PIERLUIGI CHIASSONI

Diritto, argomentazione, decisione giusta: in margine alla civilistica analitica di Aurelio Gentili

ABSTRACT
The paper discusses Aurelio Gentili's recent collection of essays, *Il diritto come discorso*, and it is articulated in three sections. Section one concerns Gentili's theory of positive law (his jurisprudence). Section two concerns his theory of rational argumentation. Section three concludes by suggesting a possible incoherence between the two previously expounded theories.

Il saggio discute la recente raccolta di saggi di Aurelio Gentili, *Il diritto come discorso*, ed è diviso in tre parti. La prima parte verte sulla filosofia del diritto positivo (o, come si suole anche dire, sulla teoria del diritto) di Aurelio Gentili. La seconda parte verte sulla sua teoria dell'argomentazione razionale. Nella terza e conclusiva parte, si evidenzia una possibile incongruenza tra le due teorie.

KEYWORDS:
analytical jurisprudence, positive law, legal argumentation

giurisprudenza analitica, diritto positivo, argomentazione giuridica

© 2014, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.

Tutti i diritti sono riservati.

PIERLUIGI CHIASSONI*

Diritto, argomentazione, decisione giusta: in margine alla civilistica analitica di Aurelio Gentili

1. *Premessa: una filosofia del diritto "da giurista"* – 1.1. *Tipo e metodo d'indagine* – 1.2. *Contenuto* – 2. *Diritto: una concezione giurisprudenziale* – 2.1. *La concezione di Gentili in poche parole* – 2.2. *Breve analisi della formula "il diritto è ordinamento delle pretese giudizialmente perseguibili"* – 2.3. *Gli ingredienti del diritto* – 3. *Argomentazione giuridica razionale: il problema della decisione giusta – 4. Conclusioni: concezione giurisprudenziale del diritto e nozione ideale di decisione giusta*.

«Da principio, nel diritto non esistono
che disposizioni e pretese»
A. Gentili

1. *Premessa: una filosofia del diritto "da giurista"*

Il diritto come discorso – la raccolta di saggi che Aurelio Gentili ha recentemente pubblicato quale volume del *Trattato di diritto privato* a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti[1] – è opera esemplare: sia per il tipo e il metodo d'indagine, sia per il contenuto.

* Professore ordinario di Filosofia del diritto, Università di Genova. E-mail: pierluigi.chiassoni@unige.it.

[1] GENTILI 2013. Per ogni riferimento a quest'opera mi limiterò a inserire nel testo dell'articolo il numero della pagina.

1.1. *Tipo e metodo d'indagine*

Leggendo *Il diritto come discorso* e riflettendo su di esso a cominciare dal titolo, che garrisce come uno stendardo di disfida, il pensiero non può fare a meno di correre a una distinzione tracciata da Norberto Bobbio in un saggio della fine degli anni cinquanta, poi confluito in *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*: *Natura e funzioni della filosofia del diritto*[2]. Si tratta, come forse si ricorderà, della distinzione tra due modi allora in voga di fare "filosofia del diritto": tra due modi di riflettere sul diritto quale fenomeno sociale e quale misura, reale o ideale, del giusto e dell'ingiusto, il modo "dei filosofi" e il modo "dei giuristi".

Il primo modo, coltivato da generazioni di filosofi ("filosofi-giuristi"), aveva prodotto filosofie del diritto:

(1) costruite "dall'alto" di sistemi aspiranti al sublime (la "filosofia del diritto come filosofia applicata");

(2) frutto di ragionamenti *a priori* propri di un'epistemologia "razionalista" per la quale la forma superiore di conoscenza è conoscenza che prescinde dall'esperienza;

(3) connotate da "abusi di costruzione concettuale"[3];

(4) informate a una visione "monista" della realtà giuridica, quale realtà che, al di là delle apparenze, sarebbe semplice, poiché caratterizzata da una qualche proprietà elementare alla quale la complessità di superficie può essere ridotta (nelle filosofie idealistiche, si suole indicare siffatta proprietà nella volontà, di modo che il diritto sarebbe, secondo la "sintesi ardita" di Giovanni Gentile, "volere voluto");

[2] BOBBIO 1965, 37-51, 43-46.

[3] Sarebbe "abusivo" ad esempio, secondo Bobbio, l'utilizzo che Kelsen fa, nella sua teoria del diritto, della distinzione (neo)kantiana tra *Sein* e *Sollen* (BOBBIO 1965, 43).

(5) formulate in un linguaggio astruso, ma non di rado ("oscuramente") banali;

(6) di cui, per conseguenza, "i giuristi non sapevano che fare".

Il secondo modo, praticato invece, con rare eccezioni, da giuristi ("giuristi-filosofi"), aveva prodotto filosofie del diritto:

(1) informate a "pluralismo" ontologico, ovverosia all'idea della complessità e pluralità irriducibili dei fenomeni nella realtà empirica del diritto;

(2) caratterizzate da "empirismo" epistemologico, ovverosia dal privilegiare la conoscenza *a posteriori,* fondata sull'esperienza;

(3) elaborate a partire "dal basso": dal punto di vista della prassi, nel quotidiano confronto con le fonti del diritto, sulla base della frequentazione delle aule di giustizia e degli studi legali, prestando attenzione alle effettive attività di produzione e applicazione del diritto;

(4) il cui proposito era quello, forse modesto, ma certamente non ozioso, di fare meglio comprendere la natura del diritto – *che cosa* e *come* è il diritto – agli operatori giuridici e ai profani, usando un linguaggio accessibile e assumendo l'esperienza giuridica (quella, per così dire, sotto gli occhi di tutti) quale ineludibile *explicandum*.

