

I limiti dell'argomentazione

Luigi Benvenuti

(Professore ordinario di Diritto Amministrativo
nell'Università Ca' Foscari Venezia)

Sommario 1. Il dialogo con la filosofia analitica. – 2. Scienza giuridica e validità della norma. – 3. Il diritto *amministrativo* come discorso. – 4. La teoria dell'interpretazione giuridica nell'ottica della pretesa.

1 Il dialogo con la filosofia analitica

Anch'io devo esprimere la mia personale soddisfazione nel presentare l'ultimo libro di Aurelio Gentili¹, collega veneziano per un quindicennio, a partire dai primi anni Novanta.

Si tratta di un libro che rappresenta il frutto profondo e maturo di riflessioni connotate da uno spirito dialogico: dialogo con la filosofia, ma anche con altre culture; obbligando a ripensare innanzitutto al ruolo stesso della scienza giuridica; mettendo in relazione la prospettiva dell'argomentazione – una delle cifre di fondo del lavoro – con la teoria delle fonti, e poi con la prassi forense, con le pretese e i diritti, con la dimensione processuale.

Nel procedere anticipo subito lo schema del mio intervento.

Innanzitutto proverò a focalizzare l'attenzione su alcune peculiarità dell'opera, mettendola a confronto con taluni indirizzi della filosofia analitica, con cui del resto lo stesso Autore fa mostra di voler dialogare.

Nella parte finale, vedrò di svolgere qualche riflessione ulteriore su problematiche tipiche della disciplina da me professata, il diritto amministrativo.

E inizio con il richiamare quelli che mi sembrano gli strumenti concettuali che la filosofia analitica ha elevato a principi di metodo.

Benché esistano differenze in ordine alle modalità di declinazione di questo o quel principio, i tratti caratterizzanti possono riassumersi nei seguenti quattro criteri di ordine metodologico: la grande divisione tra discorsi descrittivo e prescrittivo; la distinzione tra discorsi e metadi-

1 A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, Milano, 2013.

scorsi; la distinzione tra contesto di controllo e contesto di scoperta; la separazione tra giudizio e discorso sintetico e analitico².

Quanto alla prima distinzione, non occorrono molte parole per constatare come essa pervada l'intero arco della trattazione.

Fin dalle prime pagine, Gentili ricorre a quelle cautele necessarie per distinguere presupposto epistemologico e giudizio di valore, norma morale e mera descrizione.

L'adesione al criterio divisionista tra essere e dover essere, oltre a servire ad evitare qualsiasi accusa di fallacia naturalistica, induce a svelare le connotazioni valutative implicite nelle espressioni linguistiche, e denunciare il falso mito di una realtà giuridica tutta incentrata sulla logica dell'essere anziché su quella del dover essere.

Passando agli ulteriori due profili connotativi della teoria analitica, vale a dire la distinzione tra discorsi e meta-discorsi e quella tra contesto di giustificazione e contesto di scoperta, entrambe sono richiamate nel corso della trattazione, quanto meno per finalità di chiarificazione del discorso; nel primo caso, ad esempio, per rispondere alla domanda se pure i privati possano avvalersi di meta-discorsi; nell'altro per spiegare l'operato del giudice nella scelta delle premesse della decisione, anche qui tenendo peraltro distinto ciò che si dice di fare, da ciò che si fa nella realtà.

In ordine al primo profilo va puntualizzato come nel volume non vi sia alcun saggio espressamente dedicato alla teoria delle definizioni.

E mi chiedo se questo non sia un piccolo indizio della presa di distanza dell'Autore rispetto alle istanze di un troppo ossessivo formalismo pratico, dedito a circoscrivere i confini della vaghezza, per il tramite del ricorso a una sorta di riscrittura del dettato normativo.

Qui, si vorrebbe dire, l'Autore pare privilegiare l'uso del metalinguaggio per fini minimamente esplicativi, lasciando piuttosto alla concreta dialettica discorsiva - i *Topoi* argomentativi - il compito di chiarificazione del rapporto intersoggettivo.

