

Replica

Aurelio Gentili

(Professore ordinario di Istituzioni di diritto privato
nell'Università degli Studi Roma Tre)

Sommario 1. Un doveroso ringraziamento. – 2. Che cosa intendo con la formula del diritto come discorso. – 3. Un metodo discorsivo razionale come alternativa al dogmatismo e al nichilismo. – 4. Congedo.

1 Un doveroso ringraziamento

Sono un fautore del diritto come discorso ma non del discorso come diritto: credo perciò che ai cortesi commenti al mio libro, che precedono, sia dovuto un ringraziamento ampio, ma una replica breve.

Il mio ringraziamento consiste anzitutto nel dichiarare gratitudine per l'attenzione e la cura con cui tanti studiosi di discipline diverse si sono dedicati alla lettura ed al commento del libro: questo mi lusinga immensamente. Ma realisticamente credo di doverlo molto meno all'interesse di ciò che ho scritto e molto più da un lato alla curiosità intellettuale di così colti lettori, e dall'altro alla cortesia ed efficacia con cui Carmelita Camardi li ha chiamati a pronunciarsi (ed a lei va un grazie particolare).

Consiste poi anche nell'esprimere apertamente ammirato stupore per l'esatta penetrazione con cui tutti i commentatori hanno colto, in un discorso alquanto frammentario (il libro come si può vedere è una raccolta di saggi nati in epoche ed occasioni diverse), le linee portanti della tesi che tutti li ispira: come autore non sono legittimato a valutare quanto la raccolta sappia esprimere nella trattazione di temi particolari il disegno generale, ma posso constatare che, sia esso o no nella scrittura, lo ritrovo comunque nella lettura che ne è stata fatta.

E consiste infine, e forse soprattutto, nella gratitudine per l'atteggiamento estremamente benevolo di tutti i commentatori (e per questo non li chiamo "critici"), che anche quando manifestano su qualche punto un garbato dissenso, ciò fanno con solidarietà per l'approccio del libro, quasi a mostrarmi come quel che nel complesso sostengo possa essere reso più solido da qualche rettifica su aspetti particolari. Le accetto senz'altro e volentieri.

A tutti dunque io desidero dire che averli avuti per lettori è la maggiore ricompensa che l'autore potesse desiderare per la sua fatica. Grazie.

2 Che cosa intendo con la formula del diritto come discorso

Ma veniamo al merito. Debbo ripartire dalla constatazione del largo consenso che presso i miei commentatori ha incontrato – meravigliandomi un po' – la tesi del diritto come discorso. La tesi, cioè, che nel diritto non vede una fenomenologia di fatti (giuridici) che producono effetti (giuridici), ma piuttosto di discorsi – del legislatore – e metadiscorsi – dei funzionari, dei giudici, dei giureconsulti, e dei privati – su quei fatti. Discorsi che confluiscono nell'unitario discorso del "giurista": il "diritto". Discorso – questo – prescrittivo, il cui oggetto finale è sempre stabilire a questo o quel proposito (quello appunto dei fatti volta a volta considerati) chi possa o debba fare cosa; fermo restando che di questi poteri e doveri quel discorso giustifica, in caso di inottemperanza e quando tutte le obiezioni razionali ad essi siano dal discorso stesso superate, la coazione. Diritto è dunque per me il discorso prescrittivo che – tutto razionalmente soppesato – rende giustificata la forza.

È questa, in poche parole, l'idea centrale del libro. È in questo senso che esso propone di sostituire nella nostra visione del diritto gli argomenti ai fondamenti. È per questo approccio che rifiuta l'idea di una scienza giuridica 'cognitiva', che cioè pretenda di constatare i fatti e gli effetti giuridici, in favore di una scienza giuridica prescrittiva, che cioè dapprima constati – questo sì, ovviamente – i fatti materiali e i testi normativi, ma da qui in poi ne argomenti il senso secondo una razionalità pratica. È, infine, per queste ragioni che il libro disconosce la tesi del sistema dato a priori, fatto di norme e di diritti o obblighi, a favore di un sistema attinto solo a posteriori, a partire dai testi delle disposizioni e dalle pretese dei singoli, ottenuto attraverso il confronto razionale delle alternative possibili. Un sistema in concreto rintracciabile sempre e solo nell'orizzonte del caso, in cui l'*ordo ordinans* che è intrinseco al diritto in quanto discorso razionale, si manifesta in luogo dell'*ordo ordinatus* che la visione tradizionale pretenderebbe esistere nel dato positivo e che l'esperienza ci dimostra non essere che un mito.

A questa idea di fondo, mi è parso, i miei commentatori concedono un sostanziale consenso. Non tanto, o non necessariamente, adottandola come nuova teoria giuridica, alla stregua di quelle che la storia ha conosciuto (quelle, per capirci, del tipo "il diritto è norma", "il diritto è istituzione", "il diritto è quello che i giudici fanno"). Non cioè come una tesi ontologica. Piuttosto come una tesi epistemologica. Quale effettivamente è.

È una tesi nata da banale buon senso, che muove da una duplice elementare constatazione. Che non c'è nulla *in rerum natura* che noi possiamo additare a chi ci interroga per mostrargli il diritto (possiamo additare il proprietario e la cosa, il reo e la vittima, ma non la proprietà o il reato). E che però da oltre due millenni ci capiamo quando parliamo di diritto (anche se ci accapigliamo sul vero diritto). E ne conclude che, stando così le cose, bisogna per forza che il diritto sia nel discorso che ne parla e non nei fatti di cui parla.

