

CULTURA E DIRITTI

PER UNA FORMAZIONE GIURIDICA

SCUOLA SUPERIORE DELL'AVVOCATURA
FONDAZIONE DEL CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE

rivista trimestrale • anno IV • numero 1 • gennaio-marzo 2015

P L S A
UNIVERSITY
PRESS

Cultura e diritti : per una formazione giuridica / Scuola superiore dell'avvocatura, Fondazione del Consiglio nazionale forense, - Anno 1, n. 1 (gennaio-marzo 2012)-. - Pisa : Pisa university press, 2012-. - Trimestrale

340.05 (22.)

I. Scuola superiore dell'avvocatura 1. Diritto - Periodici

CIP a cura del Sistema bibliotecario dell'Università di Pisa

Scuola Superiore dell'Avvocatura

Fondazione del Consiglio Nazionale Forense

Piazza dell'Orologio, 7 - 00186 Roma

Tel. +39 06 6872866 - Fax +39 06 6873013

Sito web: www.scuolasuperioreavvocatura.it

Direttore Alarico Mariani Marini

Direttore responsabile David Cerri

Direzione scientifica Guido Alpa, Amelia Bernardo, Carla Broccardo, Giuseppe Bronzini, Carlo Calvieri, Adelino Cattani, Giovanni Comandé, Giuseppe Conte, Federico Ferina, Fabio Florio, Francesco Macario, Maurizio Manzin, Giovanni Pascuzzi, Stefano Racheli, Giuseppe Santalucia, Lucia Tria, Umberto Vincenti

Comitato di redazione Gian Luca Ballabio, David Cerri, Vincenzo Comi, Federica D'Angelo, Monica Gazzola, Francesco Miraglia, Maurizio Paganelli, Francesca Paparoni, Federico Puppo, Pier Giovanni Traversa

Segreteria di redazione Silvia Amoruso

Progetto grafico di copertina Sergio Mariani Marini, Tommaso Pucci

Numero chiuso in redazione il 30 marzo 2015

Hanno collaborato a questo numero: : Federigo Bambi, Amelia Bernardo, Aldo Bulgarelli, Brunella Bruno, Carlo Calvieri, David Cerri, Paolo Doria, Michele Marchesiello, Elisabetta Ferrarini, Alarico Mariani Marini, Andrea Pisani Massamormile, Paolo Moro, Stefano Racheli, Lucia Tria, Raffaella Veniero

Abbonamento Annuo: € 90,00

Numeri singoli: € 25,00

La richiesta va indirizzata alla segreteria della casa editrice Pisa University Press
(Tel: 050 2212056 - Indirizzo: Lungarno Pacinotti, 43 - 56126 Pisa)

La direzione della rivista esaminerà per le eventuali pubblicazioni gli elaborati ricevuti all'indirizzo e-mail: redazione@scuolasuperioreavvocatura.it

Gli scritti si dovranno uniformare alle indicazioni riportate nei "Suggerimenti per gli autori" reperibili sul sito della Scuola Superiore dell'Avvocatura (www.scuolasuperioreavvocatura.it).

ISSN 2280-6334

ISBN 978-88-6741-550-2

Registrazione presso il Tribunale di Pisa numero 15 del 24 maggio 2012.

Indice

Fuoricampo

- 9 La “buona scuola” per l’avvocato
Cultura e pensiero critico per educare al diritto
Alarico Mariani Marini

Formazione giuridica, formazione forense

- 15 Le fallacie giuridiche nella formazione del giurista
Amelia Bernardo
- 25 L’argomentazione forense come difesa della parte e persuasione del giudice
Paolo Moro

Argomentazione e linguaggio

- 39 Se sia bene applicare le regole della lingua di genere alla lingua del diritto
Federigo Bambi
- 45 La retorica forense come pilastro dell’argomentazione giuridica
Note sparse a margine dell’opera di Maurizio Manzin
Paolo Doria
- 57 Meditazioni in tema di motivazione
Stefano Racheli

Diritti umani e fondamentali

- 65 Migranti, avvocatura e diritti umani
La responsabilità dell’avvocato europeo
Aldo Bulgarelli
- 71 Il sonno della ragione
Per una politica europea dell’immigrazione
Lucia Tria

Etica professionale e deontologia

- 87 La negoziazione assistita da un avvocato nella separazione e nel divorzio:
profili deontologici
David Cerri

Approfondimenti

- 99 *Jobs Act*: Le norme sul lavoro che cambieranno la vita del Paese?
Carlo Calvieri
- 111 L'arbitrato come strumento di riconoscimento del valore della domanda di giustizia
Andrea Pisani Massamormile
- 121 Per una proposta di semplificazione delle attività della Pubblica Amministrazione
Raffaella Veniero

