MARIO JORI

A partire da un libro di Aurelio Gentili, osservazioni su interpretazione, metagiurisprudenza, argomentazione come discorso e su quello che fanno o dovrebbero fare i giuristi

ABSTRACT
This commentary to Aurelio Gentili's book, *Il diritto come discorso*, focuses on three main topics that surface at various points of the book: legal interpretation, meta-jurisprudence, law as discourse, by way of a comparison between Gentili's ideas and my own stance on these various topics. The analysis will show that I have reason to agree with many conclusions reached by Gentili, but that I occasionally must disagree on the arguments that Gentili uses to support his conclusions.

Questo commento al libro di Aurelio Gentili, *Il diritto come discorso*, si concentra su tre temi trattati in vari punti del libro: interpretazione, metagiurisprudenze, diritto come discorso, operando un confronto teorico tra alcune mie idee e quelle dell'autore. Emergerà così un frequente consenso con numerose conclusioni cui perviene Gentili, ma spesso anche un dissenso circa gli argomenti con cui Gentili supporta le sue conclusioni.

KEYWORDS
legal interpretation, meta-jurisprudence, law as discourse

interpretazione, metagiurisprudenza, diritto come discorso

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

Tutti i diritti sono riservati.

MARIO JORI*

A partire da un libro di Aurelio Gentili, osservazioni su interpretazione, metagiurisprudenza, argomentazione come discorso e su quello che fanno o dovrebbero fare i giuristi

1. *L'interpretazione* – 2. *Metagiurisprudenze* – 3. *Il diritto come discorso.*

Il libro di Gentili, *Il diritto come discorso*[1], è uno di quei libri-mondo i cui temi comprendono almeno un accenno a quasi ogni principale argomento di teoria generale e a molti importanti temi di diritto. Commentarlo costringe quindi a una selezione (su alcuni di questi temi potrei comunque dire poco o niente avendo su di essi solo da imparare, e molto infatti ho imparato leggendo).

Pur essendo una raccolta di saggi all'origine indipendenti è un libro molto omogeneo. Si comprende subito che la principale forza centripeta dell'opera è l'esperienza e visione del diritto dell'autore, studioso di diritto, civilista e avvocato: i molti temi di questo libro sono gli argomenti di una riflessione nutrita di esperienze raccolte in una

* Professore ordinario di Filosofia del diritto, Università di Milano. E-mail: mario.jori@unimi.it.

1 GENTILI 2013.

riflessione unitaria; una concezione del diritto che ha la sua idea focale nella tesi espressa nel titolo, trattare il diritto come discorso. In un senso speciale di questa parola, come vedremo. Da questa idea l'autore parte e ad essa ritorna sempre e su questa vorrei concentrarmi: per farlo a mia soddisfazione non la tratterò per prima ma per ultima, esaminerò prima altri due importanti temi trattati nel libro e presupposti dalla concezione del diritto come discorso. Spero che l'autore giurista perdonerà al filosofo commentatore di trascurare molti altri suoi interessanti argomenti per concentrarsi sulle cose del libro che interessano il filosofo più da vicino. Mi occuperò dei temi trattati nel suo libro che mi hanno maggiormente occupato nel corso di molti anni. I miei commenti si concentrano dunque su tre temi trattati in vari punti del libro, a cui sono dedicati i tre paragrafi che seguono: interpretazione, metagiurisprudenze, diritto come discorso. Più che un commento su Gentili questo saggio intende essere un confronto teorico tra alcune mie idee e quelle dell'autore.

Risulta subito ovvio alla lettura che la prospettiva di Gentili è comprensibilmente centrata sul diritto civile; non è però ad esso limitata e certamente il libro è utilissimo anche a chi non possiede comparabile profondità di conoscenze giuridiche, come il sottoscritto. Bisogna aggiungere che la lettura è divertente, perché l'autore ha spirito caustico e scrittura tagliente. Tra i molti altri temi e argomenti di cui non dirò nulla segnalo, a mero titolo di esempio, il capitolo sull'abuso di diritto o l'analisi dei rapporti tra diritto e pretesa.

Nel complesso ho trovato convincenti la massima parte delle conclusioni di Gentili. Non sono però sempre d'accordo con tutti gli argomenti che l'autore usa per sostenere tali conclusioni.

All'aspirante lettore del libro di Gentili un ultimo avvertimento: si legge facilmente ma non è facile; non ci si deve far ingannare dalla leggibilità del testo, le parole in questo

libro pesano e molto è detto per accenni; inoltre spesso le tesi importanti sono sviluppate in modo rapsodico, riprese e precisate in momenti successivi.

1. *L'interpretazione*

Il primo tema che unisce i vari argomenti de *Il diritto come discorso* è quello della interpretazione giuridica. Trattando della interpretazione necessariamente si presuppongono soluzioni a una buona parte delle questioni fondamentali della filosofia del diritto (potremmo chiamarla teoria generale del diritto per rispettare le sensibilità anti-filosofica di molti giuristi; io penso che siano la stessa cosa). La interpretazione è infatti un problema e un concetto centrale, non fondamentale, della teoria giuridica il che vuol dire che presuppone soluzioni a problemi più ampi e logicamente presupposti, sulla natura della conoscenza e sulla conoscenza dei fatti sociali, del significato, del linguaggio, su cosa sia il diritto, sulla realtà e dimostrabilità dei valori, sulla ragione, eccetera. Non ci stupisce che, da giurista, Gentili preferisca trattare un concetto centrale, tradizionalmente appartenente alla teoria generale del diritto, lasciando ai filosofi di trattare esplicitamente le questioni fondamentali di aspetto inequivocabilmente filosofico. Tali problemi, quelli filosofici, ovviamente restano rilevanti, le risposte alle domande che essi pongono sono inevitabilmente presupposte da ogni cosa detta in questo libro, ma Gentili si limita per lo più a sfiorarle. È peraltro evidente, dalle note e dal testo, che conosce benissimo le discussioni dei filosofi e dei filosofi del diritto.

Apprezzo questo approccio in stile oxoniense, perché affronta i problemi dall'angolo meno astratto possibile. Tuttavia non posso fare a meno di aggiungere che a un certo punto del ragionamento ci sarà anche bisogno di tracciare

nessi coi problemi fondamentali e esplicitare e argomentare alcune scelte filosofiche di fondo, esplicitamente discutendole. Per questo incomincerò a mettere in luce quella che secondo me è una particolarità filosofica delle buone teorie della interpretazione giuridica e che la teoria della interpretazione di Gentili secondo me possiede, ma non esplicita: Gentili lascia che ci appaia da sé, probabilmente perché teme di apparire troppo apertamente filosofo. Un giurista per bene certe cose non le dice, le lascia capire.

Come ho detto, le risposte che si danno ai problemi fondamentali, mai complete, condizionano l'approccio all'interpretazione giuridica. Beninteso, non è necessario filosofeggiare esplicitamente e per esteso ogni volta che si apre un codice; ma anche in diritto a un certo punto ogni questione importante ha presupposti filosofici che non possono essere sempre ignorati. Per esempio quando si afferma che ogni interpretazione giuridica è creativa/arbitraria, sarà necessario discutere quale teoria del linguaggio e del significato sia sottintesa a questa tesi e poi che cosa sia il linguaggio e cosa il significato e come funzionino. Il problema della interpretazione giuridica va collocato tra i problemi centrali proprio per questo, perché dipende direttamente dalla posizione filosofica che si assume rispetto a problemi fondamentali e dichiaratamente filosofici; e determinerà a sua volta la soluzione di molti problemi specificamente giuridici. A sua volta, il modo in cui trattiamo un problema centrale influenzerà ogni tesi della nostra teoria del diritto e della nostra giurisprudenza. Poiché è in grado di mostrare quali sono le posizioni filosofiche di fondo che lo sostengono e determina a sua volta molta parte delle posizioni sui problemi specifici del diritto, collocandoci a questo punto delle questioni giuridiche, su un problema centrale, siamo in grado di tenere sott'occhio tutto il panorama di tesi e concezioni su cui si fondano i nostri argomenti.

Il libro di Gentili con tutta la sua reticenza filosofica, ne è un esempio preclaro.

Va rilevato un aspetto che l'approccio di Gentili ha in comune alle teorie della interpretazione di Hart e Kelsen ed è massimamente evidente nella versione di Hart. Entrambi questi due classici non basano le loro conclusioni su un esame di come funziona il linguaggio (giuridico). Kelsen non si occupa per niente del meccanismo linguistico e a ben vedere neppure Hart, il quale si limita in proposito a fornirci la famosa metafora del nucleo di certezza e dell'area grigia o di penombra del significato delle parole del linguaggio ordinario. È appunto una metafora, non una teoria semiotica e ci propone senza argomenti il risultato finale della teoria del significato ordinario che Hart ritiene corretta (secondo me a ragione)[2]. Le teorie dell'interpretazione sono solo *classificate* in base ai loro risultati. Così la teoria dell'interpretazione di Hart si limita a presentarci la classificazione delle (altre) teorie della interpretazione secondo una gamma che va dallo scetticismo totale al totale formalismo interpretativo[3]. Oltre ai ben noti passaggi di *The Concept of Law*, ritroviamo lo stesso approccio sintetizzato nello splendido titolo del non meno noto saggio di Hart, *The Nightmare and the Noble Dream*[4]. Il *Nightmare*, l'incubo dei giuristi

[2] La teoria della interpretazione della "zona di penombra e zona chiara della norma" di Hart come esposta in HART 1961 è menzionata in GENTILI 2013, 346, nota. La distinzione, fa notare Gentili nella stessa nota, è già presente in altri, per esempio in Heck.

[3] Formalismo interpretativo è sventuratamente l'espressione abituale per indicare la teoria per cui è sempre possibile produrre una interpretazione corretta del significato dei testi giuridici; che esiste quindi una interpretazione vera o certa. Non è chiaro cosa c'entri la forma, dovrebbe essere chiamata certismo interpretativo.

[4] HART 1983. Non la biografia di Hart con questo titolo, di Nicola Lacey, ma appunto il saggio di Hart da cui è preso il titolo della biografia.

americani pensanti, in realtà di tutti i giuristi moderni, è che lo scettico abbia ragione, è la possibilità che le norme ricavate da leggi e precedenti, cioè il diritto, non abbiano in realtà e nonostante le apparenze nessun significato fisso e predeterminato dalle formulazioni generali, che le disposizioni giuridiche, siano esse di legge o ottenute dai precedenti giudiziari debbano essere sempre riempite arbitrariamente di senso per ottenere una soluzione dei casi concreti e che ogni interpretazione sia quindi solo in apparenza interpretazione di una norma, lo sia solo "ufficialmente", che in questo caso significa in modo menzognero o illusorio e sia invece applicazione arbitraria di potere sotto mentite spoglie, creatrice della norma singolare e concreta che va a regolare ogni caso singolo. Questo è un incubo perché in tal caso i giuristi sarebbero degli imbroglioni che fanno cose diverse da quelle che dicono o implicano di fare; nel caso migliore sarebbero degli onesti illusi. Comunque ciarlatani. La figura del giurista-ciarlatano si confonde con quella del giurista-stregone, ricco di prestigio e ricompensa sociale ma privo di giustificazione scientifica e metodologica. Il pubblico dei cittadini di uno stato moderno si rivelerebbe sotto questo rispetto identico al pubblico dei "selvaggi" e "primitivi" della antropologia vittoriana. Il *Noble Dream*, il nobile sogno che Hart attribuisce ai giuristi americani, naturalmente è quello di compiere invece un lavoro sapiente e onesto, di saper trovare la interpretazione corretta delle disposizioni giuridiche, forse di tutte, giustificando così il proprio mestiere/sapere e anche le scelte che in tal caso e in questo soltanto potrebbero essere imputate al diritto delle leggi e alla Costituzione e altre norme generali e astratte e quindi a chi le ha prodotte, e non interamente all'arbitrio del singolo giudice o applicatore coperto dalla mera apparenza della legge.

Essendo impostato in questo modo il problema, non deve stupire che le teorie accettabili siano poi *ovviamente* quelle

intermedie, che sostengono che la interpretazione è in parte determinata dal linguaggio generale e in parte dalle scelte ulteriori dell'interprete. Tra queste teorie c'è anche la teoria della interpretazione di Kelsen, a torto troppo spesso collocato tra i formalisti interpretativi da chi lo critica senza averlo letto. La classificazione di Hart delle teorie della interpretazione giuridica evidentemente suggerisce già la soluzione del problema: le teorie estreme non risultano plausibili e quelle intermedie sono di buon senso. Dirò ora perché secondo me questo approccio non è una fallacia, e per l'intanto noto che anche Gentili segue lo stesso percorso argomentativo, prendendo le mosse dalla conclusione di buon senso e ad essa costantemente riferendosi. In altri termini dando ascolto al senso comune, alla propria intuizione linguistica e alla ragionevolezza. Ora, queste formidabili sensazioni non sempre hanno ragione, come quando portano a ritenere che la terra sia piatta, ma in questo caso sì.

Dunque Gentili, per esempio nella sua critica alla formalizzazione del lessico giuridico compiuta da Luigi Ferrajoli, parte dalla distinzione tra le disposizioni, che sono fatti, e i significati, che sono risultato di operazioni interpretative della dogmatica, per tracciare una linea di buon senso in teoria della interpretazione:

> «... in definitiva sembra ragionevole che, pur con i più grandi margini di opinabilità sul concetto, il mutuo non è il furto, la truffa non è l'obbligazione, e chiunque lo sostenesse non sarebbe neppure preso sul serio. Opinabili quanto si vuole, le concettualizzazioni della dogmatica hanno insomma dei limiti. C'è dunque almeno questa misura di verità nei concetti della dogmatica»[5].

[5] GENTILI 2013, 197, discutendo quella che Gentili considera l'eccessiva fiducia nei concetti formalizzati mostrata da Luigi Ferrajoli.

