



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

2015

FASCICOLO 2

(ESTRATTO)

JESSICA MAZZUCA

**MANUEL ATIENZA , *Il diritto come
argomentazione. Concezioni
dell'argomentazione*
Napoli, 2012, p. 330.**

23 dicembre 2015

JESSICA MAZZUCA¹

**Manuel Atienza , *Il diritto come argomentazione.*
Concezioni dell'argomentazione
Napoli, 2012, p. 330**

Riflettere sull'argomentazione giuridica non vuol dire soltanto ripercorrere le principali linee teoriche del dibattito che si è sviluppato a partire dalla fine degli anni '50, quando vengono pubblicati la Topica di Viehweg e la Nuova Retorica di Perelman e Olbrechts-Tyteca. Lo studio dell'argomentazione giuridica proietta, anche, verso l'esame delle prospettive di evoluzione del concetto di diritto nell'attuale contesto sociale multiculturale dove, ai tradizionali modelli di ispirazione formale, si prediligono schemi fondati sulla flessibilità, sull'apertura e sul dialogo.

Nelle dense ed eleganti pagine dedicate al tema dell'argomentazione giuridica, Manuel Atienza, persegue un approccio originale e coglie l'occasione per formulare una proposta teorica volta a ricostruire l'argomentazione come "un'istanza immanente" al Diritto. La tesi di fondo è che l'argomentazione, è così essenziale per il Diritto da essere considerata uno dei suoi elementi

¹ Dottoranda di ricerca in "Teoria del diritto e ordine giuridico europeo", Università "Magna Græcia" di Catanzaro.

costitutivi, poiché contribuisce «ad una migliore teoria e ad una migliore pratica giuridica»².

L'adozione del paradigma diritto-argomentazione deve, di sicuro, il suo tributo ai contesti politici ed economici che si sono venuti a delineare nel passaggio dallo Stato di Diritto allo Stato costituzionale. Un cambiamento che ha segnato l'emergere di istanze a tutela dei diritti fondamentali, ed il recupero della relazione tra diritto e morale, risolta invece, dalla tradizione giuspositivistica in termini di netta separazione. È noto come all'indomani dell'avvento degli Stati costituzionali, il sistema, prima chiuso e ripiegato sulla volontà dello Stato, si apra per necessità ad un corrispondente pluralismo giuridico interno ed esterno, in cui allo Stato non resta che ammettere le nuove risposte normative –il diritto giurisprudenziale, il diritto derivato dai principi, il diritto internazionale- che giustappongono al diritto vigente il diritto vivente.

Il lavoro compiuto da Atienza è teso a sottolineare come proprio l'approccio argomentativo del diritto tenga conto di queste trasformazioni, nell'intento di restituire al diritto la sua dimensione pratica, spesso smarrita anche dal giurista. In particolare, la centralità del discorso argomentativo nella pratica giuridica è stata messa in luce da Atienza seguendo un percorso che si snoda attraverso la riflessione sulle teorie classiche dell'argomentazione, fino ad arrivare al dibattito contemporaneo, incentrato sui testi fondamentali di Alexy, MacCormick, Aarnio e Peczenik.

Nella prima parte del libro, Atienza affronta i teorici che hanno stimolato la ripresa dell'interesse per il tema e, allo stesso tempo, riesamina le principali teorie classiche dell'argomentazione, allo

² M. ATIENZA, *Il diritto come argomentazione. Concezioni dell'argomentazione*, Napoli, 2012, p. 53.

scopo di prenderne le distanze e ricostruire i processi argomentativi in un'ottica che valorizzi non solo l'aspetto logico-formale (tipico dei modelli argomentativi "classici"), ma anche quello pratico, senza scadere in inutili eccessi. L'intento di Atienza è, infatti, quello di rivalutare non soltanto la portata teorica del ragionamento giuridico, ma anche il suo valore morale e politico, pervenendo, in tal modo, ad una concezione di diritto, non più statica ed ai margini del sistema, ma dinamica e all'interno dei processi democratici, frutto di una rinnovata dialettica.

Il diritto come argomentazione è titolo che lascia intendere che si tratti di un'opera, non solo metodologica, ma epistemologica, che rivela l'intento dell'autore di non volere essere collocato nel solco del giuspositivismo, né del giusnaturalismo e neppure del giusrealismo; nonché di non essere affatto nichilista. Così, Atienza inizia a tessere la sua trama mettendo in luce come, le tre grandi famiglie teoriche del giusnaturalismo, del normativismo positivo e del realismo, abbiano finito tutte per disinteressarsi dell'aspetto pratico del diritto. Il giusnaturalismo si è rivolto alla ricerca dell'essenza del diritto, nel tentativo di dimostrare una connessione tra il mondo del diritto ed un ordine di natura superiore, mentre il normativismo ha preferito al momento applicativo, una realtà previamente data. E lo stesso realismo giuridico, specie quello americano, pur guardando al diritto come un fenomeno essenzialmente dinamico, si è, alla fine, disinteressato del problema dell'argomentazione, per via della sua idiosincrasia nei confronti della logica formale.

