

L'ABDUZIONE DEI PRINCIPI⁺*

Una dottrina che pretenda di essere divina e perciò vera, può proclamare le cose più bizzarre e poiché non esiste alcuna prova eccetto un miracolo, di cui, appena si produce, è esso stesso la prova, ne discende che non può esserci proprio alcuna prova.

(P.B. Shelley)

1. *Il dibattito sui principi*

Nel Secondo novecento il dibattito filosofico sui principi del diritto ha attraversato varie fasi. Inizialmente, la discussione verteva sullo statuto dei principi e sul modo più corretto di renderne conto in teoria e filosofia del diritto. A confrontarsi erano, da una parte, posizioni giusnaturaliste ed ermeneutiche secondo cui lo speciale statuto e ruolo dei principi ne impediva una configurazione positivista (o esclusivamente positivista), dall'altra, posizioni giuspositiviste secondo cui al contrario le risorse teoriche e metodologiche del positivismo giuridico permettevano di renderne conto in modo compiuto e soddisfacente¹.

Successivamente, il dibattito si è concentrato sulle differenze fra regole e principi. Come noto a tutti, Ronald Dworkin è stato colui che negli anni Settanta ha impresso tale svolta al dibattito sui principi². La sua tesi, in aperta critica al positivismo giuridico di Hart, consisteva nel ritenere che si diano delle differenze strutturali, logiche e allo stesso tempo pratiche, fra regole e principi: le prime si applicano secondo il modo che egli chiama «tutto o niente», mentre i secondi si applicano misurandone il «peso» o l'importanza; le prime sono gerarchicamente subordinate ai secondi, per cui in caso di conflitto devono essere i secondi a prevalere; inoltre, agli occhi di Dworkin il positivismo giuridico hartiano e la teoria delle norme di riconoscimento permettevano di rendere conto delle regole ma non dei principi. Naturalmente non sono mancate le repliche positiviste a tali rilievi e lo stesso Dworkin, in opere successive, ha rivisto alcune delle sue posizioni iniziali³.

⁺ Pubblicato in «Ragion pratica», n. 33, 2009, pp. 517-539.

^{*} Una prima versione di questo lavoro è stata presentata a Bologna, nel «Seminario permanente sulla razionalità pratica», nel gennaio 2008; di tale occasione e discussione ringrazio Roberto Brigati, Alberto Artosi, Silvia Vida, Roberto Frega e gli altri partecipanti al seminario. Per i commenti a successive versioni del testo ringrazio Mauro Barberis, Damiano Canale, Riccardo Guastini, Baldassare Pastore, Giovanni Battista Ratti, Aldo Schiavello e Vito Velluzzi.

¹ Nel dibattito italiano, in relazione al tema dell'autointegrazione o eterointegrazione del diritto, vedi ad es. E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1949, cap. XIII; A. Tozzi, *I principi generali del diritto e il positivismo giuridico*, in «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto», 34, 1957, pp. 749-765; N. Bobbio, *Principi generali di diritto*, in «Novissimo Digesto Italiano», vol. XIII, Torino, UTET, 1966, pp. 887-896. Nel dibattito internazionale, vedi ad es. J. Esser, *Grundsatz und Norm*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1956; Id. *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto* (1970), trad. it. di S. Patti, G. Zaccaria, Napoli, ESI, 1983; L.L. Fuller, *The Morality of Law*, New Haven, Yale University Press, 1964 (sec. ed. 1969), cap. V.

² Cfr. R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1977; Id. *A Matter of Principle*, Cambridge (Mass.) and London, Harvard University Press, 1985. Ben prima di Dworkin, vedi fra gli altri R. Pound, *The Theory of Judicial Decision*, in «Harvard Law Review», 36, 1923, pp. 641-662, 802-825, 940-959; Id. *Hierarchy of Sources and Forms in Different Systems of Law*, in «Tulane Law Review», 7, 1933, pp. 475-487.

³ Vedi la ricostruzione di A. Schiavello, *Il positivismo giuridico dopo Herbert L. A. Hart*, Torino, Giappichelli, 2004, cap. III. Cfr. A. Pintore, *Norme e principi. Una critica a Dworkin*, Milano, Giuffrè, 1982; G. Zaccaria, *Precomprensione, principi e diritti nel pensiero di Josef Esser. Un confronto con Ronald Dworkin*, in «Ragion pratica»,

Negli ultimi anni la discussione si è prevalentemente diretta ai rapporti fra principi: quali tipi di principi si possano distinguere e quali rapporti intercorrano fra essi. Di particolare interesse e attenzione è la tematica dei conflitti fra principi (non più fra regole e principi) e delle modalità con cui comporre o risolvere tali conflitti. Si va da posizioni che negano concettualmente la possibilità di conflitti fra (certi tipi di) principi, a posizioni che ne sostengono il carattere pervasivo e si concentrano sulle modalità della loro composizione o risoluzione. Una delle metafore più discusse è quella del «bilanciamento», secondo cui in caso di conflitto fra principi una corte è tenuta a bilanciare i principi in gioco, misurarne e confrontarne il «peso» (come già diceva Dworkin), in modo da pervenire a una soluzione del caso concreto facendo prevalere il principio di maggior peso o importanza⁴.

Una questione che rimane in penombra nel dibattito sui principi è quella delle *modalità* con cui essi vengono ricavati. A tale riguardo si possono trovare idee diverse, più spesso abbozzi che trattazioni compiute. Di certo v'è una distinzione fondamentale da ricordare immediatamente: quella fra principi *espresi* e *inespressi*. Quando si tratta di principi cosiddetti «espresi», cioè contenuti in determinate disposizioni normative, le modalità con cui questi sono ricavati attengono all'interpretazione delle disposizioni normative. Dunque la questione delle modalità con cui vengono ricavati tali principi è oggetto di studio della teoria dell'interpretazione giuridica nelle sue varie forme e declinazioni. Quando invece si tratta di principi «inespressi», la questione si pone diversamente e in modo più problematico: essendo principi che non sono contenuti in determinate disposizioni normative, si tratta di capire da cosa e come tali principi possano venire ricavati ed enunciati. La risposta standard è che essi possono venire ricavati da quelle disposizioni da cui, pur se queste non li contengono espressamente, essi possono essere *inferiti*. Dunque, la questione delle modalità con cui vengono ricavati i principi inespressi è oggetto di studio non solo della teoria dell'interpretazione giuridica (delle disposizioni da cui essi sono inferiti), ma anche e soprattutto della teoria del ragionamento giuridico e dell'argomentazione giuridica. La domanda che si pone sul piano descrittivo ed esplicativo è infatti questa: *con quali tipi di inferenze vengono ricavati i principi inespressi?* E la domanda che si pone sul piano prescrittivo e della giustificazione è questa: *con quali tipi di inferenze si devono (o possono) ricavare i principi inespressi?* Volendo ricorrere a una distinzione un po' trita ma forse non inutile, si può dire che la prima domanda attiene al contesto della scoperta e la seconda al contesto della giustificazione⁵.

11, 1998, pp. 135-152; E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, Giappichelli, 1999, p. 425 ss.

⁴ Cfr. R. Alexy, *On the Structure of Legal Principles*, in «Ratio Juris», 13, 2000, pp. 294-304; Id., *Constitutional Rights, Balancing, and Rationality*, in «Ratio Juris», 16, 2003, pp. 131-140; R. Bin, *Diritti e fraintendimenti*, in «Ragion pratica», 14, 2000, pp. 15-25; L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. Viale, Roma-Bari, Laterza, 2001; Id. *Principia Iuris*, Roma-Bari, Laterza, 2007, vol. 1; G. Maniaci, *Razionalità e bilanciamento tra principi del diritto: un inventario, un'intuizione, una proposta*, in «Ragion pratica», 25, 2005, pp. 335-364; J.J. Moreso, *Conflitti fra principi costituzionali*, in «Ragion pratica», 18, 2002, pp. 201-221; Id. *Ferrajoli sui conflitti tra diritti*, in «Diritto e Questioni Pubbliche», 6, 2006, pp. 133-141. Ulteriore questione è se la soluzione di un conflitto comporti il «sacrificio» di un principio e del relativo diritto o se invece con il bilanciamento nessun principio possa dirsi «sacrificato»; vedi su questo R. Guastini, *Ponderazione. Un'analisi dei conflitti tra principi costituzionali*, in «Ragion pratica», 26, 2006, pp. 151-159; G. Pino, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in «Ragion pratica», 28, 2007, pp. 219-273. Classico esempio è quello dell'aborto rispetto a cui si bilanciano il diritto alla vita (del concepito) e il diritto alla salute (della madre). Cfr. R. Bin, G. Pitruzzella, *Diritto costituzionale*, ottava ed., Torino, Giappichelli, 2007, pp. 478-485.

⁵ Cfr. H. Reichenbach, *Experience and Prediction*, Chicago, The University of Chicago Press, 1938, pp. 5-7. Relativamente alle decisioni giudiziali, cfr. N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1978 (sec. ed. 1995); M.P. Golding, *A Note on Discovery and Justification in Science and Law*, in J.R. Pennock, J.W. Chapman (eds.), *Justification*, New York, New York University Press, 1986, pp. 124-140; T. Mazzarese, *Scoperta vs. giustificazione. Una distinzione dubbia in tema di decisioni giudiziali*, in «Analisi e diritto 1995», a cura di P. Comanducci, R. Guastini, Torino, Giappichelli, 1995, pp. 145-196; Ead., *Forme di razionalità delle decisioni giudiziali*, Torino, Giappichelli, 1996; nonché, criticamente, B. Anderson, «Discovery» in *Legal Decision-Making*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1996.

