

PAOLO COMANDUCCI

*Note a margine di Aurelio Gentili, Il diritto come discorso*

ABSTRACT

In this article, the author provides some remarks on Aurelio Gentili's book, *Il diritto come discorso*. The author lists the numerous qualities of this work which oscillates between high legal dogmatics and legal theory. In particular, Gentili distinguishes between descriptive legal dogmatics, which he criticizes; the sociology of law, which describes facts, not norms; and the normative legal theory, whose object are norms. Gentili seems to deny the existence of a descriptive theory which does not use value-judgements and which is about the other three forms of legal science.

In questo articolo, l'autore commenta il libro di Aurelio Gentili, *Il diritto come discorso*. L'autore enumera i numerosi pregi dell'opera che oscilla tra altissima dogmatica e teoria del diritto. In particolare Gentili distingue tra dogmatica descrittiva, di taglio giuspositivista, che critica in modo demolitore; la sociologia del diritto, che descrive fatti, ossia comportamenti, ma non norme, dato che queste ultime appartengono alla dimensione del dovere; e la teoria normativa che ha oggetto non fatti ma norme. Gentili, tuttavia, sembra negare la possibilità di una teoria descrittiva, avalutativa e weberianamente disinteressata, che abbia ad oggetto privilegiato le altre forme di scienza giuridica e i loro risultati.

KEYWORDS

legal science, legal dogmatics, legal norms.

scienza giuridica, dogmatica giuridica, norme giuridiche

PAOLO COMANDUCCI \*

*Note a margine di Aurelio Gentili,*  
Il diritto come discorso \*\*

Si tratta di un libro che mi è davvero piaciuto, di godibile lettura, stimolante, arguto. Un'opera da raccomandare ai pratici del diritto, alla dottrina civilistica ed anche ai giusfilosofi. Aurelio Gentili è infatti, e il libro ne è testimonianza, un giurista colto e un analista fine.

Giurista colto, perché padroneggia in modo invidiabile i classici della cultura giuridica, sia quelli del passato – specie degli ultimi due secoli – sia quelli contemporanei. Mostra dimestichezza con la migliore dottrina giuridica – non solo quella civilistica ma anche quelle pubblicistica e processualistica –, e allo stesso modo con la più interessante teoria giuridica, anglosassone e continentale. È certamente lettore curioso e informato, che cita letteratura recentissima e talvolta ancora ignota agli stessi specialisti: confesso che anch'io ho preso nota di certe opere di filosofia del diritto da lui citate, per andarmele a vedere. Sorprendenti sono le sue

\* Professore ordinario di Filosofia del diritto, Università di Genova.  
E-mail: [paolo.comanducci@unige.it](mailto:paolo.comanducci@unige.it).

\*\* GENTILI 2013. Per ogni riferimento a quest'opera mi limiterò a inserire nel testo dell'articolo il numero della pagina. Questo articolo riprende un mio intervento svolto al “VIII Congresso giuridico-forense per l'aggiornamento professionale”, Roma, 16 marzo 2013.

conoscenze di filosofia del linguaggio, ancor più nel panorama dei giuristi italiani, ai quali l'iper-specializzazione spesso impedisce di visitare gli orticelli altrui, specie se collocati fuori dello scibile giuridico.

Analista fine, in virtù appunto di tali letture e di una mente acuta, capace certamente di sintesi illuminanti, ma in modo ancor maggiore di "dissezioni", distinzioni, analisi dei concetti, degli usi linguistici, delle operazioni dottrinali e giurisprudenziali.

Una domanda è sorta a me spontanea fin dalle prime pagine: il libro di Gentili appartiene a quella che con Scarpelli si potrebbe chiamare alta, altissima dogmatica, o è invece schiettamente un libro di teoria del diritto? In realtà il volume sembra sfidare tale distinzione, e forse lo fa programmaticamente. Direi senz'altro che la mette coscientemente in discussione.

E il primo punto che intendo trattare qui è connesso proprio allo statuto del discorso di Gentili nel libro, che parla della scienza giuridica e al contempo pratica la scienza giuridica, è un'opera di scienza giuridica.

