

# L'ordine infranto. Ambiguità e limiti delle narrazioni formali nel diritto dell'età post-moderna

Maurizio Manzin

## ABSTRACT

L'età moderna fu caratterizzata dal trionfo del pensiero sistematico, capace di descrivere il mondo mediante narrazioni dotate di continuità e coerenza. Ordine causale nel mondo fisico e ordine formale nei sistemi assiomatici sono stati per secoli i modelli dominanti in campo scientifico. Ad essi si ispirarono gli stessi giuristi teorici per produrre le loro narrazioni sul diritto (es. codificazione, dogmatica giuridica, normativismo). L'esigenza di continuità narrativa si tradusse, in campo giudiziale, nella figura del sillogismo: strumento offerto al giudice per congiungere la legge con il fatto nella decisione. Ma si

trattava di uno strumento totalmente astratto, e non appena le epistemologie della post-modernità hanno svelato l'invincibile complessità del reale rispetto alle descrizioni possibili, esso è entrato in crisi assieme al giuspositivismo formalista. Le attuali tendenze proceduraliste e nichiliste mostrano la rassegnazione ad un diritto in-fondato, consegnato al mutare dei poteri situazionali, e incoraggiano un atteggiamento scettico venato talvolta di cinismo. Recenti studi, tuttavia, indicano la possibilità di governare la discontinuità delle situazioni processuali con lo strumento logico della retorica forense di matrice classica.

## SOMMARIO:

1. L'ORDINE E LE PIRAMIDI - 2. JOSEF PERDE IL SUO COGNOME - 3. IL MITO DEL SILLOGISMO
4. DALL'ORDINE AGLI ORDINI - 5. I BUCHI SONO FORMAGGIO? - 6. LE DUE FACCE DELLA MEDAGLIA
7. APOLOGIA DELLA RETORICA FORENSE

### 1 - L'ORDINE E LE PIRAMIDI

Scriva Milan Kundera, richiamandosi esplicitamente a Friedrich Nietzsche: "colui che pensa è automaticamente portato a sistematizzare; la sua tentazione costante (...): descrivere tutte le conseguenze delle sue idee; prevenire tutte le obiezioni e confutarle in anticipo; costruire un baluardo inespugnabile attorno alle proprie idee"<sup>1</sup>. Le parole dello scrittore boemo si riferiscono alla forma del romanzo moderno ed al suo avvicinarsi alla filosofia: alla necessità, che esso finisce per condividere con

## PAROLE CHIAVE:

LOGICA GIURIDICA; RETORICA; SILLOGISMO; POSITIVISMO GIURIDICO; POST-MODERNITÀ; FORMALISMO; NICHILISMO; PROCEDURALISMO; DISCONTINUITÀ.

quest'ultima, di convincere attraverso l'inflessibile regolarità del sistema. Egli vede, dunque, totalmente estricate la finalità descrittiva (com'è il mondo? perché è in questo modo? Come mai l'azione x nella trama del romanzo conduce a questi esiti?) e la finalità persuasiva (convincere l'uditorio dei lettori, conferire certezza alla narrazione).

Quest'esigenza ordinativa e sistematica dei romanzieri ottocenteschi è, peraltro, del tutto affine al paradigma gnoseologico e culturale che ha dominato l'intera età moderna (e l'Europa con essa): quello dell'ordine istituito dalla causalità. Un modo di vedere il mondo, e di ragionare, utilizzando il reticolo delle cause e

1 M. KUNDERA, *I testamenti traditi*, trad. di E. Marchi, Milano, 1994, pp. 168s.

degli effetti, ispirato alla nozione humiana di causalità ( $p$  è causa di  $q$  se entrambi compaiono assieme nell'esperienza e  $p$  precede costantemente  $q$  nella serie)<sup>2</sup>, che trova singolare corrispondenza nell'idea, anch'essa moderna, di progresso. La somma delle scoperte umane circa le cause e gli effetti nel mondo fisico è, infatti, immaginata come la produzione per tappe successive di una mappa dell'esistente sempre più completa<sup>3</sup>, e nella quale ogni nuova acquisizione costituisce un 'passo avanti' derivato da quelli precedenti; in sostanza, una narrazione a cui la continuità (la sua coerenza, l'esser priva di 'salti logici', di 'buchi') conferisce potere di convinzione. Il progresso delle scienze comporta dunque la celebrazione della forza persuasiva di una narrazione che non conosce interruzioni od ostacoli invincibili, che riempie (o riempirà) ogni spazio di ciò che è esperibile. L'occidente disegna la modernità in funzione del suo sorgivo *horror vacui*.