Il presente scritto vuole offrire un contributo alla riflessione sulle modalità con cui vengono ricavati i principi inespressi, approfondendo di che tipo di inferenze si tratti o si debba trattare sui piani rispettivamente descrittivo e prescrittivo. La tesi che sosterrò sul piano descrittivo è che si tratti essenzialmente di un'inferenza abduttiva. La tesi che sosterrò sul piano prescrittivo è che tale inferenza abduttiva debba essere sottoposta a un insieme di test adeguati a garantire o ad escludere la giustificatezza delle sue conclusioni. Quello che il presente scritto intende offrire è dunque un contributo alla teoria del ragionamento e dell'argomentazione giuridica; non tratterò invece il tema dell'interpretazione delle disposizioni da cui i principi vengono ricavati (direttamente o indirettamente), benché ritenga che non sia impossibile renderne conto in termini analogamente abduttivi e con analoghe conseguenze.

Procederò come segue: distinguerò tre tipi di inferenze (§ 2) e tre tipi di principi (§ 3); quindi mi chiederò con quali inferenze vengano ricavati i principi inespressi (§ 4) e infine con quali inferenze debbano essere ricavati (§ 5). Premetto che non farò uso di formalismi (giacché in questa sede non mi sembrano necessari né opportuni) e chiarisco che userò «inferenza» e «ragionamento» come termini sostanzialmente sinonimi.

2. Tipi di inferenze

Chiunque è familiare alla distinzione fra inferenze *deduttive* e inferenze *induttive*. Il modo più comune di esprimere la loro differenza consiste nel dire che la deduzione va dal generale al particolare, mentre l'induzione va dal particolare al generale⁶. Questo modo di rappresentarle, benché intuitivo e contenente un nocciolo di verità, è tuttavia impreciso sotto il profilo logico e inadeguato a rendere conto della varietà delle nostre inferenze.

Non è questa la sede per approfondire le ragioni squisitamente logiche di tale imprecisione, ma a questo proposito si consideri il seguente esempio: se da p e da q inferisco che $p \& q$, opero un'inferenza deduttiva che non è affatto catturata dal criterio suddetto. Infatti le sue premesse p e q non sono per nulla generali⁷. Perché dunque si tratterebbe di un'inferenza deduttiva? Perché la sua conclusione non potrebbe essere falsa se le sue premesse fossero vere. Questo è infatti un criterio più preciso per esprimere la distinzione che ci riguarda: *deduttiva* è l'inferenza le cui conclusioni non possono essere false se le premesse sono vere; non-deduttiva, o *induttiva*, è l'inferenza che non rispetta tale condizione, le cui conclusioni cioè possono essere false quand'anche le premesse siano vere⁸. Potremmo chiamarlo «criterio della verità».

Ciò che il criterio della verità di per sé non dice è se entrambe le inferenze, deduttiva e induttiva, possano considerarsi inferenze *logiche*. Ovviamente, i sostenitori di una concezione deduttivista della logica restringeranno tale qualifica alla deduzione, respingendo l'induzione nel campo della psicologia; mentre al contrario i sostenitori di una concezione più ampia della logica tenderanno ad attribuire tale qualifica ad entrambe, pur riconoscendo che i loro criteri di validità o di correttezza differiscono. Qui non importa discutere tale questione – che appartiene più che altro alla filosofia della logica – ma non è inutile notare che una concezione ristretta della logica, confinata alle inferenze deduttive, rischia di svolgere con difficoltà uno dei compiti della logica: quello di

⁶ Si aggiunge talvolta che l'*analogia* va invece dal particolare al particolare.

⁷ Si tratta di una delle forme della «deduzione naturale» di Gentzen (su cui vedi F. Berto, *Logica. Da zero a Gödel*, Roma-Bari, Laterza, 2007, p. 110). Se non si è persuasi da questo esempio, si consideri il seguente (ivi, p. 11): (1) se Dio può ingannare, allora Dio è malvagio; (2) Dio non è malvagio; quindi (3) Dio non può ingannare. Le premesse di questa deduzione non sono generali.

⁸ Cfr. I.M. Copi, C. Cohen, *Introduzione alla logica*, terza ed., Bologna, il Mulino, 1999, pp. 39-43; A. Iacona, *L'argomentazione*, Torino, Einaudi, 2005, pp. 43-45; Berto, *op. cit.*, p. 8. Si noti che questo criterio non cattura le inferenze in cui almeno una premessa è costituita da un enunciato privo di valore di verità, quale ad es. un imperativo. Di questo problema, noto come «dilemma di Jørgensen», non posso occuparmi qui; rinvio a R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 112-117.

costituire una teoria normativa del ragionamento umano. Se infatti le sole inferenze logicamente giustificate fossero quelle deduttive, la logica costituirebbe una guida piuttosto povera del pensiero, incapace non solo di spiegarne la varietà e la fecondità ma anche di governare tali aspetti⁹.

A questo proposito, si è detto sopra che anche la distinzione tradizionale fra deduzione e induzione non rende sufficientemente conto della varietà delle nostre inferenze. Posta infatti la loro distinzione sulla base del criterio della verità, si può senz'altro considerare induttivo il ragionamento che, secondo l'esempio classico, dall'osservazione che n corvi sono neri inferisce che tutti i corvi sono neri. Infatti potrebbe essere falso che tutti i corvi sono neri quand'anche sia vero che i corvi osservati sono neri. Ma si consideri un altro tipo di esempio: sulla base delle prove disponibili, inferisco che il colpevole è il maggiordomo. Che tipo di inferenza è questa? Di certo, se ha una componente congetturale non può trattarsi di una deduzione. Dovrebbe trattarsi allora di un'induzione, ossia, ancora, di un'inferenza in cui le premesse possono essere vere ma la conclusione falsa. Tuttavia, non è forzato considerare alla stessa stregua due inferenze come quella che generalizza delle osservazioni e quella che formula un'ipotesi esplicativa? Inferire che tutti i corvi sono neri a partire dall'osservazione di n corvi e inferire che il maggiordomo è il colpevole a partire dall'osservazione di certi elementi probatori sono la stessa operazione mentale e logica? Dal punto di vista del criterio della verità sono in effetti lo stesso tipo di inferenza, poiché la verità delle loro premesse non garantisce la verità delle loro conclusioni; eppure i loro profili logici ed epistemologici sembrano piuttosto diversi. Se si condivide quest'ultima impressione si sarà portati ad ammettere che la distinzione fra deduzione e induzione non è sufficiente a rendere conto di tali inferenze. Serve qualcosa in più. Serve cioè un'ulteriore distinzione fra le inferenze non-deduttive. La distinzione che ormai è entrata in uso a questo proposito è quella fra *induzione* e *abduzione*: entrambe sono inferenze non-deduttive, con la differenza che, grosso modo, la prima generalizza dei dati, mentre la seconda formula delle ipotesi esplicative¹⁰.

Così come si può contestare il carattere logico dell'induzione, si può contestare il carattere logico dell'abduzione, ma non tratteremo qui di questo problema (su cui valgono le considerazioni fatte poco sopra circa il modo di concepire la logica).

Ciò che invece è interessante rilevare è che una concezione ristretta della logica conduce a sostenere che una decisione giudiziale può essere logicamente giustificata solo se deduttiva. La nota tesi elaborata da Jerzy Wróblewski, in particolare, comporta che, considerato un sillogismo giudiziale, se ne distinguono: 1) la giustificazione esterna in diritto (cioè della premessa maggiore); 2) la giustificazione esterna in fatto (della premessa minore); 3) la giustificazione interna (della conclusione)¹¹. Di queste forme di giustificazione solo quella *interna* è ritenuta una giustificazione di carattere logico, in quanto deduttiva, mentre di quella *esterna* si dice che ha carattere argomentativo. Tuttavia su questa tesi, esemplare nel suo nitore, può sorgere il sospetto che sia allo

⁹ Ho trattato questo argomento in G. Tuzet, *La prima inferenza. L'abduzione di C.S. Peirce fra scienza e diritto*, Torino, Giappichelli, 2006. Per alcuni aspetti mi permetto di rinviare anche a Id., *L'etica del metodo*, in «Annuario del Centro studi Giovanni Vailati», 2007, pp. 15-25, § 4 in particolare. Credo che la normatività della logica non sia meramente costitutiva (di certi modi di ragionare), ma non posso trattarne qui.

¹⁰ Il nome «abduzione» è stato reso celebre nella filosofia contemporanea dai lavori di Charles S. Peirce, ma il tipo di inferenza è ben noto sin dagli albori della logica e in Aristotele (*Primi Analitici*, 2, 25). Cfr. C.S. Peirce, *Opere*, a cura di M.A. Bonfantini, Milano, Bompiani, 2003; Id. *Scritti scelti*, a cura di G. Maddalena, Torino, UTET, 2005. Sull'abduzione in Peirce cfr. K.T. Fann, *Peirce's Theory of Abduction*, The Hague, M. Nijhoff, 1970; I. Niiniluoto, *Defending Abduction*, in «Philosophy of Science», 66, 1999, pp. S436-S451; Tuzet, *La prima inferenza*, cit. Nel dibattito contemporaneo sull'abduzione cfr. P.A. Flach, A.C. Kakas (eds.), *Abduction and Induction. Essays on their Relation and Integration*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 2000; D.M. Gabbay, R. Kruse (eds.), *Abductive Reasoning and Learning*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 2000; D. Walton, *Abductive Reasoning*, Tuscaloosa, The University of Alabama Press, 2004; D.M. Gabbay, J. Woods, *The Reach of Abduction: Insight and Trial*, New York, Elsevier Academic Press, 2005.