Cultura e professione

- 135 Legge e giustizia nella *Commedia*. *Diligite iustitiam qui iudicatis terram*
Brunella Bruno e Elisabetta Ferrarini
- 151 Recensione a *Il mestiere di giudice. Pensieri di un accademico americano*
di Guido Calabresi
Michele Marchesiello

L'argomentazione forense come difesa della parte e persuasione del giudice

Paolo Moro

Sommario

La retorica è il fondamento delle tecniche di persuasione e di argomentazione e costituisce il metodo di formazione dell'avvocato per l'addestramento alla composizione dei casi giuridici controversi.

L'esame di abilitazione di avvocato in Italia è regolato da criteri di valutazione che riguardano la metodologia dell'argomentazione giudiziale e che devono essere interpretati in base alla retorica.

L'argomentazione usata nella difesa della parte si dirige alla persuasione del giudice e costituisce la struttura logica della motivazione della sentenza.

Considerazioni preliminari

Pare difficilmente confutabile che la retorica forense costituisca il fondamento delle tecniche di persuasione e di argomentazione, la cui conoscenza è richiesta dalla legge italiana vigente per superare l'esame di abilitazione allo svolgimento della professione di avvocato.

Nata come metodo giudiziario e sviluppatasi in ambito politico e letterario in un'atmosfera agonistica simile a quella della disputa forense dall'antichità classica fino al Seicento barocco, secolo autorevolmente definito come età dell'eloquenza [Fumaroli 1999], la retorica è indubbiamente fondata su una struttura dialettica e processuale [Moro 2004].

Peraltro, la retorica appare il metodo fondamentale per la formazione e l'apprendistato dell'avvocato e rappresenta il più valido strumento pedagogico per l'addestramento dell'aspirante giurista alla composizione dei casi giuridici controversi [Perelman 2008].

Nella mentalità classica, la retorica è un'attività (*téchne* o *ars*) che presuppone una particolare abilità soggettiva (*ingenium*) in chi la pratica e che è organizzata da una metodologia argomentativa, non da uno schema di regole da applicare secondo un modello precostituito [Reboul 1996; Walton 1998; Raimondi 2002].

Dunque, per l'adeguato allenamento alla scrittura giuridica, che rappresenta una certa lacuna formativa del laureato italiano in giurisprudenza all'inizio del terzo millennio, pare conveniente riprendere lo studio e l'esercizio della metodologia retorica, senza trascurare la pratica ma evitando il prassismo.

In un significativo luogo del suo ampio trattato, che riassume teorie e tecniche dell'argomentazione nella Grecia classica (Retorica, 1355 b), Aristotele precisa che, diversamente dalla sofistica, la retorica deve insegnare l'arte (per

portare un esempio applicabile all'esperienza giuridica contemporanea: il metodo di concreta stesura dell'atto difensivo) e non il prodotto dell'arte (per restare all'esempio: il formulario standard).

Sicché, essendo il più adatto metodo di analisi del caso giuridico e di produzione della persuasione giudiziaria, la retorica giudiziale si può insegnare ed apprendere compiutamente soltanto con l'esercizio (*práxis*) e con lo studio della dialettica che ogni avvocato sperimenta costantemente prima e durante il processo.

La valutazione metodologica dell'esame di avvocato

L'accesso alla professione di avvocato in Italia presuppone il superamento di prove abilitanti sottoposte ad un giudizio di metodo.

Invero, è principio espresso del vigente ordinamento forense che la valutazione metodologica sia il fondamento dell'intera prova abilitante, basata *ex lege* sulla metodologia giuridica, in conformità ai criteri in forza dei quali la commissione d'esame è tenuta a procedere alla valutazione degli elaborati scritti e delle prove orali.

Disponendo le modalità di svolgimento dell'esame di abilitazione, l'articolo 46, comma 6, della legge 31 dicembre 2012, n. 247 afferma quanto segue.

«Il Ministro della giustizia, sentito il CNF, disciplina con regolamento le modalità e le procedure di svolgimento dell'esame di Stato e quelle di valutazione delle prove scritte ed orali da effettuare sulla base dei seguenti criteri:

- a) chiarezza, logicità e rigore metodologico dell'esposizione;
- b) dimostrazione della concreta capacità di soluzione di specifici problemi giuridici;
- c) dimostrazione della conoscenza dei fondamenti teorici degli istituti giuridici trattati;
- d) dimostrazione della capacità di cogliere eventuali profili di interdisciplinarietà;
- e) dimostrazione della conoscenza delle tecniche di persuasione e argomentazione».

