

IANUS

Diritto e Finanza



UNIVERSITÀ
DI SIENA
1240

Rivista di studi giuridici

<https://www.rivistaianus.it>

n. 12 - 2015

IL DIRITTO COME DISCORSO LAICO

Angelo Barba

IL DIRITTO COME DISCORSO LAICO*

Angelo Barba

Professore ordinario di Diritto privato nell'Università di Siena

Ne "Il diritto come discorso", un libro di Aurelio Gentili, mi è parso di intravedere la possibilità culturale di un nuovo realismo giuridico, ossia un punto di partenza per avviare una riflessione attenta al rapporto tra la vita e le norme, che rispetti la necessità etica per cui il mutismo dei fatti non dipenda dalla sordità degli interpreti.

L'epistemologia costruisce l'esperienza giuridica nella legalità costituzionale estesa alle norme interposte soltanto se ossessionata dalla prossimità laica alla concreta realtà della vita e dalla sua complessità.

In "The law as discourse," a book by Aurelio Gentili, it seemed to glimpse the cultural possibilities of a new legal realism, which is a starting point to begin a careful reflection on the relationship between life and the rules, respecting need ethics to which the silence of the facts does not depend on deafness interpreter.

The epistemology builds legal experience in constitutional legality extended to interposed rules only if obsessed lay close to the concrete reality of life and its complexity.

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

* *Annette Zimmermann zum Gedächtnis gewidmet.*

1. Per un nuovo realismo giuridico

La mia breve riflessione sul libro di Aurelio Gentili “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 dell’interprete, ma i fatti naturali continuerebbero ad essere, in sé e per sé, privi di rilevanza giuridica.

La componente critica prevarrebbe su quella normativa, sollecitando un più accurato controllo sulla razionalità dell’argomentazione, ma renderebbe possibili esiti del discorso giuridico in grado di evitare l’arbitrio delle semplificazioni sussuntive. Le semplificazioni che la cultura liberale continua, forse in maniera inconsapevole, ancora oggi a coltivare nel segno della prevedibilità della decisione (calcolabilità).

In realtà, la contrapposizione tra ‘giudizio’ e ‘decisione’ che il giurista liberale ritiene di poter individuare - quest’ultima, a differenza della prima, realizzata mediante l’applicazione della norma priva di fattispecie – rende ragione solo della necessità e di tutta l’insufficienza del principio di uguaglianza formale che giustifica ed assiste la ‘tecnica’ della fattispecie.

La fattispecie astratta pretende di semplificare la complessa mutevolezza della vita reale con ciò emarginando dal discorso giuridico proprio quel “soggettivismo vitalistico” che, al contrario, il dato Costituzionale accoglie e protegge mediante il principio di uguaglianza sostanziale (arg. ex art. 3, 2^a comma Cost.), e le norme interposte presidiano con l’art. 6 del TUE, che pure incide, nel senso dell’estensione, sull’art. 51 della Carta di Nizza¹.

Il libro dà conto di un lungo itinerario di studio, di un percorso che l’Autore di questa breve e disorganica riflessione ha avuto la fortuna ed il privilegio di seguire, e per molti versi di ammirare nel suo costante, meditato, tormentato divenire.

Non mi soffermerò sulla dialettica tra scrittore e giurista soltanto perché non riesco a superare il pregiudizio ideologico che mi rende ostile a qualsiasi prospettiva di riflessione che possa presentare anche solo il rischio, l’eventualità, di una deriva estetica che asseconi la degenerazione del pensiero giuridico in pensiero giuridico debole.

La formula che ho appena richiamato, pensiero debole, di certo non voleva solo evocare l’antologia curata da Gianni Vattimo e Pier Aldo Rovatti nel 1983; intendeva almeno ricordare che il contesto culturale in cui collocare la riflessione di Aurelio Gentili è quello del (nuovo) realismo giuridico e che è proprio nel segno della rinascita del realismo - oggi si riflette con stimolante attenzione sul nuovo realismo in contrapposizione al postmoderno - che il giurista deve recuperare il senso della necessità di un pensiero giuridico forte in quanto costruito *per* la realtà della vita².

Nella riflessione di Aurelio Gentili mi è parso di intravedere la possibilità culturale di un nuovo realismo giuridico, ossia un punto di partenza per avviare una riflessione attenta al rapporto tra la vita – intesa non solo in senso biologico, ma anche biografico - e le norme, che rispetti la necessità etica per cui il mutismo dei fatti non deve dipendere dalla sordità degli interpreti.

