

PAOLO GAGGERO

*Il diritto come discorso di Aurelio Gentili*

ABSTRACT

The concept of law is closely related to the conditions of validity of legal norms, which need to be identified, because not every rule is a legal norm. In such perspective, the idea that law is a discourse may be entertained in an innovative way, freeing validity from its reliance on effectiveness, force or external metaphysical standards invoked by means of rhetorical expressions (social morality, wider social ideals, principles of justice, substantive moral values, and so on) and linking it to the logical strength of the rule. A radical constructivism marks out the resulting general theory of law: the latter gains autonomy and becomes more verifiable because of the significance of legal argumentation among the sources of law, and scientificity of jurisprudence (or science of law) is preserved.

La nozione di diritto (oggettivo) è intimamente collegata alla definizione delle condizioni di validità delle norme giuridiche, atteso non ogni regola è una norma giuridica. L'identificazione del diritto con un discorso è un'idea che si presta ad essere sviluppata in modo innovativo, affrancando la validità delle norme giuridiche dall'effettività, dalla forza o da metafisici riferimenti esterni individuati da formule retoriche (morale sociale, ideali sociali diffusi, principi di giustizia, fondamentali valori morali, e così via), collegandola alla forza logica della regola. Ciò costituisce un approccio radicalmente costruttivista al diritto: esso acquista in autonomia, si rende più controllabile per il rilievo che l'argomentazione assume tra le fonti del diritto, mentre si avvantaggia la scientificità della scienza giuridica.

KEYWORDS

law, legal validity, interpretation, legal argumentation, jurisprudence

diritto (oggettivo), validità (delle norme giuridiche), interpretazione, argomentazione giuridica, scienza del diritto

PAOLO GAGGERO\*

## Il diritto come discorso di Aurelio Gentili

1. *L'opera ed il suo Autore* – 2. *Che cosa il diritto è* – 3. *Che cosa la scienza del diritto è, e che cosa deve fare* – 4. *Il "caso" della pretesa irretroattività delle leggi civili* – 5. *La centralità dell'argomentazione, ed i suoi caratteri* – 6. *Il diritto e le altre culture* – 7. *Per una nozione di diritto improntata ad un costruttivismo radicale.*

### 1. *L'opera ed il suo Autore*

*Il diritto come discorso*<sup>1</sup> è un'opera di Aurelio Gentili che lascia emergere due caratteristiche costanti della produzione letteraria dell'A. Quanto alla prima, dal punto di vista formale, ma qui la forma è già sostanza, si fa notare un'invidiabile chiarezza dell'esposizione del pensiero, che non solo è sempre perfettamente intelligibile, ma riflesso da pagine che non lasciano mai il lettore da solo, a

\* Professore associato di Diritto privato, Università di Milano-Bicocca. E-mail: [paolo.gaggero@unimib.it](mailto:paolo.gaggero@unimib.it).

Il testo riproduce la relazione al seminario del 26 settembre 2014 di presentazione dell'opera di Aurelio Gentili, *Il diritto come discorso*, Milano, Giuffrè, 2013, organizzato dalla Scuola di specializzazione per le professioni legali dell'Università degli studi di Genova.

<sup>1</sup> Per ogni riferimento a quest'opera mi limiterò a indicare il numero della pagina.

confrontarsi con interrogativi che dipendano da carenze argomentative o, peggio, da salti logici da colmare.

La seconda caratteristica, invece, è tutta di sostanza ed attiene al metodo ed ai contenuti propri del libro. Anche *Il diritto come discorso* è un'opera di Aurelio Gentili che rivela la di lui passione per la filosofia e la teoria generale del diritto, nonché il solidissimo bagaglio culturale che su questo terreno sostiene l'A. Ed è su questa seconda caratteristica di Aurelio Gentili e dell'opera in questione che si innestano alcune considerazioni.

*Il diritto come discorso* è titolo che lascia intendere che quella che ne è contrassegnata vuole essere ed è (anche) un'opera, non solo metodologica, ma epistemologica, scritta da chi tiene a precisare alquanto chiaramente di non collocarsi nel solco del giuspositivismo né del giusnaturalismo (142, 148, 159 n. 53, 163 s., 165, 174) e neppure del giusrealismo (161, 163, 166, 167); nonché di non essere affatto nichilista (170). Ed *Il diritto come discorso* è opera epistemologica in un duplice senso: di epistemologia del diritto; e di epistemologia della scienza giuridica.

