

## Diritto, argomentazione e razionalità

Silvia Zorzetto

(Ricercatore di Filosofia del diritto nell'Università degli Studi di Milano)

**Sommario** 1. Il concetto di diritto come artefatto linguistico. – 2. L'argomentazione quale fonte formale di diritto oggettivo. Il diritto come discorso pratico razionale. – 3. La teoria dell'interpretazione giuridica nell'ottica della pretesa.

### 1 Il concetto di diritto come artefatto linguistico

Anzitutto, voglio ringraziare la prof.ssa Camardi per l'invito e il prof. Gentili e chi mi ha preceduto per questa possibilità di confronto e discussione.

Non me ne vorranno se per rompere il ghiaccio e il mio personale imbarazzo ricordo che dieci anni fa, studentessa della facoltà di economia in questo ateneo, cominciai ad avvicinarmi al diritto e alla teoria generale del diritto frequentando alcune delle prime lezioni di questo dottorato di ricerca e leggendo alcuni saggi del prof. Gentili consigliati dai dottorandi di allora.

Come si evince già dal titolo del Seminario (mi riferisco al punto di domanda finale), non siamo qui per festeggiare la pubblicazione di un libro e, del resto, è più che ovvio che non avrei titolo alcuno per profondermi in apprezzamenti ed elogi nei confronti degli scritti di un Maestro. Entrerò quindi subito nel merito del tema del Seminario.

Ci viene proposta una discussione *“a partire dal libro di Aurelio Gentili, Il diritto come discorso”* con lo scopo dichiarato di tentare di rispondere, assieme all'Autore, a una domanda, o meglio, a una serie di domande.

Dobbiamo concepire *“il diritto come discorso”* o possiamo fare a meno di considerarlo, a qualsiasi titolo, come tale? È o non è opportuno seguire l'una o l'altra via e perché? Ammesso sia possibile e opportuno, a quali condizioni e in quale modo ha senso ed è bene trattare il diritto come discorso? E che tipo di discorso è e quali caratteristiche esso ha?

Siamo di fronte a una serie di domande eminentemente filosofiche; di quelle che, per intenderci, normalmente spiacciono a chi vuol essere concreto, danno forte senso di vertigine a chi ha minima consapevolezza di ciò di cui si parla e rischiano facilmente di sfociare in un dialogo tra sordi, se non si ha la pazienza di chiarire, punto per punto, ogni aspetto della discussione.

Negli scritti di Gentili troviamo invero eccellenti rimedi sia alla dif-

fidenza dei pratici, sia al senso di vertigine dei filosofi, sia a qualsiasi scivolamento verso la (cattiva) metafisica e il dogmatismo.

È noto che sono varie e diverse le risposte che, più o meno, intuitivamente, si è portati a dare alle domande appena accennate; molte e straordinariamente controverse e contestate sono le idee e le teorie che si contendono il campo nel pensiero giuridico.

Su questo fronte un primo aspetto da sottolineare dell'opera di Gentili - o, meglio, della teoria del diritto delineata nei suoi scritti - è che essa muove da un elemento di *comune buon senso*: non ci si può non porre le domande testé accennate, se si vuole minimamente comprendere cosa è il diritto, quantomeno i diritti vigenti a noi familiari. E ciò vale per chiunque si occupi di diritto e tutti coloro che hanno qualcosa a che fare, per qualsiasi motivo, col diritto: dagli avvocati, ai cittadini, dai "legislatori", ai giudici, agli studiosi, etc.

La lezione più generale che si trae dagli scritti di Gentili è che il diritto è sì una realtà, ma una *realtà costruita*<sup>1</sup>; il diritto non è un mero fatto (sia pure storico-sociale-culturale), e nemmeno un dato preconstituito ed esterno a noi, ma un "*artefatto*": una creazione intellettuale socialmente riconosciuta, che è assieme un presupposto del vivere umano organizzato e un suo elemento, come tale, in continua formazione e costante evoluzione<sup>2</sup>.

Ma la lezione di Gentili va oltre: pur essendo il diritto qualcosa di socialmente condiviso, è infondata ogni pretesa di registrare una sola concezione e tanto meno una concezione vera o giusta del diritto, neppure del diritto come discorso. Occorre piuttosto tenere conto di due circostanze: da un lato, è possibile elaborare concezioni del diritto in parte diverse e, più o meno, idiosincratiche che nondimeno concorrono, ciascuna in

1 Sul punto sono significative, tra le altre, ad esempio le osservazioni sul concetto di pretesa (*Pretesa*, A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, Milano, 2013, p. 261 ss. e p. 294: «negli ordinamenti più recenti...si afferma l'idea che la verità della pretesa dipenda dal momento storico, anzi dall'esito del processo, anzi sia del tutto relativa alla costruzione, anzi non ci sia nessuna verità. Così, anche in questo campo, la dogmatica lascia il posto all'argomentazione»), e sulla retroattività della legge (*Sulla retroattività delle leggi civili*, A. GENTILI, *op. cit.*, p. 43: «Il dato insuperabile al retroagire riposava nella natura e nella logica dell'essere...Ma la realtà giuridica è pura fantasia. Un impedimento al *retrospicere* che funga da limite può risiedere solo nella natura e nella logica del *dover essere*...quell'impedimento si può cercare solo nella funzione stessa della norma: fissare valori per guidare comportamenti»; p. 47: «Alla regola *quod factum est infectum fieri nequit* che anima le teorie del fatto compiuto, del diritto quesito, del rapporto esaurito possiamo allora sostituire una regola parallela, ma diversa,...espressione non di fatti, ma di valori...La regola ci dice che le leggi retrospettive sono inefficienti e irrazionali nella parte in cui danno a comportamenti che non hanno potuto guidare valori incoerenti a quelli in base ai quali sono stati tenuti»).