Può forse sembrare una dichiarazione incidentale e di poco momento; questa pacata considerazione di buon senso non sembra neppure essere considerata dall'autore un argomento. A me sembra invece il punto di partenza che la teoria della interpretazione giuridica non deve mai perdere di vista e che l'autore di fatto non perde di vista in nessun punto del libro. Diciamo che se consideriamo questo un argomento filosofico fondante, piuttosto che un *obiter dictum*, diviene l'argomento contro la fallacia consequenzialista, quello che nessuna tesi generale sulla interpretazione giuridica deve dimenticare, che la pratica giuridica si fonda sul fatto che diamo continuamente interpretazioni non arbitrarie.

Si trova invece nel libro, collocato in massima evidenza, un altro argomento con cui l'autore cerca di fondare altrimenti la propria posizione intermedia sulla interpretazione, in base alla natura non descrittiva del linguaggio giuridico. Lo dico subito, un argomento che non condivido affatto. Sostiene Gentili che solo al linguaggio descrittivo, vero o falso, spetterebbe la possibilità teorica del rigore e quindi di una interpretazione totalmente certa[6]. Conosciamo bene

[6] Gentili basa sulla mancanza di verità del diritto anche la sua difesa della posizione dell'avvocato il quale difenda una posizione anche quando è «in cuor suo convinto che è del tutto sballata» (GENTILI 2013, 179). L'avvocato infatti non potrebbe dire il falso anche quando «fa il furbo» (l'espressione è di Gentili) cioè sceglie cinicamente le tesi più vantaggiose alla sua parte: «Ammettere che anche la più furba, la più strategica, la più cinica tesi avvocatesca è valida, se è inconfutabile» (GENTILI 2013, 180). Inconfutabile in questo caso, ci dice Gentili, in mancanza di verità può voler dire solo essere coerente negli argomenti presentati; e la difesa coerente è più convincente. Questa catena di argomenti di Gentili non rispetta neppure secondo me il suo stesso criterio, appena formulato, quello della coerenza. Presuppone un avvocato che in cuor suo ritiene che una posizione sia sballata, ma non essendo nessuna posizione vera o falsa tale opinione

questo argomento classico della semiotica filosofica, noto (ovviamente ai suoi critici) come fallacia descrittivistica. Credo sia stato dimostrato esaustivamente, tra gli altri da Uberto Scarpelli, che la fallacia descrittivistica è appunto una fallacia, un errore sistematico, particolarmente in ambito giuridico, gravido di conseguenze imbarazzanti e difficili da conciliare con i fatti.

Può darsi che Gentili faccia riferimento a una versione attenuata di questa tesi: si potrebbe intendere che egli non sostenga che il linguaggio prescrittivo non possa avere significato, ma che non possa avere un significato rigoroso. Anche di questa versione ci sono molte varianti; alla fine tutte cercano di ridefinire in vari modi la nozione di

del suo cuore sarebbe in realtà sempre priva di senso, cioè essa stessa sballata. Si deve allora concludere che ogni conclusione giuridica sia priva di valore e si è lì lì per affermare che la stessa coerenza viene apprezzata perché più convincente; alla fine siamo allo scetticismo totale che sembra involgere anche la logica e la coerenza interna degli argomenti. Una difesa valida dell'avvocato potrebbe invece basarsi sugli elementi di incertezza fattuale e interpretativa in cui l'avvocato in buona fede creda, ma questo presuppone elementi certi e su di essi il dovere di verità anche contro l'interesse del cliente. In caso contrario, il difensore moralmente avveduto dovrebbe consigliare al cliente di scegliersi un difensore più credulo, per non rischiare di finire nella bolgia dei consiglieri fraudolenti insieme all'ottimo Guido da Montefeltro. Lo stesso principio, a titolo di coerenza con i presupposti di Gentili, si dovrebbe applicare ai magistrati di fronte a una scelta interpretativa che paia loro tale per ragioni extra-giuridiche (GENTILI 2013, 491). Il "coprire le tracce" di una scelta presa per altre ragioni è pur sempre frode. A me pare evidente che, dati i presupposti di Gentili, la creatività parziale o totale della interpretazione può salvare la coscienza solo del difensore scemo. Se la creatività è totale e il difensore lo sa, egli partecipa di un imbroglio, come il cinico stregone che sa che la sua magia non funziona ma che la gente vi crede.

significato in modo da distinguere tra un significato vero e proprio (suscettibile di rigore) e un significato debole, emotivo o espressivo o simili, come sarebbe quello delle prescrizioni: tutti questi significati ci darebbero la sensazione di capire ma apparterrebbero in realtà più al reame degli stimoli; un sintomo della differenza sarebbe proprio la mancanza della certezza intersoggettiva della comprensione e la perdita di ogni possibilità di rigore. Secondo il prescrittivismo tutti questi tentativi di spiegazione vanno in una direzione sbagliata; invece l'origine della incertezza è quella che lo stesso Gentili delinea chiarissimamente nel suo altro brano citato sopra: è la fisiologica vaghezza dei termini e concetti ordinari, non il fatto che le frasi e i significati del linguaggio ordinario siano descrizioni ovvero prescrizioni. La vaghezza (quella che Hart chiama area di penombra) è una caratteristica utile e indispensabile del linguaggio ordinario, ma può diventare un problema quando abbiamo bisogno di maggiore certezza. Non c'entra con la prescrittività: una disposizione prescrittiva in termini rigorosi, per esempio quantificati, può essere altrettanto rigorosa di una descrizione in termini dello stesso genere. "Avanza da qui di 12 metri verso Sud!"[7] è altrettanto rigoroso di "Sei avanzato da qui di 12 metri verso Sud". In questo esempio non abbiamo la precisione millimetrica che ci potremmo aspettare in altri casi, per la buona ragione che non serve. Tuttavia anche per quanto attiene al linguaggio più rigoroso di cui disponiamo,

[7] Si noti che l'espressione indicale può essere rigorosa in condizioni di comunicazione personale. Nel caso di comunicazione impersonale probabilmente dovrà essere sostituita da una localizzazione non indicale rigorosa quanto basta agli scopi della comunicazione. In sostanza la collocazione geografica rispetto a una località di riferimento. Non è certo difficile trovare esempi di rigorosa descrizione degli spazi nelle norme giuridiche. Un accenno verrà fatto *infra* alla geometria.

quello in cui si descrivono i risultati delle esperienze scientifiche delle scienze empiriche della natura, misurando ogni cosa, ovviamente troviamo un equivalente delle descrizioni nelle prescrizioni o protocolli che dicono come si deve procedere perché l'esperimento abbia valore intersoggettivo, cioè certezza[8].

Abbiamo visto che Gentili esclude preliminarmente sia il formalismo interpretativo sia lo scetticismo completo. Questa posizione moderata è indubbiamente un elemento importante della sua concezione del diritto. Ma qua e là se ne dimentica, come quando parla di verità, che viene troppo facilmente estromessa dal campo del giuridico anche tramite una troppo forte distinzione tra argomentazione e dimostrazione. Forse invece del termine di verità, che forse a Gentili sembra troppo impegnativo, l'autore dovrebbe cercarne uno più modesto, che so qualcosa come il *quia* tomistico. Gentili a mio parere ha troppa reverenza per la verità o meglio per un concetto di verità che, come dice egli stesso molto bene se andiamo a leggere il passaggio giusto, alla fine non è perseguito neppure dalle scienze empiriche. Il concetto di verità è capace di molte concezioni e tra queste ce ne deve essere per forza una che ci permetta di dire che una certa pratica sociale, come è il diritto, abbia certi contenuti e certe norme e non altri, oltre naturalmente ai molti casi incerti. Per prendere ad esempio un'altra pratica sociale molto più semplice, in Italia è certamente vero che ci si saluta

[8] Si noti che ogni volta si tratta del rigore o certezza sufficiente, non di quello assoluto. Ad esempio, la precisione della misurazione è quella sufficiente nelle spiegazioni e correlazioni considerate. Questa nozione di sufficienza si applica anche alle scienze più rigorose, con conseguenze importanti: è accaduto notoriamente nelle scienze moderne che imprecisioni nelle misurazioni che sembravano irrilevanti nascondessero invece fatti importanti.

pronunciando certe frasi (ciao, salve, buongiorno), e/o facendo certi cenni con una o due mani, sorridendo, muovendo il capo. Non è certamente vero che ci si saluta agitando il pugno destro serrato in direzione dell'altro o appoggiando la mano destra nell'incavo del gomito sinistro e alzando nello stesso tempo in verticale l'avambraccio sinistro. Tutti sanno invece che è vero che presso gli Eschimesi ci si saluta strofinando i nasi. Ciò che è vero è che questa pratica è governata e definita da certe regole; se qualcuno afferma che in Italia si saluta col gesto dell'ombrello, costui insieme commette un errore dicendo il falso e perde la capacità di salutare in Italia, cioè di partecipare alla pratica: non sa più salutare. Lo stesso è per il diritto che è una pratica sociale enormemente più complessa del saluto, qualitativamente più complessa. Ma non meno esistente, come emerge dal fatto che è vero che la pratica giuridica è alla base delle nostre vite ordinarie e non solo di quelle dei professionisti del diritto.

Questo dovrà bastare sulla nozione di verità nel diritto: la fallacia descrittivistica invero non conduce a una posizione intermedia in teoria della interpretazione, come quella di Gentili, ma allo scetticismo interpretativo, se ritiene in un modo o nell'altro che le disposizioni normative non abbiano davvero un significato. Una breve riflessione peraltro è sufficiente a mostrare che se ci fosse davvero un simile iato di principio tra i due tipi di linguaggio, descrittivo e prescrittivo, la pratica giuridica[9] risulterebbe largamente impossibile e/o illusoria, comunque andrebbe cambiata radicalmente: la capacità del linguaggio prescrittivo di avere significato dipende dal fatto che le sue parole e i suoi concetti abbiano lo *stesso* significato che hanno nelle proposizioni descrittive, sia esso vago o meno, solo allora è possibile il

[9] E ogni pratica legata all'osservanza di regole, come è anche la morale.

sillogismo pratico, l'accertamento che la norma si applica a una fattispecie (sulla deduzione e il sillogismo pratico come trattati nel libro di Gentili tornerò)[10]. La conseguenza non sarebbe solo il normale e variabile misto di certezza e incertezza di senso comune che corrisponde alla nostra intuizione linguistica, richiamato da Gentili; risulterebbe che il linguaggio (non descrittivo) non sarebbe in grado di controllare affatto la attribuzione di significato nelle prescrizioni concrete, cioè la interpretazione, e questa sarebbe sempre totalmente creativa.

Peraltro, poco dopo la tesi che ho bollato come "fallacia descrittivistica", ecco comparire nel testo di Gentili la parola frastico[11]: come è noto un termine tecnico al centro della

[10] Non dovrebbe essere necessario ricordare che il sillogismo pratico costituisce la giustificazione e ricostruzione, fondazione logica e struttura della applicazione delle norme generali ai casi singoli. Se non fosse possibile il sillogismo normativo ogni applicazione normativa sarebbe priva di logica alcuna e il ragionamento pratico non esisterebbe. Non è solo una questione tecnica della teoria della interpretazione giuridica: se le cose stessero in questo modo, se il ragionamento pratico fosse una illusione, la mente umana sarebbe molto diversa da quello che pensiamo che sia in un suo aspetto basilare, che influenza ogni aspetto del pensiero, la nozione di seguire una regola. La logica peraltro non risolve il problema della interpretazione (normativa o meno), e tantomeno suggerisce una teoria meccanica della interpretazione, almeno la interpretazione che si pratica nel linguaggio naturale, dove non si può presupporre una corrispondenza biunivoca tra parole e significati; infatti la logica si applica alle lingue naturali solo *dopo* che i problemi interpretativi sono stati risolti. Il sillogismo, lo sappiamo tutti, diventa un legame cogente tra premesse e conclusioni solo assumendo che i termini abbiano sempre lo stesso significato, e questo vale sia per i sillogismi normativi che per quelli descrittivi.

[11] Si potrebbe giustificare la fallacia descrittivistica sul piano semiotico sostenendo che gli elementi non rigorosi appartengono al

critica alla fallacia stessa, la chiave del suo superamento. Nel frastico stanno gran parte delle parole/concetti della cui determinatezza discutiamo; e vi stanno indipendentemente dal fatto che la parte di frase di cui fanno parte comporrà una descrizione o una prescrizione. Qui l'autore passa a un argomento del tutto diverso, il fatto che la dogmatica e il legislatore in gran parte usano il linguaggio ordinario, e in questo contesto le tesi scettiche hanno, a prima vista, la stranezza di chi incontra qualcuno che va in bicicletta e gli spiega che è impossibile pedalare. L'impressione di stranezza, di contrasto con l'ovvio, consiste nell'ignorare le nostre stesse intuizioni, le intuizioni che l'autore condivide, che capiamo quello che capiamo.

Vorrei dunque concedermi la libertà di considerare come *obiter dictum* l'argomento descrittivistico di Gentili piuttosto che l'approccio moderato alla interpretazione, per cui i limiti alla certezza interpretativa del linguaggio giuridico non vengono dal fatto che non è descrittivo (vero/falso); vengono invece dal fatto che è prevalentemente composto da linguaggio ordinario e quindi non formalizzato e neppure formalizzabile. Il fondamento di questa posizione di Gentili essendo il buon senso, le attività umane richiedono che qualcosa si capisca in modo comune, anche se non tutto. Inoltre richiedono elasticità e quindi vaghezza perché il linguaggio si adatti alle varianti e alle novità della vita. Questo vale esattamente nello stesso modo sia per le descrizioni sia per le prescrizioni in linguaggio ordinario. Lo abbiamo già detto: determinazione semantica e applicabilità della logica non dipendono dalla capacità di essere vero o falso ma dalla capacità di far riferimento a fatti (incluse le

neustico prescrittivo. Ma è una tesi poco plausibile, elementi semantici prescrittivi come obbligo o permesso non sono meno rigorosi degli elementi del frastico.

azioni), capacità che il linguaggio prescrittivo condivide con quello descrittivo. È la presenza di un significato referenziale più o meno intersoggettivamente univoco ciò che permette o non permette di dare interpretazioni algoritmiche, nei discorsi sia prescrittivi sia descrittivi. Simili considerazioni possono essere ripetute, con qualche variazione, per le parti non referenziali dei discorsi, come i connettivi logici. Il linguaggio formalizzato è il prodotto di una operazione solitamente artificiale e viene reso rigoroso attraverso la formalizzazione, con definizioni e quantitativizzazione degli elementi referenziali e con la formalizzazione logico-matematica dei connettori logici. È quello che è stato fatto per la aritmetica e per la geometria fin dall'inizio della civiltà e recentemente per le scienze empiriche moderne a partire dalla fisica.

