

MAURO BARBERIS

*Imperialismo dell'argomentazione?*

*In margine al Curso di Manuel Atienza*

ABSTRACT

The recent textbook by Manuel Atienza *Curso de argumentación jurídica* (2013), provides a powerful vindication of the space of argumentation both in practice and in theory of law. Such a vindication, however, raises the problem, not thematized by the author, of the conceptual boundaries between “interpretation” and “argumentation”: this, in fact, is the main, if not the only, question addressed by this paper. I begin by examining the relationship between the concepts of interpretation and argumentation in the textbook; then, I define their boundaries in terms closer to ordinary language’s senses; finally, I criticize what I call Atienza’s imperialism of argumentation – an attitude analogous to imperialism of morals yet criticized by others and me.

Il recente *Curso de argumentación jurídica* (2013), di Manuel Atienza, non è solo un utilissimo manuale, ma una poderosa rivendicazione dello spazio dell’argomentazione nella pratica e nella teoria del diritto. La rivendicazione, però, solleva il problema concettuale, non tematizzato dall’autore, dei confini fra argomentazione e interpretazione: che è poi il principale problema, se non l’unico, affrontato in questo lavoro. Comincio esaminando i rapporti fra i due concetti nel *Curso*; poi, ridefinisco i loro confini in termini più prossimi ai significati ordinari di “interpretazione” e “argomentazione”; infine, critico quel che chiamo l’imperialismo dell’argomentazione di Atienza, riformulando l’obiezione d’imperialismo della morale già avanzata da altri e dal sottoscritto.

KEYWORDS

argumentation, interpretation, legal reasoning, law, morals

argomentazione, interpretazione, ragionamento giuridico, diritto, morale

MAURO BARBERIS\*

*Imperialismo dell'argomentazione?  
In margine al Corso di Manuel Atienza*

1. *Il posto dell'argomentazione* – 2. *Delimitazione del campo dell'argomentazione* – 3. *Imperialismo dell'argomentazione?*

Una metodologia epistemica che faccia coincidere la ricerca della conoscenza con quella del potere [...] sminuisce inutilmente il valore della conoscenza.

(A. SEN)

Il recente *Curso de argumentación jurídica*, di Manuel Atienza<sup>1</sup>, oltre che un utilissimo manuale, è una poderosa rivendicazione dello spazio dell'argomentazione nella pratica e nella teoria del diritto. Questa rivendicazione, però, solleva il problema, non tematizzato dall'autore, dei confini fra i concetti di argomentazione e interpretazione: che è poi il principale, se non l'unico, affrontato in questo lavoro. Comincio esaminando i rapporti fra i due concetti nel *Curso*; poi, ridefinisco i loro confini in termini più prossimi al senso ordinario dei vocaboli in questione; infine, critico quel che chiamo l'imperialismo dell'argomentazione di

\* Professore ordinario di Filosofia del diritto, Università di Trieste.  
E-mail: [barberis@units.it](mailto:barberis@units.it).

<sup>1</sup> ATIENZA 2013a.

Atienza, riformulando la vecchia obiezione d'imperialismo della morale.

### 1. *Il posto dell'argomentazione*

In ogni teoria dell'interpretazione, dell'argomentazione e del ragionamento giuridico, gli ingredienti principali sono, in ordine di importanza, definizioni, valutazioni e proposizioni. Volendo presentare l'operazione compiuta da Atienza nel *Curso*, dunque, si potrebbe raffigurarla così. L'autore mira, non semplicemente ad analizzare, ma a ridefinire i concetti d'interpretazione, argomentazione e ragionamento giuridico in modo da integrarli in una teoria del diritto prevalentemente normativa, da lui oggi qualificata come post-positivista, pragmatica o critica<sup>2</sup>; il risultato è che il *Curso* assorbe nel concetto di argomentazione non solo tutta l'interpretazione, ma anche tutto il ragionamento giuridico.

Le scelte di Atienza sono ovviamente legittime, ma discutibili. Nel diritto, per argomentazione s'intende di solito l'attività consistente nel fornire argomenti pro e contro una certa attribuzione di significato – ossia l'argomentazione dell'interpretazione – attività che non esaurisce certo il ragionamento giuridico. Atienza, invece, fornisce la

<sup>2</sup> ATIENZA 2013a, 826: «contribuir a la mejora del Derecho y de las instituciones sociales [...] son, yo creo, las unicas finalidades que pueden dar sentido a la teoría del derecho; los propósitos descriptivos y explicativos tienen que estar al servicio de esos fines últimos». Sono d'accordo: i fini ultimi della teoria del diritto sono pratici. Ma è proprio a tali fini pratici che abbiamo bisogno di teorie conoscitive e avalutative, esattamente come in fisica: se non potessimo contare sul carattere conoscitivo e avalutativo delle leggi della meccanica, non potremmo usarle per costruire ponti.

seguito latissima ridefinizione, o forse definizione stipulativa: sarebbe argomentazione ogni attività discorsiva relativa a un problema pratico, volta a formularlo e risolverlo tramite inferenze, che sia inoltre razionale, nel duplice senso di strumentale a un fine ma anche di suscettibile di valutazione etica, oltretutto tecnica<sup>3</sup>.

