

Introduzione

Carmelita Camardi

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

La posizione di chi – come me – si è riservata l'introduzione o più semplicemente la presentazione del seminario non dovrebbe essere quella di entrare nel merito delle problematiche svolte nel volume di Aurelio Gentili, e nemmeno quella di offrirne una elencazione sintetica per punti fondamentali dei temi affrontati. La seconda sarebbe inutile; mentre per la trattazione e valutazione del volume sono qui un buon numero di colleghi, docenti e professionisti che se ne sono assunti il compito. Li ringrazio molto per questo; e sono convinta che la pluralità dei punti di vista che emergerà dai loro contributi renderà il giusto tributo ad un'opera che sicuramente presenta il merito del confronto con una pluralità di discipline.

Desidero invece condividere con il pubblico e con gli ospiti le ragioni che mi hanno indotto ad "approfittare" del volume di Aurelio Gentili per tesservi intorno un "discorso" di un'intera giornata.

La prima ragione viene dal mio mestiere, che è quello del nostro Autore, nell'ambito di una disciplina – il diritto privato – che presenta due privilegi nell'organizzazione ufficiale del sapere accademico, che sono però anche due oneri non indifferenti per chi la impartisce. Si tratta del privilegio per il quale la disciplina è impartita a studenti di 1° anno che normalmente in tale occasione sentono per la prima volta parlare del *diritto*; e di quello per il quale al docente di Diritto privato la tradizione scientifica assegna il compito di porre e soprattutto di rispondere alle domande fondamentali sul *diritto*, come fenomeno, come tecnica, come scienza, come mezzo di protezione, come ponte o fonte per la giustizia. Confesso che da questo punto di vista l'esperienza ormai ampia che pur mi son fatta mi fa sentire sempre meglio quando insegno ai giovani delle lauree magistrali piuttosto che alle matricole.

La seconda ragione viene dall'esperienza accumulata e sempre confermata nello svolgimento della mia attività – non solo di didatta – quando vengo a contatto con interlocutori che non sono giuristi, e però di fronte ad un problema per il quale il diritto può o deve dare una risposta (il che avviene spesso), si attendono, o forse fanno affidamento sulla possibilità che il diritto dia una ed una sola e definitiva risposta al problema. A quel punto, il senso di responsabilità che già come docente non mi fa mai andare in aula solo per "ripetere" lezioni che da anni mi sono note, mi costringe a

nascondere dietro un “fammi vedere le carte” o “fammi leggere le norme” la difficoltà di rispondere che una ed una sola e definitiva risposta è difficile – almeno nella quotidianità dei rapporti sociali – che ci sia, nemmeno quando tale esito appare ovvio. Di solito ce ne sono almeno due! (non posso dimenticare che da studentessa venivo con stupore invitata da un collega alle feste che il padre di lui – avvocato penalista e principe del foro – teneva tutte le volte in cui riusciva a fare assolvere un reo confesso: allora tutto ciò mi pareva un controsenso).

Considerando queste due ragioni, che sono pensieri che mi accompagnano di frequente, ho ritenuto che il libro di Aurelio Gentili meritasse l’attenzione che oggi gli tributiamo, da parte degli studenti che il diritto devono in qualche modo imparare e da parte dei professionisti che con i discorsi giuridici si misurano ogni giorno. E questo è il motivo per il quale la giornata è strutturata attraverso gli interventi degli uni e degli altri, oltre che dei docenti.

Ma perché il libro di Gentili e non un altro?

Perché vi ho trovato – al di là delle sue personali opzioni di teoria e metodo – un’assunzione di responsabilità. La responsabilità del giurista di fronte alle aspettative sociali diffuse riposte nel diritto e per esso nella funzione che nel nostro sistema è assegnata ai giudici, agli amministratori, agli avvocati e naturalmente ai professori.

In questa chiave vorrei dire dunque qualcosa.

Innanzitutto la strutturazione dell’opera nelle quattro parti, ove l’argomentazione – quale tecnica discorsiva propria del giurista – è posta in relazione con alcuni dei *topoi* che distinguono il fenomeno giuridico rispetto a qualunque altro fenomeno sociale: le fonti, la scienza giuridica, i diritti soggettivi, e il processo. In ciascuna delle quattro parti l’Autore si preoccupa di demolire, armato di solo fioretto, quella che per lui è stata una rappresentazione falsa del diritto, e neppure scientifica, quale fornita dal giuspositivismo classico (particolarmente praticato proprio dai civilisti), che ama predicare delle norme la loro realtà quali oggetti dati dalla volontà del legislatore e come tali conoscibili dall’interprete. La scienza giuridica pretenderebbe in tal modo sia di fondare oggettivamente la validità delle norme; sia di porsi come scienza alla stregua delle altre (in quanto capace di scoprire e descrivere il senso delle norme); sia soprattutto di porsi come detentrici del “vero” e per questa via – perché no – anche del “giusto”. Così infine presentandosi alla società come scienza che rende un servizio, per l’appunto di scienza e conoscenza.

Ora – e ripeto indipendentemente dalla condivisione o condivisibilità delle teorie di Gentili – la sua immediata e diretta presa di posizione, con la quale mette subito in luce la componente linguistica del fenomeno giuridico, la sua pertinenza all’ambito del dover essere (del linguaggio prescrittivo dunque e non di quello descrittivo); e poi lo svolgimento rigoroso e coerente di tale impostazione rispetto a ciascuno dei *topoi* sopra evi-

denziati è già un atto di responsabilità, che a mio avviso merita di essere sottolineato.