Atienza non manca, però, di individuare, in seno a queste correnti, segnali, modesti, di apertura al tema dell'argomentazione, scorgendoli tra le pagine degli scritti di Hart, successivi a *The concept of Law*, negli sforzi di Radbruch votati alla ricerca di un nuovo diritto

naturale, per non dimenticare gli apporti di Finnis e Fuller. Tuttavia, ciò non altera il giudizio finale negativo che Atienza riserva a queste teorie, visto che, in fondo, nessuna di esse è stata in grado di giustificare il ruolo dell'argomentazione nel diritto.

Se, dunque, gli studi tradizionali, appaiono insoddisfacenti, è necessario rivolgersi ad altri modelli. Così, Atienza rivolge la propria attenzione agli esponenti di quella che definisce la teoria "standard" dell'argomentazione giuridica: Alexy, MacCormick, Aarnio e Peczenik. Costoro mostrano di avere aderito ad una prospettiva a partire dalla quale ai processi interpretativi ed argomentativi viene riconosciuta una rilevanza, soprattutto pragmatica, sconosciuta ai teorici del positivismo giuridico. Si tratta di un modello di ragionamento giuridico che utilizza gli strumenti messi a disposizione dalla filosofia analitica, coniugandoli con elementi procedurali. L'intento perseguito da questi autori è la non arbitrarietà delle decisioni giudiziali e l'appropriatezza sostanziale delle determinazioni finali, relative alle conseguenze giuridiche delle azioni degli individui. Per tale ragione, tanto in Alexy, Aarnio e Peczenik, come in MacCormick, sebbene quest'ultimo tenda a prediligere lo schema della logica deduttiva, l'accento è posto sull'elemento giustificativo e su quello discorsivo che, in questa prospettiva, garantiscono la non arbitrarietà della decisione, a tutto vantaggio della certezza del diritto.

Tuttavia, per Atienza, anche queste teorie sono incomplete. Esse si mostrano molto interessate all'elemento dialettico e procedurale dell'argomentazione, mentre risultano poco attente all'aspetto fattuale. Diversamente, per Atienza, quel che conta non è solo il modo con cui i diversi argomenti si rapportano tra loro, ma soprattutto il loro contenuto. Questa doppia dimensione è necessaria perché il semplice rispetto delle forme e delle procedure non è

sufficiente, dal momento che le forme sono per definizione vuote e, perciò, possono essere compatibili con quasi tutti i contenuti. Di qui, la necessità, per Atienza, di fare riferimento tanto all'aspetto pragmatico quanto alla dimensione fattuale e materiale dell'argomentazione, senza sminuire il ruolo dell'inferenza logica.

Sulla base di tali considerazioni, Atienza conclude le prime cinquanta pagine del libro affermando che l'argomentazione giuridica debba avere tre componenti, non alternative ma, interdipendenti tra loro: la dimensione logico-formale, quella materiale ed infine quella pragmatica. A questo punto, dobbiamo chiederci in che senso ognuna di queste tre concezioni, di regola trattate singolarmente, sia chiamata ad integrare il concetto di argomentazione.

La prima concezione, quella formale, è vincolata alla soluzione di problemi logico-formali, che involgono aspetti che sono, per così dire, sganciati dalla realtà empirica. Si tratta di un tipo di ragionamento che non si cura del significato concreto di una proposizione, cioè se questa sia buona o corretta. Piuttosto, si interessa dell'osservanza delle regole dell'inferenza logica, cioè valuta se un argomento sia o meno conforme agli schemi deduttivi, quelli che assicurano che se le premesse sono vere o valide, allora anche la conclusione è valida. Sicché nella dimensione formale dell'argomentazione, la validità di un argomento è una questione di pura forma. Per converso, se ci muoviamo sul piano della dimensione materiale, ci accorgiamo che le premesse e le conclusioni di un ragionamento non sono oggetto di semplice constatazione, ma il risultato di un sofisticato ragionamento sugli elementi della vicenda concreta. Tanto le premesse quanto la conclusione sono enunciati interpretati, e non "dati" e, in quanto tali, destinati necessariamente a coinvolgere la personalità di chi è chiamato ad argomentare.

In tal modo, nella concezione materiale, affinché un'argomentazione sia "buona", non è soltanto importante che tra le premesse e la conclusione vi sia "correttezza logica", nel senso di conformità agli schemi della logica deduttiva. La forza e la validità di un argomento dipende da fattori ulteriori, desumibili dal contesto fattuale della vicenda (c.d. premessa minore) e dal dato normativo di riferimento (c.d. premessa maggiore), sulla cui scorta il giudice è chiamato a fornire le ragioni, o meglio, la giustificazione posta a fondamento della sua conclusione.