Una definizione così lata dell'argomentazione, mi sembra, la fa coincidere con il ragionamento giuridico, ma soprattutto restringe indebitamente lo spazio dell'interpretazione. Di fatto, un libro di quasi novecento pagine ricchissimo d'idee, spunti e materiali di approfondimento, tutti didatticamente e scientificamente preziosi, finisce per dedicare espressamente all'interpretazione solo un paragrafo di dodici pagine, situato entro il sesto capitolo intitolato *¿Como analizar las argumentaciones?*<sup>4</sup>. E dico "dedica espressamente" perché poi, in realtà, il libro non fa altro che parlare di interpretazione: ma, appunto, lo fa quasi sempre sotto la rubrica dell'argomentazione.

Né può dirsi che la sproporzione dipenda solo da obiettivi di *promotion* dell'argomentazione, tema al quale la scuola di Alicante dedica un seguitissimo master internazionale<sup>5</sup>. Piuttosto, Atienza persegue l'obiettivo – anticipato ne *El derecho como argumentación*, (2006), che già distingueva le concezioni o dimensioni<sup>6</sup> dell'argomentazione qui chiamate formale, materiale e pragmatica<sup>7</sup> – di costruire una teoria del diritto come argomentazione per più versi analoga alla teoria del diritto come interpretazione di Ronald Dworkin. Si tratta, in entrambi in casi, di teorie

<sup>3</sup> ATIENZA 2013a, 109 s.

<sup>4</sup> ATIENZA 2013a, 513-525.

<sup>5</sup> Cfr. ATIENZA 2013b.

<sup>6</sup> ATIENZA 2013a, 104.

<sup>7</sup> Cfr. ATIENZA 2012.

normative, critiche e/o pragmatiche: cambia solo, in meglio, la denominazione: che nel caso di Dworkin era particolarmente equivoca.

Atienza ridefinisce “interpretazione” nel senso chiamato da Jerzy Wróblewsky stretto, per opposizione al senso lato. In senso lato, “interpretazione” designerebbe qualsiasi attribuzione di significato a qualsivoglia testo, chiaro od oscuro: rendendo «obvio que argumentar implica necesariamente interpretar». Invece, l’adozione del senso stretto – attribuzione di significato a testi oscuri – converte «los problemas interpretativos» in «un subtipo de los problemas argumentativos»<sup>8</sup>. L’interpretazione diviene una delle tante argomentazioni o inferenze giuridiche: alla quale possono dedicarsi le poche pagine già menzionate, destinate originariamente a un altro libro da scrivere con Isabel Lifante<sup>9</sup>.

È forse il caso di ripetere che ridefinire l’interpretazione come sotto-tipo dell’argomentazione, rovesciando la relazione tradizionale fra i due concetti, è perfettamente lecito, e neppure rivoluzionario. Oltre trent’anni fa, ad esempio, già Aulis Aarnio, Robert Alexy e Aleksander Peczenik fecero un’altra importante operazione dello stesso tipo: formulandola però in termini di ragionamento giuridico, e non di argomentazione<sup>10</sup>. Un’operazione di questa portata, però, dovrebbe confrontarsi espressamente con il concetto di interpretazione, e non liberarsene in poche pagine, affermando che “interpretazione” indica «una noción eminentemente polémica»<sup>11</sup>, forse nel senso di *essentially contested*.

Chiamo questo atteggiamento, che riassume e radicalizza tutto il percorso teorico di Atienza, imperialismo dell’argo-

<sup>8</sup> ATIENZA 2013a, 514.

<sup>9</sup> ATIENZA 2013a, 513, n. 25.

<sup>10</sup> Cfr. AARNIO et al. 1987.

<sup>11</sup> ATIENZA 2013a, 514.

mentazione. Si tratta della tendenza a ridurre – non la teoria del diritto, ma – il ragionamento giuridico, e soprattutto l’interpretazione, ad argomentazione: così superando i limiti tracciati sia dai precursori della teoria (Luis Recaséns Siches, Theodor Viehweg, Chaïm Perelman), sia dai sostenitori della teoria standard dell’argomentazione giuridica (Wróblewsky, Aarnio, Alexy, Peczenik e Neil MacCormick)<sup>12</sup>. Discuto nell’ultima sezione l’imperialismo dell’argomentazione: ma segnalo subito che esso produce almeno cinque incongruenze.