2 Per un approfondimento sul tema ricordo le analisi di C. ROVERSI, *Conceptualizing institutions*, in *Phenomenology and the Cognitive Sciences*, 2013, p. 1 ss.; G. TUZET, *Sul possibile moto della macchina*, in *Diritto&Questioni Pubbliche*, 9, 2009, p. 359 ss., partic. p. 360, nonché di B. CELANO, *Ragionamento giuridico: tre questioni chiave, e cosa (non) può fare la filosofia al riguardo*, in *Diritto&Questioni Pubbliche*, 6, 2006, p. 83 ss.

misura variabile, a dar forma al diritto che conosciamo; dall'altro lato, sarebbe però assurdo, irrazionale o irragionevole chiudere gli occhi di fronte al *fatto* che i diritti vigenti sono anche e primariamente un *artefatto linguistico* - appunto "discorso" - e più esattamente, come mostra bene il libro, un insieme di discorsi e meta-discorsi aventi la funzione generale di guidare la condotta; un insieme di discorsi estremamente complessi e articolati, dotati di caratteri, strutturali e funzionali, in parte diversi da quelli delle lingue naturali su cui pure si basano e con cui esiste un costante collegamento<sup>3</sup>.

La visione del diritto che Gentili ci propone - mi pare, ma sul punto chiedo conferma all'A. - non è di per sé incompatibile e non esclude l'ipotesi che il diritto in linea generale o di principio possa essere concepito anche come qualcosa di distinto e indipendente da qualsiasi linguaggio o forma di discorso. Tuttavia la premessa - pienamente condivisibile dal mio punto di vista - da cui mi pare muovere l'A. è che, stante la configurazione dei diritti vigenti di cui ci occupiamo, non si può non concepire il diritto anche e primariamente come discorso. Vale a dire: il concetto di diritto, che si è inculcato negli esseri umani dalla notte dei tempi e che oggi ha carattere paradigmatico e archetipale, non può prescindere dal linguaggio umano<sup>4</sup>.

Se questa mia lettura è corretta, l'espressione "diritto *come* discorso" - si noti il "come" - non è né un'espressione a effetto né tantomeno un *escamotage* per aggirare il cuore del problema come talora avviene. Capita infatti che si usi e, anzi, si abusi del "come" per mascherare le difficoltà e oscurità di una teoria sotto a un paragone almeno *prima facie* plausibile<sup>5</sup>. Nel nostro caso, invece, il "come" è indice di una precisa ed

3 Come sottolinea Gentili nei suoi scritti, e ad esempio anche B. CELANO, *op. cit.*, evidenziare che il diritto è un artefatto linguistico o discorso o comunicazione non significa affatto che il diritto sia fondamentalmente un fenomeno o uno strumento comunicativo, né che esso abbia come funzione basilare quella comunicativa; piuttosto, il diritto ha un aspetto discorsivo o comunicativo, perché è un artefatto linguistico che come tale si estrinseca in discorsi e implica un certo grado - peraltro piuttosto elevato e complesso - di comprensibilità intersoggettiva.

4 Come sia sorto questo nesso tra l'apprendimento e l'uso del linguaggio umano, l'organizzazione degli uomini in gruppi e società e l'idea di diritto è problema di cui oggi molto si occupano numerose scienze sociali e empiriche e branche specialistiche delle c.d. neuroscienze. Sul tema v. ad es. il recente studio di B. BROŽEK, *Rule-Following. From Imitation to the Normative Mind*, Cracovia, 2013.

5 Basti ricordare le formule del diritto "come soggetto epistemico", "come pratica sociale", "come fatto sociale", come "istituzione sociale", etc. Cfr. ad es. G. TEUBNER, *Il diritto come soggetto epistemico: per una epistemologia "costruttivista"*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 8, 1990, p. 287 ss.; F. VIOLA, *Il diritto come pratica sociale*, Milano, 1990; R. ALEXI, *Teoria dell'argomentazione giuridica: la teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, Milano, 1998; M. ATIENZA, *Robert Alexy e la "svolta argomentativa" nella filosofia del diritto contemporanea*, in *Ars int.*, 1, 2010, p. 37 ss., H. ROSS, *Law as a Social Institution*, Ox-

esplicita presa di posizione metodologica: quella appunto di accostarsi al diritto considerandolo un fenomeno anzitutto linguistico.

Da questo punto di vista, la teoria del diritto di Gentili rientra appieno in quella grande famiglia di teorie che usualmente si qualifica “analitica”. Nel dire ciò, credo di non fare un torto all’A. sia perché – come ovvio – importa ben poco quale etichetta si dà a una teoria, quel che conta è chiaramente il suo contenuto, sia perché l’A. stesso afferma che la variante analitica della scienza giuridica, altresì nota come teoria del diritto, si distingue proprio per il fatto di considerare il diritto come discorso<sup>6</sup>.

Sulla scia di Bobbio e di Scarpelli, ci si può chiedere se l’opzione di Gentili di accostarsi al diritto come discorso sia una mossa di metodologia *descrittiva* o non piuttosto *prescrittiva*.

Come noto, e lo stesso A. sottolinea più volte nei suoi scritti, la distinzione tra *essere* e *dover essere* ovvero tra *descrizione* e *prescrizione* è in linea di principio chiara (ad es. una cosa è registrare che un’aula è affollata, tutt’altra cosa è prescrivere che deve esserlo). Sul piano del metodo però le cose non sono così semplici, perché un metodo di per sé è fatto per prescrivere come (si deve) procedere e quindi ogni scelta metodologica ha carattere prescrittivo in questo senso. Nondimeno quando nella teoria del diritto si parla di metodologia prescrittiva, è assai più forte la nozione di prescrizione che si ha in mente. Scusando la sintesi e l’approssimazione, si fa della metodologia prescrittiva (anziché descrittiva) quando si prescrive un modo di procedere riguardo al diritto che implica anche un ben preciso concetto di diritto, se non addirittura un’intera concezione del diritto, come si suol dire, fatta e rifinita.