Aurelio Gentili distingue non meno di tre attività che potrebbero essere ricondotte sotto l'etichetta di "scienza giuridica":

(a) Dogmatica descrittiva, di taglio giuspositivista, che Gentili critica in modo demolitore. Afferma ad esempio, in modo *tranchant*: «Un discorso cognitivo sulle norme è impossibile» (147). Si descrivono disposizioni, ma non si possono constatare norme, dato che queste ultime sono il prodotto dell'interpretazione.

(b) Sociologia del diritto, che descrive fatti, ossia comportamenti, ma non norme, dato che queste ultime appartengono alla dimensione del dovere, cioè della validità, e non dell'essere, cioè della verità. Le norme non possono corrispondere alla realtà. La sociologia del diritto, afferma

Gentili (ad esempio, 161), non può perciò stabilire la validità delle norme ma solo la loro effettività.

(c) Teoria normativa, che supera l'aporia giusrealista, la quale riduce «tutto il diritto a fatto, e la scienza giuridica ad una previsione di quel che i giudici faranno; abolendo così, con il dover essere, proprio ciò che connota il modo di esistere specifico del diritto» (190). La teoria normativa ha oggetto non fatti ma norme:

«È, cioè, una teoria che afferma in modo oggettivo tre diversi ordini di cose. Sia quali norme esistono, vigono, prescrivono, e questa è una funzione descrittiva. Sia quale ne sia il senso, e questa certamente non è una funzione descrittiva: è una funzione costruttiva che, nel momento in cui impone un senso a preferenza di altri diviene espressamente prescrittiva. Sia che quel senso è la valida prescrizione che regola quel caso, ad esclusione di altre, e con la capacità di obbligare – non attraverso la forza, bensì sul piano del *Sollen* – i destinatari del precetto» (167).

Tale tipo di attività – che può essere esercitata anche dagli operatori pratici del diritto, come gli avvocati – è quindi essenzialmente prescrittiva ed è scientifica per il suo metodo, improntato al rigore, e per la sua oggettività che dipende, come vedremo, dalla sua conformità a criteri di correttezza dialettici:

«In sintesi: assunta l'idea che il diritto sia il discorso che dice chi può o deve, e che giustifica la forza in base al criterio di democrazia ed autonomia, il metadiscorso dell'interprete sul diritto è scientifico quando rispetto alla prescrizione non sussiste, o è assorbita, o è confutata, ogni possibile obiezione. Una prescrizione cui nulla logicamente si oppone non può che essere oggettivamente valida» (177).

Non è quindi normativa *à la* Kelsen (scienza del *Sollen*) ma piuttosto *à la* Ferrajoli, pur con una importante differenza: non v'è in Gentili la dimensione "esterna", politica, della normatività della scienza giuridica (che secondo me fa di Ferrajoli un teorico neo-costituzionalista), non c'è la dimensione descrittivista (ancora presente negli scritti di Ferrajoli), ma, come vedremo, quella pragmatica.

Aurelio Gentili mi sembra negare la possibilità di un quarto senso di "scienza giuridica": una teoria descrittiva, avalutativa e weberianamente disinteressata, che abbia ad oggetto privilegiato le altre attività sopra etichettate come scienza – (a), (b) e (c) – e i loro risultati. Una meta-scienza, insomma, che bobbianamente studi forma, struttura e funzioni *del* diritto – così come si possono ricostruire dall'esame degli asserti della scienza giuridica nelle accezioni (a), (b) e (c) –, e non i contenuti *di un* diritto, ossia ciò che è obbligatorio, vietato o permesso da un diritto, vale a dire quali sono le norme valide – e non solo le disposizioni – che lo compongono. Negare questo quarto tipo di scienza giuridica mi sembra che involga Aurelio Gentili in una contraddizione pragmatica, perché lui stesso pratica, e assai bene, questo quarto tipo di scienza giuridica, che io chiamerei teoria analitica del diritto o giusrealismo analitico: una teoria né normativa né sociologico-giuridica.

Pratica tale tipo di scienza giuridica, ad esempio, quando scrive di interpretazione, uno dei motivi-conduttori del libro, mostrando di aderire ad una concezione realista della stessa: in questi casi non sta facendo sociologia, e neppure teoria normativa. Gentili risponde infatti alla domanda "*quid ius?*" e non a quella "*quid iuris?*".