*Prima* incongruenza. Si può certo scegliere il senso stretto di “interpretazione”, in omaggio al vecchio ed equivoco brocardo *in claris non fit interpretatio*; a suo modo, lo fa anche Paolo Comanducci in un lavoro già discusso altrove da Atienza, e parzialmente riportato anche nel *Curso*, dove il senso di “interpretazione” chiamato stretto da Wróblewsky veniva ribattezzato semplicemente come *giuridico*<sup>13</sup>. Comanducci, peraltro, non escludeva affatto il senso lato: anche perché, così facendo, tutti i casi d’interpretazione sarebbero divenuti oscuri per definizione, e rispetto a un’interpretazione così ridefinita lo scetticismo interpretativo sarebbe divenuto analiticamente vero.

*Seconda* incongruenza. È soprattutto se si adotta lo scetticismo interpretativo, ammettendo che *tutti* i testi giuridici possano rivelarsi oscuri, che l’argomentazione diventa un tema strategico; è solo a questa condizione, infatti, che

<sup>12</sup> Cfr. già ATIENZA 1991, e oggi ATIENZA 2013a, 31, dove obietta alla teoria *standard* di restringere «excesivamente su campo de estudio, en cuanto se ha centrado básicamente en las argumentaciones llevadas a cabo por los tribunales superiores y, por tanto, en los problemas de interpretación».

<sup>13</sup> Cfr. ATIENZA 2013a, 130-135 e COMANDUCCI 2011, con il commento di Atienza in FERRER, RATTI 2011, 71-79.

diviene necessario giustificare l'attribuzione a un testo di uno fra i suoi diversi significati possibili. Storicamente, l'interpretazione è divenuta l'attività del giurista per antonomasia almeno sin da quando il diritto è stato messo per iscritto; l'argomentazione, invece, è stata tematizzata più tardi, da quando il diritto è stato codificato ed esiste quell'obbligo di motivazione delle sentenze, che è acquisizione ancor più recente nel *common law* che nel diritto continentale<sup>14</sup>.

*Terza incongruenza.* L'obbligo di motivazione, oggi, vale per l'interpretazione di tutti i testi, chiari od oscuri, e bisognerebbe guardarsi come la peste da teorie del ragionamento giuridico che riducano l'interpretazione a una possibilità che diviene attuale solo nel caso di testi oscuri. Il vieto adagio *in claris non fit interpretatio*<sup>15</sup>, infatti, implica un ancor più vieto *in claris non fit argumentatio*; allegare la chiarezza del testo, di fatto, è sempre servito a esentare dall'obbligo di motivare l'interpretazione. Più in generale, interpretazione e argomentazione sono concetti connessi e correlativi, che riguardano attività strettamente intrecciate: che cosa si guadagna, dal punto di vista strettamente conoscitivo, a ridurre una qualunque delle due all'altra?

*Quarta incongruenza.* Nel senso latissimo attribuito da Atienza ad "argomentazione", ogni interpretazione diventa per definizione argomentazione: soluzione di problemi pratici tirando conclusioni da premesse. Se si adotta un senso meno onnicomprensivo, invece, ci si rende conto del fatto che i rapporti fra i due concetti sono sempre stati problematici. Per fare un solo esempio: se *non* si considera argomentazione la mera attribuzione a un testo del suo significato cosiddetto letterale – come fa Giovanni Tarello escludendo l'interpretazione letterale dal proprio elenco degli argomenti, anch'esso

<sup>14</sup> Cfr., da ultimo, FREDA 2012.

<sup>15</sup> Cfr. TARELLO 1996, 67-69.

riportato nel *Curso* – allora può ben darsi interpretazione senza argomentazione: cosa che risulta inconcepibile, invece, adottando il senso di Atienza.

*Quinta* e ultima incongruenza. Che senso ha attribuire ad “argomentazione” un senso tanto lato da renderlo coestensivo a “ragionamento giuridico”? La domanda non è retorica: in realtà, allargare così tanto il senso di “argomentazione” serve davvero a uno scopo: non certo a ridurre tutto il diritto ad argomentazione – come Atienza precisa opportunamente più volte – ma a far ruotare tutta la pratica e la teoria del diritto intorno alla discussione sui valori. Ora, credo anch’io che la dimensione dei valori sia essenziale per una teoria del diritto nello Stato costituzionale; ma – e questa invece è una domanda retorica – è indispensabile, per sottolinearlo, allargare indefinitamente il senso di “argomentazione”?