Per rendersene conto è utile la lettura del capitolo intitolato *Scienza giuridica e prassi forense* (139 ss.). Anzi, converrebbe accostarsi al libro aprendolo, pressappoco, ad un terzo della sua altezza, ove si colloca il cuore dell'opera: converrebbe cioè leggere, preliminarmente, il paragrafo che inizia a p. 169, posponendo, casomai, la lettura dei due precedenti. Questo avvantaggerebbe il lettore, che potrebbe così acquisire fin da subito consapevolezza dei presupposti teorici da cui l'A. muove, perché in quei luoghi è esplicitata con chiarezza la proposta epistemologica sottintesa dalle altre parti del libro.

## 2. *Che cosa il diritto è*

Quanto al diritto, esso è «il discorso che ponendo doveri e poteri per altri guida i loro comportamenti giustificando se

necessario l'applicazione della forza» (170) «in base al criterio di democrazia ed autonomia» (177): diritto «è dire cosa si deve o si può. E questo dipende interamente dalle norme» (167). Il diritto è, dunque, un discorso prescrittivo (ad es. 154, quanto al discorso del legislatore, e 166, 167, quanto alla scienza giuridica) che, come tale, non soggiace ad un giudizio di verità (ad es. 147 ss., 171), che è estraneo al cognitivismo (ad es. 149 s., 151 ss., 155 ss., 164 s.) ed occupa, invece, la dimensione della validità (ad es. 162, 166, 169), che è categoria diversa dall'efficacia che allude all'effettività ed a cui basta la forza (ad es. 160 s., 165, 175).

La definizione dello statuto epistemologico del diritto (oggettivo), dunque, esige la definizione delle condizioni di validità delle norme, che determinano l'inclusione di queste in quello. Aurelio Gentili non si sottrae, ma affronta ed offre una soluzione alla probabilmente più problematica questione in cui ad un giurista possa capitare di imbattersi.

Il punto di partenza è la definizione data di diritto. Se diritto è (il discorso che esprime) il dover essere che giustifica la forza (167, 176), il diritto appartiene al dover essere, non al *Sein*, ma al *Sollen* (142, 150) e la prescrizione, il diritto, il dover essere non è un fatto, ma semmai il senso della volontà (154); inoltre, è indipendente dai fatti (se non in via mediata e quanto all'adempimento: 175). Sicché non si può derivare *deve* da *è* (161) ed il salto dal dover essere all'essere è inammissibile (23, 161) e, anzi, assurdo (174).

Ciò conduce, consequenzialmente, al rifiuto del comune criterio che fonda la validità della norma (il suo essere diritto) sulla conformità ad una norma superiore poiché, al vertice della gerarchia, essendo impossibile procedere a ritroso all'infinito, costringe ad un salto nei fatti: a richiamare la forza e l'effettività, direttamente o mediante il riferimento ad una metafisica norma fondamentale, «dietro la quale stanno ancora i fatti dell'effettività e della forza» (173 s.).

Poiché per l'A. un siffatto salto dal dover essere all'essere, per un verso e come si è detto, è inammissibile ed assurdo e, per altro verso, è connaturale all'idea che la validità (del diritto) abbia un fondamento esterno ad esso (p. 174), al rifiuto dell'uno si accompagna quello dell'altra. Sicché Aurelio Gentili ricerca e propone un criterio alternativo che muove dall'idea diametralmente opposta che detta validità non abbia fondamento esterno (174 s.) al diritto, in particolare nel mondo dei fatti, bensì interno e, dunque, da rinvenire nel discorso in cui il diritto consiste. Il fondamento in considerazione, cioè, deve essere rinvenuto nel «discorso del parlante» (175).

Muovendo da tali premesse, Aurelio Gentili avverte che la validità che conta è la validità oggettiva (165 s., 169 ss.) della norma, nel senso che al diritto appartengono soltanto le prescrizioni che esprimono un dover essere oggettivo che giustifica l'applicazione della forza al renitente (166), poiché la norma, per appartenere al diritto, deve essere capace di vincolare non attraverso l'uso della forza (che determina effettività), ma sul terreno del *Sollen* e per questo anche mediante la forza (167).

Se così è e se alla validità del diritto conviene un fondamento interno al discorso in cui il diritto consiste, resta da tracciare l'ultimo segmento che completa il modello, ossia stabilire come si possa «pervenire ad un discorso assiologico *oggettivo*» (163); o, in altri termini, quando, cioè sulla base di quale criterio una norma sia oggettivamente valida. In proposito, coerentemente con l'idea che la validità oggettiva della norma abbia l'accennato fondamento, si può muovere dal peculiare statuto semantico delle prescrizioni, che è differente da quello delle proposizioni descrittive, ed osservare, via via (171 ss.), che le seconde soggiacciono ad un giudizio di verità che dipende dai fatti, che le confermano o le smentiscono, sicché la verità è attributo che non caratterizza l'asserzione *a priori*, mentre le prescrizioni sono sottoposte ad un giudizio di

