

Discorsi su  
*Il diritto come discorso*

a cura di  
Vito Velluzzi

*vai alla scheda del libro su [www.edizioniets.com](http://www.edizioniets.com)*



Edizioni ETS



[www.edizioniets.com](http://www.edizioniets.com)

© Copyright 2017  
Edizioni ETS  
Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa  
[info@edizioniets.com](mailto:info@edizioniets.com)  
[www.edizioniets.com](http://www.edizioniets.com)

*Distribuzione*  
Messagerie Libri SPA  
Sede legale: via G. Verdi 8 - 20090 Assago (MI)

*Promozione*  
PDE PROMOZIONE SRL  
via Zago 2/2 - 40128 Bologna

ISBN 978-884675024-2

## INDICE

Introduzione <i>Vito Velluzzi</i>	9
--------------------------------------	---

### PARTE PRIMA

#### SAGGI

L'argomentazione nel discorso dei giuristi <i>Francesco Astone</i>	15
Il diritto come discorso laico <i>Angelo Barba</i>	27
Il diritto come discorso? <i>Andrea Belvedere</i>	39
Il diritto come discorso e la funzione dimostrativa della prova. A proposito del libro di Aurelio Gentili <i>Antonio Carratta</i>	51
Sul «diritto come discorso» <i>Donato Carusi</i>	73
Diritto, argomentazione, decisione giusta: in margine alla civilistica analitica di Aurelio Gentili <i>Pierluigi Chiassoni</i>	83
Tra realismo analitico e alta dogmatica <i>Paolo Comanducci</i>	101
<i>Il diritto come discorso.</i> Una riflessione comparativa sullo stile del giurista <i>Silvia Ferreri</i>	107
<i>Il diritto come discorso</i> di Aurelio Gentili <i>Paolo Gaggero</i>	121
In margine ad un libro di Aurelio Gentili <i>Riccardo Guastini</i>	135

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 <i>Mario Jori</i>	143
Cercando di dimenticare Savigny <i>Claudio Luzzati</i>	183
In margine a un testo esplicito. Frammenti di una lettura filosofico-giuridica del saggio di A. Gentili, <i>Il diritto come discorso</i> <i>Maurizio Manzin</i>	195
Diritto, argomentazione e razionalità <i>Silvia Zorzetto</i>	205

## PARTE SECONDA

### INTERVENTI

<i>Il diritto come discorso</i> a confronto con le trattazioni dei comparatisti <i>Andrea Fusaro</i>	223
Il volume letto da un pratico del diritto <i>Ernesto Lupo</i>	229
Intorno al diritto come discorso <i>Marcello Mancuso</i>	239
Stile di un giurista <i>Arturo Maniaci</i>	247
Brevi riflessioni sul libro <i>Il diritto come discorso</i> <i>Diego Manente</i>	257
Il “discorso” della Consulta. Il volume di Aurelio Gentili alla prova della giurisprudenza costituzionale <i>Andrea Pin</i>	259
La giurisprudenza e l’innovazione dell’ordine giuridico: ascesa e declino di un signore del diritto <i>Roberto Simone</i>	267

## INTRODUZIONE

Il libro di Aurelio Gentili *Il diritto come discorso* ha ricevuto molta attenzione dal mondo accademico e dalle professioni giuridiche, suscitando vivaci dibattiti<sup>1</sup>. Infatti, i saggi contenuti nel volume sono stati presentati e discussi da studiosi di diritto civile, di diritto comparato, di diritto processuale civile, nonché da filosofi del diritto, magistrati, avvocati e filosofi del linguaggio in varie Università italiane<sup>2</sup>. Sovente, gli esiti del confronto sono stati pubblicati su delle riviste<sup>3</sup>. Lo scopo di questa raccolta consiste nel rendere disponibile una parte corposa degli esiti del dibattito appena segnalato, agevolando il lettore nel rintracciare i materiali e nel farsi un'idea sui contenuti de *Il diritto come discorso*, sui pregi e sui difetti che chi si è cimentato a fondo col libro ha individuato.

Nell'introdurre velocemente il lettore ai discorsi fatti intorno a *Il diritto come discorso*, è importante rammentare alcuni aspetti significativi del volume oggetto dei saggi di questo libro.

Si è detto poco sopra che le riflessioni di Aurelio Gentili attraggono (almeno) l'interesse dei filosofi del diritto, degli studiosi di diritto civile, di diritto comparato e di diritto processuale civile. Il peso interdisciplinare del libro emerge con vigore sia per i temi trattati, sia per il metodo adottato.

Come si è già avuto modo di rilevare, «il libro si articola in quattro parti: argomentazione e teoria delle fonti; argomentazione e scienza giuridica; argomentazione e diritti soggettivi; argomentazione e processo. Ciascuna parte è a sua volta composta da molteplici capitoli. La varietà tematica è tenuta assieme, com'è agevole notare da ciò che si è appena detto, dal filo conduttore dell'argomentazione giuridica. L'argomentazione giuridica costituisce, senza dubbio, il perno sul quale la visione complessiva del diritto di Aurelio Gentili si incardina»<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. IUDICA e P. ZATTI, Giuffrè, Milano, 2013, pp. XVII-586.

<sup>2</sup> Per ricordare alcuni atenei: Milano Statale, Roma Tre, Firenze, Genova, Venezia.

<sup>3</sup> Tra le riviste da cui è stata ripresa una parte dei contributi editi in questo libro si ricordano: «Diritto&Questioni pubbliche»; «Rivista di filosofia del diritto»; «Ricerche giuridiche».

<sup>4</sup> V. VELLUZZI, *Introduzione a Su Aurelio Gentili, Il diritto come discorso*, in «Diritto&Questioni pubbliche», 14, 2014, p. 167.

L'argomentazione giuridica è, dunque, la prospettiva dalla quale la teoria delle fonti, il ruolo della scienza giuridica, le posizioni giuridiche soggettive e talune dinamiche processuali vengono esaminate. Si badi bene: l'argomentazione giuridica non costituisce, per Aurelio Gentili, semplicemente una prospettiva possibile, ma essa è, tra le prospettive d'indagine adottabili, la più feconda. Proprio grazie all'argomentazione giuridica, infatti, si possono cogliere efficacemente sia gli aspetti caratteristici di ciò che si indaga, sia gli atteggiamenti dei giuristi (di qualsiasi estrazione disciplinare). A tal proposito, ha chiarito opportunamente Guido Alpa che «la linea seguita da Gentili (...) è originale perché egli usa l'analisi dell'argomentazione per molteplici scopi ulteriori: non è l'arte dell'argomentazione in sé che esaurisce la sua ricerca (...) ma è l'uso dell'argomentazione nei suoi diversi contesti, che forma il nucleo del suo pensiero»<sup>5</sup>.