L’epistemologia costruisce l’esperienza giuridica nella legalità costituzionale estesa alle norme interposte soltanto se ossessionata dalla prossimità laica alla concreta realtà della vita e dalla sua complessità.

¹ Emblematica di una cultura liberale che non riesce ancora ad accettare la legalità costituzionale costruita sul modello della democrazia pluralista ed estesa alle norme interposte e, con questa, la costituzionalizzazione della vita in senso biologico e biografico, da un lato, e l’insufficienza della tecnica della fattispecie, dall’altro, è la posizione di N. Irti, di cui v., da ultimo, *Un diritto incalcolabile*, in *RDC*, 2015, pp. 11 e ss.

² Si v. M. Ferraris, *Manifesto del nuovo realismo*, Bari (Laterza) 2013, passim, ma pp. 33 ess.

Nel saggio che ho scelto per questa riflessione, l'ordinamento delle pretese giudizialmente perseguibili, Aurelio Gentili ci ricorda che i fatti sono ostinatamente muti, eppure edifica l'ordine giuridico sulla soggettiva incertezza, dunque su un fatto di bisogno, una concreta esigenza di tutela, che rivendica una valida e razionale risposta.

Ma vi è un'insidia che minaccia il mio breve discorso e devo darne conto: a voler recuperare la risalente metafora familiare utilizzata da Rodolfo Sacco in una relazione veneziana tenuta alla fine degli anni ottanta (1989), forse il primo Convegno del mio noviziato, e che utilizzava i nonni ed i nipoti per scandire il trascorrere delle generazioni di studiosi, posso dire che mi trovo a parlare delle cose scritte da un fratello maggiore. Severo, ma sempre attento ed interessato al lavoro altrui e generoso del proprio tempo.

Vi è un legame affettivo e culturale assai intenso che rende più difficile evitare l'insidiosa prigionia delle emozioni. Tuttavia, occorre provarci, almeno per fornire una testimonianza di lettura.

2. Concezione comunicativa dell'ordinamento giuridico ed incertezza soggettiva

Se meditato attraverso il saggio intitolato "L'ordinamento delle pretese giudizialmente perseguibili", il diritto come discorso sembra proporre una concezione comunicativa dell'ordinamento giuridico.

Intanto conviene ricordare subito che il titolo del saggio utilizza parte di una frase di Bernhard Windscheid che il lettore potrà ritrovare nella pagina 3 del noto saggio *Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts* (Verlagshandlung von Julius Buddeus, Düsseldorf 1856).

È utile riportare l'intera frase: "*Die Rechtsordnung ist nicht die Ordnung der Rechte, sondern die Ordnung der gerichtlich verfolgbaren Ansprüche. Sie gibt dadurch Rechte, dass sie gerichtliche Verfolgung bewilligt. Die Actio ist nichts Abgeleitetes, sie ist etwas Ursprüngliches und Selbständiges*". Serve a comprendere il significato del saggio e rivela possibili connessioni culturali con le riflessioni di G. Tarello sulla Scuola Storica³.

³ La frase di Windscheid appena citata è preceduta, giova ricordarlo, dalla affermazione per cui "*Die Rechtsordnung sagt nicht zu dem Individuum: du hast dieses und dieses Recht, sondern: du hast diese und diese Actio. Sie sagt nicht: in dieser Beziehung ist dein Wille für die anderen Individuen Gesetz, sondern: in dieser Beziehung kannst du deinen Willen den*

Nella concezione comunicativa dell'ordinamento giuridico la fondazione del diritto è affidata, infatti, alla relazione partecipativa che si svolge all'interno del processo nella forma del contraddittorio. La competizione tra argomentazioni che giustificano (meglio, cercano di giustificare) pretese contrapposte caratterizza, anche nel senso del limite (nel discorso di Aurelio Gentili il principio dispositivo occupa un ruolo di rilievo nella costruzione della premessa minore del sillogismo giudiziale), l'azione comunicativa che permette al giudice la decisione del caso e, con questa, la fondazione del diritto.

La razionalità del discorso costituisce un antecedente necessario, ancorché non sufficiente, della razionalità giuridica che è asseverata dai giudici proprio sulla base di quanto affermato dalle parti nel contraddittorio.