validità che prescinde dai fatti e nella sfera del parlante sono soggettivamente valide *a priori*, purché sensate (171, 175); che quando la prescrizione non resta nella sfera soggettiva del parlante, ma concerne altri, occorre una validità intersoggettiva (171, 175), a cui si associa quella oggettiva della regola (171, 173); che questo tipo di validità difetta se la prescrizione sia contestata fondatamente, ossia confutata, così come la verità delle proposizioni descrittive non sussiste se siano falsificate testandola sui fatti (171 s.), poiché una «prescrizione cui nulla logicamente si oppone non può che essere oggettivamente valida» (177); che la contestazione è fondata in tre casi di incoerenza della regola, che consistono in tre forme di contraddizione della regola che ricorrono (173, 175), ove essa sia in contraddizione con i fatti (cioè insensata o impossibile, dunque inattuabile, così tradendo la propria funzione: 172, 175) oppure l'autore sia in contraddizione con sé stesso (cioè la prescrizione sia antinomica rispetto ad altre dettate dallo stesso parlante: 172, 175) o, ancora, il precetto entri in contraddizione con un'altrui proposizione prescrittiva non contraddittoria (cioè che fronteggi validamente il primo, occorrendo non solo che essa sfugga alle prime due forme di contraddizione, ma che l'autore di quella non abbia altrimenti convalidato l'altrui precetto, con ed in relazione ad atti di autonomia, o non si sia assoggettato all'altrui discorso prescrittivo, in situazioni di eteronomia: 172 s., 175 ss.).

Ecco così svelate le condizioni di validità oggettiva della norma che ne determinano l'inclusione nel diritto, nonché il fondamento di quella tutto interno al discorso in cui il diritto consiste: la prescrizione nasce valida, ma può essere invalidata (171, 175) se priva della validità oggettiva che si fonda (non sulla forza, sull'effettività, sulla morale, bensì) sulla «forza logica della regola» (176 s.). È questa che vincola (177), siccome il «fondamento del diritto, che è – poi – il fondamento della validità [...] un fondamento logico: il

principio di non contraddizione [...] che giustifica la forza in base al criterio di democrazia ed autonomia».

### 3. *Che cosa la scienza del diritto è; e che cosa deve fare*

Quanto alla scienza giuridica o scienza del diritto, muovendo dall'indicata nozione di diritto, essa non ha nulla a che fare con la sociologia giuridica, che per l'A. è sinonimo di realismo giuridico (161, 163, 166, 167).

La scienza giuridica concerne (*i.e.* deve concernere) un dover essere (166) che giustifica la forza (167): è scienza del dover essere (168); deve avere ad oggetto il dover essere e la giustificazione della forza (167); deve esprimere un dover essere "e" garantire la bontà della soluzione, ossia l'oggettiva validità della norma espressa (166); è scienza di norme sicché, se può anche avere funzione descrittiva delle norme esistenti, ha per tratto specifico quella prescrittiva (166, 167).

Per ciò la scienza giuridica partecipa direttamente alla costruzione del discorso in cui il diritto consiste (ossia ha una funzione costruttiva di esso: 167); e può essere oggettiva (anche se e, anzi,) proprio perché non dipende dai fatti (170).

La scienza del diritto non dipende dai fatti (almeno nel senso che non ne dipende interamente) perché il diritto – il dover essere oggettivo che giustifica la forza che la scienza giuridica ha ad oggetto – non è un fatto (142, 150, 154) ed è indipendente dai fatti (175); e perché deve garantire l'oggettiva validità della norma (166), ossia è discorso che ha per tratto specifico la funzione prescrittiva (166, 167), che non si presta ad essere confermato o smentito dai fatti, sottraendosi al giudizio di verità, sostituito da quello di validità (171). Ma proprio perché è indipendente dai fatti, la scienza giuridica svolge un discorso (prescrittivo) che sfugge al giudizio di verità (151 ss., 153 ss.) e non incontra un condizionamento assoluto nei fatti; dunque, acquista autonomia (dai fatti) nella

ricerca, attestazione o, senz'altro formulazione della norma oggettivamente valida, cioè della regola espressiva d'un dover essere oggettivo che giustifica l'applicazione della forza al renitente, che per ciò appartiene al diritto; e può essere oggettiva nell'assolvere alla funzione di selezionare ciò che è o non è diritto (la regola che ad esso appartiene non per il fatto di essere posta o applicata ed effettiva, ma il dover essere che esprime).