Quanto si è appena detto, conduce senza soluzione di continuità al metodo (anch'esso oggetto di riflessione in molti scritti riportati in questo libro) praticato ne *Il diritto come discorso*. Riguardo al metodo vale la pena segnalare due questioni: l'attenzione prestata da Aurelio Gentili alla filosofia del diritto, specie a quella di impronta analitica<sup>6</sup>; l'assenza di una organica riflessione intorno al metodo a vantaggio dell'applicazione di un metodo riconoscibile e «considerato adeguato per dar conto dell'opera, del ruolo del giurista (senza particolari caratterizzazioni settoriali) e per esaminare criticamente la giurisprudenza, muovendo, appunto, da una concezione del diritto come discorso»<sup>7</sup>. Ciò spiega il necessario intreccio tra filosofia del diritto (soprattutto analitica) e studio del diritto positivo: il diritto positivo vive e si forma (anche) attraverso i discorsi degli interpreti, la comprensione (e la critica) del diritto positivo passano inevitabilmente attraverso l'analisi di questi discorsi e per compiere l'analisi bisogna dotarsi degli strumenti adatti<sup>8</sup>.

Ripercorsi, seppur in estrema sintesi, alcuni profili de *Il diritto come discorso*, è opportuno concludere questa breve introduzione illustrando la struttura (semplice) di questo libro.

Il volume contiene ventuno scritti ed è diviso in due parti. La prima

<sup>5</sup> G. ALPA, *Introduzione* ad A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, cit., p. VI.

<sup>6</sup> Non a caso tra gli autori che hanno contribuito a questo volume figurano Pierluigi Chiassoni, Paolo Comanducci, Riccardo Guastini, Mario Jori, Claudio Luzzati e Silvia Zorzetto. Il dialogo di Aurelio Gentili con la filosofia del diritto non si limita all'ambito analitico, come testimonia, per esempio, la presenza in questo libro del saggio di Maurizio Manzin.

<sup>7</sup> V. VELLUZZI, *Introduzione a Su Aurelio Gentili, Il diritto come discorso*, cit., p. 168.

<sup>8</sup> Scrive Aurelio Gentili alle pp. 494-495 di voler proporre un'indagine che faccia della mancanza di fondamenti il proprio metodo e non il proprio problema.

---

parte (intitolata: «Saggi») è composta da quattordici contributi; la seconda parte (intitolata: «Interventi») è composta da sette contributi. In ciascuna parte, i lavori sono disposti in ordine alfabetico. Nella prima parte sono stati collocati gli scritti che per stile e organizzazione interna (non necessariamente per lunghezza) possono agevolmente essere catalogati come saggi. Nella seconda parte sono stati collocati gli scritti che hanno mantenuto uno stile più discorsivo, oppure un'articolazione interna agile e maggiormente fedele al modello dell'intervento. Alla ripartizione proposta non è sottesa alcuna valutazione dei contenuti (tutti, peraltro, di livello elevato). Suddividere il libro in due parti, serve soltanto a evitare che il lettore compia un percorso disomogeneo intervallando generi letterari differenti.

Il libro di Aurelio Gentili *Il diritto come discorso* merita di essere letto e riletto, leggerlo e rileggerlo sulla scorta delle approfondite riflessioni che su di esso sono state compiute è, di certo, ancora più proficuo.

Vito Velluzzi

PARTE PRIMA

SAGGI

# L'ARGOMENTAZIONE NEL DISCORSO DEI GIURISTI\*

*Francesco Astone*

SOMMARIO: 1. Argomentazione e fonti del diritto. – 2. L'elencazione delle fonti del diritto e la necessità di un suo superamento. – 3. L'argomentazione, i suoi diversi modi di operare, l'interpretazione. – 4. Argomentazione e rinnovamento del sistema giuridico.

## 1. *Argomentazione e fonti del diritto*

La posizione espressa da Aurelio Gentili sul tema dell'argomentazione è assolutamente univoca: i discorsi sull'argomentazione appartengono al tema delle fonti del diritto, l'argomentazione deve collocarsi tra queste ed anzi occupa un ruolo prioritario rispetto alle altre<sup>1</sup>. In particolare, muovendo dalla distinzione – ormai pacificamente accolta – tra la disposizione (l'enunciato legale) e la norma (il significato deontico), si arriva facilmente a constatare che «le fonti statali di produzione sono in realtà soltanto fonti di produzione di enunciati, non di norme». Dunque, il legislatore può controllare unicamente «la produzione dei testi normativi», mentre «controllare la produzione delle norme gli è addirittura impossi-

\* Il testo riproduce il testo dell'intervento svolto in occasione della presentazione del libro di Aurelio Gentili *Il diritto come discorso*, nel *Trattato di Diritto Privato* diretto da G. Alpa e P. Zatti, Giuffrè, Milano, 2013, tenuta all'Università di Milano, per iniziativa della Scuola di Dottorato in Scienze Giuridiche, il 16 maggio 2013. Ringrazio ancora gli organizzatori, ed in particolare il Collega Vito Velluzzi, per avermi coinvolto nell'iniziativa.

<sup>1</sup> Nel contesto di una di una raccolta ricchissima per temi e contenuto, il discorso svolto in questa sede si riferisce unicamente al primo dei saggi presentati al lettore e precisamente a *L'argomentazione nel sistema delle fonti* (pp. 3-27), già apparso in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, pp. 471 ss. Il percorso seguito dall'Autore muove dalla constatazione dell'attuale più comune modo di sentire («alle soglie del secolo XXI sembra consolidata la convinzione che l'argomentazione quanto alla decisione possa solo concorrere, e quanto alla produzione non possa neppure questo. Che, insomma, possa intervenire nella produzione di diritto soggettivo, ma non di diritto oggettivo»), per formulare una prima ipotesi 'debole' sul ruolo dell'argomentazione nella produzione normativa, fondata sulla discrezionalità della giurisprudenza, sulla possibilità, che il sistema le riconosce, di propendere per l'applicazione di norme senza disposizione rispetto a quelle scritte precostituite nonchè di chiarire e completare con l'interpretazione il diritto scritto di cui fa applicazione (pp. 6-10). All'ipotesi 'debole' ne segue una seconda 'forte', sul ruolo dell'argomentazione fondata sulla contrapposizione tra disposizione e norma, di cui si riferisce nel testo (pp. 11 e 14), e una terza, 'fortissima', che è quella che qui in particolare interessa (pp. 22-24).

## IL DIRITTO COME DISCORSO LAICO\*

*Angelo Barba*

SOMMARIO: 1. Per un nuovo realismo giuridico. – 2. Concezione comunicativa dell'ordinamento giuridico ed incertezza soggettiva. – 3. Il discorso giuridico tra problema e sistema. – 4. La costruzione del sillogismo giudiziario. – 5. La laicità del discorso giuridico.

### 1. *Per un nuovo realismo giuridico*

La mia breve riflessione sul libro di A.G. *Il diritto come discorso* tenta, o forse si illude, di rintracciare il senso culturale complessivo della raccolta di saggi attraverso la meditazione di uno di essi, quello che mi è parso esprimere in maniera più compiuta ed efficace l'insegnamento che la personale riflessione ha ritenuto di poter trarre: essere la soluzione del caso concreto l'unica funzione dell'impegno epistemologico che costruisce e, nello stesso tempo, delimita l'esperienza giuridica.