¹¹ Vedi J. Wróblewski, *Meaning and Truth in Judicial Decision*, ed. by A. Aarnio, Helsinki, A-Tieto Oy, 1983, pp. 127-155; Id. *The Judicial Application of Law*, ed. by Z. Bankowski, N. MacCormick, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1992. Cfr. P. Comanducci, *Ragionamento giuridico*, in M. Bessone, E. Silvestri, M. Taruffo (a cura di), *I metodi della giustizia civile*, Padova, Cedam, 2000, pp. 79-136.

stesso tempo troppo esigente e troppo permissiva: troppo esigente nel richiedere alla giustificazione interna di avere sempre un carattere deduttivo; troppo permissiva nel richiedere alla giustificazione esterna di avere un mero carattere argomentativo. Adottare una concezione più ampia della logica permetterebbe forse di ovviare a tale rigidità e allo stesso tempo sottoporre anche la giustificazione esterna al vaglio di standard logici (ancorché non deduttivi)¹².

Ad ogni modo, i tipi di inferenza che possiamo considerare ai nostri fini sono dunque tre: deduzione, induzione e abduzione¹³. Nel prossimo paragrafo esamineremo alcune distinzioni in tema di principi, per rivolgerci quindi ai tipi di inferenza con cui i vari tipi di principi vengono ricavati o debbano esserlo.

3. Tipi di principi

I principi del diritto sono un genere omogeneo o un genere all'interno del quale possiamo distinguere varie specie? Nel secondo caso, quali tipi di principi possiamo distinguere? Senza addentrarmi in una discussione sulle caratteristiche peculiari che rendono tale un principio, adatterò una distinzione presentata da Mauro Barberis secondo la quale i principi sono fondamentalmente di tre tipi: principi generali, decisionali e costituzionali¹⁴.

I *principi generali del diritto* sono quei principi da cui dipendono a livello di giustificazione normativa ampi settori di un ordinamento giuridico; talvolta sono espressamente posti dal legislatore ma più spesso, secondo Barberis, si tratta di norme inesprese ricavabili da norme espresse. Ne è esempio il principio dell'affidamento, che la dottrina ricava da diversi articoli del Codice civile (fra cui l'art. 1153, l'art. 1189, l'art. 1428). Storicamente, si tratta di quel tipo di principi su cui a metà del Novecento – ma anche in precedenza – si è svolto il confronto, cui abbiamo accennato in apertura, fra positivisti, giusnaturalisti ed ermeneutica¹⁵.

I *principi decisionali* sono invece quei principi caratteristici dei sistemi di *common law* e consistenti nelle ragioni che giustificano certe decisioni giudiziali (*rationes decidendi*); si tratta spesso di norme inesprese che i giudici e le corti estraggono non da norme legislative ma da precedenti giudiziali¹⁶.

¹² Ovviamente – come mi segnala Mauro Barberis – non è che l'abduzione diventi più rigorosa e affidabile perché la si qualifica come logica; ma ho l'impressione che, sul piano prescrittivo, qualificare la giustificazione esterna come meramente argomentativa equivalga ad adottare dei criteri più laschi.

¹³ Qualcuno potrebbe chiedere quale sia in tale quadro lo statuto dell'analogia. Peirce sostiene che si tratti di un'inferenza «spuria», che comprende in sé inferenze diverse (sommandone i pregi ma anche i limiti). Su questo rinvio a S.M. McJohn, *On Uberty: Legal Reasoning by Analogy and Peirce's Theory of Abduction*, in «Willamette Law Review», 29, 1993, pp. 191-235. Cfr. D. Canale, G. Tuzet, *The A Simili Argument: An Inferentialist Setting*, in «Ratio Juris», 22, 2009, in corso di stampa, § 1.

¹⁴ M. Barberis, *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, seconda edizione, Torino, Giappichelli, 2005, p. 137 ss. Sui principi nel diritto italiano, cfr. V. Crisafulli, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, in «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto», 21, 1941, pp. 41-63, 157-181, 230-264; M. Jori, *I principi nel diritto italiano*, in «Sociologia del diritto», 10, 3, 1983, pp. 7-33; S. Bartole, *Principi generali del diritto (Diritto costituzionale)*, in «Enciclopedia del diritto», vol. XXXV, Milano, Giuffrè, 1986, pp. 494-533; R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, Giuffrè, 1998, cap. XV; Id., *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., cap. XI.

¹⁵ Su questo tipo di principi, cfr. F. Modugno, *Appunti dalle lezioni di teoria dell'interpretazione*, Padova, Cedam, 1998, pp. 85-86, 117-120. Si osservi che per chi come Modugno sostiene un'interpretazione stringente dell'art. 12 delle Preleggi (con l'esito di configurare un modello di attività interpretativa «dal basso in alto»), in sede interpretativa il ricorso ai principi generali è ammesso solo in mancanza di una disciplina specifica. Cfr. Id., *Principi generali dell'ordinamento*, in «Enciclopedia giuridica», vol. XXIV, Roma, Treccani, pp. 1-24; G. Alpa, *Principi generali*, in «Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile», vol. XIV, Torino, UTET, 1996, pp. 355-369. Quanto all'ermeneutica giuridica contemporanea, cfr. F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione*, Roma-Bari, Laterza, 1999; Id., *Le ragioni del diritto*, Bologna, il Mulino, 2003.

¹⁶ Sul tema del precedente e della *ratio decidendi*, vedi ad es. J. Stone, *Precedent and Law*, Sydney, Butterworths, 1985; L. Goldstein (ed.), *Precedent in Law*, Oxford, Clarendon Press, 1987; N. MacCormick, R. Summers (eds.), *Interpreting Precedents*, Dartmouth, Aldershot, 1997.

I *principi costituzionali* sono infine quei principi contenuti in un documento di rango costituzionale e che vincolano od orientano la produzione normativa di rango gerarchicamente inferiore; si tratta in prevalenza di norme espresse, che cioè si ricavano in via interpretativa da specifiche disposizioni costituzionali, ma può anche trattarsi di norme inesprese, vale a dire di principi che vengono inferiti da altre norme costituzionali¹⁷.

Questa caratterizzazione molto schematica e suscettibile di maggiori specificazioni dovrebbe bastare a comprendere come questi tipi di principi abbiano caratteri diversi, diversi fondamenti normativi e diverse finalità. D'altro canto hanno pure degli aspetti in comune che ne attenuano le differenze. Ad esempio, come ha rilevato Mario Jori, poiché «tutti i principi sono generali, non si può individuare una differenza netta tra principi e i c.d. principi generali del diritto»¹⁸. La mancanza di inequivocabili definizioni e altrettanto inequivocabili confini può comportare dei «casi difficili», ossia delle perplessità e controversie nello stabilire se un dato principio sia da considerare come appartenente a un tipo o piuttosto a un altro. Del principio di offensività nell'ordinamento italiano, ad esempio, si discute se si tratti di un vero e proprio principio costituzionale o solamente di una direttiva politico-criminale. Comunque – cosa che qui è particolarmente importante – per ciascuno dei tipi distinti e in ciascuno dei loro ambiti possono trovarsi sia principi espressi che inespressi. A dire il vero è controverso se esistano principi costituzionali inespressi, ma la dottrina prevalente sembra favorevole a una risposta affermativa¹⁹. Il principio di laicità dello Stato è un esempio a questo riguardo, così come il principio di separazione dei poteri.

Tuttavia, prima ancora di discettare su quali siano i principi inespressi di un ordinamento, non è opportuno chiedersi come vengano ricavati? È quello che faremo nel prossimo paragrafo, avvertendo che a proposito di tali principi useremo le qualificazioni «impliciti» e «inespressi» come equivalenti e sottolineando, se ce ne fosse bisogno, l'importanza della questione: un chiarimento di tali modalità è importante non solo dal punto di vista teorico di una migliore comprensione del fenomeno in esame, ma anche dal punto di vista pratico della valutazione del grado di discrezionalità in esse implicato.

4. Come si inferiscono i principi?

Una risposta che a lungo è stata prevalente circa la domanda qui posta è che i principi siano inferiti *induttivamente*. Voci molto autorevoli lo hanno asserito – pur in varie forme – a proposito di ciascuno dei tre tipi di principi sopra distinti²⁰.

Iniziamo dai *principi generali*. Secondo Luigi Mengoni, i principi generali sono «espressi (enunciati legislativi) o ricavati in via di astrazione generalizzatrice da un insieme di norme particolari»²¹. Quella che Mengoni chiama «astrazione generalizzatrice» sembra coincidere con un procedimento

¹⁷ Sui principi costituzionali, cfr. Jori, *op. cit.*, pp. 13-17; Bartole, *op. cit.*, pp. 502-511; Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., pp. 216-221. Sulle teorie (neo)costituzionaliste che prendono le mosse dal ruolo dei principi costituzionali, cfr. S. Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 2001; T. Mazza, *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2002; G. Bongiovanni, *Costituzionalismo e teoria del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2005.

¹⁸ Jori, *op. cit.*, p. 9.