Per contro, nella discussione intorno alle premesse della decisione, pur nella consapevolezza di tener distinti, come si è detto, contesto di giustificazione e contesto di scoperta, Gentili, sensibile proprio alla concreta dinamica della dialettica argomentativa, finisce per enfatizzare il ruolo dei valori, valori che, al di là di ogni giustificazione apparente, rappresentano una delle ragioni della scelta.

Qui, vi è da sottolineare, viene in primo piano proprio l'esperienza concreta del giurista, e vorrei dire che le pagine dedicate al processo e ai vari tipi di retorica, del giudice e dell'avvocato, esprimono in modo magistrale le capacità introspettive dell'Autore, rivelando i lati più oscuri e nascosti

2 In tal senso cfr. M. JORI, *Introduzione a Ermeneutica e filosofia analitica. Due concezioni del diritto a confronto*, Torino, 1994.

del ragionamento e del discorso giuridico.

Un posto a parte merita l'ultimo dei profili dianzi citati, quello della distinzione tra giudizio e discorso analitico e sintetico.

Di essa si trova un richiamo esplicito nel saggio dedicato al pensiero di Ferrajoli.

Per Gentili la possibilità logica della verità avrebbe almeno due condizioni. La prima riguarda il significato delle proposizioni, e solo a quelle descrittive sarebbe riferibile il predicato vero-falso. La seconda attiene alla natura logica delle stesse, e qui se nelle proposizioni analitiche la verità avrebbe il significato della necessaria implicazione delle conclusioni nelle premesse, nelle proposizioni sintetiche, ovviamente, la verità non potrebbe non discendere dalla corrispondenza al referente reale.

Tutti questi requisiti non appaiono sussistenti ove si presti attenzione ai concetti e alle proposizioni della dogmatica, che non sono mai (pura-mente) descrittive.

I concetti e le proposizioni della dogmatica non hanno alcun referente esterno; hanno un frastico ma non è quello che li caratterizza concettualmente.

2 Scienza giuridica e validità della norma

Ebbene giunti a tal punto viene da chiedersi, allora, in assenza di un elemento di verità, di un referente esterno empirico, verificabile, quale possa essere il limite del discorso della dogmatica, quale il senso di una "validità oggettiva".

Ecco, credo che su ciò sia necessario fare chiarezza perché proprio questo è uno dei nodi di fondo più problematici del pensiero di Gentili.

Va detto al proposito, innanzitutto, che l'Autore non pare accedere alla teoria del significato come uso.

Né forse si ammette neppure l'esistenza di mere convergenze parziali sul piano delle prassi interpretative; così come, con attenzione all'esperienza giuridica, viene respinta la tesi del ricorso agli usi linguistici del legislatore per attingere ai valori di verità.

I limiti vengono piuttosto individuati come insiti nello stesso linguaggio naturale, di tal che, si finisce per riconoscere la possibilità di annettere a singole parole significati comprensibili dagli utenti, rendendo dunque spiegabile la comunicazione.

Con attenzione al linguaggio giuridico, la distinzione tra nucleo certo e zona di frangia viene peraltro sfumata da Gentili, che, ben consapevole della possibile indeterminatezza dei significati derivante dalla combinazione degli enunciati presente nell'ordinamento, finisce per stigmatizzare ogni troppo netta distinzione tra luce e penombra, privilegiando una lettura dell'intera problematica in chiave quantitativa.

Compito dell'interprete, si dice, potrà essere quello «di registrare casi in cui la proposizione normativa ammette un numero tendenzialmente assai limitato di interpretazioni, e casi in cui ne ammette un numero, se non illimitato, tendenzialmente assai ampio»³.

Sintetizzando, e seguendo il ragionamento di Gentili, non potrebbe concepirsi una scienza "giuridica" meramente descrittiva di fatti produttivi di effetti constatabili, che siano classificabili come validi-invalidi.