Ora, stante la dimensione linguistica dei diritti vigenti cui si è accennato, l’opzione di accostarsi a essi anche e primariamente come discorso è, a mio parere, una mossa di metodologia *descrittiva* in quanto implica di procedere tenendo conto appunto della dimensione linguistica di ciò che è oggetto di analisi (appunto il diritto).

Sottolineo che, nel dire ciò, ci muoviamo ancora nell’area del comune buon senso al quale neppure la metodologia è evidentemente estranea. In effetti, nessun metodo di analisi che si candidi a essere minimamente efficiente può prescindere del tutto dalle caratteristiche del proprio oggetto di analisi: così, è destinato al fallimento qualunque metodo di studio, ad esempio, dei cristalli che trascuri le proprietà chimico-fisiche dei minerali.

Indugio sul concetto di diritto come discorso che emerge dagli scritti di

ford, 2001. In altro ambito è emblematica la formula rawlsiana della “giustizia come equità” (cfr. J. RAWLS, *Justice as fairness. A Restatement*, edited by E. Kelly, Cambridge, 2001). Di per sé non c’è naturalmente nulla di male, in qualsiasi analisi, nell’usare il “come” e dunque nel suggerire qualche somiglianza o affinità tra due elementi; ma l’analisi dovrebbe di qui cominciare e non già certo finire.

6 Cfr. *Scienza giuridica e prassi forense*, A. GENTILI, *op. cit.*, p. 163.

Gentili, non tanto e non solo perché tale concetto costituisce un presupposto generale di ogni altra tesi presente negli scritti dell'A.<sup>7</sup>; ma anche e, anzi, soprattutto per come quest'idea del diritto come discorso viene spiegata e giustificata.

Gentili individua, dietro alle declamazioni e professioni di principio dei partecipanti alla pratica giuridica, una serie di elementi ben presenti a coloro che concorrono al successo, effettivo e tangibile, dell'usuale procedere e, quindi, in definitiva, alla vigenza dei diritti stessi.

Per Gentili non è né frutto del caso né un mero accidente: (i) che i diritti vigenti siano un insieme di discorsi e meta-discorsi, fatti da più soggetti più o meno (in)esperti e (in)consapevoli di quel che dicono e/o di quel che fanno; (ii) che questi discorsi abbiano, nel complesso, la funzione di qualificare fatti e guidare comportamenti, al fine di risolvere controversie pratiche in situazioni di conflitti di interesse; (iii) che tali discorsi siano intersoggettivamente comprensibili, pur potendo essere condotti, a seconda dei casi, in modo rigoroso da soggetti imparziali ovvero piegati, più o meno apertamente, a scopi personali da soggetti interessati; ancora, (iv) che tali discorsi non possano essere scervri da certe scelte di valore e, anzi, possano essere e perlopiù siano connotati, in maniera più o meno mascherata, da scelte di valore e ideologie variamente marcate; infine, (v) che vi possa essere e di fatto vi sia in svariati casi uno scollamento, in campo giuridico, tra ciò che si fa e ciò si dice, tra sostanza e veste formale<sup>8</sup>.

Il concetto di diritto così proposto è certamente disincantato e realistico. Gentili ha giustamente «troppa stima dei giuristi positivi per crederli ingenui»<sup>9</sup>, così come per dar credito, fino in fondo, alla caricatura del giurista vetero-positivista che fa appello alla legge, alla certezza, alla volontà del legislatore, e rivendica un'interpretazione vera<sup>10</sup>.

Personalmente credo molto improbabile che un giurista simile abbia mai potuto ragionevolmente esistere, ma quand'anche fosse – come emerge dagli scritti di Gentili – sarebbe stato un pessimo giurista. Per esempi-

7 Mi riferisco, ad esempio, alla concezione della consuetudine giuridica, alle osservazioni sull'abuso del diritto, alle riflessioni sulla retroattività della legge, sul concetto di pretesa e sul contraddittorio.

8 Cfr. *Scienza giuridica e prassi forense*, A. GENTILI, *op. cit.*, p. 139 ss.; *La metagiurisprudenza di Monsieur Jourdain*, A. GENTILI, *op. cit.*, p. 211 ss.; *Teoria del diritto e tecnica dell'argomentazione forense*, A. GENTILI, *op. cit.*, p. 497 ss.; *Sulla retroattività delle leggi civili*, A. GENTILI, *op. cit.*, pp. 43-44; *A proposito di "La politica della legalità"* di Claudio Luzzati, A. GENTILI, *op. cit.*, p. 92.

9 Qui per 'giurista positivo' si deve intendere il giurista accademico, l'avvocato e il giudice e ogni altro funzionario.

10 Cfr. *A proposito di "La politica della legalità"* di Claudio Luzzati, A. GENTILI, *op. cit.*, p. 79 ss., partic. p. 87 e pp. 84-85.

ficare: non c'è peggior avvocato di quello che non si aspetti e non sappia prevedere possibili contro-interpretazioni e argomentazioni avversarie; non c'è giudice più inetto di quello che sia inconsapevole e incapace di discernere tra le diverse ricostruzioni della realtà fornite dalle parti<sup>11</sup>.

## 2 L'argomentazione quale fonte formale di diritto oggettivo. Il diritto come discorso pratico razionale

Un merito della teoria del diritto di Gentili consiste proprio nel «non gettare via il bambino con l'acqua sporca». Nel concepire il diritto come discorso, l'A. non manca infatti di sottolineare che proprio in quanto discorso il diritto è anche *ideologia*, sia nel senso di *visione del mondo* (un insieme di conoscenze e di atteggiamenti umani psichicamente e socialmente correlati, anche se non necessariamente coerenti, da cui derivano e che alimentano prassi e disposizioni pratiche), sia nel senso di *falsa coscienza* (sociale), ma non siamo di fronte né a una colossale illusione collettiva né tanto meno a un'impresa di azzecagarbugli.