L'argomentazione giuridica riceve e ricostruisce la realtà: è costitutiva dell'unica esperienza possibile per il diritto. L'esperienza giuridica dissolve l'ontologia nell'epistemologia, l'essere nel sapere, mediante la validità e la coerenza della soluzione normativa ricostruita dall'interprete.

Il diritto dispone di uno statuto epistemologico che si risolve, da un lato, nelle condizioni di validità delle norme che autorizzano l'emersione – se si preferisce, la rilevanza – dei fatti nel giuridico e, dall'altro, nelle condizioni che assicurano la razionalità dell'argomentazione che giustifica la concreta soluzione del singolo caso. La norma traduce il fatto in fattispecie e quest'ultima, affidata alla razionalità dell'argomentazione, seleziona la realtà giuridica.

Dunque il diritto esiste solo come discorso in cui si fondono, in un'unità epistemologica (dogmatica) indissolubile, una componente normativa ed una componente critica.

Se la norma perdesse la fattispecie, un'ipotesi che oggi, anche per il lettore è doveroso formulare, si modificherebbe lo statuto epistemologico del diritto nel senso di un'accresciuta discrezionalità argomentativa

\* Annette Zimmermann zum Gedächtnis gewidmet.

## IL DIRITTO COME DISCORSO?

*Andrea Belvedere*

SOMMARIO: 1. Dalle fonti al diritto: il ruolo reciproco di legislatore e interprete. –  
2. I vincoli all'argomentazione imposti dalle leggi sull'interpretazione.

### 1. *Dalle fonti al diritto: il ruolo reciproco di legislatore e interprete*

Prima di entrare nel merito della discussione desidero ringraziare gli organizzatori di questo incontro per avermi invitato; ciò mi consente di discutere del libro di Aurelio Gentili, e anche in questo modo esprimergli il mio ringraziamento per avermi inviato il volume, con una affettuosa dedica, all'indomani della sua pubblicazione. Gentili è uno studioso capace di trattare, con uguale competenza, i temi della teoria generale del diritto e quelli più propri della civilistica (simulazione, validità, fiducia, risoluzione e così via), ed è inoltre un importante avvocato; è quindi un giurista a tutt'ondo, come, del resto, dal libro si capisce benissimo.

Intitolando il libro *Il diritto come discorso*, sicuramente l'Autore non intendeva banalmente dire che il diritto è oggetto di discorsi, o che può costituire oggetto di un discorso; forse ci si avvicina un po' di più al significato del titolo se si pensa al diritto come al risultato, l'esito di un discorso, ma solo con l'avvertenza di notare che il discorso giuridico è per Gentili un discorso che non può mai raggiungere la sicurezza, la stabilità, la generalità, di un risultato definitivo. Può quindi considerarsi un discorso «aperto», cioè passibile di molteplici esiti<sup>1</sup>. Il discorso di cui parla Gentili è un discorso valutativo che formula *regulae iuris* sulla base di interessi e di valori che propone e difende, e di cui persegue anche una condivisione, non attraverso una persuasione emotiva o retorica<sup>2</sup>,

<sup>1</sup> Ma non di qualsiasi esito; cfr. quanto dice, a proposito dei testi, U. ECO, *I limiti della interpretazione*, La Nave di Teseo Editore, Milano, 1990, p. 107. Qui si sta parlando non di un testo da interpretare, ma di un discorso interpretativo-argomentativo, tuttavia è chiaro che l'«apertura» di un simile discorso è strettamente correlata a quella dei testi (o discorsi) che ne costituiscono l'oggetto.

<sup>2</sup> Cfr. il riferimento critico a Perelman, in *Retorica e teorie della prova nel processo civile*, in A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 580. [Anche nel prosieguo delle note le citazioni dei saggi di Aurelio Gentili faranno riferimento alla loro collocazione nel volume sopra citato].

IL DIRITTO COME DISCORSO  
E LA FUNZIONE DIMOSTRATIVA DELLA PROVA  
A PROPOSITO DEL LIBRO DI AURELIO GENTILI\*

*Antonio Carratta*

SOMMARIO: 1. Rilevanza dell'«argomentazione» in qualsiasi sistema probatorio. – 2. Impossibilità di avere una prova effettivamente «dimostrativa». – 3. Razionalità anche della prova «argomentativa». – 4. «Dimostrazione» *vs.* «persuasione». – 5. Razionalità della prova giudiziale e controllo esterno della decisione. – 6. L'irrinunciabile funzione «conoscitiva» della prova.

1. *Rilevanza dell'«argomentazione» in qualsiasi sistema probatorio*

Del bel libro di Aurelio Gentili mi limito a prendere in considerazione, in questa sede, la parte dedicata al valore della prova nel processo, inserita nella sezione significativamente intitolata «Argomentazione e processo».

In proposito, tre sono i profili che mi sono sembrati particolarmente significativi del ragionamento seguito dall'Autore e sui quali vorrei soffermarmi in questa sede.

Il primo profilo attiene a quella che potremmo convenzionalmente definire *imprescindibilità dell'«argomentazione» in qualsiasi sistema probatorio*.

Osserva Gentili come l'«argomentazione», o per meglio dire la funzione argomentativa della prova nel processo, inevitabilmente riemerge anche nei moderni sistemi processuali, pure prevalentemente ispirati alla teoria dimostrativa della prova. E questo – come sottolinea l'Autore – «meno per infedeltà, e più per l'impossibilità di fare altrimenti»<sup>1</sup>. Infatti, sebbene comunemente si sostenga che, dopo l'illuminismo, la teoria argomentativa della prova abbia sostanzialmente ceduto il passo a quella dimostrativa, così non pare essere per Gentili, in quanto anche le c.d. teorie dimostrative sarebbero «in realtà teorie argomentative».

Credo che su quest'affermazione si possa agevolmente convenire.

\* Testo della relazione tenuta all'Università Roma tre il 22 novembre 2013, in occasione della presentazione del libro di A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, Giuffrè, Milano, 2013.

<sup>1</sup> GENTILI, *Il diritto come discorso*, cit., p. 550. Nel libro, peraltro, viene ripreso quanto già sostenuto dall'A. nel saggio *Retorica e teorie della prova nel processo civile*, in *Retorica e deontologia forense*, a cura di MANZIN e MORO, Milano, 2010, pp. 107 ss.

## SUL «DIRITTO COME DISCORSO»\*

*Donato Carusi*

SOMMARIO: 1. Una «scienza strategica». – 2. Parole, parole, parole? – 3. Le parole della legge. – 4. Atti di destinazione e crisi della comunicazione. – 5. Chi comanda?

### 1. *Una «scienza strategica»*

Il dato legislativo, al cui significato stanchi modelli pedagogici vorrebbero si guardi come ad indiscutibile verità, è muto finché qualcuno non lo interpreti<sup>1</sup>. La produzione della regola giuridica è un processo argomentativo intrinsecamente aperto: ciò che tutti noi facciamo e abbiamo sempre fatto come praticanti la scienza giuridica ai diversi livelli quantitativi «generale» – della dottrina – o «particolare» – dell'esercizio forense – è addurre la pertinenza al problema posto di determinate disposizioni; attendere dai nostri interlocutori, dentro o fuori dalle sedi processuali, argomenti che confutino l'attinenza di quelle disposizioni, o che attestino l'attinenza anche di disposizioni ulteriori<sup>2</sup>; costruire insomma dal basso – come si fa per ogni costruzione – la risposta alla questione, e con essa un frammento di sistema o l'ipotesi di un frammento di sistema, che sta in piedi fino a quando non siano addotte ragioni sufficienti per giustificare una risposta diversa.

