

AURELIO GENTILI *

Replica

0. Ci si interroga sempre molto sulle proprie sfortune e poco sulla fortuna. Io ho la fortuna di aver attirato l'attenzione, e in una certa misura l'approvazione, di alcuni tra i maggiori giuristi e filosofi italiani, e non voglio mancare di interrogarmi sui loro consensi e sulle loro critiche, entrambi preziosi. Le pagine che seguono ne sono la prova, e sono anche il mio ringraziamento espresso con i fatti, che si aggiunge a quello che ho potuto esprimere loro con le parole.

1. Paolo Comanducci si chiede se il mio libro appartenga all'alta dogmatica o alla teoria del diritto, ed esprime l'opinione che esso scavalchi intenzionalmente la distinzione. Come sempre ha ragione. Checché ne sia dei risultati, uno degli scopi era per me abbattere la separatezza invalsa tra teoria e dogmatica, convinto come sono che la prima sia indispensabile alla seconda e sia del tutto a torto trascurata dai giuristi che si occupano di problemi pratici. È, infatti, a mio avviso, la teoria giuridica che fornisce alla dogmatica gli strumenti. Se si riconosce – come a me pare inconfutabile – che la diffusa dogmatica descrittiva praticata da gran parte dei giuristi positivi

* Professore ordinario di Diritto privato, Università Roma Tre. E-mail: aurelio.gentili@uniroma3.it.

non è affatto tale, anche se per tale si spaccia, perché si possono descrivere le disposizioni ma non si possono constatare le norme, l'unico possibile criterio di correttezza di una tesi dogmatica è il rigore dell'argomentazione che la sostiene. E nel determinare questo rigore argomentativo la teoria generale del diritto è essenziale come la logica è essenziale nello stabilire quali forme di sillogismo sono corrette e quali barocche.

Per questo – e Comanducci lo intende perfettamente – mi è parso che si dovesse adottare un approccio pragmatico e non materiale all'argomentazione. Se mi si chiedesse di indicare un argomento assolutamente valido sarei del tutto incapace di farlo. Ma penso che tutti, purché obiettivi, siamo capaci di riconoscere se in un caso concreto e a proposito della pretesa di una parte, o dell'eccezione della controparte, considerato tutto ciò che è stato argomentato pro e contro, si è arrivati ad un punto in cui non resta più niente da opporre razionalmente. Se posso esprimermi così, penso che, come in aritmetica non esistono somme o prodotti intrinsecamente “giusti” (o peggio “veri”) bensì solo “corretti”, tali quando tutti gli addendi o fattori sono stati considerati ed è stato seguito il corretto procedimento di addizione o moltiplicazione, così nel diritto non esistono proposizioni “giuste” (o peggio “vere”) ma solo corrette.

A tal fine il ruolo della teoria è determinante. E per me è determinante in particolare il ruolo di quell'approccio teorico noto come analisi del linguaggio. Un esempio renderà l'idea. Un dogmatico studia il contratto. Studia cioè le disposizioni del codice italiano che dicono cosa è, quando vale, quando e come non vale un contratto. Per spiegarle elabora un concetto dogmatico. La teoria lo guida: gli dice infatti che nell'universo del diritto ci sono soggetti, oggetti, fatti, atti e regole. Il dogmatico classifica secondo la teoria, e stabilisce che il contratto è un atto. In particolare il contratto è un negozio giuridico plurilaterale e patrimoniale, e un negozio giuridico è un atto di volontà produttivo degli effetti voluti. Poi però si trova di fronte a disposizioni (la riserva mentale, la simulazione, l'errore

essenziale non riconoscibile, il dolo incidente) che negano il suo concetto: non c'è l'atto di volontà e ci sono gli effetti. D'uso, a quel punto il dogmatico comincia a declamare le politiche necessità, il ruolo della buona fede, l'esigenza di tener conto dei principi, la scadente tecnica legislativa. Insomma... chiacchiere. Gli basterebbe essere rigoroso, tornare alla teoria, riclassificare sotto la nozione di regola e non di atto il contratto e tutto andrebbe concettualmente a posto: la regola negoziale c'è, voluta o no, e quali che siano le scelte legali la logica è salva. Insomma, come spiega molto meglio di me Luigi Ferrajoli: i *principia in jure* sono quelli che un legislatore adotta, ma non possono prescindere dai *principia juris*.

Riguardo a questo ha ancora una volta ragione – o comunque ha delle ottime ragioni – Paolo Comanducci quando coglie nel mio dire una sorta di contraddizione pragmatica, laddove sembro negare una meta-scienza giuridica descrittiva ma avalutativa, avente ad oggetto la dogmatica, la sociologia del diritto e la teoria normativa, meta-scienza che invece pratico, secondo lui neanche tanto male.

Che dire? *Nemo iudex in causa propria*. Posso però confessare la ragione della mia esitazione (esitazione, non negazione). Per formazione (dopotutto sono solo un giurista positivo convinto del ruolo fondamentale della teoria) mi sento abbastanza a mio agio nell'orizzonte del caso e meno in quello delle assunzioni teoriche universali. Pare che Gershwin nonostante la sua vena facile e veloce esitasse molto allorché si applicò ad un piccolo tempo di quartetto. Penso però che se Comanducci vorrà continuare a discuterne con me progredirà.

2.1. Da un altro punto di vista, il tema della scientificità del discorso del giurista torna nelle pagine che Mario Jori dedica alla mia posizione in materia di interpretazione. Egli condivide con me l'opzione per la teoria intermedia, ma critica incisivamente l'idea che la certezza delle tesi interpretative sia affievolita dal fatto che solo il linguaggio descrittivo potrebbe, in

quanto vero o falso, essere del tutto rigoroso. Osserva che la certezza non c'entra niente con la prescrittività e l'incertezza dipende piuttosto dalla vaghezza del linguaggio ordinario con cui si esprime il diritto.