Sappiamo ormai molto bene come si fa a ottenere questo risultato. Conosciamo le tecniche e i mezzi semantici e sintattici adatti per ottenere un linguaggio rigoroso detto anche formalizzato, cioè algoritmico, cioè calcolabile: la strada presa con enorme successo dalle scienze empiriche di oggi[12]. Algoritmo o calcolo vuol dire che le cose sono proposte in modo tale che tutti gli utenti arrivano agli stessi

[12] Questo modo di parlare viene chiamato linguaggio artificiale. Naturalmente tutti i linguaggi sono artificiali nel senso che sono prodotti dall'uomo in collettività in seguito a eventi storici contingenti che hanno prodotto migliaia di linguaggi diversi. Si chiamano lingue naturali ma in un senso sono artificiali anch'esse. I linguaggi artificiali sono prodotti per degli scopi determinati, condivisi dai loro utenti, sono in questo senso strumentali e quindi possono essere modificati e migliorati "artificialmente" per meglio perseguire tali scopi. Questo non vale per le lingue naturali, il cui scopo è esserci, essere condivise e fungere da mezzo base di comunicazione (la esistenza di una lingua naturale permette anche la elaborazione di linguaggi artificiali/strumentali). Ho trattato questo tema da ultimo in JORI 2013.

risultati, perlomeno quelli che hanno imparato le regole che c'erano da imparare[13]. Il ragionamento viene suddiviso o parcellizzato in operazioni di calcolo per cui tutti coloro che hanno imparato a farle giungono agli stessi risultati per ognuna di esse. Il tutto viene poi unito in un argomento lungo a piacere. Sappiamo tutti come avviene perché tutti abbiamo appreso l'aritmetica alla scuola elementare. Per non incorrere in una variante dello scientismo ingenuo dobbiamo vedere quali sono i limiti e i costi di questa operazione. Essa richiede la ridefinizione dei concetti e dei connettivi logici in forme rigorose entro i margini di approssimazione richiesti, che supportino un modo di controllo intersoggettivamente costante. Il calcolo appunto. Non è affatto impossibile applicare gli stessi metodi sintattici e semantici a un linguaggio prescrittivo come quello giuridico. Questo vuol dire che se ciò non avviene l'ostacolo non è sintattico e semantico. Il problema è invece pragmatico, riguarda i costi per gli utenti e le funzioni che quel linguaggio svolge nei confronti di tali utenti. Il problema è che gli utenti potenziali accettino o meno l'onere, e inoltre che accettino una versione del calcolo piuttosto che un'altra; essi devono trovare delle ragioni assai forti per sottomettersi e continuare a sottomettersi a simili costrizioni e non intendo solo la fatica intellettuale, la disciplina e le conoscenze semiotiche (logico-matematiche e semantiche) che il rigore richiede. Non solo il linguaggio formalizzato è più difficile e va appreso, ma soprattutto occorre che un numero critico di utenti trovi conveniente sottomettersi a una versione stabile di esso anche di fronte alla possibilità che "il calcolo gli dia torto", anche per i casi in cui le conclusioni calcolate

[13] Un indizio che abbiamo a che fare con linguaggi tecnici o artificiali è che si studiano a scuola. So naturalmente che si studiano a scuola anche le lingue naturali straniere.

risultino scomode, quando un linguaggio così ipoteticamente reso rigoroso porti a soluzioni che non piacciono.

Il linguaggio rigoroso beninteso può anche ammettere al suo interno uno spazio per discorsi non rigorosi, come per esempio quando la dinamica non è in grado di prevedere con una certa precisione la traiettoria di oggetti e deve quindi ricorrere a una descrizione più approssimativa, allora il rigore complessivo costringe a dichiarare la mancanza di rigore, costringe a circoscrivere rigorosamente l'area della mancanza di rigore e il suo grado. Tali aree possono essere provvisorie, nel senso che al momento non si sa fare di meglio. In questo caso nei discorsi empirici e tecnologici si usa parlare di approssimazione. In diritto conosciamo anche troppo bene questa situazione e la chiamiamo discrezionalità. Molti giuristi e specialmente giudici si trovano a disagio con la discrezionalità esplicitamente dichiarata, al di fuori di alcune aree tradizionalmente discrezionali del diritto. La ragione è che la concessione di discrezionalità attribuisce gran parte del potere all'organo che applica la norma nei casi concreti, tipicamente il giudice. Aumento di discrezionalità chiama aumento di responsabilità. Sulla concessione esplicita della discrezionalità bisognerà tornare.

Se la sola cosa che ricerchiamo è la certezza assicurata da un algoritmo, ebbene questo tipo di linguaggio rigoroso nel diritto come lo conosciamo copre solo zone limitate pur non essendo inusitato, come si è accennato. L'algoritmo è certamente possibile anche nel diritto, in normazioni determinate, a certi costi, laddove per esempio si procede in modo numerico, come accade spesso nei termini temporali. Ed è possibile poiché il rigore, appunto, non dipende affatto dalla verificabilità o meno dei significati, in questo caso prescrittivi. Non ci sono ragioni semantiche e sintattiche che impediscono di introdurre algoritmi e calcoli in un linguaggio prescrittivo e quindi nel diritto. La storia del diritto ce ne mostra infiniti esempi: ad esempio anche il diritto sa

misurare rigorosamente le distanze e i confini, e quando misura ricorre a un linguaggio algoritmico adeguatamente rigoroso[14]. Come è ovvio, il diritto è abituato da millenni a interagire con i linguaggi e i concetti della aritmetica e della geometria, che sono i primi linguaggi algoritmici, i primi calcoli. Nata la prima, pare, dai riscontri archeologici, per contare le merci e la seconda per allocare la proprietà dei campi, entrambe questioni di ovvia rilevanza giuridica, in particolare di proprietà. Siamo così abituati alla allocazione della proprietà terriera con un calcolo geometrico che non ce ne ricordiamo neppure, quando ci interroghiamo sul rigore del linguaggio giuridico. Naturalmente dopo che abbiamo misurato i campi, la allocazione della proprietà su di essi solleva tante altre questioni giuridiche che non sono dei calcoli geometrici. Ma almeno una parte del discorso giuridico al riguardo è rigoroso. Agli inserti rigorosi tradizionali nel diritto moderno si aggiungono ovviamente gli inserti in cui il diritto prende in prestito parti del linguaggio delle scienze naturali[15]. Hart sostiene che lo scettico interpretativo

[14] Come sempre, quanto rigoroso sia il rigore dipende dalle esigenze: sarà probabilmente utile misurare in millimetri le dimensioni di un piccolo aggeggio (invenzione) in una patente; ma sarebbe del tutto inutile fare lo stesso per le misure di un terreno urbano.

[15] Sbaglierebbe chi pensasse che simili prestiti riguardino in realtà il linguaggio descrittivo. Si tratta dell'errore alla base della fallacia descrittivistica, che confonde la descrizione con la capacità di fare riferimento. I prestiti riguardano dunque la parte referenziale del linguaggio, di per sé comune ai due linguaggi e non ancora descrittiva né prescrittiva, che poi viene qualificata come descrittiva o prescrittiva, permettendo quindi il giudizio di osservanza o violazione delle norme. Per esempio un requisito ingegneristico recepito dal diritto non è descrittivo ma prescrittivo, parte referenziale che può essere rigorosa, algoritmica e quantitativa e presa in prestito dal linguaggio della

è un assolutista deluso, dove assolutista in questo caso è chi vuole soluzioni interpretative algoritmiche (certe). Più esattamente, secondo me, è una reazione alla pretesa semiotica eccessiva che l'area di certezza/rigore copra l'intero linguaggio giuridico e diritto, alla pretesa di essere messi nelle condizioni di calcolare interamente le soluzioni giuridiche dei casi concreti, anzi di tutti i casi concreti, come fa l'ingegnere moderno con i ponti. Nel caso della scienza il criterio ultimo del rigore empirico è che esso produce la capacità di manipolare i fatti in modo intersoggettivo, cioè in base a *calcoli*. Oggi pensiamo che un ponte debba essere tutto calcolato e che il diritto relativo debba disporre di conseguenza[16]. A dire il vero, anche nelle scienze empiriche non tutto il discorso è ridotto ad algoritmi, ma di solito si considera questo un difetto di sviluppo di quella spiegazione scientifica. Insomma ci si aspetta che tutto il discorso scientifico sia algoritmico, ovvero calcolabile, che la strada per così dire sia asfaltata dal principio alla fine. Nel diritto si alterna qualche tratto asfaltato con ampi tratti di sentiero nella jungla, cioè di linguaggio ordinario. Il costo di asfaltare tutta la strada viene considerato eccessivo e il risultato inoltre non piacerebbe agli utenti, nonostante i vantaggi della calcolabilità.

A mio parere la ragione per cui la scienza ha potuto prendere la strada del calcolo è la sua strumentalità, condivisa dai suoi utenti. Le scienze sono utilissime a manipolare la realtà tramite la tecnologica e nella nostra società questo è divenuto un obbiettivo fortemente condiviso da una grande maggioranza; e una influente minoranza (la comunità

scienza ingegneristica per formulare una norma su come si devono costruire gli edifici.

[16] Non era così al tempo dei Romani, grandi costruttori di ponti e altri mirabolanti edifici, ma privi di un calcolo rigoroso.

scientifica) riesce a convincere la suddetta maggioranza, che ne sa poco o niente, che l'unico mezzo per ottenere questo fine è usare il linguaggio delle scienze sperimentali; oggi quasi tutti sono convinti che il calcolo è il metodo migliore per permettere a migliaia di ingegneri di costruire ponti e macchine; e a migliaia di medici di produrre e usare medicine[17]. Possiamo dire che i discorsi scientifici sono strumenti, funzionano come strumenti semplicemente perché i loro utenti complessivamente li usano come strumenti. Quando per una ragione o per l'altra si smette di sentire l'attrattiva della tecnologia in un particolare campo, evapora facilmente anche l'attrattiva di quel particolare modo di conoscenza che è il metodo empirico tramite il linguaggio rigoroso.

Questa convergenza tra conoscenza e tecnologia, notoriamente, viene meno nel campo delle scienze umane, storiche e sociali. Non c'è qui tecnologia alcuna che convinca gli utenti a sottomettersi alla disciplina dell'algoritmo, non c'è manipolazione che un calcolo permetta di gestire infinitamente meglio. Figuriamoci nel campo del diritto, dove il ponte costruito da chi "ha sbagliato i calcoli", non solo non crolla, ma può benissimo "funzionare" se trova una controparte, un giudice o un amministratore che se ne fa convincere. Con la metafora del ponte qui si intende una interpretazione, una

[17] Il biglietto da visita del rigore scientifico presso il pubblico è la tecnologia, non la accettazione di una particolare filosofia della conoscenza. La scienza medica è più spesso sotto attacco della ingegneria. Ma i casi controversi in cui l'opinione pubblica prende posizioni contro il metodo empirico, senza capirne granché i presupposti, sono frequenti nell'un caso e nell'altro. Di fronte al generale successo strumentale delle tecnologie basate sulle scienze dal linguaggio empirico rigoroso è facile trovare anche oggi aree di rifiuto, di sorprendente ostinazione. Da chi non "crede" nella evoluzione, a chi "crede" nelle cure mediche "alternative", a chi ritiene di avere prove della visita di extraterrestri, o della dannosità delle vaccinazioni.

qualunque tesi giuridica. Il terreno comune del diritto non è la manipolazione dei fatti, ma la tecnica sociale della sanzione comminata prevalentemente attraverso la gestione da parte di autorità in situazioni di potenziale o attuale conflitto di interessi. Non c'è quindi un unanime interesse alla soluzione algoritmica delle questioni, perché la vittoria di una parte è quasi sempre la sconfitta di un'altra. Sia a livello di caso singolo che di norma generale. Per questo la pragmatica generale del linguaggio giuridico non si presta alla sua trasformazione in calcolo e algoritmo. Anche a chi ha il potere giuridico di emettere norme generali, come il legislatore, può convenire la elasticità e la indeterminazione. Ciò non vuol dire che il linguaggio giuridico sia costretto a tenersi totalmente al linguaggio comune. Concetti tecnici, definizioni giuridiche, costruzioni sistematiche, introducono a macchia di leopardo elementi di maggior calcolabilità nel linguaggio; ma altri concetti, come le clausole generali, vanno nella direzione opposta.

La forma dell'argomento proposto da Gentili che ho chiamato fallacia descrittivistica secondo me non corrisponde dunque al modo in cui funziona il significato (giuridico). Non ci sono ragioni semiotiche per affrontare il problema del rigore distinguendo alla radice tra linguaggio descrittivo e linguaggio prescrittivo; non è vero che si ponga in modo diverso sui due casi perché da una parte si applica il valore di verità e dall'altra quello delle prescrizioni (quale che sia). Non è questione di verità ma di riferimento. Secondo la tesi prescrittivistica, a cui Gentili peraltro in vari momenti sembra aderire, la divaricazione tra descrittivo e prescrittivo non crea una differenza per quanto riguarda la certezza del significato, in quanto i due tipi di significato condividono largamente gli stessi termini, e hanno in entrambi i casi gli stessi problemi di determinatezza e possono mettere in atto le stesse strategie semantiche e sintattiche per modificarla. La possibilità che queste strategie vengano impiegate e abbiano successo dipendono dalla pragmatica del linguaggio in questione, sia

esso descrittivo o prescrittivo. I due tipi di significato si comportano di principio nello stesso modo per quanto riguarda la certezza, la loro maggiore o minore trasformabilità in significato rigoroso e ultimativamente algoritmico e quindi la loro trasformazione in calcolo.

