rispetto formale del principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato, infatti, e pur tenendo conto della disciplina posta dall'art. 74, appena citato e della prassi dell'assorbimento dei motivi, se l'argomentazione serve a fornire le ragioni per ritenere fondata la conclusione e se la giustizia si rivolge ai cittadini

⁴³ P. CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, cit., 115 e ss.

⁴⁴ R. ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, cit., 133.

anche per stabilizzarne le aspettative, essa deve essere in grado di fornire alle parti e alla collettività gli elementi necessari per poter giudicare come sostenibili le decisioni adottate.

Ecco alcuni ulteriori consigli per la redazione di pareri e ricorsi nell'ambito dei concorsi o delle prove di accesso alla professione legale.

- Organizzare il tempo è essenziale ed è importante allenarsi e prepararsi con un orologio sotto mano. Ciascuno potrà poi trovare il proprio metodo; è ad esempio utile, dopo aver analizzato la questione appuntandosi le idee che via via emergono, delineare uno schema di massima, partendo, al suo interno, dalle norme, per passare alla giurisprudenza e giungere a un'ipotesi di soluzione; in questa iniziale fase di approccio alla traccia, è consigliabile affrontare prima le questioni più complesse e delicate.
 - Il parere deve iniziare illustrando il fatto, restando a esso aderente, ma rappresentandolo in un modo non scontato (dalla capacità di usare una convincente chiave "interpretativa" personale si scorge lo spessore del giurista) e avendo di mira l'obiettivo finale. Spesso gli "apprendisti giuristi" sottovalutano la circostanza che il primo elemento che fa la differenza per redigere un buon parere (ma anche un buon ricorso) è la precisa e corretta ricostruzione del fatto.
 - In secondo luogo, occorre fornire l'inquadramento giuridico, riportando tutte le norme pertinenti. Vanno evitate le citazioni letterali, salvi i casi in cui ciò sia strettamente necessario, e occorre fornirne una lettura sistematica delle norme.
 - A questo punto, si approfondisce, in modo oggettivo, la questione specifica (o le questioni e/o gli istituti giuridici), riprendendo soltanto i suoi aspetti rilevanti per il problema sottoposto e ricordando che il principio applicabile quasi sempre si ricava dalla giurisprudenza. Quest'ultima va riportata evitando, ancora una volta i "taglia incolla" e, in caso di orientamenti consolidati, citando il precedente più immediato. Se vi sono contrasti, è opportuno riportare prima la tesi sfavorevole e poi quella più favorevole. L'accenno consente di aggiungere che, a differenza di quanto accade nel ricorso (v. *infra*), in sede di parere occorre ricordare tutte le argomentazioni, anche quelle contrarie.
 - Infine, si applica il principio al caso concreto, risolvendo il "quesito". Al riguardo deve essere segnalato un accorgimento importante: la conclusione deve essere (o, comunque, apparire) come il frutto dell'elaborazione autonoma dell'autore del parere. Non si deve, cioè, cadere nel-

la tentazione, a cui spesso invece indulgono i giuristi alle prime armi, di confondere il momento di fornire la soluzione del quesito concreto con il richiamo della giurisprudenza. Essa può servire da supporto, ma il ragionamento (l'argomentazione), deve essere sviluppato in modo autonomo, anche se è evidente che la lettura delle sentenze (nella parte motiva piuttosto che nelle massime) può fornire utili suggerimenti per articolare il proprio ragionamento.

- Talora si può seguire un andamento che dal generale giunge al particolare (la soluzione del caso concreto), per tornare infine allo sguardo generale sull'ordinamento (per dimostrare la coerenza della tesi sostenuta alla luce dei principi generali).
- I problemi giuridici rilevanti nel caso contrario vanno affrontati tutti, nessuno escluso (soprattutto in sede di esame): non è consigliabile tralasciarne qualcuno soltanto perché arduo da risolvere.
- Viceversa, se non sono necessarie nella struttura logico-argomentativa, bisogna evitare le questioni su cui non si è sicuri o si hanno dubbi.
- Assolutamente essenziali, nelle prove concorsuali (soprattutto quelle che si sviluppano lungo più giorni), sono la capacità di distribuire le energie, la chiarezza stilistica, l'assenza di errori o di segni di riconoscimento e ... (da mettere in cima alle priorità) la bella grafia.
- È importante – a fronte di concorsi con un grande numero di partecipanti – cercare di essere originali, evitando al contempo di risultare eccentrici; entro limiti ragionevoli, può essere utile considerare gli interessi di chi è in commissione.
- Il tono deve essere tendenzialmente espositivo.
- Il tono persuasivo è invece impiegato nella redazione del ricorso; in sostanza, esso si sostanzia in una critica rivolta a un episodio che va trattato da molti punti di vista, tanti quanti sono i suoi profili di illegittimità (sicché occorre padroneggiare molto bene tutti i vizi di legittimità e, come detto, le figure sintomatiche dell'eccesso di potere).
- In altri termini, il giurista deve essere in grado di “visualizzare”, quasi intuitivamente, e “spacchettare” la fattispecie complessa, individuandone tanti “pezzi” quanti sono i profili che possono essere criticati utilizzando i vizi di legittimità.
 - Con riferimento a ciascuno di questi episodi critici occorrerà articolare le censure raggruppando i vari vizi che concernono, appunto, il medesimo aspetto; si pensi al caso in cui l'amministrazione, ad esempio procedendo all'annullamento d'ufficio, abbia immotivatamente trascurato un elemento considerato importan-

te o abbia apoditticamente affermato la sussistenza di un presupposto: questo “spezzone” della fattispecie può essere ricondotto sia al difetto di istruttoria, sia all’illogicità, sia all’insufficienza della motivazione⁴⁵.