Devo dire che gli argomenti critici di Jori sono assolutamente giusti; ma devo anche dire che mi rendo conto dalle sue critiche di non aver saputo spiegare bene il mio punto di vista. Nelle pagine in questione non intendevo affatto tacciare il discorso interpretativo di inevitabile incertezza solo perché concernente proposizioni prescrittive. Solo, mi era parso che non fosse applicabile alle proposizioni interpretative quel criterio di rigorosa correttezza che è la verità, perché veramente apofantici mi paiono solo gli asserti sul reale, e che occorresse cercarne un altro. Ad esempio: chi sostiene che l'art. 1304 c.c. non impedisce al creditore e ad uno dei debitori di transigere sull'obbligazione solidale pattuendo che l'altro condebitore non possa aderire, non ha alcun dato reale, testabile, su cui verificare l'interpretazione sostenuta, ma solo catene di argomenti pro, cui però si contrappongono catene di argomenti contro.

È possibile che in tal modo io mostri, come scrive Jori, troppa reverenza per la verità. Effettivamente, tendo a riferirla solo agli asserti sulla realtà materiale suscettibile di sperimentazione, perché penso che chi afferma che “i corpi sono compenetrabili” sarà crudelmente smentito dal muro attraverso un bernoccolo, mentre chi afferma che “si debbono amare i genitori” troverà molti d'accordo e qualcuno che invece gli obietta che tutto dipende da come si sono comportati: argomenti.

Ribadisco dunque che non ho inteso affatto negare che un criterio rigoroso di correttezza possa e debba presidiare anche il linguaggio prescrittivo: anzi, nella mia visione le mie pagine sono un corpo a corpo con quello che ripetutamente chiamo “libertinaggio argomentativo”. Però non basta dire che il discorso prescrittivo debba e possa essere rigoroso. Bisogna anche, mi pare, dire come e quando possa esserlo. E farlo tenendo realisticamente conto – qui le osservazioni di Jori sul

punto mi paiono una magistrale trasformazione del buon senso in raffinata razionalità: un suo tratto tipico – di come il linguaggio prescrittivo giuridico effettivamente è e funziona. Sono perciò assolutamente d'accordo con Jori che la calcolabilità – pur possibile – abbia costi sociali eccessivi. Qual è allora la via?

La mia risposta è: l'argomentazione. O meglio: quell'argomento che non trova più una obiezione razionale. Per tornare all'esempio: giustissimo che nel nostro sistema c'è l'autonomia privata, che due parti nei limiti del lecito pattuiscono quel che vogliono, che *res inter alios acta tertio neque nocet neque prodest* (argomenti, come si vede, che *prima facie* sostengono l'efficacia della clausola di esclusione del coobbligato dalla transazione); però, ovvio essendo che un coobbligato può sempre aderire alla transazione del creditore con l'altro coobbligato se questi due sono d'accordo, dire (come nella sostanza dice l'art. 1304 c.c.) che “il coobbligato può aderire per profittarne alla transazione tra il creditore e l'altro coobbligato” non può che voler dire che egli lo può anche se gli altri non sono d'accordo (e per questo cercano di impedirlo inserendo nella transazione una clausola per escluderlo), perché altrimenti la disposizione direbbe l'inutile ovvietà che se sono tutti d'accordo fanno come vogliono. Il che, mi pare, fornisce quell'argomento nel caso particolare inespugnabile, contro cui la diversa interpretazione va a sbattere come contro il fatidico muro reale.

Mi pare dunque – dedotte le mie incertezze – che Jori ed io siamo d'accordo sulla sostanza. Sottoscrivo quindi senza alcuna incertezza il suo proclama sul rigore del discorso prescrittivo.

2.2. Mario Jori si occupa poi delle mie riflessioni sulla meta-giurisprudenza.

Devo rivelare – ma Jori l'ha capito benissimo! – che le mie paginette sulla *Metagiurisprudenza di Monsieur Jourdain* sono uno scherzo. Forse sbaglio a farlo, ma nulla mi piace quanto prendere affettuosamente in giro coloro che stimo e amo di più. E lì mi ero divertito a giocare un po' con l'immagine stereotipa

del filosofo analitico, di cui in realtà – si sarà capito – ho una ammirazione sconfinata. A lui, ma per scherzo, attribuisco l'atteggiamento descrittivo, avalutativo, distaccato, catalogatore, asetticamente scientifico, analitico fino allo spaccacapelli. Ripeto: uno scherzo.

Jori, che lo sa, approfitta di me per dissociarsi e per dire – e perbacco se ha ragione! – che chi fa metagiurisprudenza prescrive anche, eccome! Il problema è che anche Comanducci ha ragione quando mi rimprovera di negare «la possibilità di una scienza giuridica descrittiva, avalutativa e weberianamente disinteressata che abbia ad oggetto privilegiato le altre attività etichettate come scienza: dogmatica, sociologia, teoria normativa». Quindi una meta-scienza, o metagiurisprudenza.

Comunque, così stando le cose, mi limito ad osservare – e vado addirittura oltre Jori – che non vedo incompatibilità tra prescrittività e scientificità. Se chi prescrive una tesi la suffraga con argomenti non refutabili, il suo discorso è scientifico. Per questo in qualche pagina del libro mi ero soffermato sulla prassi forense. Per sostenere che anche l'avvocato furbo (Jori ha dedicato belle pagine al lavoro degli avvocati) quando fa un discorso che tiene fa scienza giuridica. E ammetto senza riserve che – come Jori nota – la mia metagiurisprudenza è prescrittiva.