Si tratta di una ricostruzione in cui la norma non costituisce più l'antecedente che autorizza il giudice a riconoscere il diritto soggettivo. Quest'ultimo, invece, è l'esito argomentativo cui si perviene, attraverso l'interpretazione, muovendo da pretese e disposizioni.

L'approccio realistico analitico, a me è parsa massiccia l'influenza di Giovanni Tarello ma è bene che il lettore non trascuri la circostanza culturale (non di fatto) che il saggio era scritto in onore di Pietro Rescigno, consente ad Aurelio Gentili di sviluppare una prospettiva di ricerca già indicata nel 1991, nella voce "Pretesa" scritta per l'Enciclopedia Giuridica e riprodotta nel volume in esame⁴.

In quella voce si affermava che tutte le proposizioni che predicano l'esistenza o l'inesistenza di diritti o di doveri non sono proposizioni assertive, relative cioè ad una corrispondente realtà, che non può esserci, data l'assoluta mancanza di referente semantico dell'espressione utilizzata. In particolare, l'espressione diritto soggettivo adempie solo l'ufficio di connettivo tra un antecedente di fatto ed un conseguente.

Tali proposizioni (quelle che predicano l'esistenza o l'inesistenza di diritti o di doveri, comprese le sentenze di accertamento) sono da intendere come enunciati costitutivi che non pongono un problema di verità, ma solo di razionalità giuridica ossia di correttezza logica e di validità. Il controllo di

anderen Individuen gegenüber gerichtlich geltend machen". Di G. TARELLO v. *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna, il Mulino, 1988, *passim* ma in part. pp. 103 e ss.

⁴ L'opera di G. Tarello non è riducibile ad una citazione, si cfr. però *Diritto e sistema nel realismo giuridico americano*, in *L'antiformalismo giuridico*, Milano (Cortina) 1999, pp. 219 ss. per cogliere il senso di un itinerario di ricerca avviato con la nota monografia, *Il realismo giuridico americano*, Milano 1962.

razionalità è effettuato dal Tribunale e dovrebbe essere anticipato dagli Avvocati.

In tale prospettiva la pretesa non è più un concetto inutile in quanto assorbito dal diritto e dall'azione; essa è invece indispensabile per comprendere l'incertezza soggettiva che il discorso giuridico è chiamato a risolvere non in assoluto, ma rispetto al singolo caso e proprio assicurando quell' "incontrollabile soggettivismo della decisione" che, lo si è già accennato, inquieta e spaventa il giurista liberale.

La pretesa consente di vedere l'ordinamento in una prospettiva diversa da quella che pone come antecedente il diritto oggettivo: il giudice, conoscendo il conflitto, non scopre la regola del caso, bensì lo decide. Egli non riconosce ma fonda il diritto soggettivo selezionando, e quindi asseverando, una delle tesi in competizione.

Il rapporto tra pretesa e diritto soggettivo è, quindi, riconducibile alla classica controversia sul metodo giuridico per cui, da un lato, si afferma che il pensiero giuridico è topico; dall'altro che la scienza giuridica o è sistematica o non è. In sostanza, a voler riprendere categorie care alla riflessione di L. Mengoni, pretesa e diritto soggettivo sembrano riproporre, con riguardo al fondamento del diritto, l'antitesi tra problema e sistema⁵.

La pretesa, il problema collocato nella storia, è un antidoto alla statica chiusura del sistema giuridico.

3. Il discorso giuridico tra problema e sistema

Per Aurelio Gentili creazione e deduzione, quali modalità argomentative che costruiscono l'esito del discorso sulla base, rispettivamente, del problema e del sistema, non riescono a dar conto, in maniera completa, del discorso giuridico, come, più in generale, del discorso razionale pratico.

Infatti: 1) la direzione epistemologica offerta dal sistema, mediante la deduzione della conclusione dalle premesse, non riesce a dar conto del fatto che si può dedurre (solo) la conclusione dalle premesse, ma non le prime premesse del ragionamento sillogistico;

2) nondimeno, se meditato dal punto di vista del problema, il discorso giuridico rivela la necessità politica, oltre che logica, di un antecedente della decisione, ossia di un criterio dato che costituisca la premessa per fondare la decisione.

⁵ Di Mengoni si v., almeno, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, ora in *Diritto e valori*, Bologna 1985, pp. 11 ss.

Occorre quindi un collegamento, una connessione, tra problema e sistema un'integrazione tra creazione e deduzione, una modalità argomentativa che rimuova l'impossibilità di ricostruire l'unità del discorso razionale pratico.