Nell'anelito classificatorio che pervade così tanta parte delle nostre cure di studiosi, sembra naturale leggere *Il diritto come discorso* come un esempio paradigmatico di filosofia del diritto al modo dei giuristi. Ciò è senz'altro corretto. Nondimeno, una precisazione appare doverosa, se non si vuole fare torto all'opera e al suo autore. La bobbiana "filosofia del diritto dei giuristi" presenta due varianti. Da un lato, vi sono opere che si caratterizzano per un atteggiamento che potrebbe dirsi di *spontaneismo metodologico*: rientra tra queste, ad esempio, *L'ordinamento giuridico* di Santi Romano[4]. Dall'altro, vi sono

[4] ROMANO 1917.

opere che invece denunziano un atteggiamento *riflessivo* e *progettuale*, essendo frutto di opzioni metodologiche consapevoli, meditate e avvertite: ad esempio, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik* di Hans Kelsen[5], *On Law and Justice* di Alf Ross[6], *The Concept of Law* di Herbert Hart[7], i saggi dello stesso Bobbio raccolti in *Studi per una teoria generale del diritto*[8].

Orbene: la filosofia del diritto che Gentili ci offre ne *Il diritto come discorso* appartiene a questa seconda variante. Da un lato, il libro rivela una conoscenza non amatoriale dell'epistemologia e della filosofia analitica del diritto (e non) contemporanee; dall'altro, esso mette a frutto tale conoscenza, sulla base di una consapevole opzione metodologica, per condurre indagini filosofico-giuridiche all'interno di un indirizzo che, volendo appagare l'ansia di trovare un nome alle cose, potremmo denominare *civilistica analitica*. Chiarirò subito ciò che intendo con tale locuzione, a fugare equivoci.

Le indagini di filosofia del diritto condotte da Aurelio Gentili sono per un verso indagini *analitiche*: sia nel modo di considerare il diritto, alla stregua di un discorso (sul punto tornerò più diffusamente tra poco), sia nel modo di affrontare i problemi della scienza e della meta-scienza giuridica, configurandoli anzitutto come problemi concettuali, secondo quanto prescritto dal "principio di conversione"[9].

[5] KELSEN 1967.

[6] ROSS 1965.

[7] HART 1965.

[8] BOBBIO 1970.

[9] Il "principio di conversione" – che rappresenta uno dei principali strumenti dell'analisi filosofica (del "metodo analitico" in filosofia, e in filosofia del diritto) – prescrive di convertire i problemi ontologici (Cos'è diritto?) in problemi concettuali (Cos'è "diritto"?). Sul "principio di conversione", cfr. CHIASSONI 2013a.

L'analisi precede la sintesi. Il mondo giuridico è presentato in tutta la sua complessità, rifuggendo da semplificazioni e riduzionismi. Le nozioni fondamentali tradizionali (diritto, norma, fonte, scienza giuridica, prassi, etc.) sono trattate con pregiudiziale dubbio metodico[10].

Le indagini di filosofia del diritto condotte da Aurelio Gentili sono inoltre, per altro verso, indagini *civilistiche*. Il punto di vista dal quale muove, l'angolo dal quale osserva, descrive e pretende esplicare il mondo del diritto, per suoi singoli frammenti, a uso di colleghi e profani, è il punto di vista, è l'angolo, del civilista: dell'erede di una tradizione millenaria per la quale lo *ius civile* non è una semplice, accidentale, partizione del diritto positivo, ma racchiude nella sua prassi, e soprattutto nella sua *prudentia*, l'accesso alle proprietà "essenziali" del diritto stesso. Naturalmente, poiché si resta con i piedi sempre ben piantati per terra, si tratta dell'"essenza" dello *ius nostrum quo utimur*: e dunque, del diritto così come lo vedono (e lo giocano), tra gli altri, il *bad man* e il suo erudito avvocato.

1.2. *Contenuto*

La filosofia giuridica di Gentili è, dicevo, un esempio di *civilistica analitica*. Nei saggi che compongono *Il diritto come discorso*, tuttavia, l'analisi si accompagna a un costante sforzo di "sintesi", consistente nell'elaborazione di tesi teoriche concernenti il diritto, le sue fonti, l'argomentazione giuridica, la scienza giuridica, la prassi.

Orbene: sul piano del contenuto, alla luce delle tesi di volta in volta sostenute, i saggi si caratterizzano per un orientamento che, nei termini delle categorie correnti nella meta-filosofia del diritto contemporanea, non si può esitare a definire *realistico*. Del realismo giuridico, così come io lo intendo, esso condivide

[10] BOBBIO 1965, 44-46.

infatti tutti i principali tratti. In primo luogo, come accennavo parlando del metodo filosofico, ne condivide l'empirismo epistemologico. In secondo luogo, sul piano della metodologia giuridica descrittiva, ne condivide il non-cognitivismo (l'"anti-formalismo"), ovverosia il rigetto del formalismo interpretativo e del concettualismo, tipici del "positivismo giuridico" ottocentesco e dei suoi epigoni contemporanei. In terzo luogo, sul piano della metodologia giuridica prescrittiva, assume una postura razionalistica, perseguendo l'ideale di un'argomentazione dottrinale e giudiziale governate, per quanto possibile, dalla ragione. In quarto luogo, e infine, sul piano ontologico della teoria del diritto, aderisce a una posizione di normativismo critico, esibendo una prudente e condizionata accettazione dell'idea secondo cui il diritto è fatto di "norme". Si tratta – ed ecco l'esemplarità de *Il diritto come discorso* per quanto concerne il contenuto – di un *realismo radicale*: professato in modo conseguente (salvo che per un aspetto di cui dirò), con lucida freddezza e compiaciuta iconoclastia.