Quello che da anni continuo a domandarmi è se sia scientifica.

2.3. Poco o nulla ho da replicare alle osservazioni che Jori dedica alla mia “idiosincratca” idea del diritto come discorso. Condivido tutto ciò che dice e mi associo ad una parziale presa di distanza dal giusrealismo (ma non dal realismo) che è anche sua.

A Jori però sfugge (ma solo perché non passa come me i suoi giorni sulla letteratura dogmatica e sulla giurisprudenza) quanto conti nella mia opzione il rigetto di un approccio, comune quanto a mio parere nefasto, al diritto come fatto. Anche qui un esempio renderà l'idea.

Capita che due parti facciano verbalmente o per scrittura non autenticata un patto che non richiede forme e poi, per certezza del contenuto, per certezza di data, per esigenze di prova, lo replichino identico in forma più solenne. Sapete che dice la migliore dottrina? Che è inutile. Perché “l’effetto si è già prodotto, e non si può riprodurre; quindi il contratto replicato è nullo”.

Penso che Jori, maestro di buon senso nel diritto, comprenderà e condividerà il mio rigetto verso un approccio che calpesta il buon senso in nome di una cattiva metafora sulla metaforica realtà giuridica. E forse in grazia di ciò troverà meno idiosincratico il diverso approccio che propongo.

Trovo poi giusta la sua osservazione che parlo molto di argomenti senza però definirli e senza definirne il rapporto con le argomentazioni, e che in definitiva fornisco io stesso argomenti per negare che quelli e queste siano intrinsecamente diversi. E spero che anche in mancanza di definizione gli esempi che fornisco in queste pagine e in quelle del libro facciano capire che intendo per argomento e come penso che funzioni un argomento. Il succo è che un segmento di discorso è un argomento quando esprime una forza razionale cogente, e diviene una dimostrazione quando come dice Jori esprime un argomento cogente riuscito.

Quanto infine al suo *caveat*: che se – come sembra pensare – ogni fattore che influisce sulla decisione di un caso fosse fonte del diritto allora lo sarebbero anche il fatto che il giudice è ignorante o l’avvocato disonesto, ho solo da dire che infatti di fatto lo sono, sebbene sia chiaro che non dovrebbero esserlo. E mi piace pensare che Jori non mi rimprovererà questa fedeltà alla distinzione tra descrizioni e prescrizioni, cara a me quanto a lui.

3.1. A Pierluigi Chiassoni debbo un ringraziamento particolare. Tutti i miei commentatori osservano giustamente che per quanto di ispirazione unitaria il mio libro nascendo da saggi sparsi è rapsodico, e talora affronta poco sistematicamente i temi conduttori. È assolutamente vero. Ebbene, Chiassoni si è

dato (anche) la pena di cogliere e sistematizzarne le idee guida, e nel suo § 2 ne dà al lettore una sinossi così lucida ed esatta che io non solo ne sono sorpreso ma riconosco che non avrei saputo farla meglio.

Ma non è tutto; egli fa ancora di più: la completa secondo la sua stessa interna logica con una analisi impeccabile della, o meglio delle, nozioni di “ordinamento” di cui mi avvalgo. Per sua cortesia lascia a me il giudizio. Ma io posso solo dire che avrei fatto un discorso migliore se – e qui la colpevole è solo la distanza fisica tra noi – di queste cose avessi potuto parlare di più con lui.

Avrei per esempio evitato una (involontaria) pretermissione – che il suo acume coglie – del ruolo che la preesistente elaborazione giurisprudenziale e dottrinale esplica ai fini delle tecniche dell’argomentazione razionale. Quindi gli do senza riserve atto che – come egli nota – queste ulteriori risorse vanno incluse tra i materiali di cui giudici ed avvocati dispongono prima di giocare la loro partita. Dico di più: spesso sono gli *atout* fra le carte da giocare, perché come tutti sanno i giudici credono soprattutto alla giurisprudenza e qualche volta alla dottrina consolidata; e chi come me fa anche l’avvocato sa per esperienza che la pura logica, per quanto impeccabile, nella prassi giudiziaria supporta una tesi meno del poter dire “[...] la giurisprudenza di legittimità sul punto è conforme” o “[...] la migliore dottrina è orientata in questo senso”. Se questo aspetto non emerge bene nelle mie pagine è solo perché le occasioni degli scritti non lo favorivano, ma colgo qui l’occasione per fare ammenda e dichiarare il mio pieno convincimento sull’importanza dell’*argumentum ex auctoritate* tra le tecniche di argomentazione.

Con l’aggiunta di un distinguo. Sul piano descrittivo (e – potrei dire – del realismo, di cui Chiassoni cortesemente mi gratifica) è l’*auctoritas* che dà peso all’argomento derivato dalla previa elaborazione giurisprudenziale e dottrinale. Ma sul piano prescrittivo, che nella prospettiva del libro a me più importa, il peso deriva da qualcosa di assai più rilevante e

sottile: la preesistente elaborazione della giurisprudenza teorica e pratica struttura i nostri concetti e ancor più a monte consolida usi linguistici (tecnici) per cui non sappiamo né possiamo parlare di cose giuridiche se non attraverso lessici che risentono di quella elaborazione. Chi dice “norma”, “diritto soggettivo”, “ordinamento”, e via dicendo, è conscio del dovere di usarli correttamente, e del fatto che la correttezza lessicale e concettuale del loro impiego si misura sugli usi consolidati dalla previa elaborazione della giurisprudenza e della dottrina. Con un po’ di elasticità: migliori definizioni, maggiori messe a punto. Ma con saldi limiti linguistici. Di cui le pagine del libro (ribadito il mio torto di non aver reso più evidente l’importanza del bagaglio sapienziale) non sono per fortuna del tutto ignare: non a caso (per fare un esempio) proprio nel capitolo sull’ordinamento delle pretese giudizialmente perseguibili indico come paradigma di cattiva argomentazione a proposito del dibattito sul carattere patrimoniale e quindi risarcibile del danno biologico la curiosa tesi che la salute è il patrimonio della persona. Un’evidente forzatura del senso tecnico di “patrimonio” consolidato dalla sapienza giuridica.