Lo scopo del saggio è quello di individuare questo criterio, e tale criterio consentirà, mediante la formula "ordinamento delle pretese giudizialmente perseguibili", il collegamento tra sistema e problema. Sullo sfondo resta l'interrogativo se quello giudiziale sia l'unico ambito consentito all'incontro tra ordinamento (sistema) e pretesa (problema) o se ve ne siano altri: per esempio quello del contratto.

Intanto, nel saggio, vi è la consapevolezza che l'incertezza soggettiva immanente alla pretesa, una volta accostata e resa compatibile con l'ordinamento, ne modifica in maniera significativa la natura: esso non è più *ordo ordinatus* bensì *ordo ordinans*.

Ma l'*ordo ordinans* presenta comunque il rischio del deduttivismo. Ed allora il criterio ordinante non può essere esterno al discorso razionale pratico, ma a questo interno. Anzi "*bisogna che quel criterio sia esso stesso*". È il problema stesso a porre la logica individuale, la logica del singolo caso, che impone la decisione.

Questa conclusione, tuttavia, non autorizza ancora la critica per cui è alla sola coerenza logica dell'argomentazione che si riconosce l'attitudine a giustificare la decisione: non è il (solo) controllo logico-formale dell'argomentazione a giustificare la scelta della pretesa prevalente, ma la sua coerenza sostanziale. La sola *consistency*, intesa come non contraddizione del discorso razionale pratico, non è sufficiente a giustificare la decisione.

Anche da questo punto di vista vi è una sorprendente coincidenza con il pensiero di Mengoni, e ciò con riguardo all'idea della necessità che la decisione giudiziale sia giustificata tanto sotto il profilo interno, quanto sotto il profilo esterno, cioè in relazione alla validità *della scelta delle premesse* da cui muovere.

Si giunge così al rapporto tra verità, validità e coerenza: un profilo assai delicato nel discorso giuridico di Aurelio Gentili.

La decisione del singolo caso, se coerente rispetto alle stesse condizioni poste dall'argomentazione, è giustificata e, in quanto giustificata, è valida, non vera. Nell'ordinamento delle pretese giudizialmente perseguibili la relatività immanente all'idea che la decisione del singolo caso fondi il diritto soggettivo, esclude la stessa possibilità concettuale di un assoluto e, di conseguenza, non ha bisogno della verità.

Al centro della riflessione vi è il discorso coerente, non il discorso vero; e la coerenza del discorso non dipende esclusivamente dalla sua consistency, ossia dalla mancanza di contraddizione, bensì anche da una congruenza contenutistica che si risolve nella legalità dell'argomentazione ossia nella sua corrispondenza a principi (o a regole) superiori.

Intanto però occorre sottolineare che Aurelio Gentili elaborava la sua riflessione nel 1998 e come, di conseguenza, essa abbia contribuito al superamento dell'idea, che pure caratterizzava il giuspositivismo analitico tradizionale, per cui la coerenza costituisca un requisito della struttura dell'ordinamento giuridico. Secondo tale impostazione la coerenza dell'ordinamento è realizzata mediante l'eliminazione delle antinomie.

Per Aurelio Gentili la coerenza acquista una più estesa operatività con riguardo alla validità della decisione: legittima l'argomentazione come fondamento del diritto soggettivo.

Con questo saggio la coerenza è considerata un requisito metodologico, essa diventa un problema che riguarda la razionalità del ragionamento e, dunque, secondo Aurelio Gentili, il fondamento di validità del discorso.

Il rapporto tra validità e coerenza svolge un ruolo di particolare significato nel controllo razionale dell'argomentazione giuridica ed in particolare nella costruzione del sillogismo giudiziale. Si tratta in sostanza di un controllo razionale sui presupposti istituzionali della decisione, ossia sulla fondazione della premessa minore e della premessa maggiore. Tale controllo dà conto della ragione sufficiente della scelta di una certa ricostruzione del fatto a preferenza dell'altra (o delle altre) prospettata(e) dalle parti, così come dà conto della scelta di una norma o di una sua interpretazione piuttosto che di un'altra pure proposta in alternativa.

4. La costruzione del sillogismo giudiziario

La coerenza, Gentili però preferisce il termine congruenza, esprime la compatibilità tra le premesse del discorso sul caso ed il sistema, ed è destinata a svolgere un ruolo sempre più decisivo nella misura in cui aumenta la discrezionalità dell'interprete.