A un libro così complesso e ricco di spunti qual è *Il diritto come discorso* non potrò dedicare che poche note, e sparse. La prima parte delle mie riflessioni verterà sulla filosofia del diritto positivo (o, come si suole anche dire, sulla teoria del diritto) di Aurelio Gentili (§ 2). La seconda parte verterà sulla sua teoria dell'argomentazione razionale (§ 3). Nella terza parte, in forma di brevissima conclusione, suggerirò che sembra di poter ravvisare, tra le due teorie, un'incongruenza (§ 4).

2. *Diritto: una concezione giurisprudenziale*

2.1. *La concezione di Gentili in poche parole*

Ne *Il diritto come discorso* Aurelio Gentili, fedele all'opzione realistica e anti-positivistica cui accennavo poc'anzi, adotta e difende una concezione del diritto positivo (del

"mondo del diritto", della "esperienza giuridica") come *entità prevalentemente giurisprudenziale*. Tale concezione appare, infatti, incentrata sulle seguenti idee.

1. Le norme, l'ordinamento giuridico e i diritti soggettivi, «con i quali da secoli i giuristi compongono l'esperienza giuridica [non sono] rispetto ad essa un *prius* ma un *posterius*; non sono il fondamento ma la risposta» (362).

2. Gli ingredienti fondamentali dell'esperienza giuridica, quelli che vengono *prima*, che sono un *prius*, e sulla base dei quali le norme, l'ordinamento, e i diritti soggettivi vengono costruiti, sono di tre tipi: *disposizioni*, *pretese*, e *tecniche* dell'argomentazione razionale.

3. Le *disposizioni* sono enunciati autoritativi prodotti dal legislatore e idonei, in linea di principio, a esprimere norme; dunque, si badi, i legislatori producono non già "norme", bensì "disposizioni", secondo una tesi ben nota del realismo analitico.

4. Le *pretese* sono (veicolate da) *enunciazioni* (potremmo dire) *auto-ascrittive*: che esprimono "l'unilaterale apprezzamento" di un soggetto circa la propria situazione giuridica; in particolare, circa il suo *essere titolare di posizioni vantaggiose*, meritevoli di tutela giurisdizionale, nei confronti di terzi determinati (ad es.: "Ho diritto a che Tizio mi paghi 100 € entro la fine del mese") (307, 363).

5. Le *tecniche dell'argomentazione razionale* – che Gentili considera *en masse*, parlando di una "unica tecnica di giustificazione razionale" – sono gli strumenti mediante i quali i giuristi e i giudici ricavano vuoi norme (esplicite) a partire da disposizioni, vuoi norme implicite a partire da altre norme previamente esplicitate, al fine di dare soluzione ai conflitti tra pretese. Non si tratta, si badi, di tecniche *euristiche*: esse non servono, infatti, a *scoprire* il vero significato delle disposizioni, poiché una tale cosa non esiste; servono invece ad accreditare o screditare

interpretazioni di disposizioni, presentandole come giuridicamente corrette o scorrette.

6. L'*ordinamento giuridico* non è pertanto, rispetto alle pretese, "*ordo ordinatus*", ovverosia insieme di norme e di diritti precostituito alle controversie giurisdizionali; è invece "*ordo ordinans*": è insieme di norme e di diritti *costruiti nelle controversie* al fine di risolvere conflitti tra pretese, è «un sistema in cui il giudice, conoscendo il conflitto, non scopre la regola del caso, bensì lo decide; e dunque non riconosce ma fonda il diritto soggettivo, quando conferma la pretesa» (307).

7. Alla luce delle riflessioni precedenti, il modo migliore di concepire il diritto ("l'ordinamento" giuridico), a fini esplicativi, consiste pertanto – suggerisce Gentili, sulle orme di Bernhard Windscheid – nel considerarlo, quantomeno «in una sua parte [come] ordinamento delle pretese giudizialmente perseguibili» (307, 362).

La teoria giuridica di Gentili presenta due aspetti centrali: una concezione ordinamentale del diritto (*id est*, in termini di "ordinamento") e una tipologia degli ingredienti "primari", o fondamentali, del diritto. Entrambi gli aspetti meritano, a mio avviso, qualche riflessione.

2.2. *Breve analisi della formula "il diritto è ordinamento delle pretese giudizialmente perseguibili"*

Gentili propone di considerare il diritto (l'"ordinamento"), perlomeno "in una sua parte", e dunque proponendo apparentemente una concezione scientemente parziale, quale «ordinamento delle pretese giudizialmente perseguibili» (307, 362).

"Ordinamento delle pretese giudizialmente perseguibili", tuttavia, è espressione ambigua. Lo stesso Gentili ne è consapevole, laddove, come accennavo prima, distingue tra "ordinamento" quale *ordo ordinatus* e "ordinamento" quale *ordo ordinans*, optando poi per quest'ultima accezione.

In proposito, non posso tacere due impressioni.

Primo, mi sembra che l'area di ambiguità del termine "ordinamento" vada oltre l'ambiguità binaria, attività-risultato o processo-prodotto, messa in luce da Gentili, a includere ulteriori accezioni.

