

In margine a un testo esplicito

Frammenti di una lettura filosofico-giuridica del saggio di A. Gentili, *Il diritto come discorso*

Maurizio Manzin

(Professore ordinario di Filosofia del diritto nell'Università di Trento;
Presidente del Centro di Ricerche sulla Metodologia Giuridica – CERMEG)

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 ispecie¹. 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,

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

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 dalle trattazioni manualistiche, non solo di diritto privato, per lo più attente ad una costruzione tutta scolastica delle questioni, che nella prassi si trova menomamente rispecchiata.

Infine, è un libro *utile*, perché, come dirò tra poco, mantiene costantemente in contatto la teoria giuridica con la pratica del diritto (che è, elettivamente, quella giudiziale).

È mia convinzione che queste caratteristiche siano dovute all'essere Aurelio Gentili un particolare tipo di studioso del diritto privato, in cui si riconoscono due tratti fondamentali: primo, egli riesce a combinare tre ordini diversi di competenze (quella del teorico del diritto, quella del giurista di dottrina, quella del giurista di foro), distinguendosi in ciascuna di esse; secondo, egli applica l'analisi dei concetti che gli derivano da scienza ed esperienza, alla didassi del giure privato (mostrando che la reciproca alimentazione di ricerca, didattica e pratiche, è possibile).

Come ho indicato nel titolo, quello che tenterò di fare in questa sede con il saggio di Aurelio è, per certi aspetti, la versione *a contrario* dell'insegnamento di un autore a me caro: Nicolás Gómez Dávila. Egli aspirava infatti, con la sua opera, a far trasparire in filigrana il «testo implicito» di un libro mai scritto, poiché ne scrisse solo, deliberatamente, le glosse marginali, costituite di frammenti e puntuti aforismi². Ciò che io mi propongo, invece, è l'inverso: tratteggiare un possibile «contesto implicito», inevitabilmente frammentario, a partire dal libro – realissimo ed esplicitissimo – di Aurelio. Ecco perché non mi soffermerò, come pure usa, su qualche suo luogo particolare, per criticare o approvare, ma proverò a indovinarne lo sfondo, fatto di temi e problemi.

Naturalmente, non avrei né il tempo né, soprattutto, la capacità per indicarli tutti. Ne individuerò pertanto solo alcuni (ma significativi), fondamentalmente legati a tre questioni maggiori: la questione linguistica, la questione interpretativa, la questione argomentativa.

2 La questione linguistica

L'architettura di *Il diritto come discorso* non dichiara, ma presuppone, un fondamento che ha natura metafisica. Su questo punto sarò brevissimo, ma lo voglio segnalare perché fa parte della «convergenza», di cui dicevo sopra, fra studiosi di diversa impostazione epistemica. Si tratta dell'invincibilità per la quale *non possiamo dire che esista un fenomeno sintatti-*

2 Cfr. N. GÓMEZ DÁVILA, *In margine a un testo implicito*, Milano, 2001.

camente, semanticamente e pragmaticamente designato come "diritto", all'infuori dei discorsi che lo dicono.

Perché, ovviamente, se lo dicessimo, sarebbe *già* un discorso. Non è un'invincibilità semplicemente logica, come può apparire, perché svela una situazione nella quale il discorrere ha una natura anticipatrice: alla quale, cioè, non ci si può sottrarre; in cui si sta (cito un autore caro ad Aurelio) «come il bruco nella mela». Ben lo sapevano i classici, i filosofi greci in particolare, che utilizzavano il desueto e poco "analitico" termine di *logos* per renderne conto. I singoli discorsi (anche quelli *del* e *sul* diritto) non sono il semplice "prodotto segnico" di soggetti razionali (i giuristi), secondo un dualismo cartesianeggiante di soggetto "cogitante" ed oggetto "esteso". Se si vorrà evitare la circolarità della *regressio ad infinitum*, si dovrà riconoscere in quei discorsi l'antecedenza (la trascendenza) di una condizione di significanza, non prodotta ma sempre sussistente, che è il *logos* stesso, in cui ha luogo ogni possibile designazione. Il diritto, insomma, si dice «come discorso» in senso radicale: una radicalità tale da possedere valenza metafisica.