¹⁹ Ivi, p. 17. Cfr. R. Guastini, *La "costituzionalizzazione" dell'ordinamento italiano*, in «Ragion pratica», 11, 1998, pp. 185-206, in particolare pp. 195-197; Id., *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., p. 203.

²⁰ Una tesi minoritaria che qui non ho modo di esaminare in dettaglio è quella secondo cui i principi inespressi sono inferiti *deduttivamente* dall'insieme finito del diritto positivo (così C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Normative Systems*, Wien and New York, Springer, 1971, cap. V, § 5). Questa tesi mi sembra dipendere da tre assunzioni perlomeno opinabili: 1) che i principi giuridici siano principi del diritto positivo; 2) che il diritto positivo costituisca un insieme finito; 3) che se ne abbia una conoscenza completa.

²¹ L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 128, nota 35. Cfr. Crisafulli, *op. cit.*, p. 49; Tozzi, *op. cit.*, p. 755; Bobbio, *op. cit.*, p. 892; G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980, p. 385; Bartole, *op. cit.*, p. 523.

induttivo, per cui da un insieme di norme particolari ed espresse si ricava un principio generale e inespresso. Si tratta della tesi tradizionale in materia.

Una tesi analoga è stata sostenuta più in dettaglio da Mario Jori. «I principi impliciti avrebbero un'origine particolare, essendo ricavati o estratti dalle norme più particolari, che rimandano a quel principio, nel senso che possono essere giustificate in base al principio»²². Si partirebbe dunque da norme (più) particolari dalle quali verrebbero ricavati dei principi da cui esse potrebbero essere dedotte o comunque giustificate²³. Ma quale inferenza sarebbe quella con cui si ricavano o estraggono i principi? «I principi impliciti sono ricavati per “induzione” da norme giuridiche meno generali»²⁴. Jori vede bene che tale inferenza non ha la «cogenza logica» di una deduzione in quanto «qualunque gruppo di norme che abbiano qualcosa in comune può essere usato per “indurre” un numero infinito di principi, che le giustifichino (per esempio: variando il livello di generalità a cui arrestarsi nella “induzione”): da ciascuno di questi diversi principi sarà poi ugualmente possibile dedurre correttamente il gruppo di norme di partenza»²⁵. Su quest'ultimo problema torneremo. Ora ci si può chiedere perché Jori utilizzi le virgolette cautelative nel parlare di induzione (forse perché non si tratta di un'induzione con le caratteristiche dell'induzione scientifica), ma la tesi sembra chiara: i principi generali e inespressi sono ricavati per induzione.

Anche Barberis lo ha sostenuto. Egli dice che i principi generali sono spesso norme implicite e che in tali casi «si tratta di norme implicite ricavate da norme esplicite per mezzo del ragionamento non logico (non deduttivo), detto universalizzazione», cioè quel ragionamento che rispetto a tali principi procede da norme meno generali e astratte a norme più generali e astratte²⁶. Il già menzionato principio dell'affidamento, che la dottrina ricava da diversi articoli del Codice civile (fra cui gli artt. 1147, 1153, 1189, 1428), è l'esempio portato da Barberis a sostegno della sua tesi induttivista.

La medesima tesi, ad avviso di Barberis, vale per i *principi decisionali*. Egli dice analogamente che «si tratta di norme implicite ricavate per universalizzazione da norme esplicite»²⁷, dove però, rispetto a tali principi, l'inferenza procede da norme particolari e concrete (i precedenti giudiziali) a norme generali e astratte.

Sulle modalità con cui infine vengono ricavati i *principi costituzionali*, Barberis non si esprime in modo altrettanto esplicito, ma sembra implicare che anch'essi, quando sono norme implicite, sono ricavati per universalizzazione da norme esplicite (di rango costituzionale, ovviamente)²⁸.

Che considerazioni fare su questo tipo di tesi? Ritengo che si tratti di una tesi scorretta e cercherò di chiarirne i motivi.

Secondo l'esempio classico di induzione (universale), dall'osservazione che n corvi sono neri si inferisce che tutti i corvi sono neri. Oppure, dall'osservazione che in un campione di 10 italiani esaminati 7 suonano il mandolino, si inferisce per induzione (statistica) che 7 italiani su 10 suonano il mandolino. Se si vuole pertanto effettuare una generalizzazione induttiva (sia universale sia statistica) si deve non solo partire da un certo numero di elementi che siano istanze di una certa classe e di cui si sia riscontrato se hanno una certa proprietà, ma si devono prima di tutto distinguere la classe e la proprietà in questione. Se classe e proprietà sono evidenti, non si pongono problemi particolari (a parte quelli della validità dell'inferenza induttiva). Ma se non lo sono? Proprio nel nostro caso si presentano difficoltà di questo genere. Innanzitutto si deve definire e individuare la

²² Jori, *op. cit.*, p. 19.

²³ Scarpelli ha sostenuto che dai principi non si operino deduzioni, ma piuttosto giustificazioni di norme e decisioni. «Dai principî non si deducono conseguenze per via di implicazioni strette, i principî servono a giustificare norme e decisioni per le vie di un discorso complesso e flessibile quale il discorso argomentativo» (U. Scarpelli, *Dalla legge al codice, dal codice ai principî* (1987), ora in A. Schiavello, V. Velluzzi (a cura di), *Il positivismo giuridico contemporaneo*, Torino, Giappichelli, 2005, pp. 96-103, cit. p. 100).

²⁴ Jori, *op. cit.*, p. 23.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Barberis, *op. cit.*, p. 138. Si può discutere sulle differenze fra generalizzazione e universalizzazione, ma l'argomento è il medesimo da un punto di vista logico.

²⁷ *Ivi*, p. 139.

²⁸ Cfr. *ivi*, pp. 141-142.

classe rispetto a cui si effettua la generalizzazione: deve essere chiarito se si tratti della classe di tutte le norme giuridiche di un certo ordinamento, o di un suo settore e di quale, o di una certa materia e di quale, o di un singolo istituto e di quale. Ma il problema sta soprattutto nell'individuare la proprietà su cui verte l'induzione. Che un corvo sia nero lo si può constatare attraverso i sensi. Che un italiano suoni il mandolino lo si può constatare in maniera analoga. Ma come constatare che una certa norma esemplifica un principio *inespresso*? Dal momento che il principio non è espresso, in che modo lo si potrebbe riscontrare nelle norme espresse? Su quale base si effettuerebbe la generalizzazione induttiva? Quella di essere un'esemplificazione del principio non è affatto una proprietà percepibile nelle norme, né letteralmente riscontrabile nelle corrispondenti disposizioni. Che esse abbiano tale proprietà non può dunque essere osservato, né tantomeno direttamente generalizzato a un'intera classe di norme. Può essere solamente abdotto.

Difatti, oltre alle tesi induttiviste, si trova in letteratura chi sostiene – a mio avviso correttamente – che i principi inespressi siano inferiti *abduktivamente*. Autorevoli voci lo hanno rilevato. Nel dibattito internazionale, pur se egli non usa il termine «abduzione», si può segnalare Herbert Hart:

i sistemi giuridici contengono principi generali di ampia portata; alcuni di essi sono esplicitamente riconosciuti o addirittura promulgati; altri invece devono essere desunti come le *ipotesi* più plausibili per spiegare l'esistenza di regole sicuramente vigenti²⁹.

Nel dibattito italiano si deve segnalare Gaetano Carcaterra, il quale ha tracciato efficacemente la distinzione fra induzione e abduzione con riguardo al ragionamento giuridico.

Quello che è vero di alcuni (il campione) la generalizzazione lo estende a molti altri (la popolazione). Nell'abduzione da certi dati (gli indizi) si risale a qualcosa (l'ipotesi) che, invece, non è un ampliamento numerico di quei dati: è un *quid* neppure necessariamente omogeneo con i dati, che può essere, e spesso è, di natura ontologicamente diversa da quella dei dati stessi e di cui possiamo avere un genere di esperienza differente e per di più un'idea talvolta appena intuitiva. Dalle impronte risaliamo al delitto, dai comportamenti alla norma, dai casi previsti al caso taciuto, dal segno, che è sensibile – potremmo continuare – all'intenzione di significato, che è solo intelligibile³⁰.

Uno degli usi dell'abduzione nel ragionamento giuridico, sostiene Carcaterra³¹, è appunto quello dell'inferenza dalle norme espresse ai principi inespressi di un ordinamento giuridico. Tale utilizzo dell'abduzione è tipico del giurista che si propone di ricostruire il quadro normativo di un ordinamento.

Nella letteratura italiana vi è tornato a più riprese anche Riccardo Guastini³². I principi inespressi «sono desunti dagli operatori giuridici: ora da singole norme, ora da insiemi più o meno vasti di norme, ora dall'ordinamento giuridico nel suo complesso»³³. Che cosa significa che sono *desunti*? Un principio può essere desunto da una singola norma «ogni qualvolta si ipotizza una *ratio*, cioè lo

²⁹ H.L.A. Hart, *La giurisprudenza americana attraverso gli occhi di un inglese: l'incubo ed il nobile sogno* (1977), ora in Schiavello, Velluzzi, *op. cit.*, pp. 229-248, cit. p. 239 (corsivo mio).