Secondo, mi sembra che qualora, come fa Gentili, ci si proponga di concepire il diritto *in termini di* – o *come*, o *quale* – "ordinamento", adottando però al contempo una prospettiva forense-giurisprudenziale, la forza esplicativa della formula "il diritto è ordinamento delle pretese giudizialmente perseguibili" risulterebbe accresciuta se si tenesse conto, simultaneamente, di tutte le accezioni di "ordinamento", poiché ciascuna di esse cattura un aspetto teoricamente rilevante del fenomeno diritto. In altre parole, parrebbe utile sostituire alla formula, intesa secondo una soltanto delle possibili accezioni di "ordinamento", una congiunzione di formule (cinque, come vedremo), ciascuna delle quali corrisponde a una distinta accezione di "ordinamento", operando una moltiplicazione teoricamente vantaggiosa. Vediamo come.

Il termine "ordinamento" si caratterizza, a ben vedere, per un'ambiguità non già binaria (attività-risultato, processo-prodotto), bensì quinquenaria: l'*ambiguità struttura-attività-pratica-prodotto-situazione*. Esso può servire, infatti, a designare, in via alternativa o congiuntamente:

– una *struttura ordinamentale*: la struttura che serve a ordinare qualcosa;

– un'*attività ordinamentale*: l'attività che consiste nell'ordinare qualcosa;

– una *pratica ordinamentale*: la pratica che consiste in una pluralità, sincronica e diacronica, di attività ordinamentali tra loro variamente connesse;

– un *prodotto ordinamentale*: il prodotto vuoi di un'attività ordinamentale, vuoi di una pratica ordinamentale, che consiste in ciò che ordina qualcosa.

– una *situazione ordinamentale*: la situazione, che s'instaura in presenza di un prodotto ordinamentale, e quale conseguenza di un'attività o una prassi ordinamentale, tale per cui qualcosa risulta, in qualche modo, ordinato.

Se si combinano i risultati dell'analisi che precede con la teoria del diritto di Gentili, si ottengono cinque nozioni di ordinamento.

(1) *Ordinamento-struttura*: il meccanismo istituzionale (mi si consenta di utilizzare, per il momento, questa consueta metafora) che, se debitamente fatto funzionare (attivato, azionato), serve a ordinare pretese "giudizialmente perseguibili"[11].

(2) *Ordinamento-attività*: l'attività istituzionale che consiste nell'ordinare giuridicamente pretese individuali; ovverosia, in termini più precisi, che consiste nel produrre norme le quali, ascrivendo diritti e doveri ai singoli coinvolti in una controversia giudiziale, disciplinano pretese individuali.

(3) *Ordinamento-pratica*: l'insieme, di solito numericamente assai rilevante, di attività ordinamentali.

(4) *Ordinamento-prodotto*: l'insieme delle norme, prodotte dai giudici, mediante le quali sono state disciplinate pretese individuali, sulla base di preesistenti disposizioni e utilizzando tecniche dell'argomentazione razionale.

(5) *Ordinamento-situazione*: l'insieme dei rapporti regolati dalle norme che costituiscono l'ordinamento-prodotto.

[11] Anche la locuzione "pretesa giudizialmente perseguibile" è problematica. Mi limiterò tuttavia a una considerazione. Apparentemente, in un ordinamento caratterizzato dal divieto di *non-liquet*, qualunque pretesa è "giudizialmente perseguibile", anche la più bizzarra o la più temeraria. Invero, qualunque pretesa può (deonticamente) essere sottoposta, nelle debite forme processuali, a un giudice (beninteso: se si trova l'avvocato disposto a farlo), e il giudice deve pronunziare su di essa, sia pure per negarla e condannare alle spese e agli eventuali danni.

Ordinamento-struttura, ordinamento-attività, ordinamento-pratica, e ordinamento-situazione sono, rispettivamente, struttura atta a produrre norme giuridiche, attività di produzione di norme giuridiche, pratica (che involge una collettività di agenti: giudici, avvocati, clienti) di produzione di norme giuridiche, situazione dipendente dal vigore di norme giuridiche.

L'*ordinamento-struttura* è, fuori di metafora, *insieme di disposizioni* atte a esprimere norme processuali (norme di competenza, norme procedurali in senso stretto) e norme sostanziali.

L'*ordinamento-attività* è attività di *trasformazione di disposizioni in norme*, processuali e sostanziali, generali e individuali, mediante operazioni d'interpretazione e applicazione, orientate alla disciplina di concrete pretese individuali, e accreditate mediante tecniche di argomentazione razionale.

L'*ordinamento-pratica* è insieme variegato e complesso delle attività sincroniche e diacroniche di trasformazione di disposizioni in norme.

L'*ordinamento-situazione* è il complesso dei rapporti giuridici intersoggettivi che sono l'effetto del vigore di norme giuridiche.

Ordinamento-struttura, ordinamento-attività, ordinamento-pratica, e ordinamento-situazione si presentano pertanto come *altro* da norme.

Ordinamento-prodotto è invece insieme di norme: in ogni momento *t* di un arco temporale dato, esso è l'insieme delle norme giuridiche – generali e individuali, sostanziali e processuali – prodotte mediante attività ordinamentali nell'àmbito di una pratica e di una struttura ordinamentale.