3.2. Le osservazioni di Pierluigi Chiassoni sul mio trattamento del problema della decisione giusta aprono un discorso di ragguardevole complessità. Anche qui egli mi intende con grande lucidità. Ma muove una obiezione: l’oggettivismo metodologico forte implicito nella mia idea che, almeno in condizioni ideali, il contraddittorio razionale elida la discrezionalità giudiziale, e guidi sulla base degli argomenti pro e contro alla decisione giusta, cioè più giustificata, è – egli dice – irrealistico. Tutto quello che si può attingere è una circoscrizione della scelta del giudice tra soluzioni ben giustificate (oggettivismo metodologico debole), tra le quali la scelta resta discrezionale e dipende da opzioni etico-normative apicali diverse, in cui il merito cessa di dipendere dal solo metodo proceduralmente corretto e l’approccio cessa di essere non-cognitivistico. Perciò, osserva

Chiassoni, la giustizia della decisione è sempre relativa: relativa a un qualche punto di vista sostanziale, i cui principi ultimi non sono giustificabili. E ipotizzare (come io ipotizzo) una decisione assolutamente giusta finisce per essere un tradimento di quel non-cognitivismo cui mi mostro in tutto il resto fedele.

La risposta non è facile.

Come preambolo devo dire che temo che egli abbia ragione e spero che abbia torto. Non per me, ma per il diritto. Un diritto in cui alla fine questo o quello va bene e tutto dipende dall'opinione mi spaventa. Che ne penserà la parte soccombente quando il suo avvocato le spiegherà: "Che vuole, abbiamo trovato un giudice liberista (o socialista, o integralista, o taoista, o animista, o che so io); con un altro avrebbe vinto". Ma può aver ragione il mio amico giusrealista. Anzi, ce l'ha. Nei fatti avviene senz'altro così. È che la mia battaglia è proprio che non avvenga.

Una seconda premessa è che nelle pagine del libro il problema della decisione giusta in assoluto mi interessava assai meno del problema della decisione giusta nel concreto caso specifico. Me ne preoccupavo solo per ricavarne un modello (la decisione è giusta quando non restano argomenti razionali a confutarla) cui ispirare l'idea di decisione giusta nel caso concreto. In questo, almeno di norma, l'orizzonte definito del contraddittorio ed il fatto che in esso solo certe obiezioni e controobiezioni sono sollevate, preclude la necessità di scelte apicali: per dire, il caso Englaro è una cosa, il caso del risarcimento integrale oppure no per asportazione dei valori depositati in cassette forti concesse con limitazione del valore depositabile a un modesto ammontare, un'altra. Da civilista avevo gli occhi alla pratica quotidiana della giurisprudenza. Nella quale la trita idea di molti miei colleghi di materia che la decisione sia giusta quando l'interprete ha ricostruito nella sua coerente interezza il sistema è una diffusa assurdità: il sistema non c'è, non c'è mai stato, e se non vogliamo dire addio alla decisione giusta occorre saperla trovare nella logica del caso, dove quasi sempre c'è, e non nella pretesa logica del sistema, che è solo uno sgangherato

e incoerente coacervo di leggi scoordinate, giurisprudenze contraddittorie e dottrine litigiose.

Ciò detto vengo al punto. Riconosco il pregio dell'obiezione di Chiassoni. Ma vorrei anzitutto confutarne una parte. Non penso che ipotizzare (come io ipotizzo) una decisione assolutamente giusta finisca per essere un tradimento del non-cognitivismo.

Un cognitivista fa dipendere dalla conformità a valori assoluti la assoluta giustizia della decisione. Un non cognitivista non ha valori assoluti, ma non per questo secondo me deve rinunciare alla assoluta giustizia della decisione. Per spiegarlo in modo un po' giocoso: il cognitivista crederà nella perfezione del 3 e nella magia del 7; il non-cognitivista no, ma sarà ciò nonostante assolutamente sicuro che il prodotto di 3×7 è assolutamente 21, in grazia di quel metodo razionale (oggettivismo metodologico forte) che è la moltiplicazione, per cui dati 3 e 7 e l'aritmetica (fuor di metafora: date le pretese e le disposizioni, e le tecniche argomentative) non ci sono più obiezioni razionalmente valide a 21 (fuor di metafora: a quella decisione).

Ovviamente il diritto non è la matematica, e quando si va nel concreto la purezza si inquina (nessuno ha mai saputo dire quanto fa due cani più un osso). Il diritto va sempre nel concreto e l'argomentazione non è pura e precisa come la dimostrazione. Ma questo non toglie (secondo me) che l'argomentazione (per esempio) con cui una banca pretende di risarcire solo il modesto valore depositabile nella cassetta forte sia auto-contraddittorio. Perché non ha senso fornire a pagamento un servizio di custodia valori per non-valori. E soprattutto non toglie che l'argomentazione basata sul fatto che la tesi della banca finisce per avvalorare la contro-tesi che avversa resti di tipo non-cognitivista. Perché fornisce una decisione che non dipende da un valore o da un principio, ma dal metodo logico.