A me pare che la sostanza di questo sia ben presente nella teoria della interpretazione che emerge dalle parole di Gentili citate all'inizio di questo paragrafo e per questo mi permetto di ipotizzare che il precedente argomento descrittivistico possa essere considerato un *obiter dictum* nella economia argomentativa complessiva del libro. Gentili, riprendendo quella che considero la linea argomentativa più convincente e più convinta della sua teoria della interpretazione, nota appunto che il linguaggio giuridico, nelle sue varie incarnazioni, può discostarsi da quello ordinario alla ricerca di una tecnicità più certa. Il punto ben chiaro a Gentili è che non ci sono obiettivi comuni "dietro" all'applicazione del diritto, ma potenziali conflitti ed è quello che intendo quando parlo della pragmatica del linguaggio giuridico. Gli obiettivi comuni (per intenderci alla Dworkin o più realisticamente alla Hobbes) si trovano facilmente solo se ascendiamo a un grado di generalità tale che diventa generica e quindi ambigua o addirittura vuota. Quando poi si cerca di tradurli in pratiche linguistiche, ci si accorge che l'accordo è molto limitato, o limitato a una parte dei potenziali utenti. Mentre quasi tutti hanno interesse a che i ponti non crollino senza preavviso e hanno altresì un prevalente interesse a evitare i fraintendimenti nella conversazione normale, nel diritto il linguaggio deve essere adatto alla continua possibilità che esploda un conflitto di interessi. Quando ci si trova ad applicare il diritto ai casi concreti, si incontrano molto spesso, è vero, anche interessi convergenti, ma pure molti interessi in conflitto, che cercheranno ciascuno un sostegno in una interpretazione delle norme rilevanti. Cercheranno ciascuno di "tirare la coperta" dalla propria parte. È ovviamente questo che produce la legislazione, la

spada di Gordio che taglia con un gesto di autorità il nodo inestricabile dei conflitti di interesse diffusi nella società e che produce i processi. I quali avvengono in un numero ridotto di casi, rispetto al totale, ma danno il tono all'intero linguaggio giuridico. In questi limiti pragmatici funziona il diritto legislativo relativamente certo. Un processo è una situazione profondamente diversa da quella di uno studio di ingegneri che progetta un ponte. Questa differenza pragmatica si proietta sulla semantica e sintassi del linguaggio usato, che ha molto meno uso e tolleranza per un linguaggio algoritmico, calcolabile, formalizzato. I relativi mezzi tecnici semantici e sintattici per formalizzare l'intero linguaggio giuridico sarebbero disponibili, come mostrano le definizioni e formalizzazioni alla Ferrajoli, ma non sono richiesti o tollerati dagli utenti al di fuori di particolari aree ristrette del diritto. Alla fine il linguaggio formalizzato viene usato in diritto soprattutto prendendolo in prestito da linguaggi tecnici. I confini sono regolati in un linguaggio algoritmico della geometria fin dagli albori della storia; i termini nel diritto moderno sono calcolati da un preciso calendario numerico. I fatti sono talora filtrati da una recezione del linguaggio delle varie scienze e tecnologie, dalla ingegneria alla medicina. Che tutti questi casi siano ovvi non ci autorizza a ignorarne la lezione: che il linguaggio prescrittivo può essere esatto fino ad essere algoritmico quando le condizioni pragmatiche lo permettono.

Tornando al testo di Gentili, ho accennato sopra alla mia approvazione per il suo argomento sulla interpretazione, il fatto che parta dalle conclusioni proponendoci fin dall'inizio una teoria intermedia della interpretazione. Non è affatto una *petitio principii*. Si tratta invece di dare il giusto posto alle nostre intuizioni linguistiche, che sono dopo tutto l'oggetto sottoposto all'esame. Nello stesso modo procede la teoria della interpretazione di Hart e le differenze sono solo nel modo in cui l'argomento è presentato. Hart offre al nostro giudizio una gamma di teorie della interpretazione ordinate

per risultato, dalle scettiche a quelle "formaliste", e ci raccomanda le teorie collocate in mezzo che sostengono una posizione intermedia tra quella scettica e quella formalista, sostengono cioè che l'interpretazione non deve essere sempre interamente creativa e non può essere mai sempre interamente dichiarativa di un significato già esistente. Questo modo di mettere le cose assicura che le teorie intermedie appaiano più convincenti e se andiamo a vedere perché troviamo esattamente l'argomento di Gentili, le teorie della interpretazione devono arrivare a conclusioni che tengano conto della comune sensibilità semantica ovverossia della nostra intuizione linguistica; e questa ci dice che il linguaggio ordinario lo capiamo in modo abbastanza omogeneo, ma non del tutto e non sempre. Lo stesso vale per il linguaggio giuridico, che dipende, per la sua semantica e sintassi, da quello ordinario. Né Gentili né Hart beninteso intendono fare una rilevazione statistica delle opinioni più diffuse in materia di interpretazione e comprensione del linguaggio ordinario, ma si richiamano alla propria esperienza come utenti.

Si noti che questo tipo di argomento non dice nulla dei meccanismi semiotici che suggeriscono questa conclusione di buon senso. Una spiegazione è data da Hart a livello semantico-lessicale, riferendosi principalmente al significato dei singoli termini del linguaggio ordinario, con l'immagine notissima del nucleo solido e della area di penombra. Ma anche tale spiegazione del modo di funzionamento del significato ordinario (dei suoi termini) è solo una metafora che fornisce un'efficace immagine, secondo me convincente; ma ancora non dice niente del meccanismo linguistico che provoca questo risultato[18]. Gentili, come si è visto, conosce

[18] Nello stesso modo abbiamo saputo per sessant'anni che l'aspirina fa calare la febbre, ma solo di recente è stato scoperto il meccanismo molecolare che produce questo effetto.

bene la metafora hartiana, e si rende probabilmente conto che manca una spiegazione del meccanismo semiotico. Forse per questo tenta una spiegazione che non sia solo una metafora, proponendoci una variante della classica tesi descrittivista del neopositivismo, secondo cui solo le descrizioni vere e false hanno un significato, o un significato vero e proprio, per cui solo le descrizioni possono avere un significato certo o rigoroso e al limite algoritmico. Come si è visto, però, ritengo che questa spiegazione sia sbagliata e internamente incoerente. La ragione della irriducibilità del linguaggio giuridico ad algoritmo non può essere qualcosa che riguarda la mancanza di verità/falsità dell'enunciato completo, ma dovrà riguardare, come osserva Gentili, la sua parentela con il linguaggio ordinario e il modo in cui in quest'ultimo sono generalmente definiti i termini e il modo in cui sono collegati tra loro. Il punto centrale è abbastanza semplice da poter essere illustrato dalla metafora hartiana, il fatto è che le definizioni dei concetti ordinari hanno vasti margini di vaghezza e i loro nessi pure, lo stesso vale per la grande maggioranza dei termini del diritto. Questo, aggiungo io, è dovuto alla pragmatica generale del linguaggio ordinario, che *non è* uno strumento a fini determinati, al fatto che la vaghezza risponde bene alle sue esigenze di elasticità, alle situazioni sempre nuove in cui viene usato, alla sua funzione pragmatica di fungere da mezzo di comunicazione primaria per tutti gli esseri umani.

Come si è detto sopra il linguaggio giuridico è parte di una pratica prescrittiva connessa con l'uso organizzato della sanzione, viene "parlato" in una situazione conflittuale e amministrato dal ricorso sistematico all'autorità. Richiede in genere una maggior precisione del linguaggio ordinario, da cui viene mutuato, ma tollera di essere reso rigoroso e algoritmico solo in alcune specifiche aree. Di qui il prevalere di una sintassi e di un lessico che i giuristi chiamano tecnico-giuridico. Io lo chiamo linguaggio amministrato.

Anche se qualche volta Gentili si diverte a fingere di essere un filosofo principiante, in realtà non lo è per niente e molte delle cose che viene dicendo nel corso del libro sono niente affatto ingenue osservazioni su come funziona il linguaggio giuridico. Per esempio a p. 347 «L'obiezione […] ricordata secondo cui anche la zona chiara è duplice frutto di interpretazione» è rafforzata dalla circostanza che non abbiamo a che fare mai con una sola disposizione e questo ha l'effetto di «rendere sistematicamente dubbio anche il significato evidente e immediato di ogni proposizione normativa». L'obiezione è stata infatti fatta, che non solo il contenuto della zona di certezza e di quella di incertezza sono dubbi, ma anche la estensione di queste zone; una obiezione in effetti cruciale. Ecco la risposta di Gentili, breve ma credo sia quella giusta: la penombra deriva «dalla necessaria approssimazione del linguaggio naturale»[19] in cui sono espresse le disposizioni giuridiche e Gentili recupera la distinzione tra luce e penombra "in termini quantitativi". Non si potrebbe dire meglio di così.

La ricostruzione dell'approccio di buon senso ai concetti giuridici (né irrecuperabilmente informi né totalmente rigorosi) viene dunque posta come punto fermo, enunciato opportunamente nella sua forma intuitiva da Gentili a p. 197 e riformulata a p. 255 con l'analisi metaforica del nucleo di significato; e naturalmente mi fa piacere che tra i tanti scritti possibili in materia l'autore faccia riferimento a una pagina di Scarpelli, e mi si perdonerà se non mi preoccupo oltre dell'argomento descrittivistico che Gentili interpone tra i due. Dunque c'è un nucleo di significato: «Il nucleo deriva dal significato ordinario». Vengono nel libro enunciati i costi di questo approccio alla interpretazione, anche se non mi entusiasma, perché troppo indeterminata, l'osservazione

[19] GENTILI 2013, 347.

che esso richiede «l'abbandono di un sistema giuspositivistico come sistema chiuso di leggi»[20]. Beninteso questa frase diventa comprensibile se con essa si intende "sistema chiuso di leggi" come formula breve per "sistema di leggi che aspira ad essere totalmente e irrealisticamente autosufficiente in senso semiotico, cioè sistema algoritmico derivato da assiomi rigorosi, con interpretazione interamente calcolabile sempre priva di elementi discrezionali". Insomma un sistema che funziona come l'aritmetica quando la si usa per contare i piselli. Il problema posto da "un sistema chiuso di leggi" in questo senso ne contiene in realtà due: la prima domanda è se sia possibile un ipotetico simile risultato algoritmico in ciascuno dei singoli casi e settori del diritto; la seconda domanda è se questo, qualora possibile, sia desiderabile. La seconda domanda è quella a cui è relativamente più facile rispondere e pone la classica alternativa tra certezza e elasticità del diritto. Per rispondere ad essa bisogna però essere in grado di rispondere positivamente alla prima. Lo scettico totale non può coltivare la maggior certezza neppure come obiettivo. Per rispondere alla prima domanda sventuratamente occorre occuparsi di semiotica più di quanto i giuristi sogliano fare. Ho sostenuto che sono presenti nel diritto elementi algoritmici, presenti a macchia di leopardo. La esattezza algoritmica di questi discorsi comunica *pro quota* un elemento di esattezza al discorso giuridico di cui fanno parte. La presenza di questa componente nel diritto è trascurata nella discussione sulla interpretazione, per due ragioni. Perché non si tratta di esattezza dell'intera argomentazione dei casi giuridici, visto che i termini algoritmici compongono sempre solo una parte del linguaggio di ogni norma e decisione. E perché non si

[20] GENTILI 2013, 257.

tratta dei termini specificamente giuridici, a cui viene prestata la maggiore attenzione.

La calcolabilità del linguaggio giuridico richiederebbe la riduzione ad algoritmo (formalizzazione) di tutte le componenti presenti nel linguaggio giuridico di cui abbiamo parlato, ordinaria, tecnico-giuridica, scientifica. Come ho detto sopra, la calcolabilità dell'insieme del linguaggio giuridico è esclusa per la sintassi e dal lessico del linguaggio ordinario e data la presenza di massicci prestiti dal linguaggio ordinario nel linguaggio giuridico questo basta da solo per escludere la calcolabilità dell'insieme. Ma neppure le componenti tecnico giuridiche del linguaggio giuridico, pur perseguendo maggior precisione, sopportano la algoritmizzazione, per via delle loro condizioni di funzionamento, cioè della pragmatica del mezzo linguistico tecnico-giuridico. Come ho detto, possono assumere e mantenere questa forma i linguaggi strumentali, che abbiano uno scopo largamente condiviso dai loro utenti, uno scopo che richieda calcolabilità e sostenga gli oneri e le limitazioni della algoritmizzazione. Il diritto non è nel suo complesso un linguaggio strumentale: lo vediamo benissimo una volta che vi dedichiamo la nostra attenzione. Tra i tipi principali di utenti del diritto, non si sobbarcheranno gli sforzi e la disciplina della algoritmizzazione i cittadini, che vorrebbero un diritto rigoroso solo a condizione che dia rigorosamente ragione a loro; non lo vogliono i professionisti privati del diritto, per i quali un diritto rigoroso sarebbe una calamità professionale, volendo dire trasformare ogni avvocato in una sorta di impiegato del catasto; non lo vorrebbero i giudici, che apprezzano la propria "giusta" discrezionalità; e stranamente spesso non lo vuole neppure il legislatore, per il quale un diritto piuttosto vago (talora molto vago) è un alleggerimento di responsabilità e un pericolo politico di meno per le fragili e contradditorie maggioranze di coalizione. Dunque quella "concezione chiusa" che secondo Gentili deve ormai essere abbandonata, è una concezione del diritto e della interpretazione così estrema da non essere

credibile per qualunque giurista che compia una minima riflessione sul proprio *modus operandi.* Anche come obiettivo e come speranza, con buona pace di Ferrajoli.

Dobbiamo peraltro meravigliarci di una cultura giuridica maggioritaria che si qualifica come giuspositivistica e destina tesori di riflessione all'analisi di ogni concetto giuridico, ma guarda con diffidenza ad ogni considerazione dei propri fondamenti o premesse. Ed è particolarmente apprezzabile la presenza di giuristi come Gentili, che violano l'interdetto. Su quel giuspositivismo lì credo siamo d'accordo Gentili ed io: esso si rivela, alla fin fine, la più elementare metodologia difensiva, quella che opera mediante il silenzio e se occorre il ridicolo riguardo ai propri argomenti fondativi.