³⁰ G. Carcaterra, *Indizi di norme*, in «Sociologia del diritto», 29, 3, 2002, pp. 123-139, cit. p. 139. Ho discusso di tale lavoro in G. Tuzet, *Abduzione: quattro usi sociologico-giuridici*, in «Sociologia del diritto», 31, 1, 2004, pp. 117-131, muovendovi alcuni rilievi critici su problemi che riprenderò nel prossimo paragrafo del presente scritto; ma devo aggiungere che allora me ne sfuggiva probabilmente il problema principale: il fatto che Carcaterra intrecci due problemi diversi, quello dell'inferenza di un principio inespresso e quello della regolazione di un caso non previsto; il secondo (che è un problema di ragionamento analogico) può trovare una risposta nel primo, ma si tratta pur sempre di problemi distinti.

³¹ Carcaterra, *op. cit.*, pp. 134-139.

³² Cfr. R. Guastini, *I principi nel diritto vigente*, in M. Bessone, R. Guastini (a cura di), *La regola del caso. Materiali sul ragionamento giuridico*, Padova, Cedam, 1995, pp. 113-139; Id., *Principi di diritto*, in «Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile», vol. XIV, Torino, UTET, 1996, pp. 341-355; Id., *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., cap. XV; Id., *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., cap. XI. Fra gli altri, condivide le critiche alla tesi induttivista anche C. Luzzati, *1984 ovvero l'indifferenza dei principi*, in «Rassegna forense», 39, 2006, pp. 917-929.

³³ Guastini, *I principi nel diritto vigente*, cit., p. 127.

scopo che la norma è diretta a perseguire, o un valore da cui la norma è giustificata»³⁴. Guastini riconosce pertanto che il ragionamento in questione comprende un'ipotesi («si ipotizza una *ratio*»). Ne costituisce un esempio il principio di ragionevolezza della legislazione, o di non arbitrarietà delle leggi, che è desunto dalla Corte costituzionale dall'art. 3 della Carta³⁵. Ma un principio può essere desunto anche «da una molteplicità di norme, ad esempio, il principio di tutela dell'affidamento»³⁶, che viene ricavato a partire da diverse disposizioni, come le disposizioni sull'errore quale causa di annullamento del contratto (art. 1428 c.c.), sugli effetti della simulazione rispetto ai terzi e ai creditori (artt. 1415 e 1416 c.c.), sull'opponibilità a terzi della modificazione o revoca della procura (art. 1396 c.c.).

Guastini nota che secondo l'opinione comune i principi sono ricavati (o «costruiti») per induzione, ma aggiunge che non è facile trovare esempi di principi elaborati in questo modo, e che nella maggior parte dei casi «costruire un principio consiste piuttosto nell'avanzare una congettura intorno alle ragioni (agli scopi, alle intenzioni, ai valori) del legislatore»³⁷. Cioè intorno alla *ratio* di certe norme. Ovviamente il problema è che tali congetture sono opinabili, giacché è «raro che una norma risponda ad uno scopo univoco e ben definito»³⁸. A questo proposito Guastini porta degli esempi di norme di cui si potrebbe sostenere non una *ratio* ma più d'una³⁹.

In un lavoro successivo Guastini presenta l'induzione e l'abduzione come «diverse tecniche di costruzione di principi inespressi»⁴⁰, assumendo che tali tecniche siano attualmente in uso nella nostra cultura giuridica. Ma se quanto abbiamo detto è corretto, non è appropriato considerare l'induzione come una «tecnica di costruzione» dei principi⁴¹. Con un esempio che riprendo dallo stesso Guastini, dall'art. 1573 c.c. (la locazione non può stipularsi per un tempo eccedente i trent'anni) e dall'art. 2097 c.c. (il contratto di lavoro non può essere stipulato per una durata superiore a cinque o dieci anni), non si può indurre alcunché senza avere prima ipotizzato che il principio inespresso, che costituisce la *ratio* di tali norme, sia quello secondo cui i rapporti obbligatori devono avere una durata limitata. Tale principio non è espresso nelle disposizioni in questione e pertanto non ne è (direttamente) inducibile – mentre lo è a partire dalle relative osservazioni la nerezza dei corvi o la dimestichezza con il mandolino fra gli italiani. C'è chi parla, come abbiamo visto, di «astrazione generalizzatrice», ma tale procedimento consiste appunto nel formulare un'ipotesi (su che cosa debba essere astratto) e nel generalizzarne i risultati.

Ora dobbiamo rendere conto di una possibile replica: se le norme cui si riferiscono le premesse dell'inferenza hanno testualmente delle formulazioni che rinviano al principio, non si può dire che questo venga da esse indotto? I principi inespressi, si potrebbe sostenere, vengono ricavati isolando dalle fattispecie di più disposizioni un elemento comune e ricollegandovi una conseguenza giuridica (è peraltro un modo di effettuare l'analogia *juris*); se si procede così, la proprietà percepibile, seppur in senso improprio, è data dall'elemento che le diverse fattispecie astratte hanno in comune – per il principio dell'affidamento, si tratterebbe dell'espressione «buona fede». Il problema è che un elemento comune, di per sé, non dice se si tratti di qualcosa di rilevante e a che fine. Tutte le

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Cfr. Modugno, *Principi generali dell'ordinamento*, cit., p. 2; nonché R. Bin, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in «Diritto e Questioni Pubbliche», 2, 2002, pp. 115-131.

³⁶ Guastini, *I principi nel diritto vigente*, cit., p. 127.

³⁷ *Ivi*, p. 128.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ *Ivi*, p. 129.

⁴⁰ Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., p. 209.

⁴¹ Guastini lo riconosce implicitamente quando osserva che tale «induzione» presupporrebbe l'identificazione della *ratio* di una norma (*ivi*, p. 210, nota 26). A queste «tecniche» Guastini ne aggiunge una terza consistente «nell'elaborare una norma implicita che si suppone strumentale all'attuazione di un principio (previamente riconosciuto come tale); e, per un altro verso, nell'elevare poi al rango di principio la norma implicita così costruita» (*ivi*, p. 211). Mi sembra che in ciò sia presente, da un punto di vista logico, almeno un'abduzione (quella della norma implicita); mentre non mi è chiaro che cosa significhi logicamente «elevare al rango di principio». Perché non parlare più direttamente dell'abduzione di un principio funzionale a un altro principio?

disposizioni che presentano l'espressione «causa» hanno qualcosa in comune, ad esempio, ma la causa in diritto civile è cosa diversa da quella in diritto penale, cosicché sarebbe ingiustificato indurre da tali disposizioni un qualche principio implicito (quale poi?) comune a tutte. Prima di generalizzare, si deve formulare un'ipotesi sulla *ratio* e su ciò che è rilevante, a meno che il principio non sia già espresso⁴².

A ben vedere non sembra darsi una terza possibilità: se le formulazioni sono esplicite, il principio è un principio espresso in tali disposizioni; se non lo sono, è un principio inespresso da aburre⁴³. C'è un'induzione solo se si generalizza qualcosa di espressamente contenuto nelle disposizioni normative. Altrimenti c'è un'abduzione.

(Ciò può dare l'impressione che abduzione e induzione, pur complementari in ambito scientifico, siano nettamente separate in ambito giuridico. Non voglio dire questo. Dico che hanno funzioni diverse – in quanto la prima formula delle ipotesi e la seconda generalizza delle osservazioni – e dico che tali funzioni sono articolate nella misura in cui la rilevanza delle osservazioni dipende da una precedente ipotesi).

Questo per i principi generali. Può sostenersi la medesima tesi per gli altri tipi di principi? Venendo ai *principi decisionali*, si può analogamente sostenere che siano ricavati prima di tutto per abduzione. Le conclusioni abduttive dovranno essere testate per saggiarne la giustificatezza, ma senza un'iniziale abduzione non può esservi nulla da generalizzare e da testare. Lo ha visto bene, fra gli altri, John Mackie:

l'inferenza da un precedente di una regola generale supposta implicita nel precedente non è a tenuta stagna, ma si presenta in un grado molto ampio di libertà se il giudice deve formulare *ipotesi*, non solo riguardo alle regole che applica direttamente ai casi, ma anche riguardo ai più generali e astratti principi di giustizia e alle loro implicazioni⁴⁴.

Anche qui, non si tratta di generalizzare ma di *formulare delle ipotesi*, cioè di aburre le ragioni per cui una certa decisione è stata presa in un caso precedente. O meglio, si tratta di formulare delle ipotesi e *quindi* procedere a dei test che le mettano alla prova⁴⁵.

Venendo infine ai *principi costituzionali*, non sembra ci siano ragioni per escludere anche a loro riguardo una tesi abduttivista. I principi costituzionali inespressi vengono inferiti per abduzione, con ipotesi volte a spiegare e giustificare l'esistenza di norme costituzionali espresse⁴⁶. Lo si può rilevare inoltre a livello comunitario, come è stato fatto da Baldassare Pastore, notando che la Corte di giustizia ha elaborato un insieme di principi comuni a partire dalle comuni «tradizioni costituzionali»⁴⁷. Dall'analisi comparativa dei diritti nazionali la Corte sarebbe così divenuta a

⁴² Cfr. le considerazioni metodologiche in Viola, Zaccaria, *op. cit.*, pp. 457-459.

⁴³ Talvolta viene fatta anche la distinzione fra principi inespressi ricavati da norme espresse e principi inespressi non ricavati da alcuna norma (cfr. la discussione in Diciotti, *op. cit.*, p. 436 ss.); se ricavare questi ultimi è possibile e legittimo, mi pare *a fortiori* che si tratti di (problematiche) abduzioni.