3 La questione interpretativa

Va detto a chiare lettere che *argomentare in diritto non è soltanto interpretare* (l'attività interpretativa è *una parte* dei processi argomentativi), e l'argomentazione non comporta l'esclusione della deduzione (come riteneva, ad esempio, Perelman, quando attribuiva i separati e alternativi compiti del *persuadere* alla prima e del *convincere* alla seconda). Su tale questione mi soffermerò un po' più a lungo.

Immaginiamo la tipica situazione della controversia giudiziale, nella quale, in merito a un certo fatto, Tizio dice *p* e Caio dice *q*, dovendo il giudice Sempronio stabilire quale dei due discorsi sia "vero". Formulerò un caso immaginario e apparentemente elementare. Dice Tizio (o meglio, il suo avvocato): «ci sono rami che dal fondo di Caio si protendono nel mio, danneggiando la recinzione e impedendo il passaggio rasente. Caio deve provvedere a sue spese, ripristinando la situazione *qua ante* e mantenendola tale». Replica Caio (o meglio, il suo avvocato): «nossignore, i rami stanno sul suo fondo, ci pensi lui». Tizio e Caio non stanno discutendo al bar, non si tratta di una semplice conversazione polemica: il processo è un contesto che possiede certe caratteristiche (dirò poi meglio quali), prima fra tutte la posizione di quel "terzo" imparziale che deve decidere chi, fra i litiganti, abbia ragione - chi dica il "vero". Ora, per una tradizione risalente ad Aristotele, è *vero quel discorso che appare come la conclusione necessaria di determinate premesse, senza l'aggiunta di ulteriori elemen-*

ti³. Mi riferisco, naturalmente, al sillogismo, che è la forma secondo cui saranno “tagliati” i ragionamenti delle parti (prima) e del giudice (poi).

Ecco il possibile sillogismo di Tizio: premessa maggiore – esiste una disposizione di legge (art. 896 c.c.) che impone per tutti i casi assimilabili a questo un certo comportamento, ossia tagliare i rami sporgenti dal proprio fondo; premessa minore – questo è un caso assimilabile, datosi che lo sporgere dei rami fa parte delle situazioni regolate dalla norma; conclusione – Caio deve provvedere. Questo è il discorso *p*.

Ed ecco il possibile sillogismo di Caio: premessa maggiore – d'accordo, esiste una disposizione di legge (art. 896 c.c.) che impone per tutti i casi *assimilabili a questo* un certo comportamento; premessa minore – ma *questo non è un caso assimilabile*, poiché non vi è un'invasione di fondo, né deriva a Tizio alcun danno simile a quelli denunciati; conclusione – Caio non ha nulla a cui provvedere. L'avvocato di controparte, in sostanza, non nega la premessa in diritto, ma contesta la ricostruzione del fatto. Invero, egli avrebbe anche potuto agire diversamente: mantenendo, cioè, la premessa minore, ma negando la maggiore – individuando, ad esempio, un'altra disposizione, oppure interpretando l'art. 896 c.c. in modo tale che la norma ottenuta non s'attagli al caso in esame. Sia come sia, la conclusione non cambierebbe – Caio non ha nulla a cui provvedere. Questo è il discorso *q*.