## 2. *Delimitazione del campo dell’argomentazione*

Per ricostruire in modo più equilibrato i rapporti fra interpretazione e argomentazione, osservo anzitutto che, prima della distinzione fra interpretazione in senso lato e in senso stretto, *à la* Wróblewsky, ce n’è almeno un’altra, tanto comune da essere menzionata in un passo di Alf Ross<sup>16</sup>, e da essere usata dallo stesso Atienza, sia pure impiegando la stessa denominazione utilizzata per l’altra<sup>17</sup>. Mancando una denominazione consolidata, in effetti, nei miei lavori distinguo fra interpretazione in senso generico e in senso

<sup>16</sup> Riportato in ATIENZA 2013a, 517.

<sup>17</sup> Cfr. ATIENZA 2013a, 436: «El término “interpretación” ha de entenderse aquí en sentido estricto. En un sentido más amplio, cabría decir que todos los problemas normativos son problemas de interpretación».

specifico. In senso *specifico*, “interpretazione” continua a indicare qualsiasi attribuzione di significato: a testi oscuri (senso stretto), a testi chiari (senso lato), o anche a fatti (senso latissimo).

In senso *generico*, invece, “interpretazione” indica poco meno che l’intera attività dei giuristi, o, più precisamente, la loro attività intellettuale o razionale: che è poi il ragionamento giuridico, compresa l’argomentazione dell’interpretazione. Insomma, l’attività discorsiva e/o razionale dei giuristi – il ragionamento giuridico – si presta a essere raffigurata, o forse semplicemente denominata, in due modi opposti. O, come usa a Genova – ma forse non solo lì – come interpretazione nel senso generico, comprensiva dell’argomentazione dell’interpretazione in senso specifico; oppure, come usa ad Alicante, come argomentazione, in un senso tanto lato da ricomprendere l’interpretazione in senso specifico.

Nell’analisi del linguaggio, com’è noto, gli usi ordinari sono solo la prima parola, non l’ultima; d’altra parte, qualsiasi definizione, se non vuole ridursi a una mera stipulazione, dovrebbe tener conto degli usi ordinari delle parole: e quindi, in questo caso, dell’uso prevalente di “argomentazione” per una parte dell’interpretazione in senso generico, parte a sua volta funzionale all’interpretazione in senso specifico. Il mio obiettivo, peraltro, non è certo difendere gli usi ordinari o, Dio ne scampi, gli usi genovesi contro quelli alicantini, bensì di tracciare una distinzione fra interpretazione e argomentazione che sia, intanto, compatibile con gli usi ordinari, ma poi, e soprattutto, utile a fini sia conoscitivi sia normativi.

Rifiutando entrambe le tentazioni riduzioniste – quella genovese a ridurre il ragionamento giuridico a interpretazione, e quella alicantina a ridurlo ad argomentazione – scelgo di partire da due significati più circoscritti, sia di “interpretazione” sia di “argomentazione”. Dal lato dell’interpretazione, scelgo di partire dal senso specifico di “interpretazione”: l’attribuzione di si-

gnificato, in particolare a testi<sup>18</sup>. Dal lato dell'argomentazione, invece, scelgo di partire dal senso ordinario di "argomentazione": che peraltro – e su questo ha ragione Atienza – da tempo non è più limitato all'argomentazione dell'interpretazione, ma si estende a tutte le inferenze non logico-deduttive, e potrebbe perciò chiamarsi *inferenziale*<sup>19</sup>.

Fra il senso di "argomentazione" come argomentazione dell'interpretazione, che potrebbe dirsi *minimo*, e quello onnicomprensivo di Atienza, che potrebbe dirsi *massimo*, ve n'è uno intermedio, ma più vicino al massimo che al minimo. In questo terzo senso, l'argomentazione ricomprende tutti i ragionamenti giustificativi ulteriori all'interpretazione e alla deduzione: i problemi della sussunzione e qualificazione del fatto, compresi i temi dell'applicabilità e della defettibilità, le inferenze probatorie, induttive o abduttive, per non parlare di tutta la topica, la retorica, la dialettica... Un universo di temi, come si vede, tale da giustificare ampiamente l'allargamento del significato compiuto da Atienza.

Sinché "argomentazione" non diventa sinonimo di "ragionamento giuridico" e non assorbe la deduzione e l'interpretazione, del resto, largheggiare sull'estensione del termine è opportuno, perché non sfuggano all'attenzione temi importanti. Il problema comincia quando, come in questo lavoro, ci si chiede dove comincia l'argomentazione e dove finisce l'interpretazione. Nel linguaggio ordinario, la delimitazione fra i due concetti è sfuggente; di più, anche dopo le precisazioni compiute qui, resta ovvio che i sensi (specifico) di "interpretazione" e (inferenziale) di "argomentazione" finiscono spesso per

<sup>18</sup> A rigore, peraltro, può parlarsi di attribuzione di significato anche a fatti (il senso latissimo di Wróblewski, la qualificazione del fatto) e a comportamenti (l'interpretazione della consuetudine).