⁴⁴ J.L. Mackie, *La terza teoria del diritto* (1977), ora in Schiavello, Velluzzi, *op. cit.*, pp. 249-259, cit. p. 258 (corsivo mio). Cfr. B.N. Cardozo, *The Growth of the Law*, New Haven, Yale University Press, 1924, pp. 69-70; J. Stone, *From Principles to Principles*, in «The Law Quarterly Review», 97, 1981, pp. 224-253, in particolare p. 244.

⁴⁵ In ambito di *common law*, il problema emergerebbe già nel pensiero di Langdell che però, secondo L.L. Weinreb, *Legal Reason. The Use of Analogy in Legal Argument*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 141, non lo tratterebbe con chiarezza. Mentre secondo McJohn, *op. cit.*, p. 205, in Holmes sarebbe già presente una tesi abduttiva: l'inferenza di un principio o di un concetto giuridico è un'ipotesi, da cui trarre deduttivamente delle predizioni suscettibili di essere testate.

⁴⁶ Cfr. Pino, *op. cit.* Si possono vedere inoltre le sentenze 1146/1988 e 203/1989 della Corte costituzionale rispetto alla questione dei «principi supremi» o «principi sovra-costituzionali», per ricavare i quali – ammesso che sia legittimo – non sembra possibile percorrere altra strada che quella di (problematiche) abduzioni. Cfr. Viola, Zaccaria, *op. cit.*, pp. 378-394.

⁴⁷ «Le «tradizioni costituzionali comuni» ai paesi «europeizzati» hanno assunto, invero, un ruolo particolarmente rilevante nel processo di integrazione, intrapreso con l'istituzione delle Comunità e proseguito con la formazione dell'Unione europea. Particolarmente importante, al riguardo, è stata la giurisprudenza della Corte di giustizia che, soprattutto nell'individuazione e nell'uso dei principi generali (non scritti) in materia di tutela dei diritti fondamentali,

una «distillazione» dei principi. «La Corte di giustizia, a partire dal carattere “multinazionale” della Comunità europea, ha ritrovato, attraverso l’analisi comparativa e mostrando una notevole capacità di “distillare” gli elementi provenienti dai diritti nazionali, le radici dei principi generali non scritti da essa utilizzati, connettendoli al processo di creazione dell’ordinamento comunitario, entro una dinamica di “diffusione” circolare di modelli giuridici in cui il diritto europeo si intreccia profondamente con i diritti nazionali»⁴⁸. Ma di nuovo, che profilo inferenziale sottendono certe efficaci metafore come quella della «distillazione» dei principi?

In sintesi, il problema logico consiste nel fatto che per generalizzare serve distinguere la proprietà da indurre, ma questa proprietà (che nel nostro caso consiste nell’essere esemplificazione di un principio) non è espressa ed è per questo inferita abduktivamente. Sia chiaro, per evitare equivoci, che induzione e abduzione non si escludono reciprocamente. Può darsi che l’abduzione di un principio sia testata rispetto ad altre norme e che da ciò un giurista formuli delle induzioni (universali o statistiche). Se ad esempio si riscontrasse che n norme di un particolare sistema o sottosistema giuridico esemplificano un principio inespresso, inizialmente abdotto da alcune di esse, se ne potrebbe indurre che tutte le norme di tale sistema o sottosistema esemplificano tale principio. Quello che importa sottolineare è che non ci può essere nessuna induzione senza una precedente abduzione, ossia che, riprendendo una frase di Peirce mutuata da Kant, *l’induzione senza abduzione è cieca e l’abduzione senza induzione è vuota*⁴⁹.

Ciò detto e prima di passare all’argomento dei test con cui mettere alla prova le conclusioni abduttive, mi sia consentito segnalare alcune interessanti particolarità dell’abduzione di un principio inespresso. Similmente a quanto accade nelle inferenze scientifiche che riguardano delle entità non direttamente esperibili (i c.d. inosservabili)⁵⁰, si tratta di formulare delle ipotesi che, poiché vertono su entità non direttamente esperibili, non sono direttamente verificabili o falsificabili. Con tutte le conseguenze problematiche che ciò comporta. Ma c’è di più. In maniera dissimile a quanto accade nelle inferenze scientifiche, fra i criteri di conferma o corroborazione delle ipotesi (non di verifica o falsificazione in senso stretto) non vale quello della coerenza, o vale in misura attenuata. Uno dei principali criteri con cui testare le ipotesi scientifiche è quello della loro coerenza rispetto alle teorie accettate nel relativo campo scientifico, sulla base dell’assunzione che due ipotesi o due teorie che si contraddicono non possono essere entrambe vere. Ma può utilizzarsi tale criterio per controllare le ipotesi su un principio inespresso? La risposta è necessariamente scettica se si considera che principi conflittuali, a differenza delle teorie e delle leggi scientifiche, possono benissimo coesistere. Secondo la nota immagine di Dworkin, i principi «vanno a caccia in coppie». «Ciò significa che nell’estrarre i principi ispiratori da un qualunque gruppo di norme giuridiche sarà assai facile scoprire che si presentano ai nostri occhi principi contrapposti (si pensi al principio della tutela della volontà e a quello della dichiarazione nei contratti), per il semplice motivo che gli istituti giuridici sono quasi sempre il risultato del contemperamento o compromesso tra valori incompatibili, cioè tra principi contrapposti, o divergenti o comunque diversi. Il giurista che cerchi di misurare il peso relativo di tali principi in un insieme di norme avrà sempre un ampio spazio di discrezionalità interpretativa»⁵¹. Questa è una fondamentale differenza fra il «mondo dell’essere» e il «mondo del dover essere». Ovviamente la conflittualità non si identifica con l’incoerenza in senso strettamente logico (*inconsistency*) a livello di principi, ma può significare incoerenza in un senso di

onde supplire alla mancanza di una carta dei diritti applicabile nell’ordinamento comunitario, si è spesso riferita a tali tradizioni (attraverso una operazione ermeneutica di enucleazione normativa), fornendo, tra l’altro, indicazioni suscettibili di utilizzazioni di più vasta portata» (B. Pastore, *Emergenze della tradizione nell’odierna esperienza giuridica*, in «Ars Interpretandi», 8, 2003, pp. 179-210, cit. pp. 197-198).

⁴⁸ Ivi, p. 199. Cfr. G. Zaccaria, *La giurisprudenza come fonte di diritto*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2007, § 6.

⁴⁹ Cfr. Peirce, *Opere*, cit., vol. II; Id., *Scritti scelti*, cit., parti IV-V; nonché Tuzet, *La prima inferenza*, cit., § 31.

⁵⁰ Vedi il dibattito tra B.C. van Fraassen, *Laws and Symmetry*, Oxford, Clarendon Press, 1989; P. Lipton, *Inference to the Best Explanation*, London and New York, Routledge, 1991 (sec. ed. 2004); S. Psillos, *Scientific Realism. How Science Tracks Truth*, London and New York, Routledge, 1999.

⁵¹ Jori, *op. cit.*, p. 24.

«incongruenza» (*incoherence*), oltre che incoerenza in senso logico a livello di applicazione dei principi. Su questo dovremo tornare⁵².

Tutto ciò conferma – se non aumenta – l'importanza della presente analisi: essa intende mettere in luce la costitutiva incertezza dell'inferenza che ricava i principi inespressi e la discrezionalità in essa implicata. Infatti, l'abduzione è un'inferenza più creativa e allo stesso tempo più incerta dell'induzione⁵³. Come pertanto controllarne i risultati?

5. Come si devono inferire i principi?

Nel paragrafo precedente ho sostenuto, sul piano descrittivo, che i principi vengono inferiti essenzialmente per abduzione. In questo paragrafo sosterrò, sul piano prescrittivo, che tali abduzioni, per essere giustificate, devono essere sottoposte a un insieme di test adeguati a controllarne le conclusioni.

In primo luogo, è importante sottolineare la necessità di un qualche test. In secondo luogo, sarà importante discutere di quale.

La necessità di un qualche test deriva dal fatto che, se le conclusioni abduttive non fossero suscettibili di qualche conferma o smentita, le inferenze in questione non sarebbero suscettibili di alcun controllo. Come dunque metterle alla prova? Carcaterra ha opportunamente rilevato come un'abduzione che non sia gratuita si presenta con un certo grado di iniziale probabilità, o verosimiglianza, o plausibilità⁵⁴. Abbiamo detto che nelle inferenze non-deduttive la verità della conclusione non è garantita dalla verità delle premesse, ma abbiamo sottinteso – ed è il momento di esplicitarlo – che esse sono accettabili quando tali conclusioni appaiono comunque come probabili, verosimili, plausibili (non discuterò qui delle differenze fra tali qualificazioni). Appaiono come tali in virtù di precedenti conoscenze, assunzioni e inferenze (che non sono in discussione nel caso particolare). Ora, se il contenuto specifico delle premesse dell'abduzione, unito a tali elementi «di sfondo», fosse l'unico «indizio» di certe conclusioni, queste ultime potrebbero sì avere una certa probabilità, verosimiglianza o plausibilità, ma sarebbero sottratte alla possibilità di un successivo controllo. In termini epistemologici si potrebbe dire che tali inferenze, nella misura in cui si proponessero di essere esplicative di un certo quadro normativo, sarebbero delle *self-evidencing explanations*, cioè delle spiegazioni «auto-evidenzianti»⁵⁵, cioè delle spiegazioni i cui «indizi» sono allo stesso tempo la «conferma», cioè delle spiegazioni circolari e sottratte alla possibilità di un ulteriore controllo.