I primi quattro criteri sono la riproduzione di quelli già previsti dall'articolo 1 bis, comma 9, della legge 18 luglio 2003, n. 180 (che aveva sostituito l'articolo 22 della legge 22 gennaio 1934, n. 36, disciplinante l'ordinamento della professione di avvocato), mentre appare parzialmente innovativo il quinto criterio che, nella disciplina previgente, era limitato all'atto giudiziario e presupponeva una più generica «dimostrazione della padronanza delle tecniche di persuasione».

La prassi sostanzialmente uniforme delle valutazioni compiute delle commissioni d'esame di avvocato ha confermato che il superamento della prova scritta non è direttamente legata alla soluzione specifica della questione controversa, ma al procedimento logico e giuridico che tale soluzione sottende e, dunque, dipende essenzialmente da giudizi di metodo.

Tra questi giudizi, le commissioni tengono in notevole considerazione la padronanza del ragionamento forense da parte del candidato, la sua capacità argomentativa o anche lo stile formale utilizzato nell'esposizione del parere motivato o dell'atto giudiziale durante la prova scritta oppure l'eloquenza dimostrata durante il colloquio orale.

Pertanto, è evidente che il criterio principale di giudizio sull'operato del candidato all'abilitazione forense riguarda la verifica della conoscenza delle tecniche di persuasione e argomentazione, tra le quali quella principalmente utilizzata sin dalle origini della civiltà occidentale nella discussione giudiziaria, come sopra si è già spiegato, è senza dubbio la retorica.

L'interpretazione retorica dei criteri di giudizio

Invero, i criteri metodologici di valutazione stabiliti dalla legge appaiono evidentemente ispirati dalla retorica forense e debbono essere applicati dai commissari d'esame in modo sostanzialmente uniforme, indagando se il candidato dimostri di sapere argomentare in modo persuasivo.

In effetti, dall'esperienza delle correzioni svolte dalle commissioni d'esame si desume come assumano obiettivamente notevole rilevanza nella misura del giudizio non solo e non tanto la conoscenza delle norme o degli istituti giuridici o anche degli orientamenti della giurisprudenza e della dottrina riguardanti la fattispecie esaminata, quanto piuttosto il procedimento argomentativo seguito dal candidato nella soluzione giuridica del caso proposto dalla traccia o anche la correttezza ortografica e stilistica nella redazione del parere o dell'atto giudiziale.

In particolare, ciascuno dei cinque canoni di giudizio impone alla commissione di procedere alla valutazione della prova d'esame, sia nella correzione del compito scritto che nel colloquio di accertamento, in una prospettiva retorica.

Ne danno conferma, anzitutto, le circolari interpretative ed applicative dei criteri di valutazione stabiliti dalla legge che ogni anno la commissione centrale dell'esame d'avvocato nominata presso il Ministero della Giustizia invia alle sottocommissioni, offrendo specifiche indicazioni che riguardano il metodo di costruzione dell'argomentazione.

Con tali circolari, divulgate negli ultimi anni in occasione dell'avvio delle procedure dell'esame, la commissione centrale chiede variamente alle sottocommissioni di giudicare se i candidati dimostrino «capacità di sintesi e intuizione giuridica», «padronanza del lessico italiano e forense», «capacità di risolvere problemi giuridici utilizzando giurisprudenza e dottrina al servizio della propria preparazione giuridica», nonché «coerente formulazione e logica motivazione delle conclusioni tratte, anche se difformi dall'indirizzo giurisprudenziale e/o dottrinario comune e prevalente».

Peraltro, anche la giurisprudenza amministrativa ha costantemente confermato la natura discrezionale del giudizio delle commissioni e, per conseguenza, la natura metodologica ed argomentativa della prova d'esame.

Con riferimento alla correzione delle prove scritte, è stato puntualmente affermato che «il giudizio fortemente critico riferito agli aspetti formali è sufficiente a sorreggere la valutazione negativa, considerato che anche gli aspetti formali degli elaborati (linguaggio tecnico, stilemi, sintassi, fluidità del discorso) debbono costituire oggetto di valutazione, in particolare nel caso degli esami di abilitazione alla professione di avvocato, stante il particolare rilievo che assumono nella predisposizione degli atti propri della professione forense» (TAR Piemonte Torino, sez. I, 13 settembre 2007, n. 2931 in *Foro amm.* TAR 2007, 9, 2724).