Il problema sollevato da Chiassoni allora sopravvive in quei soli casi (beninteso: tanti e importanti) in cui la pretesa e/o la disposizione coinvolgono davvero valori apicali, rispetto ai quali non ci sia una chiara previa scelta legale. Per esser chiari:

così non è nel problema del danno biologico, perché la Costituzione sceglie chiaramente per la primazia della salute (diritto fondamentale) sui principi comuni dell'illecito aquiliano, sicché è chiaro che non possa logicamente essere irrisarcibile la lesione del diritto soggettivo fondamentale quando è risarcibile la lesione del comune diritto soggettivo; così invece è nel caso Englaro, perché nessuna nostra norma sceglie chiaramente tra il valore della vita e quello dell'autodeterminazione. Guardiamo allora a questi casi.

Chiassoni osserva che il giudice, che è costretto a decidere, scartate soluzioni confutabili (per esempio: che siano liberi di scegliere l'interruzione delle terapie i non credenti ma non i cristiani; che il diritto di decisione appartenga al servizio sanitario in considerazione dei costi, ecc.), non possa che compiere una opzione apicale discrezionale.

Prima obiezione: ma questo (aderire a un valore, oppure all'altro, intesi come principi ultimi non razionalmente giustificabili) è cognitivismo! E me ne stupisco perché Chiassoni è più non-cognitivistica di me. Riconosco senz'altro che questo è quello che comunemente accade, e che Chiassoni è realista. Ma il punto è: non è quello che deve accadere. Non riesco a rassegnarmi ad un diritto secondo le opinioni dei giudici, quand'anche nell'ambito circoscritto di soluzioni tutte sostenute da buone ragioni. Possibile che non si possa uscirne?

Ci provo. Siamo sicuri che i principi cosiddetti ultimi non siano, e non possano essere, giustificabili? Certo, alcuni li fanno propri per cieca fede, e li rendono, così, assoluti e validi senza bisogno di giustificarli. Ma io penso che altri li facciano propri in base a ragioni. Che la stessa parte processuale sconfitta possa e debba rassegnarsi alla decisione solo se può riconoscerne, a malincuore, le ragioni. E che soprattutto il diritto (almeno il nostro) ponga nella Carta certi principi in base a ragioni. Che li fondano, li limitano, e consentono di compararli in caso di conflitto, per appurare se per caso non ci sia un argomento in base al quale una decisione è più giusta dell'altra.

Proviamo allora ad applicare questo metodo al problema dell'opzione, inevitabile in quel caso, tra scelte etico-normative apicali diverse. Sarà incontestabile che ognuna può essere valida. Per essere chiari serviamoci della dolorosa e tragica scelta tra rispetto della vita e rispetto dell'autodeterminazione. Abbiamo ragioni per il rispetto della vita e ragioni per il rispetto dell'autodeterminazione. Si può cognitivisticamente dire quali "pesano" di più? No! È questione appunto di scelte etiche. Allora solo giudiziale discrezionalità? Non mi pare. Perché c'è un punto singolare nella comparazione logica tra i due principi. Chi opta a favore dell'assoluto rispetto della vita esercita la sua scelta. Ma esercitare una scelta è autodeterminazione! Sicché secondo logica finisce per risultare che una opzione implica come necessaria l'altra, e non viceversa. E implicandola, la avvalora al di sopra di sé, perché mostra di reggere solo grazie a ciò che contesta.

Riconosco io stesso il semplicismo, i limiti e la sbrigatività della mia risposta. Ma non posso qui fare un trattato, e spero di aver almeno reso l'idea. Aggiungo solo che questo modo di pervenire alla decisione giusta su problemi apicali non differisce a mio parere dal comune modello della decisione giusta da me propugnato: giusta quando l'obiezione che la avversa finisce per sconfessarsi da sé, come ho cercato di mettere in luce nelle pagine in cui parlando di scienza giuridica sostengo che il confronto logico fra tesi opposte finisce per condurne una a non resistere più agli argomenti dell'altra.

Io non so se questa risposta superi davvero la robustissima obiezione di Chiassoni. Sicché allo stato l'unica decisione assolutamente giusta è che lui ed io continuiamo a discuterne.

4.1. I commenti di Claudio Luzzati – lo confesso – hanno provocato in me un brivido di vanità: egli trova che il mio libro quantunque parte di un trattato di diritto privato e ponderoso non annoi. Non posso non essergli specialmente grato: nella mia concezione eterodossa ho sempre pensato che i peccati

capitali non siano in realtà sette ma otto, e che l'ottavo sia annoiare.

Ma venendo alla sostanza Luzzati coglie nella mia posizione, accanto ad una certa efficacia della *pars destruens*, e cioè della critica al veteropositivismo ed al suo approccio cognitivista, una debolezza della *pars construens*. E per questa debolezza propone egli stesso una terapia, di cui ora dirò, ma non senza prima dichiarare che ad essa mi sono subito sottoposto e me ne sono trovato sensibilmente migliorato.

Ancora una premessa. Come sopra ho più volte ricordato, gli altri amici e colleghi che mi hanno commentato hanno tutti più o meno colto una vena realista nel mio approccio; e non nego affatto che essi abbiano per un verso ragione. Ma, qui il punto, hanno ragione limitatamente alla mia *pars destruens*, nella quale io, nato civilista in una scuola romana fortemente dogmatica, ho finito per gettare il mantello formalista e rivestirmi di quello antiformalista del realismo anglosassone e soprattutto scandinavo. Ricordo ancora la meraviglia con cui giovane leggevo Hart, Olivecrona, Ross, con l'impressione di sentir dire finalmente le verità che dissipavano la mitologia dogmatica. Luzzati nota giustamente questo, ma nota anche, altrettanto giustamente, che passando alla *pars construens* manifesto esplicito disdegno per la fondazione del diritto su un potere ultimo, per la massima *ex facto oritur jus*, insomma per il giusrealismo. Effettivamente è così, e credo che ciò meriti una breve spiegazione; eccola.