In quanto scienza di norme appartenenti al diritto con funzione costruttiva, chiamata a garantire l'oggettiva validità della norma giuridica, nella selezione delle regole appartenenti al diritto la scienza giuridica è vincolata a quello stesso criterio per cui la validità oggettiva si fonda sulla «forza logica della regola» (176 s.) e, segnatamente, sul principio di non contraddizione (177).

Da qui anche la centralità dell'argomentazione e della compiutezza dell'argomentazione (v. *infra*).

#### 4. Il “caso” della pretesa irretroattività delle leggi civili

Ciò non significa che il libro raccolga astratte speculazioni di rilevanza eminentemente teorica poiché, all'opposto, in larga parte di esso si affrontano temi e problemi di immediata rilevanza pratica.

Il civilista può selezionare, a mo' di esempi, le parti del libro dedicate alla consuetudine (53 ss.), che si propone di qualificare come diritto opzionale (74 ss.), secondo una configurazione che segna il passaggio dalla *opinio juris* alla *electio juris* (74) in funzione della quale la consuetudine acquista in spontaneità (77); oppure all'abuso del diritto (401 ss., 419 ss.), di cui si rivela la natura di argomento più che di istituto poiché, in fin dei conti, il diritto (soggettivo) o è o non è; oppure, ancora, alla questione della pretesa irretroattività

della legge (29 ss.), che inclina ad ammettere soltanto l'applicazione non retroattiva della norma sopravvenuta.

Una questione, quest'ultima, che Aurelio Gentili affronta (29 ss.) e risolve (50 ss.) assumendo una (a mio avviso) convincente prospettiva che muove dal dato costituzionale che, esplicitamente, circoscrive il divieto alle sole norme penali, per criticare gli orientamenti della Corte Cost. Le plurime ragioni che, contro la retroattività delle leggi (anche civili, si rintracciano nella giurisprudenza della Corte Cost. sono, per l'A., indice di incertezza circa i motivi della preferenza espressa per l'irretroattività; ed inconsistenti (33, 35 ss.): si congeda come vuota retorica il richiamo ai «fondamentali valori di civiltà giuridica» (33); si spiega la debolezza dei più specifici riferimenti via via operati al rispetto della funzione giudiziaria (35 ss.), alla tutela dell'affidamento (40 s.) ed alla ragionevolezza (37 ss.); si osserva che anche l'uso di quest'ultima – già debole in sé perché desunta dall'eguaglianza pretesa dall'art. 3 Cost., ossia impiegando l'argomento *a minori ad majus* (38) – non avversa la retroattività, poiché non è vero (o non è sempre vero) né che la legge retroattiva produca diseguaglianze (sincroniche) ripudiate dall'art. 3 Cost. e, per questo, sia irragionevole, né – più in generale, una volta dato accesso al principio-limite della ragionevolezza – che non vi siano buoni, razionali motivi perché il legislatore ri-valuti il passato (39).

Aurelio Gentili, però, non getta il bambino con l'acqua sporca: recupera l'argomento dell'affidamento – segnatamente, del fatto compiuto, del diritto quesito e del rapporto esaurito – (41 ss., 48) e quello della ragionevolezza (47 ss.), dichiaratamente intrecciandoli (44), in una diversa prospettiva. L'A. muove da un chiarimento terminologico e concettuale, precisando che, sul piano della possibilità, la legge c.d. retroattiva non è in realtà tale, ma solo retrospettiva, limitandosi a mutare per il presente ed il futuro la valutazione di atti o fatti già compiuti (31); rileva l'opportunità di ricavare

il principio di ragionevolezza, ma non dal solo art. 3 Cost., e ragguagliandola, più in generale, alla razionalità (39); dà peso alla funzione della norma che – in una più moderna prospettiva nota i limiti sia di configurarla come un comando del legislatore (31), sia della finzione di credere ad una metafisica realtà giuridica (43) – si precisa nello scopo di «fissare valori per guidare comportamenti» (43 s.); tenendo conto di tale funzione e, con essa, delle teorie del fatto compiuto, del diritto quesito e del rapporto esaurito (41 ss.), rivisitandole nella ricerca del limite al *retrospicere* (43), osserva che la legge retroattiva non è senz'altro irrazionale (39, 49) e, così, ostacolata dal principio di ragionevolezza; precisa che ciò che non è consentito non è qualificare (o riqualificare), dal momento dell'entrata in vigore della norma, fatti pregressi se la scelta sia ancora da compiere, bensì comportamenti già compiuti, così incidendo su scelte già operate (44, 46); conclude che la razionalità limitata della norma retrospettiva scade nell'irragionevolezza quando violi la libertà di scelta dell'agente (47 s.), così risultando irrazionalmente lesiva dell'affidamento (48); e violi altresì l'economia della detta scelta (47, 48 s.) creando pregiudizio all'agente (48 s.), così risultando irrazionalmente inefficiente (49 s.).