Una scienza descrittiva non può essere scienza del diritto, perché non possiede la «dimensione della validità». La giurisprudenza in senso lato è «prescrittiva» e «strategica» – vale a dire che vi si esprimono e soppesano interessi. Ciò non contraddice al suo statuto di scienza: scientificità non essendo, come in genere si crede, sinonimo di mera descrittività<sup>3</sup>, bensì di «validità intersoggettiva». Alla stessa controversia

\* Testo pubblicato in *Riv. crit. dir. priv.*, 2015, pp. 149 ss.

<sup>1</sup> Cfr. A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, in *Tratt. dir. priv.* a cura di G. IUDICA e P. ZATTI, Giuffrè, Milano, 2013, ad es. p. 6, ove si legge di «impossibilità logica che la norma preesista all'interpretazione», o p. 489: «il giudice [...] non constata affatto il senso della legge, né potrebbe, perché un significato non è un dato».

<sup>2</sup> Ivi, specialmente pp. 175 ss.

<sup>3</sup> Cfr. ivi, a p. 499, il richiamo a Popper e al «falsificazionismo».

DIRITTO, ARGOMENTAZIONE, DECISIONE GIUSTA:  
IN MARGINE ALLA CIVILISTICA ANALITICA  
DI AURELIO GENTILI

*Pierluigi Chiassoni*

Da principio, nel diritto non esistono che disposizioni e pretese.

A. GENTILI

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

1. *Premessa: una filosofia del diritto “da giurista”*

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

1.1. *Tipo e metodo d’indagine*

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

<sup>1</sup> A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, Giuffrè, Milano, 2013, pp. XVII-586.

<sup>2</sup> N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Comunità, Milano, 1965, pp. 37-51, alle pp. 43-46.

## TRA REALISMO ANALITICO E ALTA DOGMATICA\*

*Paolo Comanducci*

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

Giurista colto, perché padroneggia in modo invidiabile i classici della cultura giuridica, sia quelli del passato – specie degli ultimi due secoli – sia quelli contemporanei. Mostra dimestichezza con la migliore dottrina giuridica – non solo quella civilistica ma anche quelle pubblicistica e processualistica –, e allo stesso modo con la più interessante teoria giuridica, anglosassone e continentale. È certamente lettore curioso e informato, che cita letteratura recentissima e talvolta ancora ignota agli stessi specialisti: confesso che anch'io ho preso nota di certe opere di filosofia del diritto da lui citate, per andarmele a vedere. Sorprendenti sono le sue conoscenze di filosofia del linguaggio, ancor più nel panorama dei giuristi italiani, ai quali l'iper-specializzazione spesso impedisce di visitare gli orticelli altrui, specie se collocati fuori dello scibile giuridico.

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

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

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

\* A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. IUDICA e P. ZATTI, Giuffrè, Milano, 2013, pp. XVII-586. Questa recensione riprende un mio intervento svolto al “VIII Congresso giuridico-forense per l'aggiornamento professionale”, Roma, 16 marzo 2013.

IL DIRITTO COME DISCORSO  
UNA RIFLESSIONE COMPARATIVA  
SULLO STILE DEL GIURISTA

*Silvia Ferreri*

SOMMARIO: 1. *Law and literature* nel mondo anglo-americano. La rivincita della retorica. – 2. I limiti dell'interpretazione. – 3. La lingua.

1. *Law and literature nel mondo anglo-americano.*  
*La rivincita della retorica*

Parto dalla premessa che considero il lavoro di Aurelio Gentili alquanto in controtendenza: in un'epoca in cui contano molto gli *slogans*, le formule ideate dai grandi comunicatori, efficaci da memorizzare, ma scarse di contenuti, il libro di A. Gentili provoca la riflessione, rivaluta il ragionamento. Qualunque indulgenza a soluzioni sbrigative è esclusa in partenza. Il libro non si sfoglia, ma si legge.

A prima vista il titolo evoca la corrente di pensiero (*Law and Literature*) collegata a «*The Legal Imagination*» di James Boyd White<sup>1</sup>, originariamente apparso nel 1973. Un movimento quindi da tempo radicato all'estero.

Siolge inizialmente il pensiero ad un orientamento, diventato popolare più tardi anche in Italia<sup>2</sup>, che guarda al diritto da un punto di vista di critica letteraria, di analisi della struttura linguistica, di apprezzamento anche estetico dello stile<sup>3</sup>.

Diversi colleghi americani insistono nei loro corsi universitari sulla *dimensione narrativa* del diritto<sup>4</sup>, sul ruolo della retorica nella presenta-

<sup>1</sup> J. BOYD WHITE, *The Legal Imagination*, The University of Chicago Press, Chicago, 1985.

<sup>2</sup> F. DI DONATO, *La costruzione giudiziaria del fatto. Il ruolo della narrazione nel "processo"*, Franco Angeli, Milano, 2008.

<sup>3</sup> R.A. POSNER, *Law and Literature: A Misunderstood Relationship*, Harvard University Press, Cambridge, 1988; S. LEVINSON, *The Rhetoric of the Judicial Opinion*, in *Laws Stories: Narrative and Rhetoric in the Law*, a cura di P. BROOKS e P. GEWIRTZ, Yale University Press, New Haven, 1996, p. 187.

<sup>4</sup> In D. LUBAN, *Legal Modernism*, The University of Michigan Press, Ann Arbor, 1997, «argues that only by weaving together the *broken narrative* and forgotten voices of history's victims can we come to appreciate the nature of justice in modern society. Calling a trial the *embodiment of the law's self-criticism*, Luban demonstrates the *centrality of narrative* by analyzing the trial of

# IL DIRITTO COME DISCORSO DI AURELIO GENTILI\*

Paolo Gaggero

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

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

*Il diritto come discorso* (Giuffré, 2013) è un'opera di Aurelio Gentili che lascia emergere due caratteristiche costanti della produzione letteraria dell'A. Quanto alla prima, dal punto di vista formale, ma qui la forma è già sostanza, si fa notare un'invidiabile chiarezza dell'esposizione del pensiero, che non solo è sempre perfettamente intelligibile, ma riflesso da pagine che non lasciano mai il lettore da solo, a confrontarsi con interrogativi che dipendano da carenze argomentative o, peggio, da salti logici da colmare.

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

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

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

## IN MARGINE AD UN LIBRO DI AURELIO GENTILI

*Riccardo Guastini*

SOMMARIO: 1. Positivismo giuridico. – 2. Validità. – 3. Scienza giuridica.

Aurelio Gentili, insigne civilista, raccoglie venti saggi di teoria del diritto sotto il titolo (molto accattivante per chi scrive): *Il diritto come discorso*<sup>1</sup>. Il libro si distingue per due tratti caratteristici.