Insisto su questo punto perché, come noto, troppe teorie del diritto non hanno dato il giusto peso al primo aspetto (nei discorsi giuridici è e non può non esservi implicita un'ideologia, *i.e.* una certa visione del mondo, atteso che ogni linguaggio, anche quello giuridico, esprime un insieme di bisogni, convoglia selezioni e correlazioni dell'esperienza di esseri umani in società), enfatizzando solo il secondo aspetto (cioè la presenza di falsa coscienza in una parte dei partecipanti alla pratica giuridica) e si sono perciò avviate lungo la china scivolosa dello scetticismo o del decisionismo<sup>12</sup>.

11 Gentili sottolinea che i giudici non constatano né creano i fatti ma ne scelgono una versione: «Al giudice è dato scegliere solo, nell'ambito di un *thema decidendum* predefinito – cui può sfuggire nei soli e rari casi in cui gli sia consentita la pronunzia d'ufficio...– optando fra le alternative costruzioni che le parti gli propongono, dei fatti allegati e provati, delle norme richiamate e interpretate, dei diritti e doveri che ne derivano. Certo potrà disattendere le costruzioni delle parti e pervenire ad una propria: ma potrà utilizzarla solo se rilevante per quando gli è domandato.»: *L'ordinamento delle pretese giudizialmente perseguibili*, A. GENTILI, *op. cit.*, p. 303 ss., partic. p. 323 ss. In questa prospettiva, «[l]a giustizia della decisione...è essenzialmente 'relativa'. È una giustizia limitata all'orizzonte del rapporto processuale che si è instaurato, e legata al disegno che le parti tracciano». (cfr. *Contraddittorio e giusta decisione nel processo civile*, A. GENTILI, *op. cit.*, p. 521 ss., partic. p. 527).

12 Al riguardo è significativa ad esempio l'analisi critica del concetto di sovranità: *La sovranità nei sistemi giuridici aperti*, A. GENTILI, *op. cit.*, p. 97 ss. Afferma Gentili a p. 116 che «[s]e insistiamo a guardare la sovranità, l'ordinamento, la legalità, la validità, come fatti, tutto si confonde. Potremmo guardarli altrimenti? Spogliatici delle nostre venerabili categorie culturali non vedremo che testi, che esprimono regole. Ebbene, le regole si possono combinare; oppure subordinare; o anche elidere: è questione di logica del *discorso*.

In particolare, a differenza di molta dottrina e anche teoria, Gentili evidenzia con estrema chiarezza tre aspetti cruciali a questo proposito del diritto che spiegano e descrivono come in effetti funzionano i diritti vigenti<sup>13</sup>:

- (i) malgrado le ingenuie declamazioni e enunciazioni sulla natura del diritto e della legislazione, sull'interpretazione giuridica, etc. - in breve, malgrado una consapevolezza da parte dei partecipanti alla pratica giuridica talvolta, se non perlopiù approssimativa e assai rudimentale in ordine alle caratteristiche semiotiche del diritto - nondimeno «tutti i giorni...l'impossibile avviene», cioè giudici, giuristi e privati cittadini formulano discorsi su discorsi perfettamente comprensibili ed efficienti che appunto concorrono a far sì che il diritto sia il discorso che conosciamo;
- (ii) come «questo miracolo avvenga», ci ricorda Gentili, lo svela la semiotica che insegna che per la comunicazione è sufficiente una «struttura basilare...supposta» - di qui la rilevanza delle ideologie a cominciare da quell'ideologia implicita nel linguaggio ordinario che costituisce elemento basilare anche dei discorsi giuridici;
- (iii) d'altra parte anche i «miracoli», prosegue sempre Gentili, hanno i suoi limiti e quindi «la renitenza» dei giuristi positivi (nella specie civilisti) «al ripudio della tradizione, nonostante si vada diffondendo fra loro la percezione dei suoi limiti...nasce anche da qui: il loro metodo in un modo o nell'altro funziona; perché abbandonarlo?».

Si noti che la risposta di Gentili - e qui la sua teoria da descrittiva si fa prescrittiva - è che il «metodo tradizionale...sedicente scientifico» dovrebbe essere abbandonato, anche se «il sistema funziona». La sua proposta è di adottare un altro metodo basato sulla *tecnica dell'argomentazione*. Gentili, ovviamente, è ben consapevole del fatto che questo metodo è in parte già bagaglio dei giuristi: quel che l'A. vorrebbe, mi pare, è un impiego più avvertito, pervasivo, consapevole di quella tecnica dell'argomentazione che egli chiama anche *retorica*<sup>14</sup>.

Questo dell'argomentazione è, a mio avviso, il tratto più qualificante e

Se perciò entriamo nell'idea che quei pretesi 'fatti' sono solo punti di vista, discorsi, più o meno compatibili, il pluralismo del sistema aperto riprende senso», e ancora ricorda a p. 127 le aspre critiche di H. Arendt in *What is Freedom?* (1961) al concetto di sovranità: «[g]iudicava che fosse un'illusione...E proponeva di abolirla. Non possiamo darle tutti i torti. Ma forse non è necessario essere così radicali. Siamo stati abituati a pensare per duecento anni che la sovranità fosse la base del diritto. Proviamo ora a pensare che il diritto sia la base della sovranità».

13 A proposito di "La politica della legalità" di Claudio Luzzati, A. GENTILI, *op. cit.*, p. 79 ss., partic. pp. 84-85 e 87-88.

14 Cfr. *Teoria del diritto e tecnica dell'argomentazione forense*, A. GENTILI, *op. cit.*, p. 497 ss., partic. p. 503 ss.

originale della teoria del diritto come discorso di Gentili. Vediamo quindi di precisarne ruolo e contenuti.