Come nota Carcaterra, una conclusione abduttiva può essere testata ed eventualmente rafforzata rispetto a certe *condizioni di contorno*, vale a dire rispetto a circostanze non ancora esaminate e suscettibili di confermarla o meno. Carcaterra sottolinea giustamente il carattere «aperto» del modello abduttivo, in più sensi, uno dei quali è che «il suo risultato, anche nel caso della costruzione dei principi, è continuamente esposto alla possibilità della ulteriore conferma come

⁵² Segnalo che questo tema si intreccia a quello delle applicazioni giuridiche della logica nonmonotonica, e del ragionamento defettibile come tipica forma di ragionamento giuridico. Non posso trattarne qui e rimando a H. Prakken, *Logical Tools for Modeling Legal Argument: A Study on Defeasible Reasoning in Law*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1997; P. Livet (éd.), *L'argumentation: droit, philosophie et sciences sociales*, Laval, Les Presses de l'Université Laval, 2000; G. Sartor, *Legal Reasoning. A Cognitive Approach to the Law*, Dordrecht, Springer, 2005; nonché Barberis, *op. cit.*, pp. 125-131.

⁵³ Vedi anche i saggi raccolti in U. Eco, T.A. Sebeok (a cura di), *Il segno di tre. Holmes, Dupin, Peirce*, Milano, Bompiani, 1983.

⁵⁴ Vedi ancora Carcaterra, *op. cit.* Quello che non è opportuno è presentare abduzione e induzione come inferenze alternative, dove l'una esclude l'altra. Piuttosto, all'abduzione di un principio può seguire la sua induzione rispetto a una determinata classe di norme.

⁵⁵ Vedi la discussione in C.G. Hempel, *Aspetti della spiegazione scientifica* (1965), trad. it. parziale con introduzione di M.C. Galavotti, Milano, il Saggiatore, 1986, pp. 64-67.

della smentita»⁵⁶. Si prenda l'esempio del principio di conservazione del negozio giuridico, detto altrimenti degli effetti degli atti giuridici viziati⁵⁷. Supponendo che si inferisca tale principio dagli artt. 1367, 1419 e 1424 c.c., la spiegazione di tali norme in base a tale principio rimarrebbe una spiegazione «auto-evidenziante» se non fosse sottoposta ad alcun tipo di test. Se invece se ne derivasse che, qualora l'ipotesi fosse corretta, dovrebbero darsi delle ulteriori esemplificazioni del principio, si potrebbe procedere alla ricerca di tali esemplificazioni. Se tali esemplificazioni fossero poi riscontrate, ad es. negli artt. 1446 e 1459 c.c., l'abduzione riceverebbe una conferma. Se invece le norme espresse da certe disposizioni fossero l'unico indizio di un principio inespresso, fra l'ipotesi del principio e la sua conferma sembrerebbe esserci una viziosa circolarità. In sintesi: l'ipotesi deve essere testata su altro rispetto a ciò da cui è stata originata⁵⁸.

Questo è stato riconosciuto anche da parte ermeneutica, ad opera di chi ha avvicinato l'abduzione alla precomprensione⁵⁹. Ma a quali test sottoporre le ipotesi sui principi inespressi ricavati da norme espresse?

Aldo Schiavello ha giustamente notato, in primo luogo, che l'individuazione di tali principi non è affatto un'attività meccanica⁶⁰; in secondo, che essa rischia di essere un'operazione circolare in quanto «i principi vengono individuati attraverso le regole le quali, a loro volta, possono essere qualificate e comprese appieno solo attraverso i principi»⁶¹; infine, che «nella maggioranza dei casi, vi è più di un principio inespresso che consente di spiegare e/o giustificare norme espresse»⁶². Sul primo punto sono certamente d'accordo, in quanto ritengo che si tratti di un'attività abduttiva. Sul secondo punto sono altrettanto d'accordo nel segnalare tale rischio e trovo ragionevole la soluzione prospettata da Schiavello, cioè quella di ricorrere all'idea di equilibrio riflessivo fra comprensione delle norme e identificazione dei principi; ma cercherò di delineare una soluzione più specifica e articolata. Sul terzo punto sosterrò che la soluzione da me prospettata consente di rimediare (almeno parzialmente) alla pluralità dei principi ricavabili da norme espresse.

La soluzione e il modello che vorrei prospettare, una volta chiarita la natura abduttiva dell'inferenza di un principio inespresso, consiste nel dedurre da tale supposto principio le sue conseguenze normative rispetto a settori dell'ordinamento e a istituti giuridici pertinenti, quindi nel verificare se in tali settori e istituti si riscontrino delle norme espresse che confermano tale principio, infine nel trarne un «bilancio induttivo», valutando cioè quante e quali norme si siano in tal senso riscontrate. Tale bilancio consentirà di ritenere giustificata o meno l'abduzione iniziale e in caso negativo di modificarla o di formularne una diversa. (Si noti che deduzione e induzione rientrano così in gioco, ma siamo nel contesto della giustificazione, non più della scoperta). Si può considerare che un'articolazione di questo genere sia una specificazione inferenziale della più generica idea di «equilibrio riflessivo» fra regole e principi, o fra norme espresse e principi inespressi. Inoltre, dalla valutazione di un'ipotesi rispetto ad ulteriori documenti normativi può seguire non solo la modifica dell'ipotesi iniziale, ma anche una modifica a livello di norme espresse qualora le relative disposizioni normative siano suscettibili di più interpretazioni e alcune di queste siano preferibili

⁵⁶ Carcaterra, *op. cit.*, p. 138.

⁵⁷ Ivi, pp. 134-135.

⁵⁸ Lipton, *op. cit.*, cap. 8, sottolinea che ai fini della valutazione di una teoria i dati *predetti* sono più importanti di quelli già noti e «sistemati» (*accommodated*).

⁵⁹ «La precomprensione è un procedimento abduttivo. Attraverso di essa non si ricava la soluzione del caso, ma si formula soltanto un'ipotesi. L'ipotesi ha un carattere provvisorio. Abbiamo bisogno di essa per fissare un punto di partenza, il quale indica una direzione che forse ci consentirà di giungere alla soluzione del caso. Imboccata questa strada, è necessario ad ogni modo riflettere continuamente se non sia necessario apportare delle correzioni all'ipotesi di partenza» (A. Kaufmann, *Il ruolo dell'abduzione nel procedimento di individuazione del diritto*, in «Ars Interpretandi», 6, 2001, pp. 321-334, cit. p. 334). Cfr. B. Pastore, *Per un'ermeneutica dei diritti umani*, Torino, Giappichelli, 2003, cap. IV su principi, valori e interpretazione rispetto ai casi concreti. Cfr. D. Canale, *La precomprensione dell'interprete è arbitraria?*, in «Ars Interpretandi», 11, 2006, pp. 327-370.

⁶⁰ Schiavello, *op. cit.*, p. 75.

⁶¹ Ivi, p. 76.

⁶² Ivi, p. 93.

alla luce del principio inferito. In chiave ermeneutica si potrebbero comprendere in tale processo anche i casi concreti cui applicare i principi, ma di questo non tratterò⁶³.

In sintesi, servono sia dei criteri di accettabilità dell'abduzione iniziale sia di giustificatezza delle sue conclusioni. Quanto ai primi, direi che il principio abdotto non deve:

- (a) essere superfluo o ridondante, giacché deve avere una reale capacità esplicativa e giustificativa di norme del sistema;
- (b) essere in palese contraddizione con altri principi del sistema, benché possa essere in conflitto con alcuni di essi.

Si deve invece indicare:

- (c) da quali norme espresse muova l'ipotesi;
- (d) quale sia il settore di rilevanza del principio abdotto.

Quanto ai criteri di giustificatezza dell'ipotesi, naturalmente uno specifico test dipenderà dal sistema giuridico di riferimento, ma a grandi linee i criteri con cui controllare la giustificatezza dell'abduzione si possono formulare in tre passi consistenti nel vedere:

- (1) quante e quali norme se ne possano dedurre (oltre a quelle da cui l'abduzione prende il via);
- (2) se tali norme si riscontrino nel (sotto)sistema;
- (3) se il numero e la rilevanza delle norme che ne sono dedotte e si riscontrano nel (sotto)sistema permettano di considerare il principio abdotto come appartenente ad esso benché eventualmente in conflitto con altri principi⁶⁴.

Questo non elimina una componente discrezionale e di apprezzamento, specialmente nella valutazione finale e nel considerare se le norme dedotte dal principio e riscontrate nel (sotto)sistema siano in numero tale e di rilevanza tale da conferire giustificatezza all'abduzione⁶⁵. Comunque sia, i passi (1)-(3) permettono forse di configurare una test di «congruenza normativa» relativa all'abduzione di principi inespressi. Questo vale soprattutto quando dalle stesse norme si possono estrarre principi diversi (se non incompatibili) e si tratti di vedere quale abduzione sia (più) giustificata: in tali casi (1)-(3) serviranno per procedere all'inferenza della migliore spiegazione e giustificazione delle norme del sistema o sottosistema⁶⁶. Non «migliore» in senso assoluto – né in senso dworkiniano – ma relativamente al contesto. Non è negabile infatti che una o più norme possano derivare *logicamente* da parecchi principi molti dei quali implausibili o persino incompatibili; si tratta di trovarne la migliore spiegazione e giustificazione alla luce del sistema in cui tali norme sono collocate⁶⁷. Quanto alla possibilità di estrarne principi di generalità crescente, si

⁶³ «I principi indicano un indirizzo che trova specificazione nel ritrovamento della regola del caso, caratterizzandosi, nel processo interpretativo-applicativo, che si esplica in un'opera di ponderazione, valutazione e decisione, come guide per la giustificazione della soluzione secondo le linee assiologiche dell'ordinamento» (Pastore, *Per un'ermeneutica dei diritti umani*, cit., p. 142).