Contrariamente a quanto si potrebbe pensare, infatti, l'aver spogliato i giuristi del loro abito di sacerdoti detentori delle chiavi di accesso ad una realtà "data" e "posita" da un referente esterno, e per ciò solo valida, non è mossa che lascia spazio - mi si permetta il gioco di parole - ad un vuoto di verità o di senso che potrebbe a sua volta lasciar prevalere l'arbitrio o il nichilismo. Tutto all'opposto, il diritto come discorso e la sua possibilità di essere conosciuto, comunicato e poi applicato attraverso le argomentazioni, assegna al giurista un compito ed una responsabilità ben più pregnanti di quanto non siano quelli del semplicemente "scoprire" un significato, sebbene attraverso i non facili strumenti dell'*ars interpretandi*.

Il discorso sul diritto e lo stesso diritto come discorso pongono il non facile onere di "argomentare" razionalmente, e perciò di motivare, confrontarsi, ascoltare, promuovere il contraddittorio come metodo generale, scegliere attraverso la logica e la coerenza, in vista del raggiungimento di quell'unico risultato di validità che il discorso permette di raggiungere: quello della condivisione dell'argomento in quanto non confutato e contraddetto. Ma questo risultato e questo metodo, che denotano mi pare una fiducia - se non incondizionata comunque - molto ampia nella capacità dell'uomo di essere razionale, trovano ragion d'essere, come ben presto dice Gentili, su un duplice presupposto: che il diritto ponga diritti e doveri per altri da supportare se necessario con la forza; e che per stabilire gli uni e gli altri si muova dal principio della libertà e della democrazia. L'assunzione di responsabilità nel fabbricare il discorso giuridico si accompagna a quella per la quale questo discorso deve garantire la libertà e deve garantire tutti, altrimenti neppure discorso oggettivamente valido potrebbe essere, atteso che il diritto - discorso o altro che sia - o prescrive oggettivamente per tutti o è una burla.

In questo contesto argomentativo, discorrere con riferimento alle fonti, ai diritti soggettivi e al processo (fondamentalmente civile) è per l'autore l'occasione non solo di ripercorrere la storia dell'esperienza e della scienza giuridiche, ma soprattutto per spiegare in un modo più lineare e soddisfacente alcuni passaggi dell'una e dell'altra che il giuspositivismo - o meglio una forma di adesione al giuspositivismo cieca o comunque acritica - ha invece rappresentato in una maniera che produce contraddizioni e fratture insanabili.

Mi riferisco alle questioni emblematiche dal punto di vista del metodo interpretativo del diritto europeo, più in generale, e dell'abuso del diritto, su di un piano più specificamente civilistico. Ed è questa la seconda e ultima cosa che vorrei dire.

In merito al diritto europeo, frequentemente accusato di aver frantumato la costruzione geometrica dei concetti fondamentali del diritto privato, l'approccio del diritto come discorso, e la conseguente analisi storica del

modo in cui i concetti sono stati elaborati dal *code* francese in poi, fanno quantomeno guadagnare una più laica e lineare prospettiva di comprensione. Da un parte riportando la decostruzione concettuale imputata all'irruzione dell'UE già nel noto contesto della decodificazione e della moltiplicazione dei sistemi del secondo novecento. Dall'altra, ritrovando proprio nell'uso accorto e razionale dell'argomentazione lo strumento utile per ricomporre – nel quadro generale della sussidiarietà – il diritto interno concettualizzato e il diritto europeo aconcettuale o rimediale, come altri dicono.

In merito alla *vexata quaestio* dell'abuso del diritto, condotta attraverso i discorsi del legislatore, quando vi sono, della giurisprudenza e della dottrina, che vi sono invece in gran quantità, è ancora una volta l'uso affilato e razionale dell'argomentazione che ne svela il carattere potenzialmente arbitrario e addirittura eversivo. Ma non tanto per la surrettizia introduzione nell'ordinamento di istanze di giustizia, di morale o di equità in funzione di correttivo dello *strictum ius* (critica peraltro comune ad altre visioni anche più positiviste del diritto); quanto piuttosto per la insanabile contraddizione che il percorso argomentativo tradizionale introduce nella sua applicazione. Come accettare infatti che un atto conforme a legge sia ciononostante illegittimo e autorizzi l'irrogazione di una sanzione? E come accettarlo in riferimento ad una fattispecie che resta indeterminata e perciò aperta all'arbitrio incontrollato del decisore? Un'argomentazione complessa ma rigorosa ci spiega invece il percorso attraverso il quale la contraddizione può essere risolta e l'applicazione dell'argomento controllata. Il ragionamento sulla "lacuna assiologica", sulla distanza cioè tra la regola permissiva e la sua giustificazione sulla base di un principio interno al sistema, rende possibile collocare l'abuso proprio come operazione logica che fa prevalere – per il principio di non contraddizione – la valutazione repressiva piuttosto che quella permissiva, e come argomento controllabile.

Chiudo. I relatori illustreranno puntualmente contenuti e risultati del volume. Io ho voluto evidenziarne la funzionalità rispetto ad alcuni interrogativi, solo apparentemente pratici, ma che coinvolgono la funzione sociale e scientifica del giurista. Quello dell'insegnamento del diritto, inteso come formazione ad una cultura diffusa della legalità; e quello dell'uso del diritto come tecnica scientifica e controllabile per la soluzione dei problemi sociali.