Lo pratica – e questo è il secondo punto che intendo rapidamente toccare – nei bei capitoli del libro che trattano dell'abuso del diritto. Certo, non lo pratica mai in purezza, ma sempre alternandolo a discorsi che io chiamerei dottrinali e che Gentili ascrive alla teoria normativa.

Ho trovato particolarmente stimolante, informato e originale il capitolo su *L'abuso del diritto come argomento* (419 ss.), nel quale Gentili prende le mosse da un'accurata ricostruzione storica e comparatistica di tale figura nei discorsi del legislatore, della giurisprudenza e della dottrina. Trascorre poi ad un'analisi meta-giurisprudenziale, meta-dottrinale e meta-legislativa, acuta e dettagliata, che risponde alle questioni: di che cosa si abusa e in che senso si abusa? Passa quindi ad una proposta di inquadramento teorico dell'abuso, prendendo partito per considerarlo un argomento e non un istituto:

«L'abuso non è dunque un istituto. Se è un istituto lo è solo nella misura in cui lo sono le norme sull'interpretazione e quelle sull'applicazione della legge. E le norme sull'interpretazione ed applicazione della legge esprimono meno scelte legislative e più regole semantiche o argomentative. Di base introducono la necessità, che è nella semantica e nella tecnica dell'argomentazione prima che nella legge, di attribuire un senso alla lettera e all'intenzione della legge secondo la semantica – direbbe lo studioso delle proposizioni prescrittive – non solo del frastico ma anche del neustico della regola legale» (454 s.).

L'abuso è riportato da Gentili all'interno dell'interpretazione, teleologica e analogica in quanto contrapposte a quella letterale, e della relativa argomentazione: «L'abuso è un argomento con cui ottenere un risultato altrimenti precluso» (455). Un risultato che egli considera «eversivo del giuspositivismo», nella sua versione teorica, e specificamente del formalismo interpretativo. Gentili mi pare infatti aderire non al giuspositivismo teorico, ma a quello metodologico. Facendo propria la proposta di Atienza e Ruiz Manero<sup>1</sup>, ma

<sup>1</sup> Cfr. ATIENZA, RUIZ MANERO 2004. Con Gentili ed altri abbiamo

con un atteggiamento ben più realista, Gentili delinea l'argomento dell'abuso nel modo seguente: l'interprete configura una lacuna assiologica, giacché una fattispecie è esplicitamente permessa da una regola – letteralmente interpretata – ma non avrebbe dovuto esserlo sulla base di un principio soggiacente, che è la *ratio* di quella regola. Applicando tale principio la fattispecie risulta dunque vietata e non permessa.

Aurelio Gentili, mantenendosi sempre su un piano di realismo analitico, mette efficacemente in rilievo la discrezionalità esercitata dall'interprete nel configurare la lacuna assiologica e poi nel colmarla, attribuendo una funzione (la *ratio*) alle disposizioni giuridiche in modo sostanzialmente arbitrario. E trovo fulminante l'osservazione di Gentili – frutto di una lunga consuetudine con la prassi del diritto – secondo cui è semplicemente «una sciocchezza» presupporre che in questo, come in altri analoghi casi, il principio (qui proibitivo) sempre debba prevalere sulla regola (qui permissiva), dato che:

«Dietro tutte le regole c'è sempre un principio. Dietro il proprietario che emula, dietro il creditore che esige frazionatamente, dietro la banca che recede in tronco, c'è il principio (positivo, ma anche morale, economico e sociale) che tutela proprietà, credito, contratto, come c'è – quando c'è – un principio dietro la controparte “abusata”» (464).

Quindi, attraverso l'argomento dell'abuso, l'interprete riapre il bilanciamento tra principi che aveva svolto, e chiuso, il legislatore, scegliendo appunto quella regola permissiva come suo risultato. L'interprete rende, in altri termini, *defeasible*

discusso, assieme agli autori, tale libretto a Milano qualche anno fa. Si vedano ora gli atti di quel seminario in VELLUZZI 2012.

una regola che tale non sarebbe secondo una diversa e più restrittiva interpretazione della legge.