Gli scritti di Gentili delineano, oltre a un concetto di diritto, anche una teoria delle fonti del diritto e una teoria dell'interpretazione giuridica.

Quanto alla teoria delle fonti giuridiche, Gentili formula un'ipotesi, che egli stesso definisce, forte o, meglio, fortissima<sup>15</sup>.

In sintesi: premesso che è empiricamente falso che l'argomentazione non abbia alcun ruolo o un ruolo solo marginale nella produzione del diritto oggettivo, per l'A. non è nemmeno vero e, in ogni caso, sarebbe inadeguato che l'argomentazione avesse un ruolo paritario rispetto alle *leges* (i.e. agli enunciati linguistici dei testi giuridici ufficiali) e agli *iura* (i.e. le norme statuite nelle pronunce giurisprudenziali). Di qui, l'ipotesi forte, anzi fortissima, che l'argomentazione non solo interviene nella produzione del diritto oggettivo, ma è e deve essere considerata una *fonte formale del diritto oggettivo a tutti i livelli dell'ordinamento*.

Gentili spiega che le *leges* senza argomentazione non sarebbero altro che testi e collezioni di enunciati linguistici privi di senso e di fondamenti - meri segni -, e anche gli *iura* (le norme opera della giurisprudenza) altro non sarebbero che mere opinioni, prive di quei caratteri di *sapientia* e di *prudencia* che connotano proprio l'attività e la capacità discorso-argomentativa del giurisperito.

A ben vedere quindi il concetto di diritto come discorso discusso sin qui è un concetto solo minimale e di sfondo; la concezione del diritto che Gentili propone è ben più ricca e incorpora quale tratto qualificante del diritto l'*argomentazione*. Salvo mio errore, Gentili non dà una definizione esplicita della nozione. Tuttavia, molti passi dei suoi scritti suggeriscono una nozione che, scusando l'approssimazione, mi pare assai vicina, se non proprio equivalente, a quella di "*ragionamento pratico*", inteso come *procedimento giustificatorio rispondente a canoni di razionalità*<sup>16</sup>. Da questo punto di vista il diritto è un discorso volto a mettere ordine (i.e. un ordine razionale; l'A. parla di «*ordo ordinans*») tra pretese pratiche in conflitto<sup>17</sup>.

Nell'attuale configurazione dei diritti vigenti l'argomentazione non può

15 Cfr. *L'argomentazione nel sistema delle fonti*, A. GENTILI, *op. cit.*, pp. 10 ss. e 22 ss.

16 Cfr. ad es. *L'ordinamento delle pretese giudizialmente perseguibili*, A. GENTILI, *op. cit.*, p. 361 ss. in cui l'ordinamento viene concepito non come un *ordo ordinatus* di diritti, ma come un *ordo ordinans* di pretese e la razionalità del diritto viene presentata come una conseguenza della razionalità del discorso pratico sul caso; viene delineato un modello di diritto come discorso razionale e giusto pur senza presupporre né diritti preesistenti né la coerenza dell'intero sistema.

17 Noto per inciso che la concezione del diritto di Gentili non incorpora una gerarchia precisa e tanto meno rigida delle fonti giuridiche: l'eventuale esistenza di una certa gerarchia tra le fonti è questione esclusivamente di diritto positivo e, quindi, è un accidente rispetto alla concezione del diritto come discorso dell'A. Siamo di fronte, inoltre, a una concezione pluralista in teoria degli ordinamenti giuridici e a-statalista, che non riconosce né attribui-

non essere una fonte di diritto oggettivo, per Gentili, da un lato, proprio per la natura discorsiva del diritto di cui si è detto, dall'altro lato, per i caratteri che sono tipici dei discorsi nella sfera pratica, fatti in funzione di norme e finalizzati a guidare la condotta umana in situazioni di conflitto.

Come s'intuisce, la teoria del diritto di Gentili s'inscrive in quell'indirizzo di pensiero della filosofia pratica, e in particolare della meta-etica contemporanea, che attribuisce autonoma dignità alla cosiddetta ragion pratica e cerca di delinearne teorie e modelli di discorso pratico razionale.

Peraltro, Gentili non sposa (almeno non esplicitamente, mi pare) una certa teoria o un dato modello di discorso pratico razionale; come per molte di queste teorie, anche per la teoria del diritto di Gentili è sicuramente centrale chiedersi «quando un argomento addotto a sostegno di una nostra pretesa può essere considerato razionalmente giustificato? Su quali criteri si basa un'argomentazione...che voglia dirsi corretta?»<sup>18</sup>. Insomma: quali regole, criteri, principi – in una parola, procedimenti argomentativi – occorre seguire affinché il diritto sia un discorso razionale?

Intenzionalmente Gentili si astiene dal fornire un prontuario compiuto e dettagliato sul punto e giustifica questa sua scelta a due livelli (quello del fondamento dell'intero ordinamento e gli altri livelli normativi), portando due argomenti principali.

Gentili spiega che l'argomentazione è (e dovrebbe essere considerata) fonte formale di diritto oggettivo a ogni livello ordinamentale, anche a livello di fondamento dell'ordinamento. Essa potrebbe inoltre essere formalizzata ossia procedimentalizzata tramite l'individuazione di tecniche argomentative e la prescrizione esplicita di taluni procedimenti argomentativi.

Da un lato c'è però un'eccezione: per Gentili, l'argomentazione non è formalizzabile a livello di fondamento dell'ordinamento giuridico, perché la fondazione del sistema giuridico sfugge per sua natura a qualsiasi formalizzazione<sup>19</sup>.

isce ad alcuna istituzione in particolare il potere normativo né tantomeno individua alcun legame tra produzione del diritto e istituzioni statuali.