Tutt'al più potrebbe esistere un discorso cognitivo sui fatti del diritto, appannaggio di altre discipline come la sociologia del diritto, oltre che di quel particolare indirizzo che va sotto il nome di realismo giuridico; e un discorso non cognitivo in qualche modo incentrato sui valori, cui potrebbe darsi il nome di teoria del diritto, ferma l'esistenza in proposito di alcune ben conosciute varianti (dalla teoria analitica, al giusnaturalismo, al normativismo *tout court*).

Da tale punto di vista diviene oggetto di critica sia la tesi cognitivista corrente tra i giuristi positivi, sia ad esempio l'impostazione teorica di chi ritiene che oggetto della scienza giuridica possa essere la ricognizione degli usi linguistici effettivi e della indeterminatezza delle espressioni linguistiche.

Per Gentili, quel che davvero esisterebbe per effetto di un fatto empirico sarebbe la sola disposizione, mentre la validità della norma, il suo significato, la esistenza della stessa, ovvero la giuridicità dell'atto che pone la disposizione, dipenderebbero dalla scienza giuridica.

Tale radicale affermazione, che fa seguito alla pungente critica rivolta alla teoria assiomatizzata del diritto di Ferrajoli, finisce per investire soprattutto il fondamento ultimo della nozione di validità.

Essa non è intesa come un fatto empirico constatabile, ma diviene appunto diretta emanazione della scienza giuridica, abbisognando peraltro di peculiari ragioni giustificative, onde evitare che il rifiuto del cognitivismo possa sfociare in un indifferenziato relativismo, ovvero nei più diffusi irrazionalismi e in genere nel nichilismo.

Qui il discorso si ispessisce, introducendo ad una domanda conclusiva, che viene così formulata: per essere vera scienza del diritto la scienza del diritto deve essere prescrittiva, ma per essere davvero scientifica essa deve dare buone soluzioni. Ebbene come potrebbe essere prescrittiva e al contempo oggettiva?

Il tentativo di risposta a tale quesito, mi pare passi nei vari saggi del libro per qualche affinamento successivo, di cui è d'uopo ora dar conto, e che alla fine porta ad una devianza, da parte dell'Autore, rispetto alla genuina lezione analitica quale professata dalla filosofia italiana.

3 Cfr. *L'ordinamento delle pretese giudizialmente perseguibili*, A. GENTILI, *op. cit.*, p. 348.

Inizio dal saggio “Scienza giuridica e prassi forense”, ove si discutono le condizioni di obiettività delle proposizioni prescrittive.

Qui, prima ancora di entrare nel merito di tale dimostrazione, si assume un duplice presupposto: che il diritto è il discorso che giustifica, ove necessario, l’uso della forza; ma soprattutto, che per stabilire poteri e doveri bisogna muovere dai principi di libertà, autonomia e democrazia.

Si tratta di requisiti importanti, che attenuano, in particolare i secondi, la rigorosa asetticità del ragionamento dell’Autore, che tramite una spiegazione di tipo logico prova a controbattere le tradizionali spiegazioni circa l’obbligatorietà del diritto (di volta in volta basate sulla forza, l’effettività, la morale, etc).

Vediamo quali sono dunque, i caposaldi della costruzione.

Innanzitutto si osserva come una eventuale contestazione problematizza ma non nega la validità di una prescrizione, e solo una constatazione davvero fondata arriverebbe a negarla.

Di seguito si delineano i fondamenti di ordine prevalentemente logico – specie facendo riferimento al principio di non contraddizione – di una possibile contestazione.

Infine, passando dalla semantica generale alla semantica specifica delle prescrizioni giuridiche, vengono presi in esame i punti caratterizzanti delle situazioni di autonomia e di eteronomia.

Si tratta di un’impostazione che a mio avviso mette la parola fine, con nettezza, a molte ambiguità, presenti nei discorsi di chi preferisce fornire una spiegazione di ordine “fattuale, o morale, o metafisico, o religioso, o magico”, con la conclusiva precisazione che la necessità della razionalità dei precetti è tipica del sistema democratico.