Come si vede, quali che siano i percorsi argomentativi proposti da attore e convenuto, in ogni caso, per risultare ragionevoli e persuasivi agli occhi del giudice, essi tenderanno ad assumere la forma del sillogismo: se *x* e *y*, e null'altro, allora *z*. E cos'è questa, se non un'inferenza di tipo deduttivo?⁴ Perché tanta difficoltà ad ammetterlo? Naturalmente non è una deduzione operata in un contesto assiomatico (come quello, ad esempio, della dimostrazione matematica); il contesto giudiziale non si caratterizza per assunzioni preve, di natura stipulativa, capaci di stabilizzare il contenuto semantico dei termini e degli enunciati in uso. È un contesto segnato da indeterminatezze di vario genere (quali ambiguità, genericità e, soprattutto, vaghezza)⁵, in cui i discorsi che vi hanno luogo esprimono finalità opposte in ordine alla determinazione delle premesse, imponendo una stratificazione di complesse operazioni logiche. Innanzitutto, i locutori debbono *trovare* una disposizione legale che si adatti al caso secondo il loro punto di vista (che è quello della parte), compulsando le fonti e scegliendo quella reputata più adatta (non solo le norme codificate,

3 Cfr. ARISTOTELE, *Anal. pr.*, I, 1 24 b 17.

4 La premessa *x* consiste, infatti, in un'enunciazione di carattere generale (che prescrive determinate conseguenze per un'intera classe di condotte), la quale viene posta in relazione logica con la premessa *y*, consistente in un'enunciazione di carattere particolare (che individua una condotta come appartenente alla classe), deducendo così la conclusione *z*, ossia l'attribuzione della prescrizione prevista per la classe alla condotta particolare.

5 Cfr. utilm. in prop. M. BARBERIS., *Manuale di filosofia del diritto*, Torino, 2011, p. 72 ss.

ormai, ma anche quelle extra-legislative: giurisprudenza di ceto, *soft law*, ecc.). Trovata che sia la disposizione, essi dovranno *interpretare*, in modo da attribuirle un significato particolare ed opportuno fra altri possibili. Potrebbero anche trovare una serie di disposizioni diverse, dovendo, in tale evenienza, proporre un combinato il cui significato complessivo risulti utile alla condotta difensiva.

Fatto ciò – costituita, cioè, la premessa maggiore – gli avvocati di Tizio e di Caio faranno bene a provvedere anche un ragionamento in fatto, poiché tanto è arbitrario immaginare l'esistenza di una norma semanticamente univoca, quanto lo è ritenere che i fatti compaiano nel processo secondo una specularità perfetta tra *res* e *cognitio*. Non sono, infatti, scontate le modalità dei ragionamenti empirici volti alla rappresentazione del (presunto) fatto, nella misura in cui tali ragionamenti dipendono da una selezione circa le condizioni della verifica medesima. Nel caso qui immaginato, il (presunto) fatto della dannosa protrusione di ramaglie nel fondo di Tizio, si conosce come risultato di un'osservazione *a posteriori*, la quale implica una serie di chiarificazioni. *In primis*, la definizione dei termini (ad esempio, «ramo» nel senso di getti vegetali consistenti? o anche di esili steli? o di radici? «dannosi» perché fitti? o spinosi? o esteticamente brutti? «sporgenti» in che misura? ecc.). *In secundis*, la natura e l'estensione del campo di osservazione (la sola rete di recinzione? le fessure del muretto? la fascia di terreno adiacente? ecc.). *In tertiis*, la determinazione degli strumenti d'osservazione e il loro uso (foto? testimonianze dirette? e riferite a quale stagione dell'anno – in estate, nel tempo della massima fioritura, o in inverno, quando la vegetazione quasi scompare? ecc.).

In buona sostanza, la composizione del sillogismo giudiziale che, rispettivamente, Tizio e Caio (o meglio, i loro avvocati) vorrebbero fosse fatto proprio dal giudice, comportando l'organizzazione del discorso *p* oppure *q* in modo da farlo apparire necessario, cioè innegabile, implicherà una certa attività logico-interpretativa delle disposizioni legali, e fors'anche di atti documentali, ma non potrà limitarsi a questa. La costruzione delle premesse maggiore e minore del sillogismo, infatti, si articola in ragionamenti volti a giustificare criteri di ordine diverso: non solo interpretativi, ma anche sulle fonti, sulle condizioni della cognizione in fatto (incluse le escussioni testimoniali) e, più in generale, sulle varie opzioni probatorie.