<sup>19</sup> Anche nel senso dell'inferenzialismo semantico di Robert Brandom e, in Italia, di Damiano Canale e Giovanni Tuzet.

sovrapporsi. Il problema, peraltro, resta maledettamente importante, benché sempre affrontato sotto altre rubriche.

Si pensi, anzitutto, alle distinzioni fra interpretazione e integrazione, o costruzione, o creazione, fra interpretazione estensiva e analogia, norme esplicite e norme implicite: distinzioni tracciate, in Italia, con riferimento all'art. 12 delle Preleggi al Codice civile. Si pensi, poi, alla discussione sull'interpretazione costituzionale, viziata proprio dalla confusione fra interpretazione della costituzione, non troppo dissimile dall'interpretazione della legge ordinaria, e argomentazione costituzionale, l'arsenale degli argomenti impiegati tipicamente dai giudici costituzionali, come ponderazione, proporzionalità, ragionevolezza e simili. Ma si pensi allo stesso tema dei rapporti fra diritto e morale: a che punto si smette d'interpretare il diritto com'è, e si comincia a cambiarlo nel senso del diritto che si vorrebbe che fosse?

Una discussione su molti di questi problemi si è svolta recentemente sulle pagine della *Rivista di filosofia del diritto*, a proposito di un libro di Riccardo Guastini intitolato, guarda caso, proprio *Interpretare e argomentare* (2011). Giorgio Pino ed Enrico Diciotti hanno opportunamente revocato in dubbio molte delle (pretese) dicotomie appena menzionate, se non la stessa opposizione che vorrebbe riassumerle e giustificare tutte, fra creazione e applicazione del diritto<sup>20</sup>. Tutto ciò produce un bel dilemma, sia conoscitivo sia normativo: difendere tutte le piccole dicotomie, palesemente vaghe, al solo fine di difendere la grande opposizione, oppure lasciare che vengano travolte le une e l'altra<sup>21</sup>?

<sup>20</sup> Cfr. GUASTINI 2011, GUASTINI 2013, DICIOTTI 2013, PINO 2013.

<sup>21</sup> Difendere le piccole dicotomie perché non vada travolta la grande è la strategia (politica) dichiarata da VILLA 2011: altro autore pragmatista che fa esplicitamente discendere le scelte definitorie da scelte normative, come Atienza.

Qui vorrei sostenere che una distinzione concettuale fra interpretazione e argomentazione si possa tracciare, che essa passi fra quelli che Tarello chiamava usi interpretativi e usi produttivi dell'argomentazione, e che emerga anche dalla discussione appena segnalata. Nella replica, infatti, Guastini ammette sì che fra norme espresse, frutto d'interpretazione, e norme inespresse, frutto di argomentazione, il confine è labile: «non esiste una chiara distinzione tra ciò che un testo significa e ciò che il suo significato implica»<sup>22</sup> o – direi piuttosto – ciò che dal suo significato si può inferire. Eppure la distinzione sta proprio qui: sta fra l'attribuzione di significato a una disposizione, e le inferenze che da tale significato si possono trarre.

La distinzione fra quanto un testo significa (interpretazione) e quanto se ne può inferire (argomentazione) è fissata – in ogni momento, benché in modo mutevole fra momento e momento – dall'uso consolidato dei giuristi e, in ultima istanza, degli organi dell'applicazione. Poniamo che l'articolo 48 Cost. it., «Sono elettori tutti i cittadini» sia oggi comunemente interpretato *a contrario*, nel senso che i *non* cittadini *non* sono elettori: bene, questa è, oggi, la norma esplicita, l'interpretazione della disposizione. Invece, le interpretazioni letterale e analogica – l'art. 48, in realtà, nulla dice sui non cittadini, vi è una lacuna colmabile per analogia – oggi, producono norme inespresse e possono dirsi frutto di argomentazione: benché il rapporto possa sempre invertirsi domani.