È stato aggiunto come sia «irragionevole il solo supporre che i candidati agli esami per l'abilitazione alla professione di avvocato abbiano titolo ad essere ammessi alla prova orale per il solo fatto di aver proposto soluzioni corrette nelle prove scritte, atteso che il superamento dell'esame di abilitazione permette l'accesso alla professione forense sicché vengono in rilievo, oltre all'esattezza delle conclusioni, le modalità espositive, l'organizzazione complessiva del discorso, le capacità di sintesi e di compiuta argomentazione, cioè tutte le componenti che garantiscono l'adeguatezza della difesa tecnica» (TAR Lecce, sez. I, 8 novembre 2012, n. 1849 in *Foro amm.* TAR 2012, 11, 3645).

Questa interpretazione metodologica dei criteri di valutazione riguarda evidentemente anche la prova orale, essendo frequentemente richiesto alle sottocommissioni dalla commissione centrale di procedere alla discussione di brevi questioni relative alle materie scelte dal candidato, precisando l'indispensabile possesso di una solida tecnica di esposizione ed affermando che «è necessario valutare la capacità del candidato di inquadrare giuridicamente con precisione sotto il profilo sostanziale e processuale un caso concreto, e quindi di illustrarne una soluzione motivata con metodo razionalmente corretto», osservando che «le risposte del candidato vanno valutate anche con riguardo alla precisione del linguaggio».

Anche l'esame analitico dei cinque criteri previsti dalla legge ne riconferma la natura retorica.

In primo luogo, l'interpretazione argomentativa del giudizio di valutazione dell'esame di avvocato è evidente nel primo criterio, secondo il quale devono essere valutate «chiarezza, logicità e rigore metodologico dell'esposizione». Tenendo conto che la prova scritta è determinante, l'impostazione metodologica degli scritti e della discussione diventa così la più importante misura della valutazione che la commissione d'esame deve compiere (ed effettivamente compie) prima degli elaborati scritti e, successivamente, delle prove orali sostenute dal candidato.

Il secondo criterio prevede la «dimostrazione della concreta capacità di soluzione di specifici problemi giuridici», con la conseguenza che al candidato non è richiesta una predeterminata soluzione del caso attraverso la semplice indicazione di norme di legge o massime di giurisprudenza, ma l'effettiva abilità nell'affrontare la questione e risolverla mostrando l'esperienza guadagnata durante il tirocinio nello studio legale.

Il terzo criterio impone la «dimostrazione della conoscenza dei fondamenti teorici degli istituti giuridici trattati»: pertanto, non sarà sufficiente né tantomeno utile l'esposizione di cenni preliminari ed astratti sugli istituti normativi, ma sarà conveniente inserire tali argomenti all'interno della motivazione del parere o dell'atto, potendo così approfondire la risoluzione del caso concreto mostrando le basi concettuali della propria linea difensiva.

Il quarto criterio richiede la «dimostrazione della capacità di cogliere eventuali profili di interdisciplinarietà», tra i quali si distinguono i profili del diritto globale e comparato tipici dell'epoca contemporanea, con peculiare riferimento agli orientamenti della giurisprudenza sovranazionale e costituzionale, nonché gli aspetti processuali della fattispecie concreta. Infatti, una precisa disamina degli eventuali rimedi giudiziali che sono proponibili nella fattispecie concreta oggetto d'esame implicano quasi sempre profili interdisciplinari.

Infine, il quinto criterio si riferisce esplicitamente alla retorica, richiedendo, al candidato una esplicita «dimostrazione della conoscenza delle tecniche di persuasione e argomentazione».

Nei prossimi paragrafi si tenta di indicare che cosa debba intendersi per «conoscenza delle tecniche» e quale significato debbano assumere i termini «argomentazione» e «persuasione» alla luce della retorica giuridica.

Conoscenza informativa ed esperienza performativa della comunicazione retorica

La retorica forense non è un insieme di precetti metodologici che devono essere imparati in teoria e poi applicati in pratica per la soluzione di casi controversi.

Infatti, rammentando la citazione aristotelica riferita nelle considerazioni preliminari, è sempre bene rammentare che la retorica autentica non è una tecnica empirica diretta alla realizzazione di un prodotto, ma è un'arte della comunicazione, ossia è una tecnica del discorso che si realizza nel suo stesso attivarsi, mirando alla difesa persuasiva delle ragioni illustrate [Gentili 2013].

Quest'attività comunicativa è teorica e pratica nello stesso tempo, poiché presuppone il conseguimento contemporaneo di conoscenze e competenze, informazioni e attività, concetti e abilità [Mariani Marini 2003].