A quest'ultimo riguardo, l'A. conclude aggiungendo che il pregiudizio non basta, ma occorre anche la lesione della libertà di scelta (47 ss.), anche perché la legge retroattiva che lo causasse potrebbe non essere inefficiente e, dunque, irrazionale se non desse luogo ad un saldo negativo, ossia se sul piano della giustizia distributiva o redistributiva implicasse vantaggi, rispettivamente, il danneggiato o altri (50); che se il pregiudizio non basta a giustificare il rigetto della legge retroattiva, allora neppure basta il riferimento operato all'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte Cost. (50 s.); che occorre, invece, che vi sia violazione, contemporaneamente, dell'eguaglianza e della libertà, ossia che retrospettivamente sia «inflitto un pregiudizio contrario alla giustizia

retributiva o distributiva che sia innanzitutto violenza alla libertà di scelta che il diritto è impegnato a garantire» (51).

Una regola operativa, questa offerta da Aurelio Gentili, che semplifica l'individuazione della soglia oltre la quale le leggi c.d. retroattive non possono avere accesso e, nel contempo, assicura maggiore prevedibilità del giudizio e maggiore flessibilità all'applicazione della barriera, sostituendo un limite ad un divieto; affidando il primo a più sicuri criteri, razionalmente più solidi e capaci di segnare confini più definiti, rispetto all'incertezza di quelli su cui si regge il secondo; e rendendo così anche più controllabili gli esiti applicativi.

##### *5. La centralità dell'argomentazione, ed i suoi caratteri*

Aurelio Gentili mostra, facendone applicazione, quanto conti l'argomentazione, e quali siano i caratteri dell'argomentazione utili all'emersione della regola appropriata. Sul costruttivismo dell'A. si tornerà: ma fin d'ora si può osservare che l'attenzione per l'argomentazione, per la razionalità e la compiutezza di quest'ultima, trovano radici nel pragmatismo dell'A.

Aurelio Gentili è uomo di mondo. Egli sa che non si vince e non si perde perché, rispettivamente, si ha ragione o torto; più spesso, si vince o si perde a seconda che si persuada o non si persuada che si ha ragione (180): il che mi pare il sottinteso anche dello spazio e dell'attenzione riservati nel libro alla retorica nel processo di formazione del diritto; e della distinzione utilizzata tra retorica della persuasione e retorica dell'obiettività, che occupano dimensioni differenti (475 ss.).

Non c'è nichilismo (170), ma realistica, pragmatica consapevolezza: l'A., che è anche avvocato, conosce ciò che accade; di modo che la regola finisce per essere una costruzione

mentale “persuasiva” (forense, giurisprudenziale, dottrinale) della realtà giuridica (che di per sé è pura fantasia: 43).

E non c'è nichilismo, perché la dottrina di Aurelio Gentili risponde a quella realtà, fornendo in positivo uno strumento per governarla, che rintraccia nell'argomentazione.

Se è con la persuasione che si ha a che fare, la regola finisce per essere il frutto dell'argomentazione della sua esistenza; è l'argomentazione che regge l'interpretazione produttiva della regola affermata.

Il che si rileva non solo, ma soltanto più facilmente, sul piano degli *jura*, della applicazione e, dunque, della affermazione del diritto soggettivo, ma anche sul piano delle *leges*, della statuizione del diritto oggettivo (12, 13, 15, 16, 24): tanto più se ci si domandi se quest'ultimo realmente esista o operi al di fuori dell'applicazione ai casi (16, 22) e si osservi che la motivazione non è (o non è più) caratteristica dell'interpretazione e dell'applicazione, bensì pure della normazione (18 s.).

Da qui l'idea che non sia ai procedimenti formali, bensì all'argomentazione da assegnare l'originaria e primaria forza produttiva di regole (22 s.)

Da qui due conclusioni.

La prima, tratta sul piano dell'epistemologia del diritto, è l'inclusione dell'argomentazione tra le fonti del diritto (15 s., 21) ancorché non in senso “fortissimo”, ossia tra le fonti formali (24 ss.). Per usare una distinzione di Guastini<sup>2</sup> – dal quale, peraltro, Aurelio Gentili, a p. 16 del suo libro, ricorda di distaccarsi proprio con riguardo all'inclusione dell'argomentazione tra le fonti – se il diritto (oggettivo) non è «banalmente [...] l'insieme delle “leggi” (in senso generico)», ma «[a]d uno sguardo appena più sofisticato [...] si present[a] come il contenuto *normativo o prescrittivo*», come

<sup>2</sup> GUASTINI R., *Le fonti del diritto: fondamenti teorici*, Milano, Giuffrè, 2010, 3.

il significato degli enunciati legislativi, allora il diritto moderno è un fenomeno linguistico, un discorso che si può profilare come «il discorso del “legislatore”».