Per un verso, si iscrive, fin dal titolo, nell'orizzonte teorico della filosofia analitica del diritto. Intendo quel modo di vedere secondo il quale, per l'appunto, il diritto altro non è che un discorso.

Per un altro verso, è pervaso da una teoria dell'interpretazione di orientamento decisamente realistico. Intendo quel modo di vedere (caratteristico del realismo giuridico americano e... "genovese") secondo il quale il diritto è fatto, in ultima analisi, dagli interpreti.

Poiché condivido lo sfondo teorico del libro di Gentili, nel seguito, mi limito a formulare alcune osservazioni marginali.

### 1. *Positivismismo giuridico*

L'intero libro di Gentili, si può dire, è percorso da una dura polemica contro il "positivismo giuridico". Ma in che senso esattamente Gentili usa questa espressione?

Circa cinquant'anni fa Norberto Bobbio ci ha consegnato l'importante distinzione fra tre tipi di positivismo giuridico, o forse, più semplicemente, fra tre accezioni dell'espressione:

(i) il positivismo giuridico inteso come approccio scientifico, a-valutativo, spassionato al diritto (nella tradizione di Bentham e Austin: un conto è accertare il diritto quale è, un altro conto è decidere quale dev'essere, diceva Bentham; il diritto è una cosa, il suo merito o demerito è altra cosa, diceva Austin);

<sup>1</sup> A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, Giuffrè, Milano, 2013. I riferimenti a questo volume sono nel testo, con la semplice indicazione dei numeri di pagina.

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

*Mario Jori*

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

Il libro di Gentili, *Il diritto come discorso*<sup>1</sup>, 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 la 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 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 mio 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.

<sup>1</sup> Giuffrè, Milano, 2013.

## CERCANDO DI DIMENTICARE SAVIGNY

*Claudio Luzzati*

SOMMARIO: 0. Premessa. – 1. La critica alla concezione tradizionale. – 2. Contro il “libertinaggio argomentativo”. – 3. Una modesta proposta.

### 0. Premessa

Il libro che siamo chiamati a commentare è un libro che merita grande attenzione sia per i contenuti sia per il brio e la spregiudicatezza dell'esposizione. Pur essendo una raccolta di scritti, il volume raggiunge una considerevole unità tematica incentrata sull'argomentazione dei giuristi, cioè, diremmo noi analitici, sulla pragmatica<sup>1</sup>.

Aurelio Gentili è uno scrittore molto efficace e pieno di *wit*, sempre in agguato per sorprenderti con le sue battute mordaci, sempre curioso e pronto a percorrere la strada inconsueta delle verità scomode. I cambiamenti di scenario sono repentini. Non dice mai quel che ti aspetteresti che dicesse. Almeno non quel che ti aspetteresti da un civilista. Basterebbe ricordare l'idea ricorrente che se bastasse il buonsenso il diritto non sarebbe mai stato inventato<sup>2</sup>; o l'incipit bruciante di uno dei saggi qui raccolti: «È stato detto che le parole servono a nascondere il pensiero. Che i concetti servano a farne a meno?»<sup>3</sup>. O si pensi infine all'osservazione dissacrante sulle difficoltà di cambiare cultura, e gabbana, dove riprende il *Salammbô* di Flaubert per dirci che ai civilisti rischia di capitare quel che capitò ai «pacifici sacerdoti di Thanit, dal manto azzurro ed eunuchi, che nel crollo di Cartagine per salvarsi si volsero ai culti dei sacerdoti guerrieri di Baal, dal mantello rosso e dai riti fallici: mutarono il manto; ma non poterono cambiare il resto»<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, Giuffrè, Milano, 2013. Una precedente versione di questo scritto è stata presentata a un convegno sul volume organizzato da Roma Tre il 22 novembre 2013.

<sup>2</sup> Ivi, p. 439: «C'è indubbiamente molto buon senso nella maggior parte delle sentenze sull'abuso del diritto. Non in tutte però. E comunque, anche alle altre il giurista positivista potrebbe ben obiettare che se valesse il buon senso il diritto non sarebbe stato inventato». V. anche p. 517.

<sup>3</sup> *I concetti nel diritto privato europeo*, ivi, pp. 227 ss. Il saggio era destinato agli Atti del Convegno Sisdic di Capri del 16-18 aprile 2009.

<sup>4</sup> A. GENTILI, *op. cit.*, pp. 132-133.

IN MARGINE A UN TESTO ESPLICITO  
FRAMMENTI DI UNA LETTURA FILOSOFICO-GIURIDICA  
DEL SAGGIO DI A. GENTILI, *IL DIRITTO COME DISCORSO*

*Maurizio Manzin*

SOMMARIO: 1. Il libro e il suo Autore. – 2. La questione linguistica. – 3. La questione interpretativa. – 4. La questione argomentativa. – 5. Conclusione.

1. *Il libro e il suo Autore*

La singolarità del mio incontro con l'Autore di *Il diritto come discorso* impone qualche precisazione di natura autobiografica. Ho conosciuto Aurelio Gentili nell'ambito di quell'iniziativa che ogni anno si organizza presso la Facoltà giuridica di Trento: le *Giornate Tridentine di Retorica*, nella quale si affrontano temi legati al ragionamento giuridico in generale, e a quello processuale in specie<sup>1</sup>. È un'occasione in cui si confrontano studiosi di teoria del diritto, specialisti della dottrina e autorevoli operatori legali (magistrati, avvocati, notai). Ma in cui, soprattutto, si confrontano temperamenti filosofici diversi: alcuni di matrice più «continentale», altri di matrice chiaramente «analitica». In questo senso, l'incontro con Aurelio è stato anche – al di là della reciproca amicizia che si è subito instaurata – incontro di uno studioso d'impostazione analitica attento a temi ed autori continentali (lui), con un collega d'impronta continentale assai curioso verso temi ed autori analitici (io). A coronare questa convergenza, una serie di *topics* in comune: la metodologia giuridica, l'argomentazione, il ragionamento giudiziale, la deontologia professionale. Gli ingredienti per un sodalizio scientifico, insomma, c'erano tutti.

Voglio dire subito che il libro di cui qui si discute è, innanzitutto ma non banalmente, un libro che *si legge bene*, scorrevole, a tratti avvincente. Con penna felice, l'Autore espone le sue tesi sulla discorsività del diritto (sostanzialmente, una tesi o plesso di tesi per ogni capitolo) in modo diretto, conducendo il lettore al nocciolo dei problemi, senza girarci attorno. Ed è anche un libro *coraggioso*, perché presenta ai suoi primi destinatari – gli studenti di giurisprudenza – un panorama solitamente disatteso

<sup>1</sup> Le «Giornate Tridentine di Retorica» costituiscono una delle principali attività scientifiche del CERMEG - Centro di Ricerche sulla Metodologia Giuridica (cfr. [www.cermeg.it](http://www.cermeg.it)).

# DIRITTO, ARGOMENTAZIONE E RAZIONALITÀ

*Silvia Zorzetto*

SOMMARIO: 1. Il concetto di diritto come artefatto linguistico. – 2. L'argomentazione quale fonte formale di diritto oggettivo. – 3. Il diritto come discorso pratico razionale. – 4. La teoria dell'interpretazione giuridica nell'ottica della pretesa.