Quindi, per valutare correttamente, attraverso l'analisi di una scrittura o l'ascolto di una discussione, la padronanza minima da parte del candidato all'esame d'avvocato della tecnica argomentativa, è necessario considerare prima di tutto la capacità di mediazione tra teoria e prassi che è la natura caratteristica della retorica.

In altre parole, la commissione deve accertare non solo la conoscenza «informativa» dei criteri di ragionamento giuridico che appaiono essenziali per la soluzione del caso, ma anche l'esperienza «performativa» mostrata dal candidato che deve saper utilizzare le tecniche di soluzione del caso controverso: tale esperienza non potrà che essere maturata non solo con lo studio teorico, ma anche con l'applicazione pratica attraverso l'esercitazione e la discussione di fattispecie controverse.

In particolare, una valutazione “performativa” del parere motivato o dell’atto giudiziale, che costituiscono oggetto della prova scritta, può utilmente manifestarsi quando il candidato illustra premesse interpretative del procedimento argomentativo, come i principi giuridici incorporati dalle massime della giurisprudenza, che sono solide ma pur sempre obiettabili.

Tali premesse sono retoriche, in quanto sottoposte alla contestazione critica e assunte come introduzione qualificante del discorso quali luoghi comuni, maggiormente accettabili dall’ascoltatore e, dunque, maggiormente resistenti alle obiezioni del medesimo [Cavalla 2007].

Inoltre, l’esposizione non può essere la dimostrazione di un teorema, ma deve presentare natura argomentativa, evolvendosi attraverso ragionamenti sottoposti a contestazione e prefiggendosi il vaglio delle premesse del discorso, destinate non solo a rafforzare la propria tesi ma anche e soprattutto a contrastare quella avversaria [Alexy 1998].

Infine, se adeguatamente retorica, la struttura del ragionamento deve presentarsi in forma dialogica e cooperativa, evidenziando il contraddittorio sugli opposti argomenti problematici proposti per risolvere un caso che, per la sua natura giuridica, è sempre controverso e presuppone costantemente la ricerca di una soluzione comune tra più alternative [Berti 1993].

L’esposizione performativa del caso concreto oltrepassa una presentazione astratta del proprio sapere giuridico, che non può essere limitato alla descrizione della legislazione o della giurisprudenza, pur riferibile a determinati istituti svincolati dalla fattispecie controversa.

In tale modo l’esposizione diventa retorica e può utilmente presentarsi in una forma problematica e non concettuale, perché basata sulla discussione interrogativa; casistica e non sistematica, perché fondata sulla questione controversa; discontinua e non sequenziale, perché articolata su fattispecie imprevedibili; argomentativa e non descrittiva, perché caratterizzata da opinioni criticabili [Feteris 1999; Van Eemeren 2003].

L’argomentazione come difesa della parte

Con il termine «argomentazione» (in greco *sylogismós*, in latino *argumentatio*) si vuole designare precisamente il ragionamento retorico, ossia il procedimento logico che consente di sostenere nel dialogo una tesi persuasiva per l’interlocutore con un discorso che non si limita a descrivere o interpretare, ma cerca di giustificare, motivare, dimostrare, ossia vuole rendere ragione di sé [Gadamer 1993; Pennacini 2002].

Con il termine «argomento» (in greco *pístis*, in latino *argumentum*), ci si intende riferire specificamente alla proposizione che costituisce la fonte o la prova del ragionamento retorico e che si identifica con il motivo o la ragione addotta a sostegno di una tesi in una discussione [Toulmin 1975; Plantin 1996; Prakken 1997].

Dunque, sotto il profilo giuridico, gli argomenti sono le premesse del sillogismo retorico, poste dall'esperto del processo, e conferiscono valore convincente al discorso dell'avvocato che sa selezionarle, ordinarle ed esporle nella scrittura giuridica oppure nell'arringa forense, facendo uso delle proprie conoscenze teoriche e delle proprie competenze pratiche.

Nell'atmosfera agonistica del processo, l'argomentazione assume il proprio aspetto tipico e si identifica con la difesa delle ragioni della parte. Infatti, argomentare nel processo significa difendere la tesi di parte dalle contestazioni avversarie tentando di porle in contraddizione.

Nella stesura della scrittura giudiziale, per esempio, l'avvocato (che appunto significa "difensore") che affronta il caso controverso per assumere la posizione di una delle parti non può ridursi ad un teorico interprete della legge, ma deve realmente mostrare il proprio istinto difensivo che, come fanno i giuristi pratici, promana dallo spirito agonistico del processo.

L'impulso agonistico della difesa giudiziale o stragiudiziale è il tipico sostrato del ragionamento dialettico e, dunque, del procedimento retorico. Interpretare dialetticamente l'esperienza del processo significa utilizzare sistematicamente la confutazione nei confronti dell'avversario e anche, una volta emanata la sentenza, nei riguardi del giudice.