Tale persuasione, poi, è rafforzata dall'efficacia delle descrizioni prodotte. Queste, infatti, sono funzionali ad una *tecnica* capace di intervenire sul mondo (o meglio, sui fenomeni), interrompendo o alterando processi causativi secondo le intenzioni soggettive, manipolando la 'natura' onde ottenere gli effetti di volta in volta desiderati. Nella modernità, il *pensiero tecnico* assurge a forma suprema, a idolo della conoscenza: un sapere-agire. Alla certezza di una descrizione illacunosa, si aggiunge la certezza dei risultati concretamente conseguibili: 'funziona, dunque è vero'.

Non è un caso che Goethe metta in bocca al suo Faust, poco prima dell'incontro con Mefistofele, le parole: "Am Anfang war die Tat"<sup>4</sup>. L'origine

2 Com'è noto, nel suo *Trattato sulla natura umana* (1739-1740), HUME individua la connessione fra causa ed effetto come il risultato di un'associazione percettiva della mente umana fra fenomeni contigui in modo ricorrente nello spazio e nel tempo.

3 La metafora 'cartografica' come origine della scienza moderna è stata messa efficacemente in luce, tra gli altri, da K. MENDELSSON, *La scienza e il dominio dell'Occidente*, trad. di P. Ludovici, Roma, 1981.

4 GOETHE, *Faust*, Erster Teil: Studierzimmer, trad. di G.V. Amoretti, *Faust e Urfaust*, Milano, 1991, p. 67.

ed il fondamento di tutte le cose non è più un "logos" (traspare chiaramente, in questo passo del *Faust*, il sovvertimento del giovanneo – e classico – "en arche en o logos")<sup>5</sup>: è un agire. Esso esprime la tentazione del potere, quella a cui è più difficile sfuggire; *fare*, obliando il problema dell'essere (*l'Urproblem*).

L'ordine della causalità è, dunque, caratterizzato dalla figura della sequenza (della regolarità): stanno in ordine il *prima* e il *dopo*; e così il primo, il secondo, il terzo... e infine l'ultimo degli elementi che compongono la sequenza. La sequenza regolare, poi, sottintende un *criterio* sulla base del quale gli elementi della catena si dispongono tra loro; ordine, infatti, significa anche *gerarchia*<sup>6</sup>. E gerarchiche sono le narrazioni con le quali la modernità descrive la 'natura': le classificazioni di Linneo, la tavola periodica degli elementi, l'evoluzione delle specie, il Big Bang...

Al fascino di questo modello non poteva sfuggire il giurista, il quale, sin dal costituirsi della modernità, ha iniziato a reclamare una 'natura' ben ordinata e priva di 'buchi' sulla quale poter intervenire manipolando, con un sapere 'funzionante', assistito da certezza, attributivo di potere. In sostanza, anche il giurista ha preteso la sua *narrazione continua*. E l'ha trovata nella legge.

Si rifletta su questo (siamo agli esordî della codificazione):

«Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice».

Si tratta del celebre art. 4 *Titre préliminaire* del *Code Napoleon*, la cui genesi aveva faticosamente impegnato i civilisti francesi: nel suo enunciato luccicano la negazione, assio-

5 Su cui v. F. CAVALLA, *La verità dimenticata*, Padova, 1996, pp. 167-182.

6 Della questione ordine-gerarchia mi sono occupato in più luoghi. In questa sede mi sia consentito il rimando al solo M. MANZIN, *Ordo iuris. La nascita del pensiero sistematico*, Milano, 2008 (nel quale è più estesamente tematizzata).