Alla luce dell'ambiguità struttura-attività-pratica-prodotto-situazione, la formula "il diritto è ordinamento delle pretese giudizialmente perseguibili" si rivela essere un *portmanteau* per cinque distinte nozioni di "diritto": "diritto" quale struttura che serve a ordinare pretese individuali;

"diritto" quale attività che consiste nell'ordinare pretese individuali; "diritto" quale pratica sociale consistente in una pluralità di attività ordinamentali; "diritto" quale insieme di norme che sono il risultato dell'utilizzazione di una struttura ordinamentale mediante attività ordinamentali che nell'insieme compongono una pratica ordinamentale; "diritto" quale insieme di relazioni intersoggettive in termini di diritti, doveri, poteri, immunità, soggezioni, libertà, etc., ascritti ad agenti ("soggetti") determinati da norme giuridiche.

Ognuna delle cinque nozioni di diritto come "ordinamento delle pretese giudizialmente perseguibili" sopra considerate ha, con tutta evidenza, un carattere parziale, frammentario. In sede di ricostruzione teorica, ciascuna di esse serve a catturare un aspetto importante del complesso e variegato fenomeno sociale che siamo soliti chiamare "diritto": non, però, l'intero fenomeno, che è invece catturato, perlomeno in larghissima parte, dalla congiunzione delle cinque nozioni ordinamentali.

In conclusione, la breve analisi precedente della formula "il diritto è ordinamento delle pretese giudizialmente perseguibili" reca con sé un suggerimento: in sede di stipulazione teorica, appare preferibile adottare una concezione ordinamentale del diritto più ricca e più articolata di quella che Gentili pone al centro della sua teoria adottando, sulle orme di Oliver Wendell Holmes Jr., la prospettiva del *bad man* e del suo avvocato. Ma lascio naturalmente a lui il giudizio sul punto.

2.3. *Gli ingredienti del diritto*

Per Gentili, come si è visto, gli ingredienti di base dell'esperienza giuridica, quelli che vengono *prima*, sono le disposizioni, le pretese, e le tecniche dell'argomentazione razionale. Ciò rispecchia una concezione del diritto quale *entità prevalentemente giurisprudenziale*. Invero, il dato

legislativo, le disposizioni, sono sì un *prius*, rispetto alle norme e ai diritti soggettivi. Si tratta però, a ben vedere, di un *prius* inerte, passivo. Le disposizioni sono la "morta lettera" che, secondo un'immagine consueta, attende di essere "vivificata" dagli interpreti, in reazione a impulsi costituiti dalle pretese individuali, trasformandola in norme accreditate mediante tecniche argomentative razionali. In forza di ciò, il momento giurisprudenziale prevale sul momento legislativo: è elemento *sine quo non* della regolazione delle pretese individuali, laddove le disposizioni, testi in attesa di un significato operativo, possono anche mancare, come accade nei casi di lacuna della legge.

Ciò detto, la contrapposizione tra "fattori di produzione" (disposizioni, pretese, tecniche) e "prodotti" (norme, ordinamento, diritti soggettivi), proprio se ci si pone nella prospettiva forense adottata da Gentili, appare bisognosa di maggiore articolazione. Invero, come lo stesso Gentili ha ben presente, prima di ogni controversia, parti e giudici dispongono solitamente, qui e ora, di ulteriori risorse. Tra queste, due meritano di essere menzionate:

(1) le norme generali, esplicite o implicite, costruite dai giudici per risolvere passate controversie, frutto di operazioni d'interpretazione e integrazione, le quali costituiscono il fattore giurisprudenza (precedente giudiziale);

(2) le costruzioni dottrinali – le dottrine degli istituti e le definizioni dei concetti dogmatici elaborate dai giuristi – le quali costituiscono il fattore dottrina giuridica.

Queste ulteriori risorse, questi ulteriori fattori della produzione giuridica, andrebbero pertanto inclusi espressamente tra i materiali di cui giudici e avvocati dispongono prima di giocare ogni loro "partita", accanto alle disposizioni, alle pretese e alle tecniche argomentative.

3. *Argomentazione giuridica razionale: il problema della decisione giusta*

Nella sua concezione giurisprudenziale del fenomeno giuridico, come si è visto, Gentili assegna alle tecniche dell'argomentazione razionale la funzione di fattori della produzione giuridica: di strumenti dell'"ordinamento delle pretese giudizialmente perseguibili", che intervengono nella trasformazione delle disposizioni in norme e in diritti soggettivi. Ciò rispecchia l'idea secondo cui il diritto è – e deve essere – *argomentazione razionale*. In cosa consiste, tuttavia, l'argomentazione razionale? Se non ho male inteso, Aurelio Gentili intrattiene in proposito le seguenti idee.

1. L'argomentazione razionale è argomentazione in *funzione giustificatoria*: attiene alla *giustificazione* di "premesse normative" e "premesse fattuali", concernenti "fatti e valori", in vista della risoluzione di problemi giuridici (497-503).

2. L'argomentazione razionale si contrappone sia alla *descrizione*, sia alla *dimostrazione*, che attengono invece, rispettivamente, a fatti e a teoremi (479, 500).

3. L'argomentazione razionale si contrappone altresì, in virtù della sua razionalità, all'*argomentazione irrazionale,* nella forma della retorica "nera", "psicologica", della "persuasione", la quale si propone di conseguire l'adesione dell'uditorio a una qualunque tesi facendo leva sulle emozioni, e dunque anche ricorrendo in modo consapevole, se del caso, a ragionamenti fallaci (quali, ad esempio, la *quaternio terminorum*, l'*ignoratio elenchi*, l'*argumentum ad hominem*, l'*argumentum a verecundia*, l'*argumentum ad baculum*, etc.) (478-480, 510).

4. L'argomentazione razionale è *vincolata da regole*: ad esempio, secondo la nota "tavola" di Robert Alexy, dalle regole secondo cui "nessuno può contraddirsi", "ciascuno può contraddire", «ognuno deve essere pronto ad

accettare, anche contro di sé, l'universalizzazione della regola che afferma» (364).