2. *Metagiurisprudenze*

Mentre il giuspositivismo inteso come atteggiamento acritico dei giuristi merita lo scorno di Gentili, il giuspositivismo critico dovrebbe essere invece da lui preso in maggiore considerazione; in effetti mi sembra compatibile con le sue stesse premesse. Il giuspositivismo critico, quello dei Bobbio, degli Hart, degli Scarpelli e dei Carriò per intenderci, è una concezione del diritto criticamente e non irrealisticamente legalista, che preferirebbe spostare l'equilibrio del potere nel diritto il più possibile verso il legislatore ed è consapevole del fatto che elementi discrezionali sono presenti inevitabilmente nel diritto non solo al momento dell'applicazione, ma anche in sede dottrinale sotto forma di "teorie" dei concetti e della interpretazione. Il giuspositivismo critico sa che negando gli apporti degli interpreti e dei teorici si mantengono celati e al riparo dalla critica importanti elementi di potere giuridico. Si nasconde per esempio il potere dei giudici di risolvere le questioni non

risolte dal legislatore e, come oggi ci rendiamo tristemente conto, si nasconde la facoltà del legislatore di *non* risolvere le questioni scomode fingendo di risolverle con leggi vaghe o ambigue o reticenti. Il giuspositivismo critico dunque tiene ferma la distinzione del giuspositivismo classico tra diritto come dovrebbe essere e come è, ma considera il diritto come è davvero, un meccanismo normativo con tutte le sue incertezze, in particolare nel riconoscere l'elemento discrezionale nella interpretazione. Si noti che questa è una delle definizioni di giuspositivismo data da R. Dworkin: il giuspositivismo come la teoria del diritto che riconosce la discrezionalità[21]. A mio parere, una simile concezione del giuspositivismo critico non è poi troppo lontana da quella di Gentili, anche se il nome giuspositivismo oggi è fuori moda. Quanto alle opinioni di un simile giuspositivismo su completezza e chiusura, il giuspositivista critico ovviamente non è per niente obbligato a cadere nell'estrema tesi del formalismo semiotico. Si tratta di vedere cosa è passato dentro le disposizioni del diritto vigente tramite il linguaggio ordinario e tecnico usato per formularle e attraverso l'influenza della cultura giuridica, della discussione dottrinale dei secoli, della passata legislazione e giurisprudenza e da ultimo di quanto possiamo ritenere incorporato nel linguaggio giuridico perché accolto tacitamente o espressamente dal legislatore. Il giuspositivista critico, come pure

[21] Dworkin intende questa caratterizzazione come una critica devastante; egli non ammette che ci debba essere la discrezionalità, nel senso che per lui ogni presunto esercizio di discrezionalità interpretativa dovrebbe invece essere evitato dalla risposta giusta, ricavabile dal giurista attraverso una considerazione dei valori interni al diritto, che ispirano il diritto. Non è solo un dover essere (sarebbe giusnaturalismo) perché secondo lui giuristi e giudici già fanno così. Più o meno.

Gentili, è peraltro anche riluttante a camminare con gli scarponi chiodati di argomenti interpretativi *ad hoc* su quanto possiamo ragionevolmente accertare della intenzione del legislatore, come e nella misura in cui essa si può ricavare dalla disposizione in questione e dalle altre rilevanti. Si tratterà di vedere quali cambiamenti la cultura giuridica ha introdotto nel linguaggio giuridico e in quello ordinario e quali altri assunti il legislatore e le altre autorità giuridiche rilevanti hanno inequivocabilmente assimilato, modificato e rigettato. Il resto è discrezionalità.

Ci troviamo a questo punto sull'orlo di una metagiurisprudenza non più descrittiva ma prescrittiva, beninteso parzialmente tale, che guarda al diritto vigente con occhiali colorati dalle proprie preferenze etico-politiche. C'è infatti un'altra componente della giurisprudenza oltre a quella ricostruttiva del comune sentire e capire ed è appunto la componente prescrittiva. Questa giurisprudenza può ricorrere ad assunti o prese di posizione di cui si può mostrare solo la compatibilità con il dato giuridico, ma di cui non si può dimostrare che siano necessari per affrontare il dato giuridico; in altre parole sono opzionali, ci sono alternative metagiurisprudenziali. L'assunto metagiurisprudenziale prescrittivo è esso stesso la base e fondamento della successiva argomentazione interpretativa e giurisprudenziale e non può quindi essere dimostrato da essi. Teorici che hanno assunti parzialmente diversi non possono discutere fecondamente delle proprie (diverse) posizioni in materia di diritto positivo, ma dovrebbero spostare la discussione sugli assunti metagiurisprudenziali parzialmente diversi che li portano a conclusioni parzialmente diverse.

È evidente che sono giunto a discutere il punto dove Gentili affronta il tema della metagiurisprudenza, sotto il

titolo: *La metagiurisprudenza di Monsieur Jourdain*[22]. Con la parola intensamente filosofica di metagiurisprudenza si intende il modo in cui i giuristi praticano, riflettono e teorizzano su ciò che essi stessi fanno come giuristi, cioè riflettono sulla giurisprudenza. La questione, ci dice l'autore, è se sia possibile una "metagiurisprudenza dei poveri" cioè fatta dai giuristi stessi. Non dobbiamo prenderlo troppo sul serio, Gentili come al solito è tagliente – e divertente – e nel caso non si fosse ancora capito, l'inizio del capitoletto è nella modalità retorica della Falsa Modestia, rivolto in realtà a ridurre le pretese del filosofo del diritto analitico. Serve come espediente retorico per proporre, senza contraddire apertamente nessuno, una nozione estremamente ristretta di metagiurisprudenza: essa ci viene presentata come discorso *scientifico* sulla giurisprudenza e da essa nettamente distaccato. La metagiurisprudenza sarebbe dunque un discorso scientifico-culturale e descrittivo sul modo in cui procedono i giuristi e nettamente distaccato dalla giurisprudenza. Qualcosa di cui giuristi non si occupano e che può essere demandata ai filosofi o agli storici del diritto. Questo ci dovrebbe disporre a distinguerla dalla metagiurisprudenza solo implicita di chi la pratica la giurisprudenza e mentre la pratica non può far a meno di far capire come va praticata, ma certo non si dilunga a parlarne. Gentili critica dunque garbatamente una visione della metagiurisprudenza (quella dei filosofi?) per concludere a favore di una altra metagiurisprudenza che si ritroverebbe nei giuristi positivi, i quali peraltro secondo una risalente illustre tradizione ne parlano poco o niente. Come al solito condivido le conclusioni, ma in questo caso non condivido le premesse e in questo dissenso mi sembra ci sia un punto importante da rilevare. Credo di potermi considerare un decente rappresentante

[22] GENTILI 2013, 211.

della filosofia analitica su questo tema, essendo il filosofo analitico italiano che di questo si è forse più occupato negli ultimi decenni.

Ebbene, nonostante il termine metagiurisprudenza abbia un suono molto filosofico ed esoterico, l'attività che il termine designa è del tutto comune nel mondo giuridico. Metagiurisprudenza come attività dei giuristi altro non è che ciò che i giuristi pensano di sé stessi, di quello che fanno e dicono, dei propri prodotti professionali, della propria attività intellettuale, quello che pensano della giurisprudenza insomma.

Perché dobbiamo prestare attenzione a questo argomento? Perché ci dobbiamo in particolare occupare della metagiurisprudenza dei giuristi, di cui questo libro di Gentili è un ottimo esempio? Per due ragioni. Perché la metagiurisprudenza è anche, inevitabilmente, un importante fattore giuridico. Inoltre, perché in diritto siamo, per usare una metafora, in un ambiente ad alta pressione quanto ai problemi di potere. Ogni aspetto che viene lasciato inesplorato, anche questo, ha un effetto, segnatamente di lasciare inesplorato un importante esercizio di potere giuridico.

Ebbene non è affatto vero che la metagiurisprudenza debba essere scientifica e descrittiva o possa essere *solo* scientifica, come ci dice Gentili, anzi la cosa più importante dell'argomento è che la metagiurisprudenza può essere niente affatto scientifica bensì prescrittiva. Anzi la tentazione di fare metagiurisprudenza prescrittiva è così irresistibile che praticamente nessuno che dica qualcosa sulla giurisprudenza resiste alla tentazione di distribuire un po' di prescrizioni. Diciamolo in questo modo: quella di Gentili è una ridefinizione di metagiurisprudenza e non è affatto opportuno ridefinire (con un evidente *definitional stop*) la metagiurisprudenza come discorso solamente cognitivo, perché la attività di descrizione metagiurisprudenziale, cioè la riflessione su come operano i giuristi, è continuamente intrecciata con la prescrizione metagiurisprudenziale, di come la

giurisprudenza dovrebbe essere e dovrebbe fare, che è metagiurisprudenza prescrittiva, ci piaccia o no. Questo non è un errore o una perversione dei filosofi, ma un tratto costante di ogni discorso e ogni cultura giuridica.

Queste idee prescrittive possono essere poi conservatrici o innovative, a seconda che nell'opinione di chi parla le cose vadano bene come stanno o debbano essere cambiate nella giurisprudenza come praticata dalle sue parti. Quando i discorsi sono parte di una pratica, anche i metadiscorsi influenzano la pratica; si pensi come esempio tra i tanti alla musica, la teoria della musica di Wagner produsse una musica diversa, era parte di una musica diversa. Chi compie queste attività discorsive per mestiere sarà più frequentemente conservatore che non innovatore, ma naturalmente ci sono eccezioni ben note. Tutto questo indipendentemente dalla giustificazione oggettiva di ciò che si fa. Una *metagiurisprudenza di Monsieur Jourdain* non è perciò affatto solo conoscitiva, come Gentili ce la presenta. Metagiurisprudenza è qualcosa che il giurista fa mentre produce discorsi sul diritto e nel diritto e quindi fa il suo mestiere; con la sola aggiunta della normale condizione che costui pensi di fare bene quello che fa, implicitamente ci proporrà anche una immagine e un esempio di come si fa *bene* giurisprudenza, anche se spesso senza esplicitare questo aspetto[23]. L'attività del giurista, per questa sua parte, non è

[23] L'esplicitazione (difensiva) avviene spesso nel momento in cui qualche aspetto di un'attività giurisprudenziale viene contestato. Ci si può aspettare che gli innovatori siano più espliciti di coloro che pensano che tutto va bene in un metodo o modo di parlare. Nel Borghese Gentiluomo originale, peraltro, si prende burlescamente la strada prescrittiva-conservatrice; infatti il Maestro di Filosofia, svelando al protagonista che egli ha sempre parlato in prosa, lo autorizza a parlare come ha sempre parlato. Ma mettendolo alla

poi così diversa da chi in separata sede avanza tesi su come il diritto viene o deve essere trattato (metagiurisprudenza esplicita). La differenza più importante non è tra la metagiurisprudenza implicita piuttosto che esplicita, ma tra quella descrittiva e quella prescrittiva, quella che descrive come operano i giuristi e quella che ci dice come il diritto dovrebbe essere trattato.

Tutto questo è già stato detto a suo tempo con grande chiarezza, a dire il vero, nel saggio seminale di Bobbio sulla metagiurisprudenza[24]. La metagiurisprudenza non è affatto passatempo superfluo dei filosofi, è il nome tecnico che la filosofia analitica dà a un fattore sempre presente nel diritto, un fattore di grande importanza passata e attuale nel diritto e che la filosofia analitica si limita a individuare con chiare definizioni nella marea dei discorsi giuridici.

La distinzione di Bobbio non mira a impedire la metagiurisprudenza prescrittiva, non nega affatto che si possa dire ai giuristi quello che dovrebbero fare. Non prende posizioni su una metagiurisprudenza prescrittiva conservatrice piuttosto che innovatrice. Se c'è un obiettivo implicito è piuttosto quello di impedire che si prescriva facendo mostra di descrivere. Tuttavia si deve ammettere che questi due modi della metagiurisprudenza, il dire come i giuristi operano e dire come dovrebbero operare, sono intrecciati e difficili da distinguere, perché quello che si prescrive è

berlina. Il riferimento di Gentili, oltre ad essere una divertente satira dei filosofi del diritto analitici, come me, può allora essere letto come una sostanziale rivendicazione per quanto riguarda la giurisprudenza? Non può essere la tesi (prescrittiva) che la giurisprudenza è già quello che Gentili vorrebbe che sia, perché vedremo che egli segue una tesi di metagiurisprudenza palesemente prescrittiva, da lui chiamata il diritto come discorso.

[24] BOBBIO 1970.

sempre una variazione di quello che si fa; pertanto è semplice distinguere sul piano concettuale tra giurisprudenza descrittiva e prescrittiva ma è complicato farlo sul campo. La scoperta di Bobbio è ovvia come quasi tutte le scoperte filosofiche, le cose scoperte sono già lì, sotto gli occhi di tutti, c'è bisogno soltanto che qualcuno a un tratto ce le faccia vedere nella giusta luce; e un elemento essenziale di questa "scoperta" è dare loro il nome opportuno. C'era solo bisogno di un nome e di una teoria che permettessero di parlarne e trattarne in modo sistematico e approfondito. Dopo aver scoperto la semplicità del concetto, come sempre, si è costretti a scoprire le complicazioni della sua applicazione alla variegata realtà.

Ciò di cui parlo sono le posizioni o concezioni metagiurisprudenziali, che emergono nel corso del lavoro giurisprudenziale, o enunciate come tali o, infine, sotto mentite spoglie. Dal punto di vista analitico il difetto di quest'ultima modalità argomentativa antica ed efficace, la omissione, consiste in questo, che si suggeriscono modi di operare ai giuristi senza dire cosa si fa e perché. Non è sufficiente, come si vede dalla storia delle controversie in materia, che si affermi che il diritto è qualcosa ovvero che i giuristi o i giudici operano in un certo modo. Solitamente quando ci si dà la pena di fare un'affermazione di così ampia e impegnativa portata, quello che si fa realmente è proporre una variante parziale di una concezione del diritto, si propone una visione idiosincratica, di solito prescrittiva, insomma una metagiurisprudenza con elementi prescrittivi. Non incompatibile con il diritto vigente e le pratiche attuali dei giuristi, ma pur sempre una delle possibili plausibili alternative visioni del diritto esistente e del modo di affrontarlo. Una scelta che appartiene dunque alla dimensione prescrittiva anche se è spesso presentata come

descrittiva. Come sostenne Scarpelli a proposito del giuspositivismo[25], con una tesi che però vale per qualunque concezione del diritto, la giurisprudenza appartiene al dominio del politico, non della scienza, e come tale va giudicata.