⁶⁴ Si noti che questa articolazione riprende la metodologia scientifica di Peirce distinta in abduzione, deduzione e induzione (su cui mi sia permesso rinviare ancora a Tuzet, *La prima inferenza*, cit.). La fase finale è il «bilancio induttivo» delle conseguenze dell'abduzione, cioè la considerazione di quante e quali sue conseguenze permettano di considerarla o meno giustificata.

⁶⁵ Cfr. Jori, *op. cit.*, p. 20; Dworkin, *Taking Rights Seriously*, cit.

⁶⁶ Echeggio qui l'espressione *inference to the best explanation* resa nota in ambito epistemologico da G. Harman, *The Inference to the Best Explanation*, in «The Philosophical Review», 74, 1965, pp. 88-95, e ripresa in particolare da Lipton, *op. cit.*

⁶⁷ Sul punto cfr. H. Kaptein, *Legal Progress Through Pragma-Dialectics? Prospects Beyond Analogy and E Contrario*, in «Argumentation», 19, 2005, pp. 497-507, p. 502. Cfr. D. Patterson, *Interpretation in Law*, in «Diritto e Questioni Pubbliche», 4, 2004, pp. 241-259, p. 249 in particolare. Sui principi come argomenti normativi, vedi J.-R. Sieckmann,

può comunque ritenere che, in quanto più perspicua e più difficilmente falsificabile, «l'abduzione che conclude con il principio meno esteso è più forte dell'abduzione che conclude con il principio più largo»⁶⁸, a patto che muova da sufficienti «indizi» e che trovi delle sufficienti conferme. Si può aggiungere in conclusione che la giustificazione dell'ipotesi non si può stabilire *a priori* ma solo *a posteriori* attraverso i passi (1)-(3).

Un esempio di giustificata abduzione è il principio di separazione dei poteri, che non è espresso come tale in alcun articolo della Carta ma che, una volta inferito da uno di essi – poniamo l'art. 25 – trova numerose e significative conferme in altri punti – quali gli artt. 55 ss. 92 ss. 101 ss. – benché ciò non sia sufficiente a determinarne in modo esaustivo il contenuto⁶⁹. Al contrario, un principio come quello di offensività ha uno statuto problematico⁷⁰ poiché gli artt. 25 e 27 sembrano essere i suoi soli «indizi» costituzionali, con la conseguenza di non poterne dare delle significative conferme o smentite; chi spiega tali articoli in virtù di tale principio ne offre una tipica spiegazione «auto-evidenziante», non suscettibile di essere testata e di mostrare la congruenza fra il supposto principio e il sistema di riferimento.

Ma qui sono necessari due approfondimenti teorici, pur brevi. In primo luogo, i principi non sono entità ontologicamente indipendenti dai giudizi che li pongono o chiamano in causa. Allora abdurli significa crearli anziché scoprirli? L'alternativa è troppo netta, poiché anche di cose poste e non già date è possibile una conoscenza oggettiva⁷¹ e poiché l'abduzione può esserne il tramite. La questione spinosa, semmai, è se un principio implicito possa dirsi in qualche senso «posto». Almeno di alcuni, come quello di separazione dei poteri, lo si può dire, benché il loro contenuto non sia con ciò esaustivamente determinato⁷². (Questa è un'altra, notevole differenza fra il mondo dell'essere e quello del dover essere).

In secondo luogo, non avevamo detto che la coerenza o congruenza non può essere un criterio per la valutazione delle ipotesi sui principi dal momento che questi possono essere in conflitto? Perché ora diciamo che i passi (1)-(3) possono essere un test di congruenza normativa? Che ci siano conflitti fra i principi rimane un punto controverso in teoria del diritto. Credo si possa dire che fra essi non ci sono antinomie in astratto ma solo «in concreto», cioè a livello di conseguenze normative incompatibili che essi collegano al medesimo caso in sede di applicazione⁷³. Dunque c'è incoerenza nel senso di *inconsistency* fra le conseguenze applicative dei principi, non fra i principi stessi. Quale tipo di incoerenza presentano allora i principi? Una forma di «incongruenza»? Se così fosse, non avrebbe senso considerare (1)-(3) come test di congruenza normativa. Come risolvere questo problema? L'idea elaborata da Guastini di una gerarchia assiologica mobile⁷⁴ vale per i conflitti in concreto, mentre non sembra valere per l'inferenza di principi inespressi. La soluzione che vedo consiste nel chiarire per quanto possibile la nozione di «conflitto» fra principi. Direi intuitivamente che il conflitto è una relazione meno forte della contraddizione. La contraddizione c'è o non c'è. Mentre il conflitto può essere graduato, più o meno forte. La stessa differenza si rileva fra le nozioni

Principles as Normative Arguments, in «Rechtstheorie», 21, 2005, pp. 197-209. Cfr. J.L. Coleman, *The Practice of Principle. In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

⁶⁸ Carcaterra, *op. cit.*, p. 138, nota 10.

⁶⁹ Cfr. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., cap. XVI; M. Barberis, *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione*, in «Analisi e diritto 2004», a cura di P. Comanducci, R. Guastini, Torino, Giappichelli, 2005, pp. 1-21. Vedi anche, in riferimento ad altre esperienze giuridiche, A. Barak, *Purposive Interpretation in Law*, Princeton, Princeton University Press, 2005, pp. 373-374.

⁷⁰ Cfr. V. Manes, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2005, cap. 2 in particolare.

⁷¹ Ho trattato di questo tema in G. Tuzet, *La conoscenza giuridica*, in «Notizie di Politeia», 80, 2005, pp. 42-62, cui mi permetto di rinviare.

⁷² M. Radin, *In Defense of an Unsystematic Science of Law*, in «Yale Law Journal», 51, 1942, pp. 1269-1279, p. 1278 in particolare, parla dei principi come di una realtà fattuale ma in costante sviluppo e originata da giudizi individuali.

⁷³ Vedi Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., p. 218, nonché Id., *Ponderazione*, cit., pp. 152-153. Peraltro è «solo nel riferimento alla situazione concreta che la pregnanza assiologica dei principi, la loro fecondità, si lega efficacemente alla loro valenza prescrittiva, in ragione dell'incompletezza strutturale degli enunciati normativi nella guida dell'attività degli interpreti» (Pastore, *Per un'ermeneutica dei diritti umani*, cit., p. 141).

⁷⁴ Guastini, *Ponderazione*, cit., pp. 158-159.

di coerenza logica e di congruenza: due enunciati sono logicamente coerenti o non lo sono; mentre possono essere più o meno congruenti⁷⁵. Se a questo punto consideriamo la congruenza e il conflitto come inversamente proporzionali, possiamo dire che a un maggior grado di congruenza fra principi corrisponde fra essi un minor grado di conflitto e viceversa. La morale che se ne può trarre è che la congruenza non è un test *decisivo* della giustificatezza dell'abduzione di un principio, ma è un test atto a *rafforzare* o *indebolire* le ipotesi in questione e che dovrebbe far escludere le ipotesi poco congruenti senza d'altro canto richiedere una congruenza massima ai fini della loro giustificatezza⁷⁶. In altri termini, a falsificare un'ipotesi qui non basta una singola «eccezione», poiché questa potrebbe dipendere da un principio in conflitto con quello abdotto.

Ovviamente è difficile se non impossibile quantificare tali relazioni di congruenza o conflitto e questo rende nel bene e nel male necessario il ricorso alla discrezionalità non solo nella formulazione ma anche nella valutazione delle abduzioni sui principi. La nozione stessa di «congruenza» è notoriamente difficile se non impossibile da definire in modo analitico. Il che si somma all'ineludibile vaghezza dei principi stessi. Se poi, come ha scritto Damiano Canale, nel contesto contemporaneo «il problema per l'interprete non è più quello di tradurre fedelmente nella realtà l'immagine della vita sociale coniata dal legislatore, quanto piuttosto quello di risalire dalla complessità dei rapporti giuridici a principi normativi che sfuggono ad ogni determinazione definitiva»⁷⁷, allora a maggior ragione sembra impossibile pervenire a dei criteri conclusivi e stringenti sulla giustificatezza delle ipotesi sui principi. Ma un'ultima morale può esserne tratta. Quella di inferire i principi con molta cautela e in modo controllabile, prima ancora di ragionare sulla loro applicazione⁷⁸.

⁷⁵ Cfr. N. McCormick, *Coherence in Legal Justification*, in W. Krawietz et al. (eds.), *Theorie der Normen*, Berlin, Duncker & Humblot, 1984, pp. 37-53.

⁷⁶ Un'altra soluzione potrebbe essere quella di considerare il conflitto fra principi come un insieme di contraddizioni *potenziali*.

⁷⁷ D. Canale, *Forme del limite nell'interpretazione giudiziale*, Padova, Cedam, 2003, p. 20.

⁷⁸ Luzzati conclude così un suo recente lavoro: «*se si ha cuore la certezza del diritto* [...] bisogna usare i principi con parsimonia» (*op. cit.*, p. 929). Cfr. P. Comanducci, *Principi giuridici e indeterminazione del diritto*, in «Analisi e diritto 1997», a cura di P. Comanducci, R. Guastini, Torino, Giappichelli, 1997, pp. 55-68.