La dialettica e la retorica nella notissima formulazione classica sono utili perché impongono l'esercizio della confutazione: infatti, la critica delle tesi avversarie costituisce la principale attività che, compulsando i fascicoli di causa, esegue il praticante avvocato durante il tirocinio in uno studio legale. Sicché si può la retorica forense si apprende non memorizzando o ripetendo uno schema di regole predefinite, ma addestrandosi nella pratica professionale con lo studio dei casi e delle sentenze, con l'assistenza alle udienze e con la redazione scritta di atti processuali e di pareri stragiudiziali.

Sotto il profilo giuridico, l'arte difensiva utilizzata dall'avvocato impone una profonda conoscenza del dibattito forense e, pur non essendo riducibile ad uno standard astratto, corrisponde sostanzialmente all'atteggiamento che deve essere normalmente tenuto dal convenuto nel processo e che consiste nel negare i fatti dedotti dall'attore: nel diritto greco classico, quest'attività confutatoria veniva precisamente designata con il verbo greco *apologheín*.

Nel corso dell'esame e della risoluzione del caso controverso, comunque, l'uso del metodo confutatorio nei confronti delle tesi della controparte caratterizza non solo la difesa dell'imputato nel processo penale ma anche la difesa dell'attore nella causa civile, giacché anche l'atto di citazione costituisce una forma di contestazione delle eccezioni del convenuto, spesso implicitamente deducibili dalle schermaglie stragiudiziali che precedono il processo.

Questo uso costante della contestazione è inesauribile ed è il propulsore irrefrenabile del contraddittorio che innerva la struttura logica del processo e che può realizzarsi solo nella continua interrogazione confutante dell'avversario. Questa forma dialogica del domandare spesso intende provocare risposte

incoerenti oppure costringere l'interlocutore a fare ammissioni a sé sfavorevoli per evitare di cadere in contraddizione.

Dunque, nell'argomentazione difensiva è necessario rispettare compiutamente l'ineludibile principio del contraddittorio e cercare il dialogo agonistico con gli argomenti avversari (*audiatur et altera pars*): senza l'ascolto delle tesi di controparte, spesso sorrette dalle prevedibili opinioni della giurisprudenza o della dottrina, non sarebbe possibile prospettare correttamente una giusta e completa difesa, secondo un'impostazione metodologica che, ancor oggi, fa parte del bagaglio tecnico di ogni buon avvocato.

L'atteggiamento logico non solo di passivo resistente alle obiezioni avverse, ma di attivo ricercatore del contraddittorio conferma che l'avvocato deve predisporre ad anticipare le critiche alle sue stesse argomentazioni anche nel momento in cui l'avversario non le ha ancora sollevate: questa funzione di scopritore delle eventuali difficoltà alle quali può andare incontro la tesi è implicitamente utilizzata nell'attività propulsiva del giudizio che, in effetto, è sempre una contestazione.

La difesa della parte come motivazione del giudice. Un recente arresto delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione

La valorizzazione dell'argomentazione come difesa di parte nel processo è stata recentemente confermata da un rilevante arresto delle Sezioni Unite della Suprema Corte.

Con la sentenza 16 gennaio 2015, n. 642, le Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione hanno ritenuto valida la motivazione della sentenza che riproduce le argomentazioni difensive contenute in un atto di parte.

In particolare, il Supremo Collegio ha stabilito che nel processo civile ed in quello tributario «non può ritenersi nulla la sentenza che esponga le ragioni della decisione limitandosi a riprodurre il contenuto di un atto di parte (ovvero di altri atti processuali o provvedimenti giudiziari) eventualmente senza nulla aggiungere ad esso, sempre che in tal modo risultino comunque attribuibili al giudicante ed espone in maniera chiara, univoca ed esaustiva, le ragioni sulle quali la decisione è fondata».

Nell'ampia motivazione che sorregge la decisione delle Sezioni Unite, il cui intervento nomofilattico è stato ritenuto necessario per le considerazioni di principi di rilevanza anche costituzionale, la Suprema Corte ha espressamente affermato che l'argomentazione difensiva ha valore prevalente nel giusto processo e che il giudice, qualora sia persuaso della bontà delle ragioni illustrate dalla parte, deve limitarsi a condividerle.