5. L'argomentazione razionale è *vincolata da princìpi e modi di procedere*: in particolare, dal "principio di inconfutabilità" e dal "metodo" della "fondazione ultima" (547).

6. L'argomentazione razionale si caratterizza per aspirare a un'*oggettività*, non già "esterna", ontologica, consistente nella conformità dei risultati dell'argomentazione al diritto quale dato oggettivo ed esterno al discorso dei giuristi, bensì a un'*oggettività* "interna", "razionale", metodologica e procedurale, sul presupposto teorico che il diritto sia, come accennavo prima, *entità giurisprudenziale*: «l'insieme dei discorsi degli interpreti sul diritto» (506).

7. L'argomentazione razionale è ingrediente essenziale del *contraddittorio*: sia dei contraddittori reali, i contraddittori quali, di fatto, sono in concrete controversie; sia del contraddittorio ideale, il contraddittorio quale dovrebbe essere per essere perfettamente razionale (521 ss.).

8. L'argomentazione razionale è pertanto, in una parola, "dialettica": non è descrizione, né dimostrazione, né retorica della persuasione emotiva, bensì retorica della persuasione razionale, discorso pratico razionale; la sua sede è il contraddittorio; l'obiettivo del suo utilizzo consiste nell'identificare, per ogni controversia giudiziale, la "decisione giusta" (547-548).

Desidero soffermarmi su quest'ultimo punto; in particolare, sulla nozione di decisione giusta.

Gentili ritiene che una definizione adeguata di decisione giusta possa essere offerta soltanto adottando una posizione *non-cognitivistica* circa i rapporti tra metodo e merito (risultato, soluzione, decisione), respingendo tanto la posizione (che chiama) *cognitivistica*, quanto la posizione (che chiama) *eclettica*.

La *posizione cognitivistica* ("cognitivismo") – che è propria del cognitivismo etico e del "positivismo giuridico",

nella variante "ideologica" o "dottrinale"[12] – sostiene *la dipendenza del metodo dal merito*: è *corretto* il metodo che conduce a risultati in sé *corretti*[13]. In altri termini: la correttezza del risultato è *condizione sufficiente* della correttezza del metodo. Per il cognitivismo, dunque, qualunque metodo va bene, purché il risultato sia *in sé* – evidentemente, intuitivamente – giusto. Gentili scarta questa posizione, poiché respinge l'oggettivismo "ontologico" e il cognitivismo giuridico che essa presuppone. Si tratta invero, a ben vedere, di una posizione che, contrariamente al *nomen* e alle apparenze, è profondamente irrazionalistica: fa appello a presunte "evidenze" e a "intuizioni", che sono i camuffamenti consueti per il soggettivismo più sfrenato; inoltre, quale conseguenza della tesi della dipendenza del metodo dal merito, rende la riflessione sul metodo – e dunque sui modi, suscettibili di controllo intersoggettivo, di pervenire a risultati – del tutto irrilevante.

La *posizione eclettica* ("ecclettismo") sostiene *l'indipendenza tra metodo e merito* (539-540). Da un lato, la correttezza del metodo non assicura (non prova) la correttezza del risultato. Dall'altro, la correttezza del risultato non assicura (non prova) la correttezza del metodo. In altri termini: da un lato, la correttezza del metodo non è condizione sufficiente della correttezza del risultato; dall'altro, e reciprocamente, la correttezza del risultato non è condizione sufficiente della correttezza del metodo. Gentili scarta anche questa posizione perché, al pari di quella cognitivistica, "sgancia" il metodo (nella specie, il "contraddittorio") dal merito, e conduce alla conclusione nichilistica, ben nota in filosofia della scienza, secondo cui «qualunque metodo va bene» (540).

[12] Cfr. CHIASSONI 2013b.
[13] GENTILI 2013, 538-540.

La *posizione non cognitivistica* ("non cognitivismo"), infine, sostiene *la dipendenza del merito dal metodo*: è corretto il risultato, quale esso sia, che si ottenga utilizzando il metodo corretto (538-539). In altri termini, la correttezza del metodo è condizione sufficiente della correttezza del risultato. La decisione giusta è pertanto quella che, quale che ne sia il contenuto, è configurabile come il risultato di un corretto metodo di argomentazione giuridica.

Il corretto metodo di argomentazione giuridica è informato, come dicevo prima, al "principio d'inconfutabilità" e al "metodo della fondazione ultima". Alla luce di essi, Gentili distingue, apparentemente, tre nozioni di decisione giudiziale "intrinsecamente" giusta, una *nozione generica* e due *nozioni specifiche*: la nozione di *decisione giusta in relazione al concreto contraddittorio del caso*, ovverosia relativamente alle circostanze effettive di un contraddittorio reale; la nozione di *decisione giusta in assoluto*, ovverosia in relazione alle condizioni ideali di un contraddittorio ideale.

Decisione giusta: nozione generica

La decisione giusta è, in senso generico, la decisione che abbia superato il test del principio d'inconfutabilità:

> «Una giusta decisione ha la caratteristica di *non patire più obiezioni* da parte di alcuno degli interessati: è giusta proprio perché *gli argomenti che la giustificano concordano, e non si danno argomenti in contrario* [...] Ne segue che è decisione intrinsecamente giusta quella che *non è esposta ad obiezioni*» (543, corsivi redazionali).