4 La questione argomentativa

Riassumendo: gli avvocati di Tizio e di Caio, per rappresentare le pretese dei loro assistiti nei discorsi *p* e *q*, operano molte scelte diverse, frutto di una precisa *strategia processuale*, che riguarda le fonti normative, i termini, gli enunciati, la modalità delle descrizioni, le giustificazioni ecc. Così facendo, essi precostituiscono il materiale discorsivo e determinano la sua

successiva disposizione logica in forma di sillogismo. Tutta questa attività è *argomentazione*. Ed è argomentazione *giuridica* in quanto circoscritta al peculiare contesto giudiziale. Tale contesto si inquadra all'interno di un genere principale, che è quello del *dialogo* (Tizio discute con Caio), a sua volta caratterizzato in senso controversiale (è un dialogo in cui Tizio afferma, e Caio nega, una certa cosa), e più esattamente ancora nel senso della *controversia giudiziale* (Tizio e Caio – o meglio, i loro avvocati – si oppongono pubblicamente, per persuadere un “terzo” preposto alla decisione, il quale possiede l'autorità per formulare un sillogismo vincolante per entrambi)⁶.

La peculiarità del contesto riguarda dunque, principalmente, i seguenti aspetti.

Pubblicità. La «situazione comunicativa» di un dialogo controversiale, istituzionalizzata o meno che sia (quella giuridica lo è, naturalmente), nella misura in cui aspiri a collocarsi in un contesto sociale, dovrà attenersi a una serie di regole razionali per la costruzione dei discorsi (alludo a quella situazione che alcuni autorevoli studiosi dell'argomentazione, primo fra tutti Frans van Eemeren⁷, definiscono «*critical discussion*»), a cui saranno affiancate certe strategie di persuasione dell'uditorio («*strategic maneuvering*»). Queste ultime, secondo altri autori (come, ad esempio, Christian Plantin), potranno includere elementi di natura non solo logica, ma anche emozionale ed etica.

Terzietà. Attore e convenuto non aspirano a convincersi l'un l'altro, anche se “visivamente” dibattono fra loro. Si tratta, infatti, di *arguers* che mirano al “tritonista” della situazione comunicativa – nel nostro caso, il giudice – il quale assiste al *polemos* argomentativo da una posizione “esterna”. È quello che accade, ad esempio, durante un duello elettorale televisivo, in cui i due candidati in lizza propongono ciascuno le proprie tesi, controbattendo quelle del rivale, non certo per convincerlo della bontà delle proprie argomentazioni, quanto piuttosto per persuadere il pubblico degli spettatori-elettori. Questo tipo di “triangolazione” argomentativa è stato indagato soprattutto dagli studiosi d'Oltralpe, che al riguardo hanno appositamente coniato il termine di «*trilogue argumentatif*» per indicare, appunto, che non si tratta di una situazione comunicativa duale, anche se tale potrebbe *prima facie* apparire, ma di un «trilogo»⁸.

Autorità. Con la differenza, però, che il giudice, diversamente dall'e-

6 Ho lungamente e in più luoghi discusso questo genere di argomentazione. La trattazione più estesa e recente si troverà in M. MANZIN, *Argomentazione giuridica e retorica forense*, Torino, 2014.

7 Mi riferisco qui soprattutto alle sue opere: F. H. VAN EEMEREN, R. GROOTENDORST, *Una teoria sistematica dell'argomentazione. L'approccio pragma-dialettico*, tr. it., Milano-Udine, 2008 e F. H. VAN EEMEREN, *Strategic maneuvering in argumentative discourse. Extending the pragma-dialectical theory of argumentation*, Amsterdam-Philadelphia, 2010.