«D'altro canto, lo scopo di una difesa professionale e della presentazione di scritti difensivi – si legge nella decisione delle Sezioni Unite – è proprio quello di convincere il giudice delle proprie buone ragioni. E quando ciò dovesse accadere, cioè quando il giudice, adempiendo il proprio dovere di decidere la con-

troversia, accogliesse l'istanza che ritiene meritevole di tutela (solo o anche) alla stregua delle ragioni esposte dalla parte nei propri scritti difensivi, ove queste ragioni risultassero espresse in modo chiaro ed esaustivo, sarebbe ipocrita chiedere al medesimo giudice di esporre nuovamente con diverse parole le medesime motivazioni che lo hanno convinto a stabilire una determinata regolamentazione degli interessi in conflitto, risultando invece più ragionevole e più "trasparente", nonché in perfetta linea con un processo giusto, di durata contenuta ed ispirato al principio di effettività, riportare nella motivazione i passi dell'atto di parte condivisi e fatti propri dal giudice, piuttosto che parafrasarli in nome di una "originalità" espositiva priva di qualsivoglia fondamento logico o giuridico».

In effetti, la decisione della Suprema Corte valorizza la difesa tecnica e conferma che il giudice deve obbedire al principio dispositivo del processo, in base al quale le parti hanno il potere di sostenere le proprie ragioni e di discutere in contraddittorio le questioni proposte in giudizio, anche quando siano rilevabili d'ufficio.

La necessità per il giudice di rispettare l'argomentazione illustrata dagli avvocati delle parti nell'esame degli argomenti di causa è conforme ad un principio essenziale del giusto processo, che si basa sul principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato e impedisce che la motivazione della sentenza percorra una «terza via», del tutto diversa da quelle fatte valere dai contendenti nel processo.

In definitiva, il processo è un'attività coordinata e diretta all'emanazione della decisione in cui l'argomentazione delle parti appare indispensabile per la costruzione della motivazione del giudice in uno spazio di comunicazione retorica alla quale partecipano tutti i protagonisti del processo.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione dicono espressamente nella sentenza esaminata che «la sentenza è l'atto conclusivo di un processo nel quale hanno agito più soggetti, ciascuno in certa misura contribuendo alla decisione finale, la quale, sotto questo profilo, può essere considerata un risultato "corale"».

E questo risultato è certamente il frutto del lavoro degli avvocati che assistono le parti in giudizio, la cui dottrina diventa vincente e convincente quando appare presentata nella più solida forma argomentativa.

L'argomentazione come persuasione del giudice

In generale, la comunicazione giuridica prima e durante il processo potrà definirsi autenticamente persuasiva quando si manifesta in un discorso diretto a conseguire il convincimento del giudice.

Tale convincimento è fondato sull'argomentazione difensiva che le parti si contrappongono nel processo, ossia fondato sulle contrapposte ragioni sostenute dalle parti nel dibattito giudiziario.

Pertanto, l'argomentazione non è soltanto la difesa di una tesi di parte ma anche la capacità di raggiungere la persuasione razionale del terzo chiamato a deliberare la propria decisione sul caso controverso.

Il procedimento argomentativo è persuasivo in senso retorico quando si qualifica come logico, irrefutabile, esemplare, istantaneo.

1. Anzitutto, il discorso forense è persuasivo non tanto quando produce uno stato emotivo del giudice che è portato a dare il proprio assenso ad una tesi difensiva per il mero impulso psicologico della propria volontà, quanto piuttosto nel momento in cui è logico, ossia suscita un giudizio di approvazione del procedimento argomentativo che qualifica i ragionamenti contrapposti nel processo.

Il persuadere costituisce così per l'uditore o il lettore non solo un fatto, ma soprattutto un atto autenticamente comunicativo con il quale si approva il discorso che, pur essendo connotato dal linguaggio vago ed incerto dell'argomentazione, si presenta attendibile.

Nell'estensione di significato del termine, la persuasione retorica si traduce nell'affidamento, ossia nella concessione di quella fiducia che, per l'avvocato, rappresenta il fulcro del proprio prestigio professionale e della credibilità la quale, infatti, è un'essenziale qualità soggettiva della tecnica dell'argomentazione giudiziale.

2. La retorica forense assume così il compito di individuare gli argomenti adatti a produrre una conclusione che sia tale perché inespugnabile o difficilmente attaccabile e, dunque, irrefutabile senza cadere in contraddizione. Infatti, i ragionamenti protetti dalla contestazione sono facilmente difendibili e appaiono convincenti perché possono essere negati dalla controparte (nei propri atti difensivi) o dal giudice (nella sentenza che potrebbe essere impugnata) solo arbitrariamente, cioè ingiustificatamente, e, quindi, sono più agevolmente approvabili nella dialettica processuale.