## 1. *Il concetto di diritto come artefatto linguistico*

Anzitutto, voglio ringraziare la prof.ssa Camardi per l'invito e il prof. Gentili e chi mi ha preceduto per questa possibilità di confronto e discussione.

Non me ne vorranno se per rompere il ghiaccio e il mio personale imbarazzo ricordo che dieci anni fa, studentessa della facoltà di economia in questo ateneo, cominciai ad avvicinarmi al diritto e alla teoria generale del diritto frequentando alcune delle prime lezioni di questo dottorato di ricerca e leggendo alcuni saggi del prof. Gentili consigliati dai dottorandi di allora.

Come si evince già dal titolo del Seminario (mi riferisco al punto di domanda finale), non siamo qui per festeggiare la pubblicazione di un libro e, del resto, è più che ovvio che non avrei titolo alcuno per profondermi in apprezzamenti ed elogi nei confronti degli scritti di un Maestro. Entrerò quindi subito nel merito del tema del Seminario.

Ci viene proposta una discussione «*a partire dal libro di Aurelio Gentili, Il diritto come discorso*» con lo scopo dichiarato di tentare di rispondere, assieme all'Autore, a una domanda, o meglio, a una serie di domande.

Dobbiamo concepire «*il diritto come discorso*» o possiamo fare a meno di considerarlo, a qualsiasi titolo, come tale? È o non è opportuno seguire l'una o l'altra via e perché? Ammesso sia possibile e opportuno, a quali condizioni e in quale modo ha senso ed è bene trattare il diritto come discorso? E che tipo di discorso è e quali caratteristiche esso ha?

Siamo di fronte a una serie di domande eminentemente filosofiche; di quelle che, per intenderci, normalmente spiacciono a chi vuol essere concreto, danno forte senso di vertigine a chi ha minima consapevolezza di ciò di cui si parla e rischiano facilmente di sfociare in un dialogo

## PARTE SECONDA

### INTERVENTI



## IL DIRITTO COME DISCORSO A CONFRONTO CON LE TRATTAZIONI DEI COMPARATISTI\*

*Andrea Fusaro*

1. In molti saggi raccolti in questo libro, il docente di Sistemi giuridici comparati trova temi familiari e prospettive comuni, a fianco di altre divaricate; dalle une come dalle altre si raccolgono stimoli. Insomma, è qui offerta una riflessione che appare in sintonia con la mentalità e gli interessi del comparatista<sup>1</sup>.

La sistemologia giuridica è etichetta estranea al linguaggio comune e di incerta collocazione all'interno del lessico specialistico, nondimeno impiegata da parecchi comparatisti per indicare lo studio della fisionomia e delle vicende degli ordinamenti giuridici<sup>2</sup>. La loro analisi in prospettiva comparatistica dedica ampio spazio alle fonti<sup>3</sup>, tentandone il censimento ed indagandone il concreto atteggiarsi, l'effettivo peso rispettivamente rivestito.

Rispetto a tale prospettiva lo stesso titolo segnala la rilevanza del libro, che propone un certo tipo di inquadramento del diritto, appunto come discorso. La condivisione di interessi con la macro-comparazione emerge sin dal saggio di apertura, laddove si riflette sul ruolo dell'argomentazione nella produzione di diritto oggettivo, ma ritorna anche in molti altri.

\* Testo dell'intervento alla presentazione del volume di Aurelio Gentili, *Il Diritto come discorso* edito da Giuffrè, del 26 settembre 2014 all'Università di Genova.

<sup>1</sup> L'analisi del dialogo tra comparatisti e civilisti è tema senz'altro interessante per la storia della cultura giuridica italiana. Esso ha iniziato ad essere affrontato da M. GRAZIADEI, *Diritto civile e comparazione giuridica*, inserito nel volume curato da P. PERLINGIERI - A. TARTAGLIA POLCINI, *Novecento giuridico: I civilisti*, Napoli, 2013, pp. 317 ss.

<sup>2</sup> Tra i principali manuali si segnalano G. AJANI - B. PASA, *Diritto comparato - Casi e materiali*, Giappichelli, Torino, 2013; V. BARSOTTI - V. VARANO, *La tradizione giuridica occidentale*. Volume I. *Testo e materiali per un confronto civil law common law*, Giappichelli, Torino, 2014; A. GAMBARO - R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, Utet, Torino, 2009; A. GUARNERI, *Lineamenti di diritto comparato*, Cedam, PAdova, 2016; G.B. PORTALE, *Introduzione ai sistemi giuridici comparati*, estratto da *Lezioni di Diritto privato comparato*, Giappichelli, Torino, 2011; K. ZWEIFERT e H. KOTZ, *Introduzione al diritto comparato*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1992.

<sup>3</sup> Si segnala l'autorevole trattazione di G. PARODI, *Le fonti del diritto. Linee evolutive*, volume del Trattato di diritto civile e commerciale già diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni e continuato da P. Schlesinger, Giuffrè, Milano, 2012.

## IL VOLUME LETTO DA UN PRATICO DEL DIRITTO\*

*Ernesto Lupo*

SOMMARIO: 1. La concezione del diritto secondo Gentili. – 2. L'argomentazione giuridica. – 3. Razionalità della argomentazione, scelte di valore dell'interprete e precedenti giudiziari. – 4. Argomentazione e prova. – 5. Conclusioni.

### 1. *La concezione del diritto secondo Gentili*

Il volume di Aurelio Gentili contiene una raccolta di diciannove saggi che toccano argomenti diversi, raggruppati in quattro parti ed unificati dalla problematica della *argomentazione*, che viene considerata dallo studioso in relazione alla teoria delle fonti, alla scienza giuridica, ai diritti soggettivi, al processo. I temi oggetto dei saggi sono di diritto privato (sostanziale e processuale), in coerenza con la collana in cui il volume è inserito (*Trattato di diritto privato* a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti); diversi di essi concernono istituti specifici delle dette materie (come la *retroattività delle leggi civili*, la *consuetudine nel diritto civile*, il *contraddittorio* e la *prova nel processo civile*). Ma l'opera, a mio avviso, è essenzialmente di filosofia del diritto. L'A. compie raffinate e colte indagini sul significato, la funzione, la struttura del diritto e, soprattutto, sulla sua *interpretazione*. Essa, quindi, è di utile conoscenza per il giurista in generale, anche se di settori diversi dal diritto privato.

La lettura del volume che ho fatto è quella di un pratico del diritto, saggiandone alcune delle opinioni espresse con l'esperienza giudiziaria di quasi mezzo secolo, metà della quale svoltasi nella Corte di cassazione, in cui il lavoro interpretativo delle leggi ed il ruolo che in esso svolge l'argomentazione giuridica sono una costante quotidiana.

La tesi fondamentale di Aurelio Gentili si può desumere già dal titolo: il diritto non è costituito dall'ordinamento, inteso come un *ordo ordinatus* che preesiste alla interpretazione, ma dal «discorso» del giurista che crea il diritto. Estraggo qualche significativa affermazione: *Il diritto è un discorso sui fatti dal punto di vista del dover essere* (p. 90); *caduta la*

\* Testo della presentazione del libro di A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, tenuta all'Università di Roma Tre il 22 novembre 2013.