matica, della presenza di ‘buchi’ nell’ordinamento normativo e l’affermazione, anch’essa assiomatica, dell’univocità e completezza della legge. Finalmente il giurista possiede la sua tavola periodica degli elementi! Con la capacità di organizzazione del pensiero tipica di quel popolo, la dottrina tedesca saprà afferrare l’assioma napoleonico e tematizzarlo all’interno della sua stratificata tradizione giuridica: la *narrazione continua* verrà cercata addirittura in assenza di codici, sulla semplice base di una “chimica” degli istituti normativi<sup>7</sup>. G.F. Puchta, ad esempio, riteneva che si potesse disegnare una mappa del diritto al modo di una costruzione piramidale – la “piramide concettuale” – fortemente gerarchizzata<sup>8</sup>. In attesa di una nazione unificata (1871) e di una codificazione (che non arriverà prima del 1900), la grande scienza giuridica tedesca prepara già il suo ‘romanzo’ in forma di sistema.

Sarà – come sappiamo – Hans Kelsen, suddito di una “Kakania” abitata da “uomini senza qualità” e da “soldati Švejk”<sup>9</sup>, a dare il tocco finale alla narratologia dei giuristi, con l’intronazione del sovrano onnipotente ed invisibile di questo regno della certezza formale: la *Grundnorm*.

## 2 - JOSEF PERDE IL SUO COGNOME

Sì: Musil, Hašek, e soprattutto Kafka, descrivono da par loro una stagione della cultura europea in cui la “crisi delle scienze” rivelò l’esito del processo di ordinazione sistematica che aveva lungamente attanagliato la conoscenza. Inseguendo le chimere della continuità, della prevedibilità, del potere sul mondo fenomeni-

<sup>7</sup> Sarebbe interessante uno studio comparativo sul lessico della scienza giuridico-politica del tempo: fisica, chimica, aritmetica, geometria, medicina... Quante sono le scienze, formali ed empiriche, che hanno prestato i loro lemmi alla terminologia dei teorici del diritto e della politica?

<sup>8</sup> Cfr. per questo spc. il suo *Corso delle istituzioni* [*Kursus der Institutionen*: Leipzig, 1841-1847], tr. di C. Poli, Milano-Verona, 1858.

<sup>9</sup> L’allusione, superfluo precisare, è alle opere di Musil ed Hašek.

co (chimere cartesiane: l’uomo “*maître et possesseur de la nature*”), l’intellettuale europeo – e il giurista fra questi – ha indotto la conoscenza nell’unico luogo in cui poter dimorare salva dalla minaccia del “silence”, dell’“obscurité” e dell’“insuffisance”; salva dai buchi e dalle trappole dell’imprevedibile: l’astratto luogo della *teoria*, il regno galileiano “dei triangoli, cerchi ed altre figure geometriche”, in cui il nitore della forma salva dalla dubitosa sostanza. Triangoli e cerchi, in effetti, propriamente non “accadono” mai<sup>10</sup>, nessuno ne incontra per la strada; stanno nel *Begriffshimmel* – allietati, forse, dalla compagnia dei dogmi giuridici elaborati dalla dottrina. In quel regno e in quel cielo nessun elemento è fonte di disordine, il castigo dell’entropia è risparmiato<sup>11</sup> ed ogni azione si compone in una sequela regolare e prevedibile.

Noi oggi sappiamo cosa verrà a turbare l’idilliaca pace di quel regno e del suo cielo: i tuoni possenti della meccanica quantistica, i fulmini della relatività einsteiniana, la tempesta di grandine dell’indecidibilità gödeliana. Nell’ambito dell’esperienza giuridica, se vogliamo, il paradosso del processo di Norimberga (come fa il diritto a giudicare se stesso? non sono dunque inviolabili le mura della cittadella del legalismo giuspositivistico? vi sono, oltre a *regole*, anche *principii*?).

Ma il povero Josef K., nella sua Kakania, non lo sa ancora. Egli è chiamato a rispondere di colpe inesistenti da un ‘ordine’ che non vede mai concretamente, ma nella cui trama è irretito, al punto da non avere più ‘diritto’ ad alcuna individualità. Egli non merita, infatti, neppure un cognome: il suo *Familiennamen*, ciò che lo costituisce in una relazione concreta con il mondo

<sup>10</sup> “Ciò che è significato dalle scienze – specie se espresso con un linguaggio artificiale – è sempre frutto di un’astrazione, non accade propriamente mai. Un triangolo non accade (...)” (F. CAVALLA, *Retorica giudiziale, logica e verità* in: ID., a cura. di, *Retorica processo verità. Principi di filosofia forense*, Milano, 2007, p. 33. Cs. dell’A.).