Decisione relativamente giusta, o in relazione al contraddittorio nel caso concreto

La decisione relativamente giusta è la decisione che abbia superato il test del principio d'inconfutabilità all'interno di un contraddittorio concreto, e alla luce delle ragioni in esso di fatto offerte pro e contro di essa:

> «nell'ordinamento delle pretese giudizialmente perseguibili, privo di soluzioni *ex ante*, la prevalenza di una [pretesa] è giustificata dalla sua *prevalenza logica nell'orizzonte del contraddittorio che si forma sul caso*. Non è l'irraggiungibile logica del sistema, ma *la logica del caso*, *che impone una decisione* [...] La decisione che assevera quella logica del caso non è vera. Ma, quando abbia superato ogni obiezione, è valida; anche in un mondo di leggi incoerenti» (365).

Decisione giusta in assoluto, o in relazione al contraddittorio ideale

La decisione giusta in assoluto è, infine, la decisione che abbia superato il test del principio d'inconfutabilità in un contraddittorio ideale, nel quale il giudice e tutte le parti interessate hanno identificato, in ipotesi, tutti gli argomenti utilizzabili pro e contro di essa, e il giudice ha reso un giudizio di prevalenza in condizioni di neutralità e riflessività perfette:

> «è giusta, in modo assoluto, la decisione assunta *rispetto all'intero e completo universo dei fatti ed argomenti rilevanti, una volta che tutto sia stato considerato*. La decisione è (salvo errori del giudicante) assolutamente giusta perché assunta *rispetto all'intero universo di discorso di cui si può fare questione in quel processo* [...] è necessario ma anche sufficiente che *tutti gli interessati ad una controversia* possano parteciparvi, esprimendo *tutti gli argomenti pro o contro*, e che *una mente neutrale e logica, quale deve essere*

> *il giudice, traduca in un confronto razionale lo scontro delle tesi sul conflitto instauratosi, eventualmente integrando, sviluppando, la loro empirica razionalità, fino a ricostruire razionalmente l'intero universo dei fatti e valori rilevanti.*
>
> *Lo sviluppo di quel confronto*, fino al punto in cui, confutate tutte quelle in contrario, non restino che tutte ragioni concordanti per la soluzione, *conduce alla decisione necessariamente giusta, perché nulla più resta a porla in discussione*. Quella è *necessariamente* la soluzione giusta, *esito del giusto metodo. E quel metodo è* [...] *il contraddittorio* [...] *non, ovviamente, il contraddittorio concreto, sempre approssimativo e mai totale* [...] *Bensì il contraddittorio ideale, logicamente perfetto e totale*» (547-548, corsivi redazionali).

Non si può che plaudire all'idea di elaborare una nozione ideale di decisione giusta, proponendola come obiettivo al quale ogni giudice, agendo con "mente neutrale e logica", dovrebbe tendere. Si tratta, inoltre, di una nozione sulla quale si può in linea di principio convenire, quantomeno laddove appare compromessa con (ciò che potremmo chiamare) il "principio di ragione indefessa", il quale esige che la ragione sia esercitata sino al limite estremo delle sue potenzialità.

Ciò detto, la nozione di "decisione giusta in assoluto", che rappresenta il nucleo della metodologia prescrittiva di Gentili, appare problematica.

1. A ben vedere, come emerge dagli ultimi passi citati, la nozione gentiliana di decisione giusta in assoluto rispecchia una posizione di *oggettivismo metodologico forte.*

L'*oggettivismo metodologico forte* è l'idea secondo cui, in condizioni ideali, il metodo del contraddittorio mediante argomentazione razionale porta a elidere interamente lo spazio della discrezionalità giudiziale. Di modo che il

giudice verrebbe a trovarsi nella seguente alternativa: o dare voce alla soluzione "imposta" dal metodo, che è la sola, genuina, decisione giusta in assoluto, oppure violare il principio di neutralità.

L'oggettivismo metodologico forte, a sua volta, avvalora l'idea di un *principio d'inconfutabilità assoluto*: la decisione giusta in assoluto è quella assolutamente inconfutabile, non più soggetta a obiezioni "in assoluto".

L'oggettivismo metodologico forte rispecchia, infine, un atteggiamento di *ottimismo della ragione*: la ragione (del giudice), in situazioni deliberative ideali, conduce a *identificare*, per qualunque conflitto tra pretese, una e una sola soluzione giusta.

2. Mi pare, tuttavia, vi siano buone ragioni per sostenere che, anche al livello ideale, qualora, come Gentili, si parta da una posizione di non-cognitivismo etico, il massimo cui si possa aspirare sia un *oggettivismo metodologico debole.*

L'*oggettivismo metodologico debole* è l'idea secondo cui, anche in condizioni ideali, il metodo del contraddittorio mediante argomentazione razionale non elide mai interamente lo spazio della discrezionalità giudiziale, poiché si tratta di uno spazio che non può mai essere del tutto scancellato. Tale metodo conduce, invece, a una precisa e ponderata delimitazione dello spazio della discrezionalità giudiziale, mettendo in luce quali siano, tutto considerato, le soluzioni alternative tra le quali il giudice dovrà scegliere, necessariamente in conformità a determinate sue opzioni etico-normative apicali.

L'oggettivismo metodologico debole, si noti, avvalora l'idea di un *principio d'inconfutabilità relativo*: la soluzione che il giudice impone come la soluzione "tutto considerato" corretta sarà pur sempre confutabile, soggetta a obiezioni, dal punto di vista di opzioni etico-normative apicali *diverse* da quella che il giudice non può esimersi dal compiere, anche in un contesto ideale.