L'Autore prende in considerazione ipotesi diverse in ragione della diversa misura di discrezionalità esercitata dal giudice. Ed infatti la riflessione si sofferma molto sull'*analogia legis* e sull'*analogia juris*, ossia sulle ipotesi in cui si registrano misure diverse (minore e maggiore) di distanza tra premessa (maggiore) della decisione e diritto positivo, distanza,

“scarto” a voler utilizzare un’espressione cara a Letizia Gianformaggio, che la discrezionalità del giudice è chiamata a colmare⁶.

Nell’ipotesi in cui la premessa maggiore sia costruita in base a principi, Aurelio Gentili distingue tra principi che regolano un determinato settore dell’ordinamento, e sono dotati quindi di maggiore prescrittività, e principi più generali, ossia i principi valori “che di per sé ancora non dicono in quale caso qualcuno possa o debba fare qualcosa”.

Nelle ipotesi in cui il giudice utilizzi un *principio-valore* (ad esempio: solidarietà, eguaglianza ecc.), e non invece un principio che sia riassuntivo di uno specifico compendio di regole, non essendo più possibile individuare una gerarchia tra principi – e ciò perché sono possibili più ipotesi sulla gerarchia – non c’è più un principio sovraordinato che può consentire il controllo di coerenza, intesa come *coherence*.

In tali ipotesi vi è l’impossibilità di un controllo di coerenza perché manca un termine di riferimento: ciascun principio-valore costituisce una possibile gerarchia e dunque un potenziale criterio di controllo. Sono questi i casi in cui l’A. ritiene vi sia la misura massima di creatività e, dunque, la decisione è sempre più politica.

All’estremo opposto vi è la fondazione della premessa minore, in cui la scelta non è libera né quanto all’oggetto, né quanto al metodo. Quanto all’oggetto vi è il principio dispositivo e quanto al metodo la disciplina della prova non lascia spazio ad un metodo diverso da quello della scelta in funzione di congruenza narrativa.

Tra i due estremi si colloca la fondazione della premessa maggiore sulla base di disposizioni. Essa è vincolata, e dunque controllabile, solo in punto di metodo, libera con riguardo all’oggetto (la norma che si ricava per via di interpretazione dalla disposizione): il controllo sul metodo attiene alla congruenza dell’argomentazione che giustifica la scelta di un’interpretazione tra le molte possibili per una data disposizione.

Sulla coerenza del discorso si basa la validità della decisione e quindi del diritto affermato dal giudice per il singolo caso. È valido il diritto se fondato su di un discorso coerente e la coerenza del discorso dipende dal rispetto dei vincoli sostanziali alla produzione normativa (qui vi è la differenza con il vigore del diritto che ha riguardo al rispetto dei vincoli formali imposti all’atto normativo, alla sua formazione).

⁶ V. L. GIANFORMAGGIO, *L’analogia giuridica*, in *Studi Senesi*, 1985, n. 3 (estratto). Si cfr. a riguardo V. VELLUZZI, *Tra teoria e dogmatica. Sei studi intorno all’interpretazione*, Pisa (ETS) 2012, passim, ma pp. 65 e ss., e 85 ss.

Gli esiti della riflessione vengono, dunque, verificati nella costruzione del sillogismo giudiziario:

a) *la fondazione della premessa minore*: si parte dalla considerazione che i fatti sono ostinatamente muti per affermare che la premessa minore è costituita da un'asserzione sul fatto.

La prima fase della fondazione della premessa minore è costituita dall'accertamento del fatto; la seconda fase nella sua qualificazione giuridica (sussunzione), ossia la trasformazione del fatto in fattispecie.

In entrambe le fasi, dunque sia nell'accertamento che nella qualificazione dei fatti l'attività del giudice ha carattere valutativo e decisionale, non ricognitivo.

In particolare, nella fase di accertamento dei fatti il giudice sceglie tra le diverse teorie della realtà, tra le diverse ricostruzioni del fatto prospettate dalle parti, quella dotata di reale congruenza narrativa in base a quei tests di falsificazione che sono le prove, e quindi in base all'applicazione delle regole sulle prove.