<sup>11</sup> Su ordine ed entropia nella teoria giuridico-politica, v. M. MANZIN, *Ordine politico e verità in Sant’Agostino. Riflessioni sulla crisi della scienza moderna*, Padova, 1998, pp. 17-27.

(lo spazio e il tempo delle generazioni da cui è discendente), è ridotto a un'anonima lettera dell'alfabeto: un qualunque Josef segnato da una qualunque K; la *a* e la *b* di un'operazione algebrica. Josef è costretto a vivere nel mondo delle lettere e dei numeri, dei triangoli e dei cerchi, della teoria insomma. L'unico mondo in cui tutto funziona 'come si deve'. Josef lo capisce bene, e infatti cerca con pervicacia la sua colpa, perché, in quel mondo, nessun castigo può essere ingiustificato o 'illogico'<sup>12</sup>.

Come è potuto accadere tutto ciò, come ci siamo arrivati? Semplicemente, perché l'ordine sistematico delle descrizioni della realtà non è la realtà. Nella realtà, come dicevo, nessuno incontra triangoli o cerchi; certo, quando vogliamo manipolarla in un certo modo, ci appoggiamo alle teorie: ma questo non è conoscere ("logos"), è agire ("Tat"). O meglio: è conoscere in modo oggettivo. Cioè: disincarnando il soggetto dalla conoscenza. La conoscenza del mondo come un oggetto ha provocato la riduzione del soggetto ad oggetto fra altri, privandolo della sua individualità, del suo 'accadere' pieno di "silenzî", "oscurità" ed "insufficienze".

E poiché si dà il caso che l'ambito intellettuale e professionale a cui appartiene l'autore di quest'articolo è, bene o male, quello dei giuristi, egli non può non notare, con incerta soddisfazione, che Josef K. eterna la tragicommedia dell'oggettivismo moderno proprio nel corso di un processo.

### 3 - IL MITO DEL SILLOGISMO

Formalismo e primato dell'astrazione sono una temperie che la dottrina giuridica ha lungamente conosciuto, ma verso la quale essa si pone ormai (quasi sempre) in maniera critica. Purtroppo, però, non si tratta semplicemente di un problema della dottrina. Esiste, infatti, un

<sup>12</sup> Si v. al riguardo il bel parallelo tracciato da Milan KUNDERA fra Josef K. e Raskol'nikov (ne *L'arte del romanzo*, tr. di E. Marchi, Milano, 1988, pp. 145-150). Mentre il protagonista di *Delitto e castigo* personifica "la colpa che cerca il castigo", in quello del *Processo* "il castigo cerca la colpa": segno paradossale del dominio della formalità.

pendant dell'accademismo e del *Professorenrecht* che trova preciso riscontro nella pratica: mi riferisco, segnatamente, all'idea per la quale il discorso che più di ogni altro interessa il giurista pratico – quello compendiato nella decisione giudiziale – dovrebbe essere governato secondo un ordine che assomiglia alquanto a quello delle sequenze causali: dato *p*, allora *q*.

Se Tizio ha (o non ha) compiuto una certa azione *p*, ed esiste una norma giuridica che qualifica tale azione *p* ascrivendo ad essa una certa conseguenza *q*, allora, 'a causa' di *p* e della norma che la qualifica, Tizio 'deve' (o non 'deve') subire *q*.

Questa formulazione simil-causalistica, come si vede anche ad una rapida occhiata, è tutt'altro che nitida e priva di ambiguità (lo stesso Kelsen, nella sua teoria "nomostatica", sottolineava tutta la problematicità di quel 'deve'); ciò nonostante essa è divenuta la stella polare della logica giuridica di stampo legalista. Un vero mito, che affonda le sue origini nell'empirismo sei-settecentesco e nei reiterati tentativi di adeguare i processi razionali del diritto a quelli delle scienze formali.