La presentazione di una concezione del diritto avviene, talora, presentando un metodo di descrizione del diritto che dà rilievo particolare a certi aspetti del diritto: per esempio ai principi o a diverse concezioni delle fonti, allargate o ristrette. Talaltra si propone un indirizzo di metodo, come quando si esige che il metodo giurisprudenziale sia esente da riferimento ai valori morali[26], o sia empirico secondo una particolare concezione di empiria, o segua il modello di una o dell'altra scienza. Tutto ciò quasi sempre va letto nel senso che a questi aspetti o metodi si deve dare attenzione preferenziale.

Il giurista moderno spesso propone la propria concezione metagiurisprudenziale più o meno idiosincratica (se sarò troppo originale rischio di non essere ascoltato) proponendo una "teoria" della interpretazione che sottolinea uno o l'altro dei fattori della interpretazione giuridica. E proprio questo che fa Gentili nel suo libro. Tipicamente la concezione del diritto fondata su una teoria della interpretazione prenderà posizione rispetto alle varie possibili allocazioni di influenza tra "poteri semiotici", tra legislatore, giurisprudenza e dottrina per il massimo del potere o influenza sul diritto. Concordo con Gentili che non è possibile escludere del tutto nessuno di questi fattori, ma li si può giostrare. Anche per le concezioni del diritto valgono beninteso i confini sia pur sfumati che Gentili ha delineato così bene, come abbiamo visto.

[25] SCARPELLI 1965.

[26] Pretesa palesemente in contrasto con tutta la storia del diritto, a meno che non si intenda come: esente da valori morali come tali, cioè non recepiti, direttamente o indirettamente, dalle norme giuridiche.

Cosa dunque si cela nel libro sotto il riferimento ironico a Molière? Prima di tutto, quella di Gentili è una giurisprudenza descrittiva o prescrittiva? Sulla distinzione tra metagiurisprudenza descrittiva e prescrittiva, l'idea di base è semplice, nonostante l'espressione esoterica, e si riferisce a un fenomeno con riscontri diretti ed evidenti nella realtà giuridica. Ritengo che i giuristi facciano molta metagiurisprudenza, senza chiamarla naturalmente con questo nome, ma ogni giurista pensante ne fa quando usa argomenti su come si deve parlare del diritto e fare il proprio mestiere. Peraltro la contrapposizione tra descrittivo e prescrittivo quando applicata a una cosa come la metagiurisprudenza diviene rapidamente problematica. In linea di principio quando si pratica un metodo, un insieme coordinato di regole e operazioni su come fare qualcosa, il metodo deve essere descrittivo o prescrittivo della pratica esistente. Lo vediamo a scuola, per esempio, dove la "grammatica" della lingua naturale che si insegna può essere non il modello di come di fatto si parla ma un modello cospicuamente prescrittivo e divergente da come si parla[27]. Peraltro anche un modello che si sforzi di essere descrittivo, che cerchi di aderire a ciò che già avviene, ha pur sempre una natura prescrittiva in quanto è un modello. È infatti pur sempre una prescrizione metodologica, sia pure di tipo conservatore, che sostiene che la pratica esistente è corretta e che le singole deviazioni da essa sono errori.

Il senso filosofico di questa mia lettura non è affatto di criticare il contenuto della teoria della interpretazione proposta da Gentili, che nel complesso mi sembra credibilissima, ma di osservare che è parte di una impresa che si svolge prima di tutto a livello metagiurisprudenziale e in modalità prescrittiva; si tratta di guardare al "diritto come

[27] Spesso questo modello si rifà ai Classici.

discorso". Si tratta di influenzare l'esercizio della discrezionalità a livello metagiurisprudenziale sottolineando l'importanza e la rilevanza delle argomentazioni che si portano a sostegno delle attività interpretative. Se questo non riguarda l'interpretazione direttamente, la riguarda indirettamente: la concezione del diritto dell'autore propone una teoria metagiurisprudenziale moderatamente prescrittiva che incide soprattutto sulla interpretazione. Ci dice come si deve fare giurisprudenza e quindi anche come interpretare, fornendoci ragioni per seguire la sua strada. Altro che *metagiurisprudenza di Monsieur Jourdain*!

Certo, dire che un metodo sia effettivamente praticato non è un argomento conclusivo per approvarlo. E naturalmente se questo è vero è vero anche il contrario, che un metodo sia nuovo non vuol dire che sia da rifiutare. Ce lo insegnano molti esempi illustri, forse il più significativo nella nostra società è la riforma in senso empirico-sperimentale della fisica iniziata nel Seicento da Galileo Galilei e altri. Non bisogna neppure confondere la forza sociale di un metodo consolidato in istituzioni con la sua giustificazione in quanto metodo[28].

Tutto questo rende sfumato e talora difficile da tracciare il confine tra metodologia prescrittiva e descrittiva, ma non lo rende affatto inutile: rimane necessario cercare di trac-

[28] Per le lingue naturali il fatto di essere praticate è una giustificazione sufficiente, esse esistono come mezzo di comunicazione primario di una comunità linguistica, e per le quali quindi l'esserci, il fatto di essere usate in quella comunità è l'essenziale giustificazione. Nelle lingue naturali la pratica è tutto o quasi. Per questo le lingue naturali non vengono (normalmente) create, nel senso di inventate. I metodi a differenza delle lingue sono invece esposti alla possibilità di miglioramento, possono essere resi migliori, ovvero la loro giustificazione e ragione d'essere può risultare insufficiente.

ciarlo perché le divergenze sul metodo giuridico non naufraghino nell'indecidibile e nell'inconfrontabile. Bisogna sapere, perché è un passo fondamentale nel chiarimento analitico di come parliamo e pensiamo, se i nostri argomenti sono fondati sulla considerazione che "si fa così", o se si sta proponendo una innovazione metodologica, per ragioni che non saranno evidentemente il "si fa così", ma dovranno iniziare con "si fa così, ma bisognerebbe fare in altro modo"[29].

Le concezioni del diritto che vengono prese in considerazione in lavori come questo appartengono, per la maggior parte, a un'area che vorrei chiamare area della plausibilità, un'area che viene istintivamente individuata da ogni studioso che studi e pratichi il diritto per decenni. Sono possibili anche "letture" del diritto vigente che sono sempre meno plausibili e sempre più idiosincratiche; ai casi estremi di solito il giurista esperto non pensa nemmeno. Vi può pensare quando si considera la storia del diritto (per esempio quando si parla di diritto primitivo) e vi pensano i filosofi che per professione sono portati a coltivare un po' di follia terapeutica. Si possono dunque considerare concezioni gradatamente sempre meno plausibili finché si arriva a quelle che nella realtà del momento storico troviamo solo nelle teorie dei filosofi, teorie marginali ed estreme nella storia della cultura giuridica. Quelle che se accolte dai praticanti del diritto sovvertirebbero completamente la pratica del diritto.

A meglio vedere peraltro anche concezioni del diritto stravaganti hanno ruolo nella teoria del diritto più

[29] Le cose sono ulteriormente complicate dal fatto che una metodologia prescrittiva può prescrivere la conservazione dello stato di cose esistente. Ogni metodologia prescrittiva che non operi una proposta di assoluta novità prenderà le mosse da una metodologia descrittiva (si fa così) e proseguirà con una prescrizione a cambiare o a non cambiare.

mainstream. Le troviamo infatti tra le tesi che vengono imputate da giuristi e teorici a quanti essi cercano di confutare. La teoria della interpretazione è un luogo classico di questa tecnica argomentativa[30]. In particolar modo quelle che Hart come abbiamo accennato chiama le teorie estreme dell'interpretazione. La teoria scettica e la teoria formalistica sosterrebbero le seguenti tesi: per ogni disposizione (giuridica) non esiste alcuna interpretazione più corretta di un'altra, oppure, al contrario, esiste sempre una sola interpretazione corretta o vera. Ebbene è difficile trovare istanze di queste tesi in autori e testi effettivi. La ragione è quella menzionata da Gentili nel brano riportato sopra: sono tesi controintuitive, perché esperti e non esperti di diritto hanno impressione di capire qualcosa dei testi giuridici, ma non sempre tutto. Di solito lo scetticismo interpretativo viene imputato a qualche giusrealista americano molto polemico e il formalismo a qualche brano isolato scritto da qualche esponente della scuola dell'esegesi nel periodo eroico della prima codificazione francese. Ma se è vero che qualche singola frase presa in isolamento può essere intesa in questo modo, la lettura delle intere teorie reintroduce quasi sempre molte delle cautele che il buon senso suggerisce: lo scetticismo linguistico totale rende impossibile non solo il diritto ma ogni interazione sociale; e che ogni disposizione giuridica abbia una sola interpretazione è al più un ideale irraggiungibile.

Dalla riflessione su simili eventi si può ricavare una concezione del diritto, ma i giuristi meditabondi sono in realtà pochi, una piccola minoranza coloro che cercano di produrre e proporre una visione unitaria, una concezione del diritto più o meno idiosincratica. Questa mia analisi

[30] Ronald Dworkin è il maestro di questa tecnica; ma appunto perché è un maestro non sempre la cosa risulta evidente.

presuppone che il diritto non sia qualunque cosa che i giuristi fanno e dicono essere, ma che il diritto vigente, il terreno comune su cui si muovono e con cui si muovono giuristi e profani in ogni situazione, abbia una notevole resistenza all'arbitrio individuale, meno ai movimenti collettivi e possa essere colorato in vari modi, ritagliato in vari modi, letto in vari modi. Altrove ho abbozzato una teoria analitica dell'individuazione del diritto vigente su cui non mi dilungo[31]. Ma una cosa importante di un approccio consapevole alla metagiurisprudenza è rendersi conto che il diritto vigente c'è e deve esserci se la pratica giuridica a cui noi siamo abituati ha da funzionare. Pur con tutte le incertezze nei suoi confini e fattezze il diritto non è individuato *ad libitum* o creato dai giuristi, se fosse così la pratica giuridica com'è sarebbe interamente impossibile salvo che come pratica illusoria. Ma nello stesso tempo il diritto non è un dato che non venga influenzato dalle opinioni rilevanti che si hanno di esso. Descrivere il diritto non è la stessa cosa che descrivere le formazioni rocciose di cui si occupa la geologia: pur non essendo certo il diritto mutabile a piacere dal primo venuto, il diritto è qualcosa che facciamo e può essere influenzato dalla collettività, da concezioni diffuse al momento giusto e al punto giusto, è quindi anche il risultato di simili influenze, quando hanno successo. Lo possono influenzare coloro che lo conoscono molto bene[32], per questo le concezioni (non troppo) prescrittive delle metagiurisprudenza presentate da giuristi come Gentili possono avere influenza. Del resto una parte considerevole e particolarmente brillante del libro di Gentili

[31] Vedi JORI 2010.

[32] Non si consideri paradossale il fatto che un'altra categoria di persone che può profondamente influenzare il diritto sia anche quella di coloro che lo conoscono molto poco.

è proprio una descrizione di alcune di queste influenze sul diritto positivo del pensiero giuridico civilistico, quella che chiamiamo la dottrina. È dunque importante sottolineare l'ovvio, che il diritto come pratica sociale è una realtà non immaginaria; e non lo è certamente per Gentili, ma è anche una attività che dipende dalle nostre opinioni collettive. Qualcosa come la pratica giuridica non è un oggetto materiale, ma ciononostante è pur sempre tra le cose più solide e reali della vita di ciascun uomo: folli sono tutte le conclusioni filosofiche secondo cui in realtà il diritto non esiste. Esse nello stesso tempo indicano un aspetto importante di esso, che è influenzato dalle opinioni di chi lo pratica, specialmente i giuristi. In definitiva la sua descrizione merita la qualifica di vero e falso, anche se la giurisprudenza non merita la qualifica di scienza. I giuristi non sono liberi di partire per ogni tangente che preferiscano. Mi si permetta di ripetere una metafora che ho usato più volte: il diritto non è un blocco di marmo, ma è una sinfonia. È qualcosa che si fa. Non c'è sinfonia senza spartito, lo spartito deve essere seguito o la sinfonia non viene eseguita, tuttavia ogni musicista ha un margine (più o meno ridotto) nell'esecuzione per quanto sia severo il direttore d'orchestra (il legislatore?).

La riflessione metagiurisprudenziale è dunque inevitabile in ogni giurista che rifletta in modo sistematico su quello che fa. Non è inevitabile in ogni giurista che campi alla giornata. Ma oltre ai giuristi che pensano e cercano di produrre teorie comprensive del metodo giuridico (concetti di diritto li chiamiamo noi filosofi) ci sono certo molto più giuristi *à la carte*. Tra di essi anche giudici, i quali, soprattutto se di alto livello, hanno la tentazione di "aggiustare" un po' un diritto maltrattato da un legislatore (italiano) sempre più effimero e squinternato. Che prendono tra le concezioni del diritto di volta in volta quella che fa più comodo alla tesi che sostengono in quel momento, per esempio che prendono diverse e incompatibili teorie dell'interpretazione a seconda

quando sostengono le conclusioni volute. Istanze di teorie della interpretazione estrema si trovano non solo in teorici del diritto che si fanno trascinare più o meno momentaneamente dalla follia consequenzialista. Si trovano anche quando una Corte costituzionale d'un tratto ci introduce ai diritti costituzionali innominati: se li è appena inventati, dirà un giurista con un'altra concezione del diritto e quindi della costituzione. Così pure quando ci viene presentato l'abuso di diritto che non è, come spiega Gentili, un abuso ma un uso non gradito all'interprete del diritto stesso.