Ma riconoscendo, con Aurelio Gentili, che la produzione degli *jura* è sottratta al creatore delle *leges*, che può soltanto contenere la discrezionalità che caratterizza la prima, in particolare se legiferi sulle tecniche di interpretazione (13, 19 s.); che, anche sul terreno del diritto oggettivo, il legislatore produce soltanto enunciati normativi (13), ne è l'autore, mentre autore della norma è l'interprete (15); che gli uni sono soltanto (ed auspicabilmente: 11, 16) la premessa maggiore da cui muove l'argomentazione della norma ad opera dell'interprete (16) che compie scelte caratterizzate da discrezionalità, la cui ampiezza solitamente è tale da inclinare ad escludere che la regola sia prodotta primariamente e, a maggior ragione, esclusivamente dal legislatore (17 s.) e che essa «derivi realmente dalla fonte» formale (18).

La seconda, tratta sul piano dell'epistemologia della scienza giuridica, è l'affidamento all'argomentazione d'un ruolo di strumento di controllo, segnatamente del prodotto dell'interpretazione.

Aurelio Gentili lo dichiara esplicitamente: preferisce le certezze del metodo deduttivo all'incertezza connaturata alla discrezionalità interpretativa che dà spazio anche ai cattivi argomenti, sicché non piacendo gli uni neppure piace l'altra (11). E, tuttavia, l'A. prende atto d'una realtà che è inutile disconoscere e, in relazione ad essa, vede con favore l'imposizione d'una argomentazione compiuta delle proposte interpretative, pienamente intelligibile e consapevole delle posizioni altrui (26), della quale si avvantaggiano il controllo, il confronto e la selezione delle differenti opzioni.

Non solo: ma poiché l'argomentazione è tale solo se razionale, se il discorso del diritto richiede l'argomentazione, la correttezza dell'argomentazione è nell'interna razionalità del discorso dell'interprete (497 ss., 503 ss.).

## 6. *Il diritto e le altre culture*

Ed a questo livello si innestano due altre considerazioni.

La prima è che la dottrina di Aurelio Gentili non è nichilista, ma semmai disincantata. L'assegnazione d'un ruolo forte all'argomentazione, che possibilmente sia ben congegnata, controllabile ed abbia per premessa maggiore gli enunciati normativi, permette di sfuggire alla conclusione che l'interpretazione sia affabulazione, a cui è pervenuta autorevole dottrina, che ha incontrato severe critiche; e che Aurelio Gentili cita senza, tuttavia, seguirne il tracciato de-costruttivo del diritto.

La seconda conclusione è che Aurelio Gentili non ha paura della forma e della logica (tanto che è la «forza logica della regola» il fondamento della validità oggettiva che ne fa diritto e la rende vincolante: 176 s.); né ascolta i canti di sirene altre rispetto al diritto (lo si nota, ad es., là dove l'A. tiene a rimarcare la distanza che separa la scienza del diritto dalla sociologia giuridica: 161, 163, 166, 167).

Non vi è chiusura del diritto, ma autonomia. Non solo il diritto contemporaneo è aperto nel senso che non si ragguaglia al diritto statale come sistema chiuso (97 ss.) atteso il pluralismo giuridico (ad es. 105) di cui l'ordinamento è la risultante, ma è altresì aperto al dialogo con altre «culture» (135).

L'argomentazione attinge ove conviene alla razionalità del discorso, coerentemente con la ricordata tesi dell'Autore che la correttezza dell'argomentazione è nell'interna razionalità del discorso dell'interprete (497 ss., 503 ss.); e, a monte, con l'intuizione che la razionalità della proposizione prescrittiva, *sub specie* di sua conformità al principio di non contraddizione, ne fonda la validità oggettiva da cui dipende la natura di norma di diritto di quella e, in ultima analisi, la vincolatività del precetto.

Ma attingere ad altre discipline non significa confondere questo con quelle, diluire il diritto in esse, perché il diritto

non ha il ruolo di selezionare e legittimare modelli normativi provvisti da altre scienze.

Il diritto ha un'autonoma funzione normativa; e propri strumenti: tale è l'informazione che mi pare che si possa rintracciare nella parte del libro dedicata ai concetti giuridici (227 ss., 261 ss.); non mima (necessariamente) modelli provenienti da altre scienze; casomai si serve delle altre scienze, per provvedere i propri modelli; ed in tal senso mi pare che si possano leggere le pagine del libro dedicate al processo civile, in esito al quale si formano gli *jura*, ed alla prova in particolare.