### 3. *Imperialismo dell'argomentazione?*

Ci sono forti ragioni conoscitive, come s'è visto, per allargare il significato di “argomentazione”, benché non

<sup>22</sup> Così GUASTINI 2013, 135.

per ridurre il significato di “interpretazione”, rispetto ai loro usi ordinari. L’allargamento compiuto nel *Curso*, peraltro, è giustificato soprattutto da ragioni normative; l’imperialismo dell’argomentazione, cioè, pare la più sofisticata riformulazione di una posizione criticata da me e da altri come imperialismo della morale. Carlos Nino, tuttora il punto di riferimento di Atienza, scriveva nel postumo *Derecho, moral y política* (1994), esattamente vent’anni fa, che «il discorso morale della modernità ha un carattere *imperialista* che impedisce la sussistenza di discorsi giustificativi insulari»: sicché il diritto non giustificerebbe azioni o decisioni a meno di essere conforme alla morale<sup>23</sup>.

A questa posizione, e più in generale alla tesi dell’unità del ragionamento pratico<sup>24</sup>, Cristina Redondo e il sottoscritto rimproveravamo, per ragioni diverse, di subordinare il diritto alla morale: istituendo fra essi una triplice connessione necessaria – definitoria, giustificativa e interpretativa – a senso unico, dalla morale al diritto<sup>25</sup>. La necessità di tale connessione, specie nel ragionamento giudiziale, è dubbia: il giudice è tenuto a motivare le proprie decisioni sulla base del diritto, e non della morale<sup>26</sup>. Comanducci, nel lavoro già citato e parzialmente riportato nel *Curso*, sosteneva che tale necessità è meramente definitoria:

<sup>23</sup> NINO 1999, 67.

<sup>24</sup> Cfr. da ultimo DWORKIN 2013. Nel dibattito metaetico odierno, questa posizione si chiama monismo, per opposizione al pluralismo dei valori, ma credo possa caritatevolmente reinterpretarsi come una sorta di principio di indivisibilità di tutti i valori, un po’ come nel Preambolo della Carta di Nizza (2000): dei valori si tiene conto nel loro complesso, non separatamente.

<sup>25</sup> Cfr. REDONDO 1998, specie 365, e sin dal titolo BARBERIS 2003.

<sup>26</sup> Cfr. NAVARRO, REDONDO 1994, 77.

dipende dalla definizione di “ragione ultima” come ragione morale implicitamente adottata da Nino<sup>27</sup>.

Tutti i partecipanti alla discussione di vent’anni fa oggi sostengono posizioni più articolate: e lo fa anche Atienza. Pur rigettando a più riprese l’accusa di imperialismo della morale, infatti, egli ammette di adottare, oggi, una posizione che lascia maggior spazio alle ragioni istituzionali giuridiche – le ragioni del diritto come istituzione – rispetto alle ragioni morali. Il ragionamento giuridico, per lui, adotta una razionalità del *second best*, che non persegue più la soluzione *morale* migliore, ma la soluzione *giuridica* migliore compatibile con la morale<sup>28</sup>. Atienza, in altri termini, adotta il modello di giustificazione a due livelli proposto da Nino in *Fundamentos de derecho constitucional* (1992), la cui parte cruciale, riportata nel *Curso*, può sintetizzarsi così.

«Frente al riesgo de una concepción del razonamiento jurídico justificativo que, al basarse en la moral, convierta en superflua la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico [...] creo que la solución está dada por un tipo de razonamiento *escalonado en dos niveles*: a) En el nivel primero y más básico se deben articular las razones que legitiman o no la práctica social constituida por la presente Constitución [...] Pero en este primer nivel del razonamiento práctico se deben tener en cuenta cuáles son las alternativas realistas a la preservación de la presente Constitución. Es posible que, si bien ella esté bastante

<sup>27</sup> ATIENZA 2013a, 132.

<sup>28</sup> Cfr. ATIENZA 2013a, 357 dove, riferendosi a Nino, osserva che «la moral no juega, por ello, un papel “imperialista”, puesto que no puede imponer siempre lo que sería, en abstracto, la mejor solución [sino] habla, por tanto, de la racionalidad jurídica como “de una racionalidad de lo segundo mejor”».

distante del punto óptimo de legitimidad, [...] cualquier alternativa realista esté todavía más alejada [...]; b) Si el resultado del razonamiento del primer nivel es favorable a la legitimidad, aún imperfecta, de la presente Constitución, es posible pasar al segundo nivel, en que se trata de aplicar esa Constitución para justificar acciones o decisiones»<sup>29</sup>.

Di fronte alla decisione di un caso, dunque, il giudice dovrebbe chiedersi, prima, se la costituzione vigente sia moralmente legittima ma anche se vi siano realistiche alternative ad essa; essendo quasi sempre tali alternative aleatorie, di solito egli deciderà il caso sulla base del diritto fondato sulla stessa costituzione: le ragioni istituzionali, cioè, finiscono normalmente per prevalere sulle ragioni morali. La morale continua a essere interpellata per prima, ma il giudice, in mancanza di alternative, decide quasi sempre sulla base del diritto. Viene anzi da chiedersi quando mai potrebbe rifiutarsi di farlo, stretto com'è nella tenaglia fra l'accusa di denegata giustizia e le dimissioni dalla magistratura<sup>30</sup>; eppure, come vedremo fra un attimo, un'alternativa c'è: si chiama interpretazione.