**18** Cfr. V. GIORDANO, *Modelli argomentativi e conflitti morali. Le metaetiche di Stephen E. Toulmin, Kurt Baier e Richard M. Hare*, in *Oggettività e morale. La riflessione etica del Novecento*, a cura di G. Bongiovanni, Milano, 2007, p. 217 ss., la cui analisi è riferita al campo della morale, ma vale anche per il campo giuridico, considerato che sia il diritto sia la morale vengono ricondotti a sotto-ambiti del discorso pratico generale, presentano una stretta comunanza di problemi in punto di razionalità pratica, e vi è grande la permeabilità tra gli studi etici e giuridici sul punto. In ambito giuridico, v. F. VIOLA, *Il ritorno della ragione giuridica*, in *Interpretazione della legge civile e "ragione giuridica"*, a cura di E. Russo, Padova, 2003, p. 13 ss.; L. GIANFORMAGGIO, *Il gioco della giustificazione. Osservazioni in margine a una teoria procedurale dell'argomentazione giuridica*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 16, 1984, p. 475 ss.

**19** Cfr. *L'argomentazione nel sistema delle fonti*, A. GENTILI, *op. cit.*, p. 25.

Dall'altro, per il resto, cioè a ogni altro livello di produzione normativa, tale formalizzazione è «un compito della dottrina e della giurisprudenza. E un suggerimento potrebbe sin d'ora essere avanzato. Anzitutto, bisognerebbe rendere in qualche modo ineludibile, quantomeno come obbligo morale e onere di correttezza» rappresentare gli «argomenti contrari e indic[are] specificamente “quali ragioni li confutino” e mostrare “passo per passo” i passaggi del proprio ragionamento, per mostrarne coerenza e congruenza, senza salti dalle premesse alle conclusioni»<sup>20</sup>.

Ammesso che la ricostruzione precedente sia corretta, resta tuttavia aperta la questione se sia possibile, con riferimento al discorso giuridico, stabilire un qualche catalogo di regole, criteri, princìpi di argomentazione razionale o se quest'impresa, quand'anche logicamente possibile, sia inesorabilmente destinata a fallire per ragioni pragmatiche, perché per suoi caratteri tipici, l'argomentazione giuridica non può essere codificata in un prontuario di direttive<sup>21</sup>. O forse, invece, è meglio non fornire regole esplicite e criteri predeterminati di argomentazione giuridica, perché così facendo la si cristallizzerebbe e renderebbe troppo rigida sul piano diacronico e/o sincronico?

Per rispondere ai quesiti precedenti occorre indagare il concetto di razionalità cui l'A. fa riferimento.

Mi pare che la razionalità che emerge dalle pagine dell'opera abbia tre caratteristiche principali:

- (i) ricomprende, ma non s'identifica con la razionalità di tipo logico-deduttivo (principio di non contraddizione e coerenza interna sono elementi minimi necessari, ma non sufficienti per avere un discorso giuridico razionale);
- (ii) è una razionalità di tipo strumentale (oltre alla coerenza e consistenza interna, un altro parametro di razionalità è l'efficienza dei mezzi rispetto agli scopi, sicché la razionalità del discorso giuridico è una caratteristica non già “tutto o niente”, bensì graduabile, che dipende, *in primis*, dagli scopi e dai mezzi, e gli uni e gli altri sono frutto di scelte che appunto richiedono di essere argomentate);
- (iii) è però anche una razionalità di tipo dialettico-ricorsivo, che dipende dal gioco di ragioni pro e contro, di argomenti e controargomenti a sostegno sia di ogni tesi normativa sia di qualsiasi ricostruzione dei fatti in considerazione.

Se ciò è corretto, la teoria del diritto di Gentili mi pare presenti asso-

20 Cfr. *L'argomentazione nel sistema delle fonti*, A. GENTILI, *op. cit.*, p. 25; v. anche *Teoria del diritto e tecnica dell'argomentazione forense*, A. GENTILI, *op. cit.*, p. 497 ss., partic. p. 503 e p. 508.

21 Una prova - almeno indiziaria - di quest'impossibilità pragmatica di dettare, una volta per tutte, regole esplicite di razionalità del discorso giuridico è il fatto che i molti modelli e teorie del discorso pratico e giuridico razionale che ben conosciamo finiscono per essere costruzioni idiosincratiche del singolo giurista o teorico.

nanze più apparenti che reali con le teorie che collocano il diritto all'interno del discorso pratico razionale<sup>22</sup>.

Anche Gentili delinea un modello ideale di diritto come discorso razionale, colloca il discorso giuridico nell'ambito del discorso pratico, ma non individua all'interno di quest'ultimo dei criteri generali di razionalità dei discorsi giuridici (tanto meno riferiti o riferibili alle sole decisioni giuridiche) né di tipo oggettivo, né di natura coerentista, né ancora parametri procedurali universali di tipo dialogico (il riferimento è evidentemente alle teorie e ai modelli, ad esempio, di Alexy, Habermas, MacCormick, Toulmin, etc.).

### 3 La teoria dell'interpretazione giuridica nell'ottica della pretesa

Venendo ora alla teoria dell'interpretazione giuridica, Gentili abbraccia una posizione che, si suole denominare, intermedia o mista perché né formalista, né radicalmente scettica. Come noto, le teorie intermedie o miste dell'interpretazione giuridica formano una famiglia quanto mai variegata, in particolare, a seconda della semiotica e della concezione del linguaggio giuridico di riferimento.

La teoria dell'interpretazione giuridica di Gentili ha dichiaratamente ascendenze hartiane e, a mio avviso, si caratterizza, al pari della concezione originariamente elaborata da H.L.A. Hart<sup>23</sup>, per il fatto di essere una *teoria dell'interpretazione processualmente orientata*.