"Quid jus?" dunque[33]. Secondo Gentili questa è la «domanda più odiata dai giuristi». Mi si conceda di aggiungere che non amano la domanda, certo, ma adorano rispondervi.

3. *Il diritto come discorso*

Molte delle osservazioni essenziali riguardanti il punto centrale nel libro di Gentili che dà il titolo al volume sono concentrate nel primo saggio che ha il titolo *L'argomentazione nel sistema delle fonti*.

Ebbene, ogni giurista che voglia cercar di ridurre a unità le proprie tesi sui vari aspetti del diritto tenderà, lo sappia o meno, a sviluppare una concezione del diritto. Questo accade quando si prende una posizione complessiva sulle fonti, sui mezzi interpretativi, sul ruolo del diritto soggettivo rispetto a diritti e doveri, e così via, insomma i grandi temi di cui parla Gentili nel suo libro. Una simile concezione, se diventa influente, influisce appunto sulla vita del diritto, e Gentili illustra questo punto in modo eccellente. Si pensi, come esempio classico e illustre, a Savigny. Quando un

[33] GENTILI 2013, 126.

giurista ci presenta, per esempio, il concetto di formanti, non sta veramente dandoci uno strumento per descrivere il diritto. La cosa principale che sta fornendo è uno strumento per ampliare il novero delle fonti del diritto agli "altri" formanti, quelli che egli chiamerà "non formali", quelli insomma diversi dalla legislazione. Quando invece un Ferrajoli nella sua teoria del diritto distingue la validità dal vigore (una distinzione che a Gentili non piace), questo serve per rafforzare il barcollante legalismo corrente e notare la illegalità di quelle fonti che non siano almeno tacitamente permesse dalla costituzione. Non possiamo condannare queste scelte, senza cadere nella ingenuità legalistica delle teorie dell'esegesi che a loro volta rappresentano in realtà una concezione del diritto, estremamente favorevole al ruolo della legislazione (come si ricorderà ho sostenuto sopra che le teorie "formalistiche" della interpretazione attribuite alla scuola della esegesi, almeno come rappresentata dai suoi avversari, non sono posizioni semanticamente possibili). Non si può evitare di prendere posizione, ma si possono rendere pubbliche le scelte fondamentali di ciascuna concezione, attribuendo a ciascuno le scelte e responsabilità che effettivamente si prende. La pratica giuridica non può seriamente aspirare alla neutralità ma può seriamente aspirare alla chiarificazione delle scelte e alla loro pubblicità. Se poi riteniamo che sia meglio l'inganno, non ho più niente da dire. Il modello di simili scelte non sarà una scienza ma la legislazione che presenta scelte parziali, ma pubbliche e che tutti possono come tali condividere, sostenere o rigettare. Si noti altresì che in questo atteggiamento, che non crede possibile la neutralità delle scelte ma solo la loro esplicitazione e pubblicità, è il diritto che insegna alla scienza e non viceversa, perché questo è il fondamento della giustificazione del moderno legislatore democratico (almeno nella sua figura ideale), niente affatto neutrale nelle sue scelte di politica del diritto,

che sono però esplicite e giustificate come scelte politiche e sottoposte come tali al controllo ultimo della politica[34].

Peraltro, ogni giurista che voglia meditare sul diritto senza continuare a confondere irrimediabilmente i fatti con le sue preferenze, avrà bisogno di strumenti adeguatamente analitici di metagiurisprudenza. Prima di tutto, come spero di aver mostrato, della distinzione basilare tra metagiurisprudenza descrittiva e metagiurisprudenza prescrittiva, pur con tutti i problemi che solleva. I problemi vanno risolti, non la distinzione abbandonata. È quello che Gentili fa benissimo senza volerlo dire[35]. Vorrei aggiungere che in Italia anche i filosofi del diritto non hanno avuto molta pazienza per gli intrichi della nozione di metagiurisprudenza. Tra i filosofi è stata finora ostile ad ogni considerazione strutturata del significato la concezione del diritto che si è più occupata di teoria della interpretazione, occupata a sostenere la superiorità di una versione del giusrealismo di ispirazione, alla fin fine, neopositivista.

Per qualche ragione, molti ritengono che una concezione più ampia delle fonti giuridiche, che consideri come fonti più fatti tra quelli che influenzano il diritto, sia più scientifica e più descrittiva che non una più restrittiva. Non ci si rende conto che un approccio davvero scientifico alla

[34] Si ricorderà che l'opzione politica a favore di un legislatore democratico e costituzionale è messa da Uberto Scarpelli a fondamento (politico) del suo positivismo giuridico nel complesso argomento del suo libro sul giuspositivismo (SCARPELLI 1965).

[35] Perlomeno senza dirlo nel punto in cui parla di metagiurisprudenza (di Monsieur Jourdain), perché altrove troviamo nettissima la sostanza della distinzione tra prescrizione e descrizione metodologica, usata con sottigliezza e profitto esplicativo, per esempio nel saggio sulla consuetudine, dove l'autore (GENTILI 2013, 58) distingue tra analisi della consuetudine e dottrine della consuetudine, quindi tra approccio descrittivo e prescrittivo.

giurisprudenza e alla cultura giuridica produce storia, antropologia e sociologia del diritto, ma è altra cosa dalla giurisprudenza come discorso specifico, come attività di sostegno alla pratica del diritto, come descrizione delle norme giuridiche che devono essere osservate, dato un certo diritto e presupposta una certa concezione del diritto, quindi come attività conoscitiva che appartiene alla sfera del prescrittivo ed è un ausilio della prescrizione. Tale prescrizione ovviamente, sta al centro della pratica giuridica o altrettanto ovviamente richiede che si conoscano le prescrizioni che si praticano. Se l'atteggiamento è portato alle sue logiche conseguenze, ogni giurisprudenza vale quanto un'altra, ogni opinione giuridica quanto un'altra, ogni aspetto della pratica giuridica perde la possibilità di essere qualificato come corretto o scorretto. Tutto nel diritto può essere solo descritto come fatto, nel senso di un più o meno diffuso fatto di opinione, e anche il suo essere internamente coerente ai suoi presupposti[36] non può avere alcun valore, e tutto viene confinato nel calderone della ideologia, degli atteggiamenti di fatto, di cui possiamo solo misurare la efficacia e gli effetti sociali. La giurisprudenza viene trattata quindi come un *virus* o al più come una moda: la tesi giusrealistica in Italia sostenuta dalla "scuola genovese" è costantemente tenuta presente nel libro di Gentili e a p. 134 è giustamente da lui fatta risalire a Giovanni Tarello[37]. Il problema è che in

[36] A cui Gentili sembra dare qualche peso, in quanto elemento di persuasività.

[37] Lo studio storico accurato e attento, compiuto da Giovanni Tarello e dai suoi, dei meccanismi concettuali interni della giurisprudenza invero non è molto distante dallo studio concettuale dei meccanismi interni della giurisprudenza a partire dalle sue premesse che auspicherei io. La differenza alla fine sembra essere semplicemente un piccolo codicillo cinico implicito nei genovesi: ma per noi ogni cosa che fanno i giuristi è

questo modo la pratica giuridica fuoriesce dal dominio della irrazionalità. L'unica risposta che essa, coerentemente, può dare a giuristi e giudici e chiunque tratti il diritto è che la maggioranza degli esperti opera e pensa in un certo modo, beninteso irrazionalmente. Obbligati a fare uso di questa risposta sul piano prescrittivo, come tutti siamo, la sola cosa che ne emerge è il potere della autorità, che opererà per motivi estranei agli argomenti, la efficacia della persuasione, la forza del conformismo.

C'è una differenza sottile tra questo atteggiamento "esterno" di descrizione della cultura giuridica e la ricostruzione del meccanismo normativo, compresi gli elementi di incertezza e discrezionalità dal punto di vista "interno" del potenziale utente delle norme. La differenza è resa ancora più difficile da tracciare perché la ricostruzione del meccanismo normativo non comporta l'accettazione del diritto descritto. Il punto sottile è dimostrato dal fatto che l'atteggiamento interno è possibile anche per diritti del passato e stranieri che non ci si pongono come candidati di accettazione. Ma soprattutto, a mio avviso, la differenza tra descrizione interna non accettante del diritto e storia della cultura giuridica è dimostrata dal fatto che se vogliamo rifiutare la nostra accettazione di un diritto dobbiamo prima, almeno tendenzialmente, conoscerlo come potenziale candidato di accettazione. Nell'ansia di smascherare una falsa scienza del diritto, il giusrealismo finisce paradossalmente con il mostrarsi indifferente al funzionamento effettivo della pratica sociale del diritto, che invero non è questione di

uguale. La differenza sta nel fatto che abbiamo bisogno di prendere posizione a favore di una giurisprudenza per non consegnare tutta la macchina giuridica all'irrazionale e indimostrabile. Ho avuto recentemente la soddisfazione di vedere ripresa da Riccardo Guastini la distinzione tra metagiurisprudenza descrittiva e prescrittiva.

conoscenza scientifica della realtà sociale ma di applicazione di una pratica prescrittiva: per questo bisogna essere non giusrealisti ma realisti, senza rifiutarsi di considerare la complessità della pratica linguistica, focalizzandosi fittiziamente sulla singola istanza, in nome di un empirismo dell'atto singolo. Di una pratica prescrittiva o normativa fa senza dubbio parte ineliminabile la conoscenza delle prescrizioni e delle norme, che non è di per sé scienza, non è calcolo di un algoritmo, ma non può essere interamente illusoria e arbitraria senza trascinare l'intera pratica nella illusione. Non si possono trascurare in nome dell'empiria una serie di fatti semiotici estremamente ovvi, prima di tutto che l'istanza linguistica è tale perché inserita nella pratica, cioè praticata come parte di una serie di atti ripetuti da persone che hanno previe competenze e conoscenze linguistiche e di tutto questo, ovviamente, hanno memoria. Nel diritto questo errore produce una teoria dell'interpretazione che pretende di dover tener conto della singola disposizione giuridica come se essa dovesse essere letta in un isolamento. Come se i suoi utenti dovessero fingere di essere, per qualche strana ragione, totalmente innocenti di ogni esperienza interpretativa precedente. È vero che la singola istanza della singola disposizione è presente a una singola mente in un singolo momento, questa è la strettoia empirica per cui ogni fatto linguistico deve passare, e di cui ogni semiotica empirica deve rendere conto, ma la pratica del linguaggio esiste proprio perché supera tale isolamento nella mente delle persone, e senza tale superamento ogni atto linguistico sarebbe impossibile. Anche i giuristi hanno una mente! Se si ignora questo piccolo fatto, si capisce poi che la conclusione sia forzatamente scettica, ma lo stesso accadrebbe per ogni segno! Alla ricerca del punto di emersione empirica di linguaggio e significato (una precauzione indispensabile), il giusrealista finisce con il farsi ipnotizzare dalla disposizione. Come se si avesse a che fare con un fenomeno non

solo empirico ma anche bruto. Ciò che lascia tracce empiriche è la singola istanza della singola disposizione, è vero. Ma per ricavare non solo la norma ma anche la stessa disposizione dobbiamo capire, pensare, ricordare, interpretare, dobbiamo aver capito, pensato, ricordato e interpretato. L'interprete, con la sua mente e memoria, è necessario al significato. Siamo disposti a capire pensare e interpretare nel futuro perché lo abbiamo fatto nel passato/presente. Ovviamente anche per quanto riguarda il diritto. Tutto questo è così ovvio che talora viene trascurato[38]. Come viene trascurato il fatto che anche la disposizione, non meno della norma, è un'astrazione resa possibile dalla comprensione del linguaggio come tale e nel caso della tipica disposizione giuridica anche di un bel numero di norme e situazioni giuridiche. Non ci sono enunciazioni linguistiche e ancor meno enunciati senza significato, senza interpretazione, senza interpreti. Ci sono solo suoni o linee incomprensibili. Non ci sono disposizioni giuridiche se non in un'area della pratica resa possibile dalla presenza anche di altre disposizioni e norme che aiutano a individuarle come tali.

Tornando al libro di Gentili, qual è in sostanza la concezione del diritto ivi sostenuta nel quadro di una metagiurisprudenza gentilmente prescrittiva? Gentili, quando viene al dunque, non cade in nessuno degli errori del giusrealismo

[38] Non siamo in grado, al momento, di risolvere la semiotica in una psicologia sociale empirica e meno che meno in una conoscenza dei meccanismi neurali o neuronali; quindi dobbiamo accontentarci di descrivere i risultati semiotici, che pure rileviamo nei fatti, e dare per scontato che debbano esserci dei meccanismi psicologici e neuronali di cui sappiamo al momento molto poco. Vorrei osservare sommessamente che questo non è l'unico campo in cui avvenga. Persino in fisica parliamo di gravità e (ancora) non ne conosciamo il meccanismo, anche se oggi (pare) incominciamo ad avere qualche sospetto.

semiotico che ho abbozzato sopra; la sua concezione del diritto è in gran parte determinata da una teoria moderata della interpretazione ed ha i suoi aspetti più idiosincratici nella sua teoria del diritto come discorso. Il diritto come discorso intende sottolineare l'importanza degli argomenti a sostegno delle scelte interpretative rispetto a quegli altri fattori linguistici che sono le disposizioni da cui ricaviamo le norme tramite quella estrazione di significato che chiamiamo appunto interpretazione. Le parole del legislatore, ci dice Gentili, non sono più importanti degli argomenti che gli interpreti presentano per interpretarne il significato, perché le parole senza gli argomenti per attribuire loro significato sarebbero mute. Questo è il punto in cui l'argomento si fa gentilmente prescrittivo, perché la questione è della importanza relativa che diamo alle parole piuttosto che agli argomenti.