Se Aurelio Gentili non segue gli orientamenti decostruttivi del diritto, mi pare che lo si possa qualificare costruttivista (v. ad es. 167), più che realista. Ciò non solo per semplificante differenza, ma propriamente per il ruolo assegnato all'argomentazione nel quadro delle fonti del diritto ed alla razionalità nel quadro dell'argomentazione dell'interprete; e, prima ancora, per lo statuto epistemologico del diritto e della scienza giuridica che l'A. propone.

A questo riguardo, la dottrina ed il metodo de *Il diritto come discorso*, mi hanno istintivamente richiamato alla mente Michel Foucault, Jürgen Habermas e Niklas Luhmann che, poi, ho effettivamente, almeno in parte, rintracciato in alcune note (ad es., p. 3, 13, 21). In che rapporto sta Aurelio Gentili con il costruttivismo ottimista di Foucault? Oppure con la «ragione costruttivista» di Habermas, che distingue *Fatti e norme*, siccome le une postulano attori che le congegnino e non hanno senso se nessuno le attui, mentre gli altri esistono o non esistono indipendentemente dall'individuo, da qualcuno che li constati; e che, se talora appare molto vicino al costruttivismo di Rawls, se ne distacca sensibilmente per la “ragione” illuminista comunicativa, anziché a-storica ed individualistico-proprietaria come in John Rawls? O, ancora, con il “costruttivismo operativo” di Luhmann, che approda all'idea della conoscenza come costruzione?

Il post-strutturalismo di Foucault, la teoria critica di Habermas e la teoria dell'autopoiesi di Luhmann si collocano nell'area dell'anti-realismo e dell'anti-individualismo, entro la quale sembra situarsi anche la concezione de *Il diritto come discorso* di Aurelio Gentili: perché l'A., sotto il primo profilo, considera la realtà giuridica pura fantasia, un'entità metafisica a cui si finge di credere (43); e, sotto il secondo profilo, nel sostenere che il diritto è discorso, opera riferimento ad una struttura normativa che appare dialogica, anziché monologica, per via della confutabilità della prescrizione, invalidata dalla sua contrarietà al principio di non contraddizione.

Tuttavia, le teorie di Foucault e Habermas, nella misura in cui provano ad affrancare le rispettive costruzioni dai ritenuti difetti dell'autoreferenzialità del discorso, dei processi comunicativi in cui fanno consistere il diritto, inseriscono (direttamente o indirettamente) riferimenti *a priori* di stampo metafisico, trascendentali, esterni al discorso che il diritto è: l'uno si richiama al concetto di potere, identificando in esso il fondamento del discorso; l'altro introduce il parametro della situazione discorsiva ideale su cui testare il concetto chiave di discorso razionale. Viceversa, per Aurelio Gentili, il diritto ha fondamento interno al discorso in cui consiste, senza necessità e, anzi, accreditando la sconvenienza della sovrapposizione al diritto di riferimenti metafisici per fondarne la validità (così con riguardo a quelli di matrice tanto giuspositivistica quanto giusnaturalistica: 142, 148, 159 n. 53, 163 s., 165, 174).

### 7. *Per una nozione di diritto improntata ad un costruttivismo radicale*

Sotto questo profilo, la dottrina di Aurelio Gentili non solo si riporta al costruttivismo, entro cui si collocano anche Foucault e Habermas, ma esprime un costruttivismo

radicale, che si confronta con quello di Luhmann. Quest'ultimo, infatti, invece di tentare di eludere i problemi posti dall'autoreferenzialità del discorso, ne prende atto e, anziché accreditarla come difetto, la propone come fondamento del "sistema": il discorso si basa sulle regolarità che lo regolano e che risultano proprio da quella sua circolarità che è il portato dell'autoreferenzialità; e, in questo senso, il discorso è un sistema autopoietico.

L'accostamento di Aurelio Gentili a Luhmann, peraltro, si arresta alla constatazione che anche il primo muta in virtù un carattere che, altrimenti, è ritenuto un difetto: il dato che il diritto non sia un fatto, in difetto del che la scienza del diritto sarebbe priva d'un oggetto idoneo a connotarla di scientificità, che ha spinto i giuspositivisti a ragguagliare il diritto alla legislazione. L'A. prende atto che il diritto, il dover essere non è un fatto (142, 150, 154) ed esalta la caratteristica del diritto (175) e della scienza giuridica (170) consistente nell'indipendenza dai fatti, per concludere che proprio per questo la seconda può essere oggettiva (170). Ma le assonanze finiscono qui.