Vi è da aggiungere, da ultimo, che la razionalità pratica cui fa ricorso Gentili non sposa in modo troppo rigido il modello logico-deduttivo, lasciando comunque aperto, come si evince dai vari saggi del libro, lo spazio per una integrazione con altre tecniche – paradigmi – incentrati su un uso dialogico del concetto di razionalità.

Ho detto prima come, con attenzione al problema della obiettività del linguaggio prescrittivo, le risposte di Gentili risultano progressivamente affinate nel corso del lavoro.

Al proposito è d’uopo focalizzare l’attenzione sull’ultimo saggio del volume, dedicato a “Retorica e teoria della prova nel processo civile”, ove i temi trattati in alcuni dei saggi precedenti sono per così dire ricapitolati dall’Autore, e messi a confronto con le soluzioni offerte dalla moderna epistemologia.

In tal senso, ad esempio, l’approccio di tipo ragionevole trova conferme plausibili nella teoria popperiana del *trial and error*, secondo cui con attenzione alla funzione argomentativa «sono gli argomenti pro e contro che razionalizzano i problemi; alla cui soluzione razionale si perviene,

tanto che si tratti delle scienze, come delle discipline umanistiche, per congetture e confutazioni»⁴.

Anche tale impostazione, dunque, pur respingendo la possibilità della dimostrazione «non nega né l'oggettività dei contenuti del pensiero, anche falsi, resa possibile dal linguaggio, né soprattutto la validità, tra le funzioni superiori del linguaggio, accanto alla descrittiva, della funzione argomentativa»⁵.

In tal modo, il cerchio pare chiudersi e proprio l'argomentazione diviene a pieno titolo "capace di razionalità".

Anche qui, infatti, il progressivo affinamento del pensiero dell'Autore induce a integrare la tesi di un argomentare connotato dal potere di persuasione e convinzione (secondo la lezione di Perelman), i cui tratti sono comunque finemente disegnati con attenzione al lavoro dei giudici e degli avvocati.

E in effetti, il contatto con il diverso angolo visuale delle prove induce a scorgere nella perelmaniana nuova retorica i limiti di una concezione troppo orientata in senso psicologistico.

Accantonati allora gli approcci argomentativi incentrati sul criterio di congruenza, o sulla presunta constatabilità dei dati di fatto, si finisce per ricorrere alla necessità di una plausibile motivazione, onde offrire quei buoni argomenti che sono in grado di supportare la forza della ragione pratica.

Un'ultima parola voglio dire sulla concezione della legalità, altro tema che finisce per attraversare l'intera trattazione, e che mi pare caratterizzare la concezione di Gentili rispetto a quella di altri Autori direttamente ispirati alla lezione analitica.

E il pensiero va, ad esempio, al saggio dal titolo "A proposito di *La politica della legalità*, di Claudio Luzzati", ove il confronto verte in particolare sul ruolo giocato dalla razionalità in relazione alla legalità.

Qui Gentili pare senz'altro condividere il metodo del rigore, così come l'avvento del modello critico proposto da Luzzati, ma prende le distanze da una sua riconduzione ad una idea onnicomprensiva della legalità, ove essa sia esclusivamente identificabile con la legge dello Stato, tenuto conto oltretutto che, nei casi di equivalenza tra diverse soluzioni tutte giustificabili e controllabili, esisterebbe pur sempre un margine destinato ad essere riempito dalla creatività dell'interprete.

In ultima analisi quel che si constata e forse si auspica, è "l'apertura del diritto oltre il fatto del legislatore", avendo presenti i mutamenti intervenuti, anche a livello di fonti, nell'attuale mondo globalizzato (e a darne conferma stanno, tra l'altro, le tante Carte dei diritti destinate quanto meno a rendere meno monolitica la politica della legge).