Diritto come *discorso* qui non è pertanto quello che uno studioso di linguaggio e semantica come me pensa per prima cosa quando incontra la parola discorso, intendendo il termine come uno strumento teorico della teoria linguistica, molto più complicato e problematico di quanto non sembri. Discorso viene opposto di solito a lingua, dove lingua è l'insieme di regole che permettono di produrre infiniti discorsi in quella lingua. Come le frasi che chiunque può dire in italiano[39]. Il discorso del titolo di Gentili non è palesemente inteso in questo senso dall'autore e fa riferimento invece a un procedere dialettico e per argomenti. I discorsi sono gli argomenti che costituiscono in Gentili, come per le teorie argomentative dei filosofi del diritto, ragioni che sostengono le conclusioni giuridiche.

[39] Secondo me il diritto non è un discorso, come non è neppure una lingua perché la distinzione lingua/discorso si applica appieno solo alle lingue naturali.

Una tesi impeccabile, a prima vista, ma dobbiamo chiarirla cercando di capire meglio cosa sono per Gentili argomenti o argomentazioni. Parole che sostengono una conclusione, senza dubbio, ma quali? Una prima precisazione viene dal suo riferimento alla classica differenza tra argomento e dimostrazione. Gentili inizia ponendo una differenza qualitativa tra argomentazione e dimostrazione, quella tra argomenti che sostengono una conclusione e ragioni che costringono ad accettarla; la differenza quindi sta nella cogenza o meno delle conclusioni. Anche in questo caso dobbiamo tuttavia tenere conto del carattere rapsodico dell'esposizione nel libro, poiché Gentili riprende più volte e attenua la differenza, riconosce che non sempre è netta, come in effetti non è. Queste precisazioni mi sembrano corrette e credo che con esse si stemperi anche la tesi per cui il diritto è campo delle argomentazioni e la scienza, segnatamente le scienze naturali, delle dimostrazioni.

Dunque Gentili stesso ci offre alcuni ottimi argomenti per negare che dimostrazioni e argomenti siano intrinsecamente diversi. Ad esempio a proposito delle teorie della prova mette in dubbio che l'età moderna sia l'età delle teorie dimostrative della prova, perché si dà il caso che «anche le teorie "dimostrative" siano in realtà teorie argomentative»[40]. Procede poi a legare la dimostrazione a fatti e verità; ma aggiunge che anche le argomentazioni riguardano fatti e verità. Tutte le scienze, dice, sono in realtà il campo della argomentazione; persino le scienze empiriche più *hard* sono argomentative, costruiscono argomenti e sono costruite su argomenti (è vero che il punto viene toccato nel libro in modo fuggevole). In alcuni settori e ad alcune condizioni gli argomenti possono essere considerati cogenti, quando permettono il calcolo, ma ogni dimostrazione nasce come

[40] GENTILI 2013, 530.

argomento. Da parte mia potrei aggiungere che una dimostrazione è un argomento cogente riuscito. Per esempio la situazione di verifica o falsificazione per eccellenza è l'esperimento scientifico che altro non è se non una argomentazione in un ambiente argomentativo adatto a costruire argomenti cogenti, cioè dimostrazioni, perché il complesso procedimento è frazionato in elementi calcolabili, il che vuol dire che tutti coloro che conoscono le regole giungeranno alle stesse conclusioni ad ogni passo, e passo a passo si giunge a una conclusione comune a tutti (intersoggettiva in base a quelle regole). Un calcolo è un meccanismo mentale che assicura che le regole di un metodo siano di fatto seguite dalla grande maggioranza dei suoi utenti. Un esperimento ben fatto può portare a conclusioni negative cogenti, quindi dimostrative, falsificando popperianamente l'ipotesi universale o costringendo ad apportarvi eccezioni[41].

Per capire come ciò sia possibile dobbiamo distinguere gli argomenti inconclusivi dalle dimostrazioni conclusive in base al modo in cui il linguaggio in cui sono formulate funziona verso i suoi utenti: le scienze empiriche *hard* hanno sviluppato un linguaggio formalizzato, cioè in sostanza quantificato, che produce conclusioni cogenti e in tal caso la argomentazione diventa algoritmo. Per tutti coloro che conoscono l'aritmetica due più due è uguale a quattro e calcoli enormemente più complessi devono essere scomponibili in regole altrettanto univoche (per chi le conosce). Ma

[41] Secondo la nota tesi di Popper, la dimostrazione empirica della verità di una legge scientifica universale non è mai conclusiva, per via dell'universalità delle leggi stesse (che richiederebbe un numero infinito di conferme empiriche per essere dimostrata), non di una impossibilità di operare dimostrazioni conclusive. Popper non è uno scettico ma un empirista, quindi sostiene la dimostrabilità della verità della descrizione di una esperienza empirica concreta.

anche nelle scienze più solidamente empiriche non si arriva tutto a un tratto all'algoritmo, una scoperta spesso lascia per decenni questioni aperte e argomenti non conclusivi. Anche nelle scienze naturali empiriche rimangono dunque gli argomenti e le argomentazioni e in esse il campo delle dimostrazioni si estende a macchia di leopardo.

Come ho accennato sopra, usando la metafora della strada parzialmente asfaltata, anche nel diritto ci sono ambiti (a macchia di leopardo) in cui la quantificazione e la relativa dimostrazione riescono ad operare. Sono per esempio largamente quantificate le norme che fissano termini temporali attraverso lo strumento di calcolo chiamato calendario, e anche i limiti spaziali sono spesso piuttosto precisi e calcolabili[42]. Possono esserlo anche norme che riguardano spazi (alcuni confini territoriali sono precisi). Come si è visto sopra, se non si procede verso la totale (la totale?) dimostrazione/cogenza non è affatto per la incapacità del linguaggio prescrittivo di raggiungere un sufficiente grado di rigore e di poter essere calcolato; ma perché non si ritiene che il rigore e la calcolabilità, in ambito prescrittivo e in particolare in diritto, spesso non valgano il prezzo da pagare. Di solito anzi lo riteniamo tanto inutile che, errando, lo riteniamo impossibile.

La differenza tra argomenti e dimostrazioni sta dunque nel linguaggio più o meno cogente in cui sono formulate. Ma che cosa sono per Gentili gli argomenti e le dimostrazioni? Non ne ho trovata una definizione esplicita.

[42] I limiti spaziali con valore giuridico si chiamano "confini" e i confini calcolabili, lungi dall'essere un concetto recente, sono ovviamente uno dei primi risultati della civiltà umana e giuridica strettamente legati all'agricoltura (i confini dei campi) e all'istituto della proprietà fondiaria. Probabilmente ancora più antico è il ricorso al calendario.

In un senso molto lato si può dire che sono dei fatti. Questa tesi è stata sostenuta[43] ma non mi pare convincente. I fatti di per sé sono muti. Fuori piove è un argomento? Può diventare parte di un argomento o di una dimostrazione. Se io dico che non mangio la cioccolata perché mi fa male allo stomaco, questo è indubbiamente un argomento perché con questa frase io sostengo una mia scelta di azione, ma l'argomento non consiste nella cioccolata, né nella mia digestione delicata. L'argomento non è neppure il mio desiderio, volontà o preferenza rispetto a queste cose, tutte cose che sono rilevanti ma restano insufficienti a costituire un argomento. L'argomento è semiotico, diventa tale quando dei significati vengono inseriti in un ragionamento giustificativo nella forma: la ragione per cui faccio questo è che […]. Posso concludere che un fatto da solo non è un argomento. Neppure quei particolari fatti che sono desideri, preferenze o stati psicologici. Essi sono sufficienti per stabilire un motivo in senso psicologico. Invece l'ambiente naturale dell'argomento o argomentazione è il contesto in cui viene usato *contro* altri argomenti, in una discussione o ragionamento, appunto nel *discorso* di cui parla Gentili nel suo titolo. Per ottenere un argomento da uno stato psicologico occorre aggiungere almeno una regola che prescriva come premessa il perseguimento del desiderio o preferenza o attribuisca valore o disvalore al fatto. Inoltre per ottenere un argomento di portata generale, che valga per tutti i casi con le stesse caratteristiche (rilevanti) occorre una norma generale/uni-

[43] RAZ 1975, li chiama ragioni (a sostegno di una conclusione) e li considera fatti. Secondo me identificare ragioni e fatti è una perniciosa confusione tra ragioni e motivi. Tutto il resto di quanto Raz dice è una acuta descrizione delle ragioni, non dei motivi. E le ragioni non sono fatti, ma pezzi di discorso o argomenti, significati appunto, che possono ovviamente riguardare fatti.

versale. Lo stesso vale per qualunque altro fatto. In tal modo solamente si sposta il discorso dalla descrizione di quello che accade al contesto di giustificazione. Esemplarmente, funziona in questo modo l'argomento del danno: così il mero fatto che non faccio qualcosa perché mi danneggia la salute diventa argomento solo premettendo la regola: non devo fare quello che mi danneggia la salute. Con tutte le varianti che ogni bimbo di tre anni di fronte alla cioccolata conosce benissimo: non farlo mai, non farlo se possibile, non farlo a meno che ci siano ragioni per fare per una volta eccezione, non farlo a meno che nessuna ti veda; e così via.

Tutto questo Gentili lo sa benissimo. E infatti quando per esempio tratta dei fatti come potenziali fonti del diritto, nel saggio successivo a proposito della consuetudine, gli è chiarissimo che il fatto diventa fonte se viene considerato come tale da una norma (giuridica)[44]. Ora quando Gentili ci dice che gli argomenti sono fonti del diritto sta sfruttando un'ovvietà per insinuare una ulteriore idea non ovvia. L'ovvietà è che gli argomenti con cui si sostengono le interpretazioni delle disposizioni giuridiche sono tra i fattori necessari delle decisioni finali e quindi *in questo senso* sono "fonti" del diritto. Solo che la nozione di fonte del diritto non equivale di solito a "tutto ciò che influenza la soluzione dei casi giuridici". L'autore non è ovviamente il primo civilista che prenda questa strada. Ma se ogni fattore che influenza la decisione è una fonte, allora il fatto che il giudice sia ignorante o l'avvocato sia disonesto rischiano di diventare fonti.

[44] Nel già citato capitolo *Argomentazione e teoria delle fonti*, dopo «uno sbrigativo sguardo retrospettivo» si trova la critica alla presunta alterità tra legge e consuetudine, totalmente condivisibile (GENTILI 2013, 58).

Un altro punto in cui sono d'accordo con l'autore è il suo rilievo che l'argomentazione interpretativa non occorre solo al momento della applicazione della legge. Infatti per ottenere la disposizione di legge si sono già compiute interpretazioni, per accertare la validità formale e sostanziale della disposizione stessa, applicando le norme (disposizioni interpretate) superiori, come la costituzione. Detto benissimo da Gentili, anche se la tesi è esposta già con tutta chiarezza nella teoria della produzione normativa e dell'interpretazione di Hans Kelsen.

Devo dunque osservare a Gentili innanzitutto che l'argomentazione interpretativa incorpora essa stessa delle norme, che costituiscono l'ossatura dell'argomento. Inoltre perché abbia qualche senso parlare di fonte, piuttosto che di mera influenza sul diritto, dobbiamo procedere alla formalizzazione dell'argomento. Non possiamo promuovere a fonte qualunque argomento interpretativo venga avanzato senza distruggere ogni capacità discriminante dell'argomentazione giuridica. Non solo gli argomenti sono essi stessi regole e vanno trattati come tali, ma devono essere regolati se vogliamo farne una fonte del diritto; oggetto di regolazione giuridica e quindi di controllo giuridico. Gentili non pensa davvero che il diritto possa o debba ogni volta ripartire da zero, da un'argomentazione libera, da un diritto come discorso (ordinario), in cui gli argomenti di tutti contano come quelli di tutti gli altri. Un simile diritto sarebbe non già un diritto libero ma un non-diritto incapace di decidere. Il problema di regolamentare l'uso della argomentazione non è, ovviamente, affatto nuovo. È vecchio come il diritto, comunque lo chiamiamo. Il precedente giudiziario, nelle sue diverse regolamentazioni, nei vari diritti, mostra cosa intendo. L'argomentazione giudiziaria come precedente è, ovviamente, tutta intessuta di regole giuridiche e fondamentalmente limitata dalle regole con cui nei singoli diritti si fa ricorso *regolamentato* alla autorità dei giudici. Quello che mi pare Gentili voglia fare in realtà è

sottoporci l'argomentazione dottrinale come fonte di influenza da considerare più importante. Ci propone insomma una concezione del diritto in cui gli argomenti della dottrina abbiano più importanza che non attualmente.

Nella "fonte" che è la dottrina l'autorità è per sua natura piuttosto informale, ma naturalmente qualche regola ci dovrà essere per allocarla (si può arrivare fino all'istituto dello *ius respondendi*) senza delle regole che individuino cosa conta come argomento giudiziario e/o dottrinale, la fonte non potrebbe funzionare come tale; e occorrerà anche un criterio niente affatto ovvio per decidere quale argomento prevale in caso di contrasto. Nulla di nuovo sotto il sole. Tutto questo a dire il vero non sfugge al nostro autore. E infatti lo troviamo in piena evidenza proprio nelle primissime pagine del libro e del saggio dedicato a questo argomento[45], una ricostruzione storica di quando la dottrina giurisprudenziale "contava", cioè contava di più, fino a due secoli fa.

Una tesi indubbiamente di metagiurisprudenza prescrittiva, accuratamente calibrata in modo da essere credibile e quindi possibile, ma indubbiamente idiosincratica. E come tale da valutare.

[45] GENTILI 2013, 4.

Riferimenti bibliografici

BOBBIO N. 1970. *Essere e dover essere nella scienza giuridica*, in ID, *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 139-173.

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

HART H.L.A. 1961. *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press.

HART H.L.A. 1983. *American Jurisprudence through English Eyes: the Nightmare and the Noble Dream*, in ID, *Essays in Jurisprudence and Philosophy,* Oxford, Oxford University Press, 123-144.

JORI M. 2010. *Del diritto inesistente. Saggio di metagiurisprudenza descrittiva*, Pisa, ETS.

JORI M. 2013. *Linguaggio giuridico*, in PINO G., SCHIAVELLO A., VILLA V. (eds.), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Torino, Giappichelli, 257-288.

RAZ J. 1975. *Practical Reason and Norms*, Oxford, Oxford University Press.

SCARPELLI U. 1965. *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano, Edizioni di Comunità.