Questa idea, espressa frammentariamente ai diversi propositi cui sono dedicati i diciannove saggi che compongono il volume, è acutamente compresa dai suoi commentatori, e da essi discussa a volte in via diretta a volte con riguardo all'uno all'altro tema particolare, a volte applicata a temi in sé estranei al libro. Mi si perdoni il compiacimento, ma non posso non pensare che già questo successo basti a giustificare che io abbia consumato trecento fogli di buona carta.

3 Un metodo discorsivo razionale come alternativa al dogmatismo e al nichilismo

A questa tesi i miei acuti commentatori prestano, di massima, consenso ben consci degli effetti corrosivi che quelle banali constatazioni possono avere sulla corrente visione giuspositivistica, per la quale il diritto invece è un sistema di leggi e fatti, dato a priori, in cui l'interprete scopre nella norma quale effetto giuridico consegua per volontà di legge a ciascun fatto giuridico. Come credere ancora che il discorso del giurista dipenda dalla "realtà giuridica" se comprendiamo che non c'è altra realtà giuridica che il discorso del giurista?

Il punto è sommamente rilevante. Intendiamoci: sono del tutto consapevole del fatto che la critica al dogmatismo tradizionale implicata dal punto di vista che propongo è stata fatta da altri prima e meglio di me. Ma sono anche e soprattutto consapevole del fatto che cogliendo il suo risultato quella critica ha lasciato molti ex-dogmatici smarriti e sconsolati, facendoli volgere a radicale nichilismo, quasi a voler dire «Il Diritto è morto! Tutto è permesso!».

Ebbene, io non la penso affatto così. Per me la critica al dogmatismo è importante, certamente, ma più importante è la via d'uscita tutt'altro che nichilista cui la tesi del diritto come discorso conduce.

Penso che il nichilismo sia esito inevitabile solo a chi muove dalla fede acritica nei Dogmi (la "realtà giuridica") e poi scopre che tutto ciò è solo mito. Quel dogmatico pentito inevitabilmente scopre che i fatti giuridici ora producono e ora non producono gli effetti giuridici (pensiamo ai contratti simulati, allo stellionato, al risarcimento del danno non patrimoniale come era ieri e come è oggi); scopre che non c'è la Norma ma solo le tante diverse interpretazioni della disposizione (pensiamo alla trascrizione dei matrimoni *same sex*, ieri inesistenti, oggi solo inefficaci ma - dice l'ultima giurisprudenza - suscettibili come formazioni sociali di una tutela di singole situazioni equivalente a quella matrimoniale); scopre che chi ha il diritto talora non ha diritto (pensiamo all'esercizio del diritto soggettivo tacciato di essere piuttosto un abuso del diritto).

Ma tutto ciò, secondo me, sconfessa il dogmatismo, non la dogmatica

(ma io preferirei chiamarla “il metodo razionale”). Pensare il diritto come discorso è solo, in via preliminare e nella *pars destruens*, un modo per smettere di pensarlo in modo dogmatico; in via sostanziale e nella *pars construens* è anche e soprattutto un modo per continuare a pensarlo in maniera razionale. Un modo cioè per contrastare quel libertinaggio argomentativo ormai purtroppo imperante che fa dire (per esempio) che gli atti di destinazione patrimoniale atipica valgono solo se realizzano interessi di particolare meritevolezza sociale, perché altrimenti non si giustifica che nuocciano ai creditori (come dire che si può fare beneficenza a spese altrui); o (altro esempio) che le nullità dei contratti del consumatore sono speciali perché proteggono solo una parte (come se le nullità codicistiche del patto commissorio o del patto leonino o dell’incapacità giuridica speciale proteggessero non solo l’abusato ma l’abusante).

Meno dogmatismo e più razionalità ci svelerebbero facilmente che si può (e si deve) rinunciare ai dogmi senza per questo cadere necessariamente nell’arbitrio argomentativo. Il discorso del giurista non dipende da alcuna inesistente realtà giuridica, ma ha nella sua stessa capacità di rappresentarsi obiezioni un limite assai più efficace all’arbitrio argomentativo, e nella possibilità di mettere a punto una risposta sul caso non più esposta ad obiezioni una validità assai maggiore di quella illusoria del dogma.

Chi come me crede nel diritto come discorso razionale non ha perciò motivo di piangere sulla crisi delle classiche categorie dogmatiche, né di abbandonarsi al nichilismo. Pensa piuttosto che nel diritto il rigore sia nel ragionamento sul caso e non nei concetti in cui si vorrebbe inserirlo a forza. Come in matematica, la validità sta nel procedimento, non nell’esito del calcolo. La responsabilità del giurista è ragionare bene.

4 Congedo

Coglie quindi nel segno Carmelita Camardi quando aprendo la discussione su *Il diritto come discorso* indica nell’assunzione di responsabilità sottesa all’approccio al diritto come ad un discorso che deve avere tenuta razionale, la ragione per cui potrebbe valere la pena di occuparsi del libro.

O meglio: io non so se davvero valesse la pena di occuparsi del mio libro; ma posso confermare che nel patrocinare l’idea che compito del giurista sia argomentare correttamente la soluzione più giustificata di ogni caso, intendevo espressamente richiamare noi tutti alla responsabilità che ci compete e che ci qualifica come giuristi.

Quanto ci sia riuscito, è un altro discorso.

Ma ora che ho letto ciò che i miei commentatori hanno scritto, nel congedarmi da questo incontro con loro nutro timidamente la speranza di non avere del tutto fallito.