Anche nella qualificazione dei fatti, nella fase che dal fatto conduce alla fattispecie, il giudice, nel rispetto del principio dispositivo, opera una selezione tra gli argomenti proposti dalle parti o ne individua di propri (terza via). Sceglie (e giustifica la scelta) tra le alternative qualificazioni in competizione, in base alla congruenza sussuntiva: tale congruenza è diversa da quella narrativa. Nella congruenza narrativa prevale la verità della ricostruzione in base alla non falsificazione; nella congruenza sussuntiva, invece, la corrispondenza del fatto alla norma.

Il giudice quindi non è libero né quanto all'oggetto né quanto al metodo.

b) *nella fondazione della premessa maggiore* il metodo della selezione, tra tesi in competizione circa il senso di ciascuna norma, di quella più controllata e congruente (scelta in funzione di congruenza) si applica ad un oggetto: la pluralità di norme che ciascuna disposizione contiene.

Nell'analogia vale lo stesso discorso fatto sulle norme. La stessa cosa per le clausole generali (zona di penombra della norma significa larga discrezionalità del giudice nella scelta tra diverse ricostruzioni).

La congruenza consente di giustificare la scelta, dunque vincolo nel metodo ma non nell'oggetto.

Il giudice è più libero (sia quanto al metodo che quanto all'oggetto), più creativo, quando decide in base a principî che coincidono con valori, che sono diversi dai principî norma. La libertà del giudice in questo caso non si rivela nella decisione quanto invece nella scelta del principio.

5. La laicità del discorso giuridico

Ma se il diritto come discorso non pone un problema di verità, ma solo un problema di validità e quest'ultima è da intendere come coerenza logico-formale e come coerenza normativa, allora può concludersi nel senso della laicità del discorso e quindi, nell'impostazione di Aurelio Gentili, della laicità del diritto.

La negazione di un *ordo ordinatus*, ed è questo il punto che mi interessa ai fini della laicità del discorso giuridico, pone in risalto il valore dell'incertezza come fattore di pluralismo, come negazione di integralismo: significa riconoscere la pari dignità assiologia degli argomenti che fondano le pretese e, attraverso il contraddittorio, la necessità della comunicazione per arrivare alla decisione valida.

L'incertezza non è altro che il rifiuto di una verità antecedente e della stessa utilità della verità come valore. Ciò che, in sostanza, significa riconoscere nel relativismo metodologico, non certo in quello filosofico, il fondamento del processo comunicativo che porta alla decisione e nella decisione una selezione tra argomenti in competizione operata non in base ad una gerarchia tra valori, bensì attraverso una tecnica di giustificazione razionale: prevale l'argomento che, alle condizioni poste in fatto ed in diritto dall'argomento stesso, resiste alla falsificazione.

È chiaro poi che il discorso giuridico avviato da Aurelio Gentili deve adeguarsi all'ineluttabile declino delle categorie spazio-temporali come ordinanti in senso assoluto e, di conseguenza, deve riconoscere logiche diverse da quella classica.

Il progresso scientifico e tecnologico rivelano, in particolare, i limiti della spietata esclusione imposta dalla logica duale dell'aut/aut e la grazia inclusiva del *sowohl als auch*.

La logica del terzo incluso (non più escluso) si afferma perché l'identità biologica può non coincidere con quella biografica; perché la vita e la morte conoscono fasi intermedie e, dunque, ad esempio, alcune esigenze tipiche dei fenomeni successivi vengono, di fatto, risolte mediante l'amministrazione di sostegno.

Nondimeno, sul piano del diritto patrimoniale, si dubita molto che oggi sia ancora vero che la proprietà o è pubblica o è privata (art. 42 Cost.). Così come le razionalità di sistema non sono più riconducibili solo alla Stato ed al mercato.

Il rapporto tra Scienza e Giurisprudenza impone all'interprete il prezioso valore del dubbio che relativizza l'acquisizione giuridica, consiglia prudenza

e, soprattutto, umile consapevolezza della possibile falsificazione rispetto al principio di diritto affermato in via assoluta.

In tal modo, l'esclusione del nesso di causalità tra errore nella diagnosi prenatale e malattia del bambino, pure riaffermata di recente ed a Sezioni Unite dalla Cassazione (sentenza 25767 del 22 dicembre 2015), conosce il limite immanente ad un modello argomentativo del tutto privo di valore laddove la patologia sia curabile con terapia (farmacologica o chirurgica) fetale.

In tal caso l'errore diagnostico sarebbe causalmente efficiente rispetto al mancato possibile intervento e potrebbe giustificare l'accoglimento della pretesa risarcitoria del bambino nei confronti del medico.