Il mio disdegno è l'approdo della convinzione che il diritto non sia tanto una fenomenologia di poteri e obblighi quanto di torti e ragioni; che torti e ragioni si colgano solo nel discorso pratico di intonazione prescrittiva; che indubbiamente i fatti di potere e obbligo siano rilevanti, ma come sociologia; che perciò – per dirla anche questa volta in modo un po' giocoso – dal fatto diffuso nelle nostre città caotiche di sostare impunemente in seconda fila ostacolando il traffico e bloccando l'auto del malcapitato in prima fila *non oritur jus*, come *non oritur* da un

secolo di dominante ma insostenibile dogma della volontà o dalle consolidate giurisprudenze sbagliate della Cassazione.

Ciò detto vengo alla non modesta proposta correttiva di Luzzati.

4.2. Alla base della rettifica che Claudio Luzzati mi propone c'è una osservazione comune ad altri commentatori e di cui ho già accennato, riconoscendone la fondatezza: io non do adeguato risalto al ruolo che la preesistente elaborazione giurisprudenziale e dottrinale riveste nel rendere il quadro giuridico un *ordo* in buona misura già *ordinatus*. La critica è giusta, lo riconosco ancora. Luzzati le fa compiere un ulteriore prezioso progresso: l'elaborazione di indirizzo analitico se da un lato ha fatto finalmente venir giù il cielo dei concetti, dall'altro ne ha realizzato una trasposizione teorica che li ha trasformati in un quadro linguistico da cui nessuno di noi può prescindere, neppure quando voglia apportarvi riformulazioni migliori. Da ciò Luzzati muove ad affermare due cose.

Una sul piano del merito: qualunque interpretazione non è mai impresa solo individuale ma sempre anche collettiva il cui esito dipende in gran parte da un *ordo ordinatus* che già c'è e sul quale la riformulazione del singolo interprete può incidere solo in ristretta misura. I significati non li inventa a capriccio neanche Humpty Dumpty. Ciò approda alla validità non oggettiva ma almeno intersoggettiva dell'interpretazione. Ed offre l'unico scampo possibile al nichilismo, che – come Luzzati nota acutamente – io per il primo voglio evitare con la mia battaglia contro il libertinaggio argomentativo, ma in cui con il mio cinismo *destruens* ed il mio non-cognitivismo *construens* rischio invece secondo lui di cacciarmi. Ebbene, posso solo dire che faccio mio in tutto e per tutto il suggerimento.

Una sul piano del metodo: come Luzzati scrive, il singolo che interroga la legge deve almeno constatare un ordine che c'è già, offerto dal ventaglio di scelte che precedono la sua specifica lettura. Un momento constattativo è ineliminabile: ci vuole

un orizzonte. Se mai, occorre studiare l'interazione tra l'*ordo ordinatus* che c'è già e l'*ordo ordinans* di chi si accinge ad una nuova interpretazione. Ebbene, osservato incidentalmente che non si poteva dir meglio, anche qui non posso che allinearli.

4.3. Forse il lettore si stupisce di tanta arrendevolezza da parte mia. E si chiede se allora non avrei fatto meglio a rendermi conto da me del ruolo essenziale della sapienza giuridica e della sua previa elaborazione teorica, prima di scrivere pagine che Luzzati definisce corrosive contro un certo panorama scientifico. Anche qui debbo una spiegazione. Forse inavvertita, c'è una grande differenza tra la preesistente elaborazione sapienziale di tipo dogmatico e quella di tipo analitico.

La prima vuol costringere l'interprete e piegarlo ai suoi percorsi: per dire, se (come già ricordavo poc'anzi) "il negozio giuridico è un atto di volontà produttivo degli effetti voluti" e tu studi riserva mentale, simulazione, errore ostatico, e ti rendi conto che il dogma non tiene, non ti resta che chinare il capo ad una assurdità e andar ripetendo con antichi maestri che la disciplina di quegli istituti è "un miracolo del diritto" (cosa indigesta per chi non crede ai miracoli).

La seconda si limita a dare all'interprete strumenti logico-semiotici già collaudati: una riformulazione che mostri una reale tenuta non è mai contro ma in certo modo sempre secondo la loro precedente elaborazione, perché mentre dove c'è un dogma ogni deroga è eresia, dove c'è un argomento ogni distinzione è affinamento.

A Luzzati, come agli altri commentatori che mi hanno giustamente rimproverato un certo distacco verso il ruolo della preesistente elaborazione teorica debbo perciò chiedere di comprendermi. Un civilista del passaggio di secolo ha da fare i conti con due secoli di precedente elaborazione dogmatica, e deve sapersene servire senza servirla.

5.1. Devo dare atto a Paolo Gaggero di avere individuato con assoluta esattezza il nucleo concettuale della mia riflessione. Mi viene in mente un mio antico maestro (Francesco Santoro Passarelli) secondo il quale la chiarezza è una qualità bilaterale. Si tratta allora solo di stabilire quanto sia dipesa da me e quanto da lui. Credo francamente che la sua quota sia grande. Gaggero coglie in pieno il senso della tesi che io patrocino circa la natura discorsiva del diritto, e soprattutto coglie con totale lucidità i criteri in base ai quali, secondo me, può essere riconosciuta la correttezza di un discorso di diritto.

Grazie a questa sua chiara comprensione del nucleo teorico gli riesce di penetrare a fondo le applicazioni che nel libro si fanno della tesi del diritto come discorso a vari campi problematici. E non mi stupisco certo, essendo anch'egli un civilista, che il suo commento mostri interessata attenzione a questi temi. In particolare a quello dei limiti alla retroattività della legge civile.