Il modello a due livelli che Atienza riprende da Nino presta meno il fianco all'accusa di imperialismo della morale delle loro posizioni precedenti: il ruolo che vi gioca la morale, infatti, è massimo in teoria, ma minimo in pratica. Di fatto, la morale gioca forse un ruolo maggiore nella

<sup>29</sup> ATIENZA 2013a, 359.

<sup>30</sup> È probabile che qui Nino pensasse a casi del tipo del diritto nazista, e non al caso *standard* dell'applicazione del diritto nello Stato costituzionale. Se si accetta la critica del fondazionalismo, nota come argomento del Trilemma di Münchhausen, proposta da Hans Albert, comunque, appare problematico già parlare di una legittimità politica o morale del sistema giuridico come un tutto, distinta dalla legittimità costituzionale: cfr. BARBERIS 2014, 165-171.

teoria dell'argomentazione di Jürgen Habermas, retta dalla Tesi della complementarità fra diritto e morale: Tesi che si sottrae all'accusa di imperialismo della morale, peraltro, proprio perché non subordina affatto il diritto alla morale, ma assegna loro funzioni differenti, autonome e complementari<sup>31</sup>. La teoria di Nino-Atienza è però ancora passibile di un'altra critica, in termini non più di imperialismo della morale ma di imperialismo dell'argomentazione.

Il modello di Nino-Atienza resta soggetta all'obiezione di imperialismo della morale perché continua a subordinare il diritto alla morale: come se una soluzione morale, dettata da una morale positiva o critica, fosse sempre, per definizione, migliore di una soluzione giuridica, ciò che potrebbe essere contestato almeno dai giuspositivisti normativi. Il modello di Nino-Atienza, in più, si espone all'obiezione di imperialismo dell'argomentazione: infatti, sia di fatto sia di diritto, privilegia l'argomentazione (morale) rispetto all'interpretazione (giuridica). Ma, di fatto, il giudice si chiederà davvero se vi siano alternative realistiche alla costituzione vigente, come vorrebbero Nino e Atienza, o piuttosto cercherà di reinterpretare costituzione o disposizione ingiuste? E, di diritto, cos'altro mai potrebbe fare?

Forse, il modello di giustificazione a due livelli, pionieristico nella teoria del ragionamento giuridico<sup>32</sup>, potrebbe

<sup>31</sup> Cfr. HABERMAS 1996, 130: «il diritto positivo porta sempre dentro di sé un incancellabile riferimento alla morale. Ma questo riferimento alla morale non deve indurci a subordinare il diritto alla morale nel senso di una gerarchia tra norme [...] Piuttosto, la morale autonoma da un lato e il diritto positivo (sempre bisognoso di fondazione) dall'altro si collocano in un rapporto di complementarità».

<sup>32</sup> Il modello di giustificazione a due livelli risale almeno al *rule* o *restricted utilitarianism*, dunque al ragionamento morale, ma è stato

riformularsi in modo più rispettoso, e della distinzione fra regole e principi, accettata anche da Atienza, e della distinzione fra interpretazione e argomentazione abbozzata qui. Il *primo* livello riguarderebbe i *principi* costituzionali, come formulazione giuridica di valori morali o più generalmente etici; nello Stato costituzionale, in effetti, quali che siano il tipo di rigidità della costituzione e i sistemi di controllo di legittimità adottati, la prima domanda che l'applicatore si pone o dovrebbe porsi è proprio questa: la disposizione da applicare è conforme alla costituzione, nell'una o nell'altra delle rispettive interpretazioni?

Il *secondo* livello giustificativo, invece, riguarderebbe le *regole*, da applicare sulla base delle scelte fatte al primo livello, interpretando, applicando o integrando le disposizioni rilevanti. Schematicamente, al primo livello, si argomenta più che interpretare, al secondo, si interpreta più che argomentare; fra i due livelli, un ruolo decisivo è giocato dalla cosiddetta interpretazione adeguatrice: argomento dell'interpretazione costituzionale che può assumere funzioni tanto interpretative quanto produttive. Ma un ruolo continua a essere giocato dalla critica morale del diritto, in base alla Tesi della complementarità: anche nello Stato costituzionale, infatti, non tutti i valori morali divengono interni all'ordinamento.