8 Cfr. C. PLANTIN, *Le trilogue argumentatif. Présentation de modèle, analyse de cas*, in *Langue Française*, 1996, 112, p. 9 ss.

lettore, è legittimato dalle forme della volontà legislativa ad esprimere, in maniera diretta e non mediata, una decisione vincolante per le parti (mentre l'elettore non è obbligato a votare, né la sua opzione vale a sancire che un candidato abbia torto o ragione, poiché non obbliga nessuno dei due a nulla – tanto più in un regime istituzionale che non preveda vincolo di mandato). Occorre, tuttavia, sottolineare che l'autorità rappresenta, sì, il sigillo della decisione (ciò che la rende "performativa"), ma non può riassorbirne la razionalità, altrimenti non si comprenderebbe l'obbligo alla motivazione, nella quale si dovrebbero scorgere le valutazioni argomentative del giudice Sempronio in ordine ai discorsi *p* e *q* dei nostri avvocati di Tizio e di Caio.

Ora, la questione della razionalità della decisione giudiziale non è altra da quella argomentativa *tout court*. Non mi pare, infatti, che si possa distinguere e separare una «retorica della persuasione», essenzialmente condizionata da ragioni di strategia difensiva, e di natura ampiamente emozionale (scrive Aurelio Gentili nel suo libro: alimentata da una «finzione» di obbiettività), da una «retorica razionale» o «dell'obbiettività» (cito ancora da *Il diritto come discorso*), riservata al giudice (nella quale, pure, sarebbe celata una «finzione»: quella della coerenza logico-formale di discorsi che, invece, hanno natura più debolmente razionale – argomentativa, appunto – essendo orientati alla tutela di interessi soggettivamente opzionati dal giudice).

A mio modo di vedere, per parlare di «finzione» (quella dell'avvocato o quella del giudice), occorrerebbe precisare il "modello" violato, ossia rispetto a quale tipo di ragionamento essa costituisca una mimesi impropria. Rispetto a una *dimostrazione* (nel senso della dimostrazione apodittica illustrato da Aristotele)? Ebbene, tutti i soggetti processuali, come ho ricordato precedentemente, agiscono in un contesto diverso da quello scientifico, tipico dei ragionamenti formalizzati (come ad esempio la matematica), e, più esattamente, essi agiscono in un contesto nel quale *può* applicarsi la forma della deduzione logica (e di altre inferenze), sapendo però che la si applica a termini ed enunciati i quali, non essendo assiomi, sono affetti da indeterminatezze semantiche. Vi sarebbe «finzione», pertanto, solo nel caso in cui si pretendesse che i *loci* argomentativi godano di un'univocità semantica di tipo assiomatico (in termini aristotelici: se si fingesse che la retorica fosse l'analitica). Ma se il modello cessa di essere quello, inapplicabile in giudizio, della razionalità formale (categorica), per essere sostituito da quello della razionalità argomentativa (fronetica), allora non v'è «finzione» di sorta. Infatti, che gli avvocati di Tizio e di Caio custodiscano una tesi difensiva la quale precede la giustificazione, non è segno di cattiva o "finta" razionalità del loro operare (che perciò si abbandonerebbe volentieri alle sinuosità della persuasione "patetica"), ma è la caratteristica strutturale di tutte le «critical discussions», nelle quali si dibatte proprio a partire da uno «standpoint» (uso qui, ancora una volta,

i termini della Scuola di Amsterdam o «pragma-dialettica»). Quanto poi al giudice, alla luce del modello argomentativo a cui faccio riferimento, neppure lui “fingerebbe”, poiché la sua «precomprensione» (ed ecco qui un termine dell’ermeneutica) di valori e interessi meritevoli di tutela non costituisce un vizio razionale del processo di giustificazione, ma ne è parte integrante; nella retorica classica, essa corrisponde alla fase topica dell’argomentazione: quella in cui si trovano le premesse del ragionamento.