Ne è riprova la circostanza che Aurelio Gentili non si preoccupa di superare il preteso problema dell'autoreferenzialità del discorso in cui il diritto consiste. L'A. non se ne preoccupa perché l'autoreferenzialità del discorso che è il diritto, a ben vedere, è un non problema; o, per meglio dire, è un problema che si pone se si muove in una prospettiva sociologica che, per sua natura, tende ad attribuire rilievo ai fatti, casomai rilevati su base statistica, anche per giustificare la vincolatività eludendo la questione della validità della prescrizione che sia norma giuridica, che continua a trovare in un dato di fatto ad essa esterno il fondamento della propria vincolatività (anche le regolarità del discorso a cui si riferisce Luhmann, in fin dei conti, non sono che fatti, risultanti dalla constatazione di dati di esperienza, che nulla hanno a che vedere con il dover essere che il diritto è).

Più precisamente, il paradosso dell'autoreferenzialità del discorso si pone se si assume che (il discorso che è) il diritto (sia un fatto, un discorso dato, cioè posto, o, comunque, rilevato come dato di fatto che) trovi giustificazione in un segmento del medesimo discorso in cui consiste (la Costituzione, ad esempio, in rapporto alla legge; le sentenze della Corte costituzionale in rapporto alle leggi; la legge in rapporto alla sentenza o al regolamento; e così via). Viceversa, quel paradosso non si pone se si concepisce il diritto come la risultante di proposizioni prescrittive con la funzione di guidare comportamenti, caratterizzate dall'attributo della validità oggettiva che giustifica l'uso della forza e che risulta integrata se siano razionali e, segnatamente, conformi al principio di non contraddizione. Ciò in quanto, in tal caso, non soltanto il diritto non è il discorso unitario di un unico parlante, ma è un discorso che risulta dall'interazione (o dal confronto, per via delle confutazioni a cui le proposizioni prescrittive sono esposte) di discorsi di plurimi attori (del legislatore e degli interpreti), di modo che non appartiene ad un unico parlante e già per questo non può essere autoreferenziale; ma, soprattutto, la norma di diritto non è segmento d'un discorso (il diritto) che trova giustificazione in un altro frammento che partecipa allo stesso discorso, bensì trova in sé il presupposto della propria validità, ossia il fondamento della vincolatività nell'essere razionale e, precisamente, conforme al principio di non contraddizione.

Il diritto come discorso di Aurelio Gentili non è il prodotto della costruzione sociale d'una realtà (quella giuridica, per l'appunto); e fallaci sono le teorie della conoscenza sociale, se siano riferite al diritto. L'osservazione ed il correlativo rifiuto del cognitivismo (non solo interpretativo – v. 149, 150, 159 n. 57, 164, 169 s. – ma, naturalmente, anche) etico (v. 164, 165, 169 s.), non sono messi in crisi dal riferimento operato dall'A. alla decisione giusta (521 ss.): risulta infatti alquanto evidente che il contesto in cui la si

menziona è eminentemente metodologico; s'indica, in particolare, nel contraddittorio il congegno capace di isolarla; dunque, la decisione giusta non risulta dal giudizio di corrispondenza rispetto ad un parametro esterno, ma si ragguaglia a quella non confutabile, coerentemente con la tesi principale per cui la norma di diritto si fonda sul principio di non contraddizione. Allo stesso modo, l'emarginazione del cognitivismo non implica irrilevanza del precedente, delle decisioni dei giudici e delle interpretazioni dottrinali già formulate: l'A. non lo dice espressamente, ma lo lascia chiaramente intendere non solo perché accredita l'idea per cui il diritto nasce dal confronto di discorsi di diversi parlanti, non necessariamente contestuali; non solo perché già per questo la razionalità attinge anche dalla storia, per corroborare o confutare; ma soprattutto perché auspica un'argomentazione consapevole delle altrui ragioni (26). Per dirla con Giovanni Gentile se il particolare ed il tutto della storia non possono che presentarsi nella forma in cui si sono irrigiditi, essi stanno "innanzi al pensiero"; ma il (tentativo di) superamento di ciò che sta innanzi al pensiero è sempre possibile ed in tale dialettismo sta la ragione dell'eternità del lavoro spirituale.

Se si accantonano le sociologie del diritto, che appaiono profondamente influenzate da un approccio cognitivistico al diritto e, per converso, poco interessate alla funzione della norma di diritto, nonché allo statuto semantico delle proposizioni prescrittive, il diritto si presta ad essere configurato come un soggetto epistemico autonomo che protesta un ritorno alla scientificità del diritto. Ad Aurelio Gentili il merito di averlo argomentatamente sostenuto; e di aver tratteggiato una convincente dimensione scientifica della giurisprudenza, nel significato classico dell'espressione, e, con più moderna espressione, della dottrina, affidandole il compito di provvedere *legal order (from social noise)*.