Fin qui l'Aurelio Gentili realista analitico. Ma immediatamente a seguire ritorna l'Aurelio Gentili cultore dell'alta dogmatica, o della teoria normativa, che non si limita a dar conto di, o a spiegare, ciò che avviene nella pratica forense o dottrinale quando si usa l'argomento dell'abuso del diritto, ma vuole invece offrirci criteri direttivi per distinguere il buono dal cattivo uso dell'argomento. Gentili ci indica quando a suo parere sia oggettivamente giustificato l'argomento dell'abuso e quando no: il criterio si fonda sul fatto che esista o no – senza che venga surrettiziamente creata dall'interprete – una lacuna assiologica. E su tale base Gentili può criticare la sorprendente e ormai celebre sentenza della Cassazione a Sezioni Unite (n. 20106 del 18/9/2009), quale esempio di «intrusione di un'ideologia di equità, con cui grazie all'enfasi retorica dell'abuso si integra correttivamente la legge in mancanza di lacune, attraverso elementi esterni, non pertinenti» (468).

Ma come fare a distinguere il caso in cui l'interprete crea arbitrariamente la lacuna assiologica, da quello in cui invece correttamente la individua? Veniamo qui al tema dell'argomentazione – del diritto come argomentazione, direbbe Atienza; del diritto *anche* come frutto dell'argomentazione, direbbe Gentili –, che è l'ultimo punto che intendo toccare.

Nella scienza giuridica come teoria normativa, esercitata da dottrina e operatori pratici, la verità non svolge alcun ruolo: non ci sono soluzioni, decisioni, norme vere, ma tutt'al più corrette, e in quanto tali preferibili alle altre. La correttezza dipende dal rigore e dalla coerenza dell'argomentazione: e se il rigore è valore che richiama alla mente le scienze esatte, e, in ambito giuridico, la lezione metodologica di Bobbio e Scarpelli, la coerenza è esplicitamente ricondotta da Gentili al magistero di Neil MacCormick, e

alla sua fruttuosa distinzione tra *normative* e *narrative coherence*, e tra *coherence* e *consistency*<sup>2</sup>.

Nell'elaborazione dei criteri di correttezza Gentili attribuisce in più occasioni un ruolo importante alla cultura giuridica interna (vedi ad esempio 26 e 95). Ma la struttura formale che assumono i criteri di correttezza a me fa venire in mente soprattutto un approccio pragmatico all'argomentazione, retorico ma più ancora dialettico, *à la* Stephen Toulmin. La tesi corretta è infatti quella che non viene confutata, che riduce l'oppositore al silenzio, o che convince il terzo, l'arbitro, il giudice, al termine di un dialogo tra due parti, che non cercano né possono scoprire la tesi vera, ma possono invece provare ciascuna a costruire – attraverso l'argomentazione – una tesi che risulti convincente, seguendo le regole procedurali che governano il dialogo. “Il diritto come discorso”, o meglio: come discorso che ha convinto. E solo se convince acquisisce oggettività e validità.

L'approccio metodologico di Gentili, basato su solide fondamenta – *in primis* la conoscenza per diretta esperienza del diritto vivente –, mostra così i suoi profondi legami con una tradizione del pensiero filosofico-giuridico che ha elaborato un'importante concezione dell'argomentazione (quella pragmatica, retorica e dialettica), ma che non ha avuto, almeno in Italia, grandi fortune o un successo lontanamente paragonabile a quello goduto dalle concezioni materiali dell'argomentazione, da Dworkin, a Alexy, a Atienza. Una tradizione di pensiero e una concezione dell'argomentazione che avrebbero molto da insegnare ai giuristi positivi italiani e che potrebbero risultare per loro di enorme utilità pratica, come il libro di Aurelio Gentili sta a dimostrare con patente evidenza.

<sup>2</sup> Cfr. MACCORMICK 1987.

*Riferimenti bibliografici*

- ATIENZA M., RUIZ MANERO J. 2004. *Illeciti atipici. L'abuso del diritto, la frode alla legge, lo sviamento di potere*, Bologna, il Mulino. Tr. di V. Carnevale.
- GENTILI A. 2013. *Il diritto come discorso*, in IUDICA G., ZATTI P. (eds.), *Trattato di diritto privato* Milano, Giuffrè, XVII-586.
- MACCORMICK D.N. 1984. *La congruenza nella giustificazione giuridica*, in COMANDUCCI P., GUASTINI R. (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico*, vol. I, Torino, Giappichelli, 1987, 243-63.
- VELLUZZI V. (ed) 2012. *L'abuso del diritto. Teoria, storia e ambiti disciplinari*, Pisa, ETS.