# INTORNO AL DIRITTO COME DISCORSO

*Marcello Mancuso*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La Codificazione. – 3. L'Argomentazione. – 4. I nuovi strumenti. – 5. Conclusione.

## 1. *Introduzione*

Se si deve parlare del discorso di un altro, e quel discorso è prodotto di profonda riflessione e di abilità dialettica, non rimane tanto da fare.

Migliorarlo non si può, criticarlo neanche, e si cederebbe alla tentazione di parlare di tutt'altro, per fuggire un confronto.

E non vi sarebbe nulla da confrontare, ma solo spunti di dialogo e di arricchimento. Come ho già detto quando ci incontrammo ad Enna per parlare del libro del nostro Autore, per me qui c'è saggezza, nel senso che vi ho trovato spunti importanti per la mia personale ricerca, e non una compilazione di regole ed opinioni o peggio ancora una *checklist* tecnica.

La ricerca di ciascuno si fa nel tempo, imboccando alcuni di molteplici bivi; e poiché nelle nostre menti mi immagino che un tal processo generi una meravigliosa struttura, simile ad un albero ramificato, penso che non mi resti qui che dire quali di quei rami ho trovato familiari, e poi percorrerli per vedere dove mi portano, un ramo dopo l'altro.

Spero con questo di far cosa gradita, perché quando ad una voce forte e sonora si affianchi un'altra, magari non altrettanto profonda, ma che abbia il buon senso di appoggiarsi alla prima e discostarsene solo per creare un giusto accordo, o una sorprendente dissonanza, l'insieme può risultare una musica gradevole.

## 2. *La Codificazione*

Mi ha molto ispirato quanto si dice nel libro a proposito del rapporto tra norma formale, interpretazione ed argomentazione, e di quali contraddizioni si generino ragionando su questi temi.

Queste contraddizioni hanno segnato la storia dei popoli, ma anche quella di ciascuno di noi, studiosi del diritto.

## STILE DI UN GIURISTA\*

Arturo Maniaci

SOMMARIO: 0. Premessa. – 1. Struttura formale. – 2. Struttura argomentativa. – 3. Tropi e figure retoriche. – 4. La *sphraghis*.

### 0. Premessa

Un apoftegma suona più o meno così: «una persona diventa famosa quando si trasforma in aggettivo»<sup>1</sup>.

Di “gentiliano”, oggi, abbiamo quantomeno lo stile<sup>2</sup>.

La cifra stilistica di Aurelio Gentili (in séguito, “A.G.” ovvero “Autore”) si evidenzia, infatti, dalla prima lettura, una componente essenziale dell’opera<sup>3</sup> e si caratterizza per essere originale, dalla forte impronta personale, anticonvenzionale, antiaccademica, mai prevedibile<sup>4</sup>.

L’Autore ne appare in un certo senso consapevole, perché ne *Il diritto come discorso* il discorso sul diritto è contrassegnato dal non infrequente ricorso alla prima persona<sup>5</sup>, secondo lo schema dell’*Ich-Stil*, che implica convinzioni maturate in un costante affinamento dialettico.

\* Lo scritto rappresenta una rielaborazione dell’intervento svolto nel corso dell’Incontro di presentazione del libro di A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, tenutosi il giorno 16 maggio 2013 presso l’Università degli Studi di Milano.

<sup>1</sup> È invalsa l’abitudine linguistica di aggettivare il cognome degli intellettuali che hanno maggiormente influito sul progresso delle scienze e sulla evoluzione della cultura: così, nella filosofia si discorre, ad esempio, di logica “hegeliana” o di concezione “marxista” della società; così, presso i giuristi si parla diffusamente, ad esempio, di nozione “bettiana” di negozio giuridico o della teoria “chiovendiana” del processo civile. Fra gli aggettivi deantroponimici che sono penetrati nell’uso del linguaggio comune campeggiano “kafkiano” (riferito a situazioni, atmosfere o realtà esistenziali) e “freudiano” (riferito soprattutto al *lapsus*).

<sup>2</sup> Diciamo prudenzialmente “oggi”, perché, allo stato, non sappiamo quanto con il fluire del tempo e della storia si rivaluterà il pensiero del giurista di cui si tratta (spesso, come si sa, è necessario attendere secoli).

<sup>3</sup> A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, Giuffrè, Milano, 2013 (che in séguito citeremo soltanto con l’indicazione del/i numero/i di pagina).

<sup>4</sup> Sulla inimitabilità dello stile inteso come “modo di formare” cfr. L. PAREYSON, *Estetica. Teoria della formatività*, 3ª ed. riv., Sansoni, Firenze, 1974, p. 33. Aveva efficacemente definito lo stile come «la *silhouette* del pensiero» A. SCHOPENHAUER, *Sul mestiere dello scrittore e sullo stile*, Adelphi, Milano, 1993, p. 47.

<sup>5</sup> V. ad es. p. 169: «La mia quinta tesi...», «...ho ricordato»; p. 200: «La mia sensazione...», «Penso...»; p. 201: «Se non ho frainteso...».

BREVI RIFLESSIONI SUL LIBRO  
*IL DIRITTO COME DISCORSO\**

*Diego Manente*

Il bel libro del Prof. Gentili *Il diritto come discorso* mi sollecita una riflessione che muove dal mio punto di osservazione di avvocato, e, in particolare, di avvocato civilista.

L'art. 2 della l. n. 247 del 2012 di riforma dell'ordinamento professionale forense sancisce che l'avvocato «ha la funzione di garantire al cittadino l'effettività della tutela dei diritti». È, questa, la funzione sociale dell'avvocato.

L'avvocato civilista attua questa funzione – là dove sia necessario ricorrere alla giurisdizione – anche attraverso lo sforzo di far individuare la regola del caso concreto portato all'attenzione del giudice, e nella specie la regola del caso che ritiene più favorevole al proprio cliente.

Il meccanismo processuale utilizzato è quello del contraddittorio, quale strumento tendenzialmente migliore possibile per arrivare alla determinazione della regola del caso da parte del giudice.

Se è così, se quindi l'avvocato ha istituzionalmente questa funzione e se è vero che il “diritto” non è solo “la legge”, ma il “diritto vivente”, che è il più complesso prodotto dei tre formanti dell'ordinamento (legislazione, dottrina, giurisprudenza), è evidente che, nell'ambito del formante “giurisprudenza”, un ruolo decisivo spetti non solo al giudice, ma anche (e, forse, principalmente) all'avvocato.

È l'avvocato, infatti, che, nella difesa del caso concreto, è chiamato, prima del giudice, a confrontarsi con scelte interpretative, anche inedite, in dialogo continuo con la dottrina e la giurisprudenza ed introdurle nel processo.