- La censura può essere strutturata, per semplificare, alla stregua di un sillogismo, soprattutto con riferimento ai vizi di incompetenza e di violazione di legge: la norma prescrive X, l’amministrazione ha agito in modo differente rispetto al precetto X e, quindi, sussiste il vizio.
- Pure in questa ipotesi, la giurisprudenza va citata in “appoggio”: essa non deve fornire la soluzione del caso concreto, che deve apparire come frutto di una elaborazione personale e autonoma.
- Importante è pure la sobrietà dello stile: è inutile eccedere in descrizioni drammatiche dell’operato dell’amministrazione o insistere su situazione di gravissima e irrimediabile contrarietà al diritto di fronte a un giudice che è fisiologicamente chiamato a verificare il rispetto di norme di azione e non già ad accertare reati. Più in generale, molti avverbi o aggettivi dovrebbero essere omessi (assolutamente illegittimo: l’illegittimità esiste o non esiste)
- Il giurista deve avere una spiccata sensibilità per il tempo: ciò significa non soltanto, ovviamente, rispettare i termini previsti a pena di decadenza, ma, anche tenendo conto degli ingenti costi del processo, saper impostare la propria strategia complessiva, decidendo, ad esempio, quando impugnare l’aggiudicazione (provvisoria o definitiva?), quando e se proporre l’azione cautelare; è poi necessario comprendere se il ricorso rischia di sollecitare una reazione (in termini di ricorso incidentale) che porterebbe a frustrare la propria iniziativa.
- Non si deve trascurare l’importanza dell’adeguata ricostruzione del fatto, posto che, molto spesso, a tacere della corretta impostazione della strategia probatoria, su di essa si basa la fondatezza della critica successivamente articolata sul piano giuridico. Anche qui occorre ricordare tre accorgimenti.
 - Il fatto è di norma documentale e, cioè, ricostruito attraverso documenti, che vanno riportati in modo ordinato e chiaro, tenendo conto della loro rilevanza ai fini della conclusione che si intende sostenere.

⁴⁵ Il giurista deve altresì interrogarsi in ordine alla rilevanza del vizio, con specifico riferimento alla seconda tra le fattispecie disciplinate dall’art. 21 *octies*, l. 241/1990 e all’omessa comunicazione dell’avvio del procedimento.

- Nel ricorso, s'è detto più sopra, non vanno tendenzialmente riprodotte le tesi contrarie, proprio perché esse indeboliscono l'argomentazione principale. Ove ci si trovi, però, di fronte a un orientamento conclamato e opposto, che sarebbe ingenuo e controproducente ignorare, una soluzione pratica può essere quella di "lavorare" sul fatto per dimostrare che il principio contrario è stato forgiato con riferimento a una situazione diversa da quella controversa.
- Molta attenzione, soprattutto alla luce dell'ampliamento delle azioni esercitabili in sede di processo amministrativo, che comprendono anche le questioni risarcitorie, deve essere riservata alla prova di tutti gli elementi in ordine ai quali sussiste l'onere in capo alla parte: non è infrequente, ad esempio, riscontrare che con riferimento alla prova dell'illecito civile si trascurino il profilo della colpa e quello del nesso di causalità.

In tutti i casi, per allenare la propria sensibilità giuridica, è utile discutere e leggere: discutere per abituarsi a identificare, sostenere e confutare argomenti, nonché per essere in grado di illustrare le proprie buone ragioni⁴⁶, che, se non trasmesse adeguatamente, sono inefficaci come le cattive ragioni; leggere per "imparare a scrivere".

All'uopo sono importanti non solo le sentenze, ma, anche e soprattutto, le annotazioni redatte da quegli autori che, in modo sintetico ma approfondito, riescono in poche battute a riportare con sguardo critico le argomentazioni delle decisioni, a fornire un quadro completo dei problemi, della normativa e della giurisprudenza e, senza forzature, a far percepire anche il proprio punto di vista.

Non si può infine non ricordare lo sforzo profuso dal legislatore per tipizzare i criteri di valutazione della "bontà" del risultato dell'attività degli operatori giuridici (in questo caso, ai fini dell'esame di Stato per l'abilitazione alla professione di avvocato). L'art. 46, l. 247/2012 (nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense) così dispone al comma 6: "il Ministro della giustizia, sentito il CNF, disciplina con regolamento le modalità e le procedure di svolgimento dell'esame di Stato e quelle di valutazione delle prove scritte ed orali da effettuare sulla base dei seguenti criteri: *a*) chiarezza, logicità e rigore metodologico dell'esposizione; *b*) dimostrazione della concreta capacità di soluzione di specifici problemi giuridici; *c*) dimostrazione della conoscenza dei fondamenti teorici degli istituti giuridici trattati; *d*) dimostrazione della capacità di cogliere eventuali

⁴⁶ D. WALTON, *Dialog Theory for Critical Argumentation*, cit.

profili di interdisciplinarietà; e) dimostrazione della conoscenza delle tecniche di persuasione e argomentazione”.

Come si vede, specifica e significativa evidenza è data alla padronanza delle tecniche di persuasione e di argomentazione.