L'oggettivismo metodologico debole rispecchia, infine, un atteggiamento di *realismo della ragione*: la ragione, anche in situazioni ideali, non conduce mai a *identificare*, per qualunque conflitto tra pretese, una e una sola soluzione giusta "in assoluto"; conduce invece, a un ventaglio di soluzioni ponderate, ciascuna delle quali è giusta in rapporto a una determinata opzione etico-normativa apicale. La ragione non può fare altro, dunque, se non sottoporre al giudice delle *ipotesi* di soluzioni riflessive giuste delle controversie, ciascuna delle quali dipende da una diversa scelta circa il senso e l'assetto dei princìpi (e valori) ultimi. Sostenere diversamente, adottare, sia pure tacitamente, un atteggiamento di ottimismo della ragione vuol dire abbandonare il non-cognitivismo etico, in favore di un *avatar* metodologico-procedurale dell'antica idea della ragion pratica, quale facoltà che permette, sempre e comunque, di conoscere ciò che si deve fare.

3. L'oggettivismo metodologico forte deve, pertanto, essere abbandonato in favore dell'oggettivismo metodologico debole. Con esso, deve però essere abbandonata anche la posizione "non-cognitivistica", incentrata sulla tesi della dipendenza del merito dal metodo. Se, infatti, l'oggettività metodologica forte è illusione, il merito – tralasciando qui ulteriori difficoltà, legate alle fatali, diffuse, interconnessioni tra "metodo" e "merito" – può dipendere dal metodo soltanto sino a un certo punto: e precisamente, sino al punto in cui diviene inevitabile, per il giudice, esercitare la sua discrezionalità e decidere tra soluzioni alternative ponderate. Se, dunque, occorre abbandonare il "non-cognitivismo" (alla Gentili), cosa mai si potrebbe adottare in sua vece?

Apparentemente, l'unica posizione compatibile con il non-cognitivismo etico, l'oggettivismo metodologico debole, il principio d'inconfutabilità relativo e il realismo della ragione è, sulla falsariga della terminologia di Gentili, una

posizione di *ecclettismo rivisitato*. Secondo l'eclettismo rivisitato, l'argomentazione giuridica razionale è un gioco di giustizia procedurale imperfetta, e non, al modo di Gentili, un gioco di giustizia procedurale pura. Ne consegue che la correttezza delle decisioni giudiziali deve essere considerata soggetta a due condizioni, disgiuntamente necessarie e congiuntamente sufficienti: la condizione di *correttezza metodologica* e la condizione di *correttezza assiologica*. Il parametro di correttezza metodologica è un parametro di correttezza *formale*: esige, in particolare, l'uso corretto delle regole e dei princìpi dell'argomentazione giuridica intesa come una forma di discorso pratico razionale. Il parametro di correttezza assiologica è invece un parametro di correttezza *sostanziale*: esige l'uso dei princìpi giusti, l'attribuzione ad essi del giusto peso, la derivazione da essi delle giuste regole di dettaglio, l'utilizzo delle risorse giuste dal punto di vista del contenuto e del peso (valore) istituzionale. Tutto ciò tuttavia, nell'ambito di una prospettiva rigorosamente non-cognitivista, non può che alludere se non a una giustizia *relativa*, i cui princìpi ultimi non sono razionalmente giustificabili. La correttezza assiologica è pertanto sempre *relativa* a un qualche punto di vista sostanziale: a una qualche ideologia del diritto positivo. E giudici e giuristi diversi, ben possono sostenere posizioni diverse e compiere scelte diverse.

4. *Conclusioni: concezione giurisprudenziale del diritto e nozione ideale di decisione giusta*

Avevo detto all'inizio che avrei concluso queste mie riflessioni sul *Diritto come discorso* con una sommaria comparazione tra due componenti della filosofia giuridica di Gentili: la teoria del diritto e la teoria dell'argomentazione razionale.

Orbene: sussiste, a mio avviso, un problema di compatibilità tra la teoria radicalmente realistica del diritto difesa da Gentili, da una parte, e la sua concezione della decisione giudiziale giusta in assoluto, dall'altra.

La teoria della decisione giusta di Gentili adotta, come si è visto, una concezione forte dell'oggettività metodologica. L'oggettivismo metodologico forte, tuttavia, è incompatibile, non soltanto con il non-cognitivismo etico, come ho cercato di sostenere prima, ma altresì con il non-cognitivismo ("antiformalismo") interpretativo, al quale pure Gentili sembra dare convinta adesione.

Riferimenti Bibliografici

BOBBIO N. 1965. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, Comunità.

BOBBIO N. 1970. *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli.

CHIASSONI P. 2013a. *The Model of Ordinary Analysis Revisited*, relazione per "International Seminar on the Methodology of Legal Theory", Università di Zagabria, Zagreb, 29-30 ottobre 2013.

CHIASSONI P. 2013b. *Positivismo giuridico. Una investigazione analitica*, Modena, Mucchi.

GENTILI A. 2013. *Il diritto come discorso*, in IUDICA G., ZATTI P. (eds.), *Trattato di diritto privato*, Milano, Giuffrè, XVII-586.

HART H.L.A. 1965. *Il concetto di diritto*, Torino, Einaudi. Tr. da *The Concept of Law*, 1961.

KELSEN H. 1967. *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi. Tr. da *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, 1964.

ROMANO S. 1917. *L'ordinamento giuridico*, Firenze, Sansoni, 1946.

ROSS A. 1965. *Diritto e giustizia*, Torino, Einaudi. Tr. da *On Law and Justice*, 1958.