Sicché corrisponde alla struttura logica del contraddittorio considerare persuasivo nella formazione del discorso giuridico un argomento che non è contestato oppure la cui negazione non si costituisce efficacemente: sicché tale elemento del ragionamento deve considerarsi ammesso non solo come introduttivo del possibile o reale dibattito processuale ma anche come conclusivo del medesimo perché capace di evitare o dissolvere le obiezioni.

3. Inoltre, l'atto giuridico può ritenersi persuasivo quando è condivisibile perché esteticamente valido e, dunque, si esibisce con un discorso stilisticamente apprezzabile e, dunque, formalmente esemplare.

È chiaro che, nel tentativo razionalista di inquadrare il linguaggio naturale in quello simbolico (come avviene nei modelli informatici), la formazione degli atti giudiziali tende a seguire formulari predefiniti da regole che ne fissano uno schema costante.

Invece, ciò che si deve ritenere probante perché approvabile nel discorso retorico non è l'inserimento delle parole o delle proposizioni in uno schema prefissato, ma è la costruzione di un discorso che rende più chiara un'affermazione o una definizione posta come premessa, comprovandone la validità argomentativa.

4. Infine, l'atto difensivo si presenta persuasivo quando è istantaneo, ossia condiviso dal giudicante nello specifico contesto della decisione, nella quale si riassumono tutti gli atti coordinati e diretti alla composizione della controversia nel processo.

La persuasione si raggiunge quando l'argomentazione difensiva si trasfonde nella motivazione del giudice, stabilendo con essa una connessione indefettibile ma provvisoria, perché legata solo a quel particolare caso non più controverso, ma sempre destinato ad essere ridiscusso, come avviene in sede di impugnazione.

Le molteplici ed opposte forme comunicative del discorso persuasivo, che si differenziano e si oppongono tra loro nella discussione processuale, appaiono così collegate tra loro non solo dalla sentenza del giudice, che è un atto di mediazione logica, ma dalla comune ed indefettibile processualità che le caratterizza.

Abstract

Rhetoric is the foundation of the techniques of persuasion and argumentation, and it's the method of formation of lawyer for the training to the composition of controversial legal cases.

The qualifying examination as a lawyer in Italy is regulated by evaluation criteria concerning the methodology of argumentation in the Court and it must be interpreted according to the rhetoric.

The argumentation used in defense of the parts heads to the persuasion of the judge and it is the logical structure of the judgment.

Bibliografia

- R. ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica: la teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, Giuffrè, Milano 1998.
- E. BERTI, *Il procedimento logico-formale e l'argomentazione retorica*, Dedalo, Bari 1993.
- F. CAVALLA, *Retorica, processo, verità*, Franco Angeli, Milano 2007.
- E.T. FETERIS, *Fundamentals of legal argumentation: a survey of theories on the justification of judicial decisions*, Kluwer, Dordrecht 1999.
- M. FUMAROLI, *Histoire de la rhétorique dans l'Europe moderne: 1450-1950*, PUF, Paris 1999.
- H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, Bompiani, Milano 1992.
- A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, Giuffrè, Milano 2013.
- A. MARIANI MARINI (a cura di), *Teoria e tecnica dell'argomentazione giuridica*, Giuffrè, Milano 2003.
- P. MORO, *Fondamenti di retorica forense. Teoria e metodo della scrittura difensiva*, Libreria Al Segno Editrice, Pordenone 2004.
- A. PENNACINI, *Forme del pensiero: studi di retorica classica*, Edizioni dell'Orso, Alessandria 2002.
- C. PERELMAN, *La réforme de l'enseignement du droit et la nouvelle rhétorique*, in AA.VV., *L'educazione giuridica. 1. Modelli di università e progetti di riforma*, a cura di N. PICARDI - R. MARTINO, Cacucci, Bari 2008.

- C. PLANTIN, *L'argumentation*, Seuil, Paris 1996.
- H. PRAKKEN, *Logical Tools for Modelling Legal Argument. A study of Defeasible Reasoning in Law*, Kluwer, Dordrecht 1997.
- E. RAIMONDI, *La retorica d'oggi*, Il Mulino, Bologna 2002.
- O. REBOUL, *Introduzione alla retorica*, Il Mulino, Bologna 1996.
- S. TOULMIN, *Gli usi dell'argomentazione*, Rosenberg & Sellier, Torino 1975.
- F.H. VAN EEMEREN - R. GROOTENDORST, *A systematic theory of argumentation. The Pragmatic-dialectical approach*, Cambridge University Press, Cambridge 2003.
- D. WALTON, *The new dialectic: conversational contexts of argument*, Toronto University Press, Toronto 1998.