Debbo confessare di essergli particolarmente grato del suo soffermarsi su questo problema. Quando fui sollecitato ad occuparmene mi trovai in un discreto imbarazzo. Credo che qualunque giurista percepisca d'istinto i rischi connessi all'interpretazione autentica e quindi sia guardingo verso il legiferare oggi sul passato. Ma una cosa è sospettare, una cosa è dire a fil di logica quando e perché il legislatore abusa della sua onnipotenza. A questo proposito nel corso del tempo la letteratura e la giurisprudenza hanno elaborato molte dottrine, e molto diverse. Ma l'impressione è che, tutte ragionevoli, tutte mostrino qualche debolezza. Non tocca certo a me dire se la mia ricostruzione tenga, e se sia utile. Ma non resisto alla tentazione di dire qui che le notazioni di Gaggero sulla mia riconsiderazione e selezione delle dottrine classiche e moderne dei limiti alla retroattività mi scagionano un po' del torto di aver troppo poco messo in luce il ruolo importante della precedente elaborazione sapienziale nell'argomentazione giuridica. Faccio di nuovo ammenda di non averlo teorizzato con adeguata sottolineatura, ed invoco ad attenuante – grazie alla testimonianza a discarico

di Gaggero – che la mia prassi per fortuna è meno cattiva della mia teoria.

5.2. Devo inoltre dare atto a Gaggero di avere perfettamente centrato lo spirito del mio approccio. Non certo formalista ma neppure interamente realista (anche se, egli nota “disincantato”), e tantomeno nichilista, mi qualifica – e, mi pare, con buone ragioni – “costruttivista”. Di questo tipo di approccio vi sono – come si sa – autorevoli rappresentanti oggi in Italia, soprattutto nel campo (a me notoriamente caro) degli studi di teoria generale del diritto. Non nego affatto di essermene avvalso (il lettore potrebbe riscontrarlo nelle note del mio libro) e di essermene in buona misura impregnato. Che poi io sia un valido costruttivista, che questa sia, partendo dal mio dichiarato indirizzo analitico, la mia scelta, e che io la pratici bene, sono questioni troppo complicate da affrontare qui, e sulle quali non sono certo io il buon giudice di me stesso. Ma se restiamo su un piano meno affinato scientificamente, non esito a riconoscere che la mia idea del diritto come discorso è proprio che esso sia un discorso che né meramente constata una realtà giuridica che è solo una inutile metafora, né arbitrariamente crea il proprio oggetto, ma piuttosto lo costruisce con il materiale offerto da pretese e disposizioni e con i metodi forniti dalle tecniche argomentativa (e qui è doveroso un ulteriore riconoscimento all’acume di Chiassoni nel cogliere questo aspetto). Almeno in tal senso “costruttivista” dunque, come Gaggero nota.

Mi fa però troppo onore quando crede di scorgere che io sia riuscito a fare – almeno nel mio ristretto campo – un passo oltre Foucault, Luhmann e Habermas. Potrei qui invocare la nota figura della Scolastica del nano sulle spalle dei giganti. Ma sarebbe quella retorica un po’ nera e suggestiva alla quale ho sempre insistentemente preferito la sana e neutra retorica dell’argomentazione razionale. Quindi resto abbastanza razionale da dire che sarò già troppo felice se mi si dirà che

Come egli stesso rileva, la sua visione (la pertinenza al modello attuale di processo di una prova di tipo dimostrativo) e la mia (l'impossibilità di una prova rigorosamente dimostrativa e la natura a ben vedere argomentativa dell'attuale sistema probatorio), muovono da un punto comune: le teorie della prova sono funzione delle teorie del processo; al processo come accertamento della verità si addice una prova dimostrativa, al processo come composizione del conflitto una prova argomentativa. Dopo aver convenuto su questo, però, Carratta crede di cogliere in me una rigida contrapposizione oltre che la accennata distinzione tipologica. Mi permetta di assicurarlo che, se do questa impressione, allora non mi sono espresso bene: sono convinto come lui che i tipi si possano e debbano ben distinguere nella teoria, ma che nella pratica vi possa essere commistione in variabile misura. E trovo giusta anche la sua affermazione che un buon sistema di accertamento della verità sia un efficace mezzo per arrivare alla composizione del conflitto (se, per dire, un accertamento inoppugnabile fa risultare che il testatore legando un bene ignorava di non esserne titolare, il legatario sia pure a malincuore dovrà convincersi che non ha diritto).

Carratta osserva poi, con molto realismo, che il mio attacco alla natura realmente dimostrativa della prova "dimostrativa" implica un sentimento di "assolutista deluso", del tipo: la verità è assoluta o non è, nel processo si raggiungono verità relative, non c'è verità nel processo. Invece, egli osserva, la prova giudiziaria fornisce verità certo relative al contesto ma non di meno efficaci a fondare in fatto una decisione attendibile. Neppure su questo in realtà siamo in disaccordo: sono perfettamente consapevole che è vero che Milano dista 500 km da Roma anche se il conto non è preciso e dipende da dove si parte; e sono consapevole del ruolo del contesto, essendo la verità processuale relativa al concreto contraddittorio sui fatti fissatosi nel caso specifico, come io stesso ho cercato di dire nel saggio sul punto.

Infine, sempre con piena ragione, e dandomi atto che su questo in fondo convergo anch'io, Carratta ribadisce che il

vero problema della prova è che essa sia impostata su basi razionali e controllabile dall'esterno. Non vede però come possa esserlo una prova argomentativa, che può anche essere capace di persuadere, ma non di agganciare davvero la realtà.