Nel Dialogo che conclude il *Curso* lo stesso Atienza qualifica la relazione diritto-morale in termini, non più di mezzo a fine, ma di parte rispetto al tutto<sup>33</sup>; lungi dall'essere solo una tecnica al servizio della morale, il diritto potrebbe

applicato al ragionamento giudiziale almeno sin da WASSERSTROM 1961.

<sup>33</sup> Letteralmente: «en fin, además de la relación medio-fin, creo que habría que considerar la relación parte-todo para dar adecuadamente cuenta del valor del Derecho» (ATIENZA 2013a, 831).

considerarsi esso stesso un valore: interpretazione e argomentazione, regole giuridiche e principi costituzionali, giocano dunque funzioni complementari e indivisibili. Nella pagina finale del *Curso*, anzi, Atienza scrive che

«El Derecho no son solo actos intencionales y los resultados buscados con esos actos, sino una institución de la cual forman parte elementos que nunca han sido queridos por nadie, que están por encima de las conciencias individuales»<sup>34</sup>.

Concordo pienamente<sup>35</sup>.

<sup>34</sup> ATIENZA 2013a, 836.

<sup>35</sup> Cfr. BARBERIS 2013.

### Riferimenti bibliografici

- AARNIO A., ALEXU R., PECZENIK A. 1987. *I fondamenti del ragionamento giuridico*, in COMANDUCCI P., GUASTINI R. (eds.). *L'analisi del ragionamento giuridico*, Torino, Giappichelli, 1987, 121-187. Tr. parz. di R. Guastini da *The Foundation of Legal Reasoning* in «Rechtstheorie», 12, 1981, 133-158, 257-279, 423-448.
- ATIENZA M. 1991. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- ATIENZA M. 2012. *Diritto come argomentazione. Concezioni dell'argomentazione*, Napoli, Editoriale scientifica. Tr. di V. Nitrato Izzo, da *El derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006.
- ATIENZA M. 2013a, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta.
- ATIENZA M. 2013b, *Constitución y enseñanza de la argumentación jurídica*, prólogo a GRÁNDEZ P., MORALES F. (eds.), *La argumentación jurídica en el Estado constitucional*, Lima, Palestra, 15-18.
- BARBERIS M. 2003. *Neoconstitucionalismo, democracia y imperialismo de la moral*, in CARBONELL M. (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 259-281. Tr. di S. Sastre da *Neocostituzionalismo, democrazia e imperialismo della morale*, in «Ragion pratica», 14, 2000, 147-162.
- BARBERIS M. 2013. *Los derechos humanos como adquisición evolutiva*, in «Doxa», 36, 25-40.
- BARBERIS M. 2014. *Introduzione allo studio del diritto*, Torino, Giappichelli.
- COMANDUCCI P. 2011. *Sobre la interpretación jurídica*, in FERRER BELTRAN J., RATTI G.B. (eds.), 2011. *El realismo jurídico genovés*, Barcelona, Marcial Pons, 51-70.

- DWORKIN R. 2013. *Giustizia per i ricci*, Milano, Feltrinelli. Tr. di V. Ottonelli da *Justice for Hedgehogs*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2011.
- DICIOTTI E. 2013. *Norme espresse e norme inespresse. Sulla teoria dell'interpretazione di Riccardo Guastini*, in «Rivista di filosofia del diritto», 103-123.
- FREDA D. 2012. «Una dispotica creazione». *Il precedente vincolante nella cultura giuridica inglese dell'Ottocento*, Torino, Giappichelli.
- GUASTINI R. 2011. *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè.
- GUASTINI R. 2013. *Replica*, in «Rivista di filosofia del diritto», 1, 125-136.
- HABERMAS J. 1996, *Fatti e norme*, Milano, Guerini. Tr. di L. Ceppa da *Faktizität und Geltung*, Frankfurt, Suhrkamp, 1992.
- NAVARRO P., REDONDO C. 1994. *Normas y actitudes normativas*, Fontamara, México.
- NINO, C.S. 1999. *Diritto come morale applicata*, Milano, Giuffrè. Tr. di M. La Torre, *Derecho, moral y política*, Barcelona, Ariel, 1994.
- PINO G. 2013. *Interpretazione cognitiva, interpretazione decisoria, interpretazione creativa*, in «Rivista di filosofia del diritto», 1, 77-101.
- REDONDO C. 1988. *El carácter práctico de los deberes jurídicos*, in «Doxa», 21 (2), 1998, 355-370.
- TARELLO G. 1976. *Storia della cultura giuridica moderna, vol. I: Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, il Mulino.
- VILLA V. 2011. *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica*, Torino, Giappichelli.
- WASSERSTROM R.A. 1961. *The Judicial Decision: toward a Theory of Legal Justification*, Stanford, Stanford University Press.