4 Cfr. *Retorica e teoria della prova nel processo civile*, A. GENTILI, *op. cit.*, p. 574.

5 Cfr. *Retorica e teoria della prova nel processo civile*, A. GENTILI, *op. cit.*, p. 573.

Per altro verso il rifiuto di una idea del diritto esclusivamente incentrata sul pensiero del legislatore, sembra andare di pari passo con una riflessione sulla sovranità, riflessione che porta l'Autore a prendere le distanze da un'intera epoca storica in cui «la separazione spaziale poteva consentire ordinamenti separati, frutto di scelte separate, in cui un sovrano, disponendo di fatto della forza esercitava irresistibile il proprio potere»⁶.

Qui e ora, nell'era del diritto globale, è d'uopo constatare l'irrompere di nuovi eventi, che inducono a credere non più a un diritto basato sulla sovranità, bensì ad una sovranità basata sul diritto.

Quest'ultimo rappresenta uno snodo rilevante del pensiero di Gentili.

Per lui, infatti, se il diritto è destinato ad assumere caratteri di universalità, universalità non può significare «l'utopia di un diritto cosmopolita unico e totale». Essa significa, piuttosto, «nelle differenze, tenuta assiologica delle idee che sono la forza logica delle norme di ciascun ordinamento, nel confronto con le altre che concorrono con esse»⁷. È probabilmente questo, si aggiunge, il senso della interlegalità.

Si tratta, ancora una volta, di affermazioni che rilanciano proprio quell'idea di un diritto come discorso – un discorso sui discorsi dei molti legislatori che regolano un mondo globalizzato – che presuppone la credenza nella teoria dell'argomentazione e nei criteri per testarne la validità.

Il discorso a cui allude Gentili, è allora quello «in cui vanno considerate le ragioni di tutti, [...] e in cui la forza sia solo l'estremo strumento che si giustifica contro chi non può offrire ragioni per i danni che vuole infliggere ad altri»⁸.

3 Il diritto *amministrativo* come discorso

Ed è a partire da questi concetti che vorrei ora svolgere qualche riflessione – come mi sono ripromesso all'inizio – sulla cultura del diritto amministrativo, chiedendomi innanzitutto se l'idea di un diritto come discorso, che valorizzi l'uso delle tecniche argomentative, possa essere considerato quale connotato identificativo della stessa.

E poi ancora se il passaggio da una concezione incentrata su una nozione tradizionale di sovranità e sulla centralità riconosciuta alla legge dello Stato, ad un'altra che dà maggiore importanza al ruolo, per così dire composito del diritto, possa finalmente dirsi compiuto.

La prima questione attiene, com'è ovvio, al tema del metodo, spesso evocato negli ultimi tempi per mettere in discussione e contestare i capisaldi del positivismo giuridico.

6 Cfr. *La sovranità nei sistemi giuridici aperti*, A. GENTILI, *op. cit.*, p. 124.

7 *Ibidem*.

8 Cfr. *La sovranità nei sistemi giuridici aperti*, A. GENTILI, *op. cit.*, p. 126.

In tal senso ci si richiama all'esistenza di valori condivisi, al fine di rappresentare le ragioni di fondo di un anti-positivismo ben visibile nello studio di temi tradizionali, come quello dell'invalidità, o più recenti come quello dell'amministrazione di risultato.

Vero è che specie negli ultimi tempi il dibattito ha subito una sorta di radicalizzazione, tra i fautori di un formalismo pratico attento a difendere una strategia universalistica delle regole⁹, e i cultori di una prospettiva decisionistica propensa piuttosto a mettere al centro la giustizia del caso singolo, talora andando forse al di là degli stessi valori della Carta Costituzionale¹⁰.

Nella prima direzione si è sposata un'idea del linguaggio e delle regole, che tiene distinto il fenomeno del seguire una regola da quello della sua interpretazione, respingendosi una visione scettica di quest'ultima (evidentemente nel presupposto dell'esistenza di un nucleo di regole condivise, chiare e determinate).

Va da sé come, secondo tale concezione, il ruolo del contesto, pur non negato, finisce per assumere una funzione secondaria, mentre si evita di giustificare una determinata asserzione legale ricorrendo ad argomenti tipici, quali quelli che comunemente vengono definiti metodi e argomenti interpretativi.