Se questo è dunque il ruolo dell'avvocato, il libro il Prof. Gentili rappresenta, per certi versi, anche un manuale per l'esercizio della professione forense, perché, tra gli strumenti di cui l'avvocato deve disporre per esercitare al meglio la sua funzione nella prospettiva appena ricordata, sono certamente essenziali la tecnica dell'argomentazione, il linguaggio e le tecniche di comunicazione. L'uso appropriato e consapevole di queste tecniche diventa, in altri termini, uno dei presupposti

\* Il testo riproduce l'intervento pronunciato in occasione della presentazione del libro tenutasi a Venezia presso l'Università Cà Foscari il giorno 17.01.2014.

IL “DISCORSO” DELLA CONSULTA  
IL VOLUME DI AURELIO GENTILI ALLA PROVA  
DELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE

*Andrea Pin*

SOMMARIO: 1. La distruzione del sistema e l'argomentazione. – 2. Il ruolo dei principi. – 3. Lo strumento dell'incidentale. – 4. L'interpretazione conforme. – 5. I fattori “esterni” contengono la forza centrifuga delle interpretazioni.

1. *La distruzione del sistema e l'argomentazione*

Un primo aspetto che balza agli occhi nella lettura del volume di Gentili *Il diritto come discorso* è l'insistenza sul crollo del mito del “sistema”<sup>1</sup>. La capacità ordinante del diritto, espressa attraverso la formula dell’“ordinamento”, sarebbe ormai una chimera, liquidata dalla storia quanto dalla prassi.

Effettivamente, la preoccupazione di mantenere al diritto la sua capacità ordinante non pare essere una delle cure fondamentali persino della giurisprudenza costituzionale italiana, su cui ci si soffermerà in particolare. Anch'essa non sembra occuparsene particolarmente, se non per quanto attiene al filone economico-finanziario.

È degno di nota – preme evidenziarlo prima di passare a illustrare brevemente i fenomeni e le possibili cause che confermano la diagnosi di Gentili – che quest'abbandono della logica sistemica si sia verificata in un momento in cui la Consulta non era oberata da controversie sui diritti, ma soprattutto sui poteri. È noto che la Corte Costituzionale ha occupato recentemente buona parte del suo tempo e della sua attività nel dirimere questioni relative alla distribuzione di competenze tra i livelli di governo, o ai conflitti tra i poteri dello Stato. Un impegno che esige, più di quanto lo facciano le questioni su diritti, di tenere conto di preoccupazioni di natura sistematica. Equilibrare i rapporti tra i poteri non è un'attività sulla quale penda, con una particolare gravità, l'esigenza di garantire la «massima espansione dei diritti»<sup>2</sup>. Le controversie sui diritti mettono più facilmente in ombra preoccupazioni di ordine sistematico, a causa dell'esigenza di giustizia che li caratterizza; eppure, anche

<sup>1</sup> In particolare, si veda A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 15.

<sup>2</sup> Da ultimo, si veda G. D'AMICO, *La massima espansione delle libertà e l'effettività della tutela dei diritti*, in A. PIN, *Il diritto e il dovere dell'uguaglianza*, ESI, Napoli, 2015.

LA GIURISPRUDENZA E L'INNOVAZIONE  
DELL'ORDINE GIURIDICO:  
ASCESA E DECLINO DI UN SIGNORE DEL DIRITTO

*Roberto Simone*

La lettura del *Il diritto come discorso* mi ha confortato e, soprattutto, ha confermato un approccio operativo di cui mi sono avvalso, insieme a numerosi colleghi, in questi svariati anni di esercizio della giurisdizione qui a Venezia. Approccio, quest'ultimo, cristallizzato in una serie di articoli pubblicati sul *Foro italiano* sul tema «Europa e scienza giuridica»<sup>1</sup>, dove si è portato in esponente come nel conflitto tra formanti (legislativo, dottrinale e giurisprudenziale) i signori del diritto da tre ormai siano ridotti a due (legislativo e giurisprudenziale), ma in ultimo anche il legislatore non sta poi così bene, considerata la sua inclinazione alla schizofrenia ed alla rapsodicità, e quant'altro possiamo immaginare. Non ultima l'incapacità di dar seguito ad una valutazione di impatto della regolamentazione, sebbene legislativamente prevista dalla l. 246/2005. Valga per tutti l'invenzione racchiusa nel D.L. 1/2012 delle sezioni specializzate in materia di impresa a costo zero, ma con tanto declamata capacità di attrazione degli investimenti esteri.

Dunque, il legislatore spesso accenna ed il resto spetta all'interprete, se capace. In questo contesto, rimangono sulla scena solo i giudici, al punto che ha cominciato a prendere corpo la teoria della «dottrina delle corti», basata sulla vocazione del formante giurisprudenziale alla costruzione sistemica ed autoreferenziale<sup>2</sup>. Una chiara epifania di questa giurisprudenza, che si fa dottrina, è data da Cass. 10741/2009<sup>3</sup>, dove «il discorso» della giurisprudenza normativa è enunciato a chiare lettere. Nello stesso solco, e sicuramente ancor più dotata di vocazione creatrice, si colloca Cass.

<sup>1</sup> E. SCODITTI, *La scienza giuridica e i signori del diritto*, in *Foro it.*, V, 2012, p. 241; R. CAPONI, *Diritto della scienza e scienza del diritto*, ivi, p. 244; M. GRANIERI - R. PARDOLESI, *Ma i tre signori del diritto sono rimasti in due?*, ivi, p. 247; G. GRASSO, *La scienza giuridica europea e le professioni legali: dalla conoscenza alla consapevolezza*, ivi, p. 249; A. PALMIERI, *Il destino della scienza giuridica in Europa: reinventarsi per non essere sopraffatti?*, ivi, p. 251.

<sup>2</sup> *La giurisprudenza fra autorità e autorevolezza: la dottrina delle corti*: A) G.M. BERRUTI, *La dottrina delle corti*, in *Foro it.*, V, 2013, p. 181; B) C.M. BARONE, «*Dottrina*» delle corti e funzione nomofilattica, ivi, p. 184; C) R. PARDOLESI - M. GRANIERI, *Dottrina delle corti e disimpegno dei giuristi*, ivi, p. 187; D) E. SCODITTI, *Il diritto fra fonte e interpretazione*, ivi, p. 189.

<sup>3</sup> Cass. 11 maggio 2009, n. 10741, in *Foro it.*, I, 2010, p. 141, annotata da A.L. Bitetto e F. Di Ciommo.

# Jura

---

L'elenco completo delle pubblicazioni  
è consultabile sul sito

**www.edizioniets.com**

alla pagina

<http://www.edizioniets.com/view-Collana.asp?Col=Jura>. Temi e problemi del diritto



---

## Pubblicazioni recenti

### STUDI

#### *discipline civilistiche*

- Vito Velluzzi (a cura di), *Discorsi su Il diritto come discorso*, 2017
- Giuseppe Cricenti, *Il sé e l'altro. Bioetica del diritto civile*, 2013
- Fulvio Cortese, Filippo Sartori (a cura di), *Finanza derivata, mercati e investitori*, 2011
- Stefano Pagliantini, *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, 2009

Edizioni ETS

Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa

[info@edizioniets.com](mailto:info@edizioniets.com) - [www.edizioniets.com](http://www.edizioniets.com)

Finito di stampare nel mese di ottobre 2017