6.2. Pieno accordo, allora? con solo qualche fraintendimento?

Per rispondere mi occorre qualche premessa. Due.

La prima: le prove argomentative non sono solo quelle suggestive e quelle di cui parlo sono appunto le altre, non suggestive ma razionali. Quando parlo di prova argomentativa non penso affatto alla prova che ha la forza retorica della persuasione. Ricordo dai miei scarsi studi di storia del processo che ai re un tempo era consentito il “giudizio di Dio”: se passeggiavano indenni sui carboni ardenti si dimostravano innocenti. No, non è a questo che penso, perché si possono avere le piante dei piedi incombustibili ed essere ladri o assassini. Quando parlo di tenuta “razionale” della prova argomentativa intendo scartare tutte le suggestioni, anche le più vive, e ricondurre l'argomentazione che sostiene la prova “argomentativa” a rigorosi rapporti oggettivamente collaudati di causa ed effetto, di significante e significato: se nel giorno di assenza per malattia sei stato visto per la strada, se concludendo il contratto hai accettato l'offerta di chi ti dichiarava l'intenzione di acquistare la scultura perché – egli falsamente crede – prezioso ritrovamento di un pentimento di Modigliani, ci sono ottimi argomenti di fatto per dirti che hai torto. Argomenti che non persuadono per suggestione ma per logica.

La seconda: le prove “dimostrative” lasciano sempre uno spazio di apprezzamento. Con esse non entra nel processo il fatto da provare, ma solo qualcosa che rende ragionevole la supposizione positiva o negativa sul fatto oggetto di prova. Il malato, riferiscono convinti vari testimoni, è stato visto a spasso; ma in definitiva, non è escluso che il malato fosse malato davvero e sia stato costretto ad uscire perché non ha nessuno che gli compri la medicina di cui ha bisogno. L'acquisto della scultura, come

dimostra il documento recante la proposta di acquisto, era basato sulla paternità, che invece manca, dell'opera da parte del celebre artista; ma in definitiva è possibile che il gallerista sia la prima vittima di una colossale topica dei maggiori critici d'arte.

E qui sta il punto che divide Carratta e me. Egli scrive:

«[...] quando nell'ambito della teorica dimostrativa si discorre di funzione euristica o conoscitiva della prova nel processo e di possibilità di controllo *ab externo* degli esiti, in quanto fondati su basi razionali, ci si riferisce all'esigenza che gli schemi razionali utilizzati e la "tenuta razionale" della ricostruzione offerta consentano di istituire un accordo tra l'ipotesi ricostruttiva prospettata ed argomentata *nel* processo e la realtà emergente *fuori*».

Ebbene, quell'accordo – penso io – non si dimostra da sé ma sempre e solo si argomenta; non si offre mai come un dato immediato, testabile, ma sempre e solo come la ragionevole conclusione di una argomentazione tra pro e contro.

La ragione mi par semplice: i fatti non entrano mai di per sé nel processo; vi entra sempre e solo la loro rappresentazione, testimoniale, documentale, periziale. Noi non arriveremo mai a verificare nel processo direttamente il fatto in sé, ma solo ad acquisire effetti che fanno legittimamente supporre la causa (sull'arma c'era l'impronta dell'imputato), cause che fanno legittimamente supporre l'effetto (il gallerista ha vantato il pregio della scultura esibendo le dichiarazioni del noto critico sul felice ritrovamento), segni che fanno legittimamente supporre il significato (il testimone lo riferisce, il documento lo attesta, il perito conferma che secondo scienza ed esperienza è così).

Ma se così è, la teoria della prova "dimostrativa" altro non è che una teoria della prova "induttiva". E quindi argomentativa. Non è una sottigliezza. La dimostrazione offre l'evidenza piena del fatto, che si manifesta direttamente ed interamente. L'induzione invece fornisce solo un argomento che dal noto consente ragionevolmente di risalire secondo massime d'esperienza all'ignoto.

L'accordo tra l'ipotesi ricostruttiva prospettata ed argomentata nel processo e la realtà emergente fuori si argomenta, come quando si crede (o non si crede) al testimone, si desume l'avvenuto pagamento dalla dichiarazione di non aver altro a pretendere (o invece la si riduce a clausola di stile), si deriva dalla consulenza tecnica che le spese inevitabilmente sopportate dall'appaltatore per il fermo del cantiere e quindi risarcibili erano di un certo ammontare, considerando secondo buon senso che le altre potevano essere evitate dall'imprenditore diligente.

Debbo però ad Antonio Carratta il leale riconoscimento che egli ha ragione quando afferma che per essere razionale e controllabile, come impone la soggezione alla legge, il ragionamento probatorio non possa essere esclusivamente argomentativo, nel senso di essere composto di soli giudizi di valore. Non intendo dirlo, e non lo penso. Argomentiamo da rappresentazioni di fatti a ragionevoli supposizioni di fatti. Si può adottare la teoria della prova che si vuole ma, come egli scrive, «le esigenze sottese alla teorica della funzione dimostrativa della prova appaiono irrinunciabili. Anche da parte di chi si incarichi di perseguirle con gli strumenti dell'argomentazione». Confermo.

7. Ai consensi si può rispondere solo con i ringraziamenti. Li replico ancora una volta. Alle critiche lo stesso, quando sono, come quelle che ho ricevuto, non solo garbate ma soprattutto solidali, nel senso di offrire all'autore commentato un sincero contributo a migliorare il suo pensiero. Da tutto ho ricevuto un utile insegnamento. Ed ho capito soprattutto una cosa: per farli veramente bene, i libri bisognerebbe presentarli prima di scriverli.