Tale impostazione, ponendosi a livello di teoria generale, ha fornito a mio avviso solide motivazioni a tutta una serie di orientamenti della dogmatica fioriti specie negli ultimi tempi.

E penso, ad esempio, a talune soluzioni da parte della cosiddetta scuola fiorentina, in ordine a tematiche cruciali quali quelle della irregolarità o dei vizi formali, o alla stessa riscrittura del sistema amministrativo nel suo complesso, ove la rigida contrapposizione tra zona della vincolatezza e zona della discrezionalità, finisce per sminuire in concreto quel ruolo di mediazione dell'interprete che non potrebbe essergli negato.

Si tratta di indirizzi e orientamenti favorevoli a concettualizzare la pre-determinazione dell'attività, per il tramite di schemi che, nell'intento di definire astrattamente il meccanismo di produzione degli effetti giuridici anche per il tramite della logica della fattispecie, hanno finito per svalutare

9 In tal senso, vedi esemplificativamente, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, Torino, 2006.

10 Sulla problematicità della nozione di Amministrazione di risultato cfr. L. IANNOTTA, *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, *Dir. proc. amm.*, 1998, p. 299 ss.; L. IANNOTTA, *Costruzione del "futuro" delle decisioni e Giustizia nell'Amministrazione di risultato*, in *Economia, diritto e politica nell'amministrazione di risultato*, a cura di L. Iannotta, Torino, 2003, p. 3 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula Amministrazione di Risultato*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, Napoli 2001, p. 813 ss.; R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2003; M. R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003, *passim*. Più di recente, vedi M. GIOIOSA, *Amministrazione di risultato e tutela giurisdizionale*, Napoli, 2012.

il momento della decisione per il caso concreto, e dunque il condizionamento operato dai valori in sede di *applicatio*.

Nella seconda direzione, quella che come si è detto vorrebbe contrapporre ad una strategia universalistica delle regole, la giustizia del caso singolo, si è finiti per andare oltre misura, tutte le volte almeno in cui è prevalso lo spirito di una polemica anti-formalistica, slegata dal concreto contesto discorsivo entro cui dovrebbe comunque sempre collocarsi qualsiasi scelta interpretativa.

Da tale punto di vista, allora, mi pare che il dibattito innescato dalla lezione di Aurelio Gentili, potrà avere una sua risonanza anche presso la cultura del diritto amministrativo, ove si provi a pensare in modo non astratto a quella tematica del ragionamento giuridico, spesso pretermessa nelle discussioni correnti della dottrina.

E qui, devo dire, il segnale di qualche risveglio pare provenire da quei settori intenti ad enfatizzare il ruolo svolto dai principi specie in costanza dell'attuale disordine normativo.

In effetti gli approdi ultimi della riflessione su temi quale quello della ragionevolezza e della proporzionalità, testimoniano – penso ad alcuni saggi recentissimi di Fabio Merusi – la consapevolezza della necessità di andar oltre la logica meccanicistica di un potere vincolato fin troppo artificiosamente onnicomprensivo, per dar conto della logica opaca delle valutazioni tecniche e del potere discrezionale¹¹.

L'altra questione evocata dal libro di Gentili è quella del rapporto tra legge e diritto.

Anche qui va registrata la presenza di un dibattito che negli ultimi tempi è parso optare per una radicalizzazione della problematica.

Ne sono un sintomo il frequente richiamo, quasi ossessivo, ai contenuti sostanziali di una legalità, che peraltro non potrebbe svolgere un ruolo davvero garantistico senza tener conto della necessità di rispettare non solo la legge ma anche i principi privi di espressa previsione legislativa o integrativi dell'enunciazione legislativa.

Anche qui il libro di Gentili mi pare debba indurre a riflettere.

Il primato del diritto sulla legge dovrà tornare, o prima o poi, a farsi valere, e le Corti, nazionali o sovranazionali, a riaffermare il valore universale della libertà in funzione di argine all'eventuale tirannia della maggioranza.

11 V. in tal senso, F. MERUSI, *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Bologna, 2012, in partic. p. 63 ss.