Anzitutto, Gentili prende realisticamente atto della coesistenza, nei diritti vigenti, di regole e di principi (per inciso, nonostante i fraintendimenti di Dworkin ed epigoni, Hart non ha mai negato il ruolo dei principi); spiega che giurisprudenza e dottrina usano compiere operazioni argomentative in parte diverse avvalendosi, ora delle une, ora degli altri; sottolinea che nel ricorso ai principi si pone sovente un problema più di congruenza argomentativa, che di coerenza logica, che si traduce nell'identificazione di gerarchie mobili (costruite caso per caso) tra principi-

22 Come noto, tali teorie sono usualmente incluse nella più ampia concezione del neocostituzionalismo: sul tema vedi G. BONGIOVANNI, *Il neocostituzionalismo: i temi e gli autori*, in *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, a cura di G. Pino, A. Schiavello, V. Villa, Torino, 2013, p. 84 ss.

23 Mi riferisco in particolare alle tesi espresse in H. L. A. HART, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, in *Harvard Law Review*, 71, 1958, p. 593 ss., partic. pp. 606-615 e in *Id.*, *The Concept of Law*<sup>3</sup>, [1960], with an introduction of L. Green, Oxford, 2012, p. 124 ss. Sul tema v. in particolare lo studio di F. SCHAUER, *A Critical Guide to Vehicles in the Park*, in *New York University Law Review*, 83, 2008, p. 1109 ss.

valori, e si ha quindi una manifestazione tendenzialmente più palese degli aspetti creativi, comunque presenti nell'attività interpretativa in senso ampio intesa<sup>24</sup>.

Ma si abbia a che fare con regole o princìpi, il punto per Gentili è un altro.

Se si considera una norma (sia essa una regola o un principio) singolarmente è plausibile e utile distinguere tra casi certi o fattispecie di sicura applicazione o disapplicazione, da un lato, e casi o fattispecie invece incerti, dall'altro lato. Usando il lessico hartiano, la distinzione tra zona chiara e zona di penombra regge, per Gentili, soltanto a livello di norma *uti singula*, facendo astrazione dal sistema. Se dalla singola norma si passa invece all'ordinamento si deve fare i conti con la pluralità delle norme e allora la combinazione di più enunciati mette in dubbio anche il significato più chiaro e immediato di ciascuno. Considerato però che nessuna norma giuridica è destinata a stare da sola, Gentili si domanda se esista allora «solo penombra» e se ciò «deriva dalla necessaria approssimazione del linguaggio naturale in cui sono espresse le norme...ma anche dalla struttura degli ordinamenti giuridici»<sup>25</sup>. Non esattamente.

Per Gentili, «la distinzione tra luce e penombra può essere recuperata in termini quantitativi... Piuttosto dunque che una zona chiara e una zona di penombra l'interprete deve registrare casi in cui la proposizione normativa ammette un numero tendenzialmente assai limitato di interpretazioni, e casi in cui ne ammette un numero, se non illimitato, tendenzialmente assai ampio... occorre porsi nell'ottica di chi vanta una pretesa...occorre che siano debitamente considerate tutte quelle [norme] che integrano il fatto costitutivo del diritto vantato. E poi anche, ovviamente per escluderle, quelle che opererebbero come fatto impeditivo, modificativo o estintivo. La congruenza dell'argomentazione ha insomma un'estensione»<sup>26</sup>.

Questa rivisitazione della distinzione hartiana tra zona chiara e zona di penombra è in realtà assai meno critica e lontana dall'originale concezione di Hart, di quanto potrebbe apparire alla luce della corrente lettura che viene data di quest'ultima. La teoria di Hart e in particolare la distinzione tra *a core of settled meaning and a penumbra of uncertainty* è stata infatti purtroppo molte volte travisata, ma essa non delinea affatto una opposizione né tra casi, né tra tipi di regole né tra diversi enunciati giuridici.

24 Cfr. *L'ordinamento delle pretese giudizialmente perseguibili*, A. GENTILI, *op. cit.*, p. 335 ss.

25 Cfr. *L'ordinamento delle pretese giudizialmente perseguibili*, A. GENTILI, *op. cit.*, pp. 345-349, partic. p. 347 ss.

26 Cfr. *L'ordinamento delle pretese giudizialmente perseguibili*, A. GENTILI, *op. cit.*, pp. 348-349.

Hart evidenzia piuttosto, con grande realismo e il buon senso del raffinato giurista, che nei diritti vigenti le norme giuridiche vengono espresse in linguaggio tramite termini generali, i quali si implicano una categorizzazione e denotano quindi casi prototipici, ma sono anche connotati in ogni possibile uso da un'inevitabile indeterminatezza, eventualmente solo potenziale<sup>27</sup>. Come noto, Hart, nell'esaminare questo fenomeno, prese a prestito l'espressione «*open texture*» di F. Waisman e non mancò di precisare che questa è una caratteristica non di alcune norme giuridiche, né di alcuni diritti positivi; tutte le norme giuridiche (persino la cosiddetta norma di riconoscimento) presentano tale caratteristica di essere *open texture*, come tratto derivato, importato dalle lingue naturali su cui si basa il linguaggio giuridico. In breve, la distinzione hartiana tra *core of settled meaning* e *penumbra of uncertainty* riguarda la semiotica (del linguaggio ordinario), non certo le norme, i testi giuridici e, tantomeno, la loro applicazione.

Come si evince proprio dall'esame del celebre esempio del divieto di ingresso di veicoli nel parco, sul piano della teoria dell'interpretazione Hart propone di risolvere le eventuali situazioni di indeterminatezza nell'applicazione delle norme ai casi in chiave teleologica, cioè in base allo scopo delle norme rilevanti coinvolte<sup>28</sup>. E per Hart l'individuazione di questi scopi tramite cui si precisa via via, a seconda del bisogno e fin dove necessario, l'estensione dei termini e delle norme non è un'attività ricognitiva di dati pre-esistenti, ma implica scelte, anche e anzitutto di valore, e richiede uno sforzo argomentativo nei confronti degli altri partecipanti alla pratica giuridica.