Quello che mi preme ricordare, in questa sede come in altre, è che l’operazione del decidere (il sillogismo giudiziale formulato dal giudice Sempronio) non è operazione solitaria che si consumi a prescindere dai discorsi delle parti: essa, sì, in qualche misura razionale, o almeno *ragionevole*; ma quelli, inesorabilmente sempre pseudo-razionali e “patetici”. No, non v’è sillogismo che il giudice Sempronio possa e debba formulare, se non dopo aver ascoltato e vagliato quelli ipotizzati dagli avvocati di Tizio e di Caio, *da essi soli* traendo il materiale per la sua costruzione argomentativa decisoria (e valgano a rafforzare quest’idea le norme costituzionali in materia di «giusto processo»).

Un lavoro complesso e difficile, indubbiamente, che procederà dalla verifica dei *loci* che sorreggono le argomentazioni delle parti, e dal controllo delle connessioni logiche fra essi, passando attraverso il confronto dialettico dei sillogismi difensivi, sino alla selezione e connessione finale delle parti uscite indenni dal vaglio. Un vero e proprio disassemblaggio e riassetto logico, di cui si dovrà dar conto in motivazione, eventualmente inclusivo dei luoghi a connotazione etica (*ethos*) ed emotiva (*pathos*). Come ha scritto, infatti, Christian Plantin, anche le «emozioni» possono avere le loro «buone ragioni»⁹.

L’argomentazione, insomma, in quanto esercizio della razionalità, è appannaggio tanto delle parti quanto del giudice, e in questa sorta di “convergenza” vedrei in certo modo realizzata l’aspirazione di Francesco Carnelutti a «vincere la tentazione dell’inimicizia» che insidierebbe sempre il processo (quello penale, nel suo caso: mi riferisco, infatti, alla sua celebre opera sui *Principi del processo penale*)¹⁰. Anche se, per il giurista friulano, tale tentazione «assai più che un problema tecnico è un problema morale», mentre io ritengo che debba invece essere vigorosamente salvaguardato l’aspetto «tecnico», consistente appunto nelle opportune misure argomentative.

9 Così il titolo del suo lavoro: C. PLANTIN, *Les bonnes raisons des émotions. Principes et méthode pour l’étude du discours émotionné*, Berna, 2011.

10 Uso l’edizione Napoli, 1960, p. 3.

5 Conclusione

Torno adesso alle considerazioni iniziali. Mi ero proposto di ricostruire qualche frammento significativo del “contesto implicito” che fa, o potrebbe fare, da sfondo al bel libro di Aurelio, utilizzando una tecnica narrativa inversa rispetto a quella di Gómez Dávila. I frammenti “recuperati” in questo modo, sono il frutto di una (ovviamente assai) fugace analisi delle questioni linguistica, interpretativa e argomentativa; ritengo che tutti trovino riscontro nelle pagine di *Il diritto come discorso*, anche se, in questa sede, mi sono limitato a ricordare espressamente solo le parti del testo in cui si forniscono elementi atti a discutere di dimostrazione in rapporto all’argomentazione (ovvero della distinzione fra *convincere* e *persuadere*), delle «finzioni» del giudice e di quelle dell’avvocato (ovvero della distinzione fra retorica «persuasiva» e «obbiettiva»), e della verità processuale (ovvero della distinzione fra verità come corrispondenza di enunciato e fatto, e verità argomentativa).

Si tratta di questioni cruciali, qui evocate soprattutto per le loro implicazioni epistemologiche riguardo alla teoria del processo. Il mio auspicio è che queste, sin troppo brevi, riflessioni e suggestioni possano almeno stimolare chi ancora non l’avesse fatto a leggere approfonditamente il libro.

Per ciò che mi concerne, esse rappresentano soprattutto un ulteriore motivo per prolungare l’amicizia intellettuale ed umana con il suo Autore, fornendo abbondanti pretesti di studio, discussione critica e conviviale incontro.