Queste conclusioni sono ulteriormente elaborate sul piano della concezione pragmatica dell'argomentazione. Qui, infatti, ciò che importa è che l'argomentazione, compiuta nel rispetto degli schemi deduttivi e in conformità alla vicenda concreta, risulti anche "accettata" dall'uditorio. Questo vale sia sul piano del discorso, dove ad agire sono due o più soggetti, sia nel caso della retorica dove, di regola non vi sono più contendenti, ma un oratore, desideroso di ottenere l'assenso dell'uditorio.

Così descritti, tanto gli elementi formali quanto quelli materiali e pragmatici giocano, per Atienza, il loro ruolo nel contesto argomentativo, ognuno con i propri pregi ed i propri limiti, senza che questo ne precluda, però, una loro trattazione unitaria.

Questa è, infatti, la teoria portata avanti da Atienza, secondo la quale la pratica giuridica per poter essere compresa e affrontata, abbisogna di tutte e tre le dimensioni argomentative, combinate tra loro, di modo che non si possa prescindere da nessuna di esse.

Atienza perviene ad una tale conclusione partendo dall'assunto secondo cui, l'argomentazione è, in generale, un'attività razionale, non già il prodotto o il risultato della stessa. Un'attività che, in quanto tale, richiede una razionalità di tipo logico, in quanto «la

conoscenza della logica dà chiarezza all'argomentazione»³, anche se di per sé non è sufficiente, perché non consente di spiegare nulla. Sicché, la razionalità formale si deve combinare con quella materiale e dialettica, le quali consentono rispettivamente, di rilevare il ragionamento seguito dall'interprete per giungere alla conclusione e, di fare sì che quest'ultima sia accettata. Si tratta di considerazioni che non possono non valere anche per l'argomentazione giuridica che è, senza dubbio, un esempio paradigmatico di impresa razionale.

Per tale ragione l'argomentazione giuridica, secondo Atienza, si presenta come un'attività complessa, perché frutto della combinazione delle tre richiamate concezioni, ognuna delle quali rispecchia, a sua volta, uno dei valori fondamentali dei sistemi giuridici: così, la certezza è propria della dimensione logico-formale; la giustizia e la verità sono, invece, tipiche di quella materiale ed infine, l'accettabilità ed il consenso sono proprie della dimensione pragmatica.

Dunque, tre concezioni dell'argomentazione, l'una indispensabile per l'altra e destinate ad operare in un'unica attività "argomentativa". Tuttavia, ciò non impedisce che le stesse mantengono le loro peculiarità, da esibire a seconda del contesto di riferimento. Atienza parla, infatti, di pluralismo contestuale, nel senso di tenere presente che in ambito argomentativo è possibile che, in base al contesto applicativo, una dimensione possa prevalere o avere un ruolo preponderante rispetto alle altre. Così, il compito del giudice, al contrario dell'avvocato, è far sì che la tesi sostenuta nel dispositivo e argomentata nella motivazione sia conforme al fatto e alle regole del diritto, del tutto marginale è, invece, la preoccupazione della persuasione. Diversamente, l'agire dell'avvocato si mostra strategico, in quanto il suo compito è di far sì che la sua tesi sia fatta

³ M. ATIENZA, *op. cit.*, p. 186.

propria dal giudice, impiegando tutte le possibili argomentazioni idonee a persuaderlo.

È chiaro, quindi, come ognuno di questi modi di intendere l'argomentazione riveli un aspetto della realtà giuridica, precludendo la possibilità di una prospettiva unilaterale. Per Atienza, soltanto la simultanea presenza delle tre concezioni sul piano dell'argomentazione permette di collocare la pratica giuridica all'interno di una prospettiva assiologicamente connotata, propria dell'odierno Stato costituzionale.

Così intesa, la pratica argomentativa si presta, pertanto, ad assurgere ad istanza immanente al diritto.

In questi termini, Atienza esprime l'intento di offrire un contributo per la elaborazione di un modello di diritto, consapevole delle nuove realtà, anche estranee alla sfera giuridica, cioè quelle dei fatti e dei valori. Si tratta, infatti, di prospettive che il diritto non può più negare. Così, l'adozione del paradigma diritto-argomentazione consente di ripensare il concetto di diritto, non più in termini statici e formali, ma in una concezione dinamica, che tenga conto del percorso dialettico compiuto insieme dal cittadino e dal giurista. Decisivo è, quindi, il concetto di "alleanza", in quanto le decisioni non devono essere adottate unilateralmente, ma devono essere il frutto di una rinnovata dialettica cittadino-giurista, poiché solo in tal modo il diritto può farsi interprete dei cambiamenti della realtà.

E se è così, dalle pagine di questo scritto si coglie, dunque, l'idea che il diritto debba abbandonare l'oggettività esterna dei discorsi sui fatti, per far propria l'oggettività razionale di un discorso ancorato ad una solida argomentazione, ove quest'ultima ha il compito di muovere i fili di un gioco dialettico in cui teoria e prassi si combinano a vicenda, secondo un iter nel quale gli esiti raggiunti

sono destinati ad essere messi in discussione dall'incontro con i dati dell'esperienza.