In particolare alcune idee di Hart sulla discrezionalità<sup>29</sup> come forma di

27 In merito vanno ricordate le puntuali osservazioni di S.L. WINTER, *A Clearing in the Forest: Law, Life, and Mind*, Chicago, 2003, pp. 197-199.

28 Vedi anche H. L. A. HART, *Problems of The Philosophy of Law, in Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, 1983, Essay 3; sul tema è interessante lo studio di A.C. HUTCHINSON, *In the Park: A Jurisprudential Primer*, in *Osgoode Hall Law Journal*, 48, 2010, p. 337 ss.

29 Mi riferisco specialmente allo scritto di Hart dal titolo *Discretion*, risalente al 19 novembre 1956, recentemente pubblicato: H. L. A. HART, *Discretion*, in *Harvard Law Review*, 127, 2013, pp. 652-665; i passi citati *infra* si leggono rispettivamente a pp. 656-657 e 664-665. Vedi le prime analisi dello scritto di G.C. SHAW, *H.L.A. Hart's Lost Essay: Discretion and the Legal Process School*, in *op. ult. cit.*, p. 666 ss. e di N. LACEY, *The Path Not Taken: H.L.A. Hart's Harvard Essay on Discretion*, in *op. ult. cit.*, p. 636 ss. «Discretion is after all the name of an intellectual virtue: it is a near-synonym for practical wisdom or sagacity or prudence; it is the power of discerning or distinguishing what in various fields is appropriate to be done and etymologically connected with the notion of discerning. ... there is one kind of choice which we should not rank as the exercise of discretion, namely those cases where in choosing we merely indulge our personal immediate whim or desire. Will you have a martini or a sherry? You choose a martini, and I ask why: you reply, "Because I like it better — that's all." Here, it seems to me, it would be absurd to talk of a discretion being exercised; the chooser accepts no principle as justifying his choice: he is not attempting to do some-

ragionamento, *i.e.* argomentazione, razionale, condotta in maniera minimamente imparziale, in base a valori, ma anche regole dotate di un minimo di generalità e accettabili dagli interlocutori, mi sembrano condivise e sviluppate anche da Gentili nei suoi scritti.

Si muove infatti dalla preoccupazione di «verificare...se nel processo, scegliendo tra le teorie in competizione sul reale stato dei fatti, il giudice ciò faccia a caso e secondo arbitrio, o esercitando una discrezionalità rigorosamente retta da criteri controllabili»<sup>30</sup>; si sottolinea che nei processi si parla di interessi contrapposti tra cui si deve scegliere in funzione di principi e valori<sup>31</sup>; ma si evidenzia anche che l'obiettivo di chi argomenta una tesi giuridica, ad es. l'applicazione di una certa norma a un caso, non è di persuadere gli altri sul piano psicologico, ma di convincere un certo uditorio, ottenere cioè la sua adesione fornendo argomenti che, per la loro razionalità, inducono a consentire sulla propria tesi<sup>32</sup>.

Anche Gentili, come Hart, non dà precise direttive per raggiungere

thing which he would represent as wise or sound or something giving effect to a principle deserving of rational approval and does not invite criticism of it by any such standards. ... The drinker's choice might approximate to something like the exercise of discretion if, in answer to the question "Why a martini," he replied, "I have found from experience that I get on better when I drink that rather than sherry, I don't talk so much," etc.: here the choice is made by reference to some general principle justifying it which affords some reason for calling it sound or wise, even if the scope of this principle is limited to the individual conduct of his own life and does not purport to be of any greater generality. ... Pending the evolution of rules, discretion must take its place because the area is really one where reasonable and honest men may differ, however well informed of the facts in particular cases. ...the important matter ... is to identify what are the optimum conditions for the exercise of discretion, because where we cannot be sure of being right, we can at least do what we can to obtain the best conditions for decisions. I think it not too much to say that decisions involving discretion are rational primarily because of the manner in which they are made, but of course the word "manner" here must be understood to include not only narrowly procedural factors and the deliberate exclusion of private interest, prejudice, and the use of experience in the field but also the determined effort to identify what are the various values which have to be considered and subjected in the course of discretion to some form of compromise or subordination. ... phrases often used to describe the exercise of discretion, such as "intuition" [and] "recognition of an implicit guiding purpose," may encourage the illusion that we never reach the point where we have to reconcile conflicting values or choose between them without some more ultimate principle to guide us. ... It seems to me clear that just because there is a point at which we can no longer be guided by principles and at the best can only ask for the confirmation of our judgment by persons who have submitted themselves to a similar discipline before deciding, that we have in discretion the sphere where arguments in favour of one decision or another may be rational without being conclusive. ... What would most merit examination in this field, I think, is the study of what standards we appeal to when looking back upon a range of discretionary decisions we say typically such things as, "That was a satisfactory compromise between different values." Do we here appeal to the judgment of a plurality of impartial spectators, or are there more determinate principles at work?"».

30 Cfr. *Retorica e teorie della prova nel processo civile*, A. GENTILI, *op. cit.*, p. 576.

31 Cfr. *Teoria del diritto e tecnica dell'argomentazione forense*, A. GENTILI, *op. cit.*, p. 513 e p. 515.

32 Cfr. *Teoria del diritto e tecnica dell'argomentazione forense*, A. GENTILI, *op. cit.*, p. 508 e p. 510.

questo risultato (come si è detto, non formula alcun catalogo di regole o criteri di argomentazione razionale). Indica però qual è il modello ideale cui si dovrebbe tendere per far sì che il discorso giuridico sia discrezionale, ma non arbitrario: si tratta della “dialettica” basata sul «contraddittorio ideale, logicamente perfetto e totale, quale deve essere»<sup>33</sup>.

33 Cfr. *Contraddittorio e giusta decisione nel processo civile*, A. GENTILI, *op. cit.*, p. 521 ss., p. 548.