Ed i mitografi del sillogismo giuridico – Charles-Louis de Secondat barone di La Brède e di Montesquieu, e, assieme a lui, Cesare Beccaria – erano indubbiamente abbagliati dal modello epistemologico cartesiano (perfettamente oggettivistico: è con costoro che dovrebbe prendersela il povero Josef K.!). Entrambi ritenevano che, essendo il sillogismo una concatenazione logica che conferisce validità formale e persuasività alle sue conclusioni, e disponendo il decisore – grazie alla codificazione – degli elementi atti a costituire la sua premessa maggiore, fosse possibile 'derivare' un discorso normativo a seguito di una mera ricognizione del fatto e della sua "sussunzione". La riduzione del ragionamento processuale a sillogismo rappresentava per essi la possibilità di chiudere per sempre la porta all'arbitrio interpretativo dei giudici, trasformandoli in rassicuranti automi della deduzione.

Ma davvero questo tipo di narrazione giuri-

dica è conforme alle procedure scientifiche? E davvero si tratta di una narrazione dotata di continuità?<sup>13</sup>

Quelle scienze che si occupano della narrazione dei fenomeni, e che si suole definire empiriche, intessono i loro discorsi a partire da una serie di stipulazioni. Lo scienziato empirico comincia il suo lavoro utilizzando, per comunicare, parole dal campo semantico ben definito e noto ai membri della sua comunità. Con esse delimita il suo campo d'indagine, indica i suoi strumenti e le modalità del loro utilizzo. Così attrezzato, egli procede all'osservazione e alla descrizione dei fenomeni: in tutti i casi *a, b, c...* che costellano lo spazio/tempo della sua osservazione, egli rileva la frequenza di talune ricorrenze (ancora Hume); le descrive; ne trae – per *induzione* – una regola generale di connessione fra le cause e gli effetti.

Similmente il teorico, lo scienziato che opera mediante formalizzazioni, dispone di un proprio metodo per conferire continuità alla narrazione. Anch'egli procede da stipulazioni condivise: quando dice “punto”, o “numero”, o altro, i membri della sua comunità sanno di cosa sta parlando, senza ambiguità o reticenze. Il suo metodo gli consente di collegare gli elementi del discorso in sequenze logicamente necessitate, traendone inferenze e costruendo dimostrazioni.

Avviene così anche nell'elaborazione del sillogismo giudiziale?

Invero, nel processo, gli elementi che concorrono a formare le premesse del sillogismo non sono il frutto di stipulazioni. La premessa maggiore – la norma giuridica – dev'essere trovata dal giudice; elucidata nel suo contenuto semantico (la norma è scritta in un linguaggio naturale, epperò vago); eventualmente combinata con altre (quali? sarà ancora il giudice a deciderlo). La premessa minore – il fatto – corrisponde alle risultanze di una serie di processi ricostruttivi vincolati al regime probatorio

13 Si perdoni, per le considerazioni che immediatamente seguono in corpo di testo, l'inevitabile schematicità imposta dalle circostanze.

e limitati al materiale reso disponibile in contraddittorio (così ex-art. 111 Cost. sul “giusto processo”, di natura accusatoria, stabilito dalla novazione del 2001).

Detto così, tutto sembra avvalorare la tesi della continuità narrativa, possibile tanto nei discorsi della teoria giuridica (in quanto descrizioni del sistema normativo), quanto in quelli della prassi giudiziale (in quanto applicazioni meccaniche della sussunzione). Atteniamoci ai secondi: davvero, in questo modo, sono evitati i problemi dell'interpretazione con le sue oscillazioni semantiche, giusta la prescrizione dell'art. 12 disp. prel. CC<sup>14</sup> (premessa maggiore)? Davvero la ricostruzione in fatto mediante la formazione della prova si risolve nella mutazione di procedure empiriche dal campo tecnico-scientifico<sup>15</sup> (premessa minore)?

Questi interrogativi suonano oggi – il primo in particolare – addirittura banali: nella temperie del “post-positivismo” i giuristi concedono (quasi sempre) che la composizione delle premesse è tutt'altro che ferrea: trovare la norma e dirne il significato è solo il punto d'arrivo di una stratificazione complessa di atti linguistici, sorretti in ogni punto da scelte (implicanti, dunque, criteri selettivi tratti dall'universo di conoscenze, esperienze, aspirazioni, valori ecc. del narratore); quanto all'oggettività e univocità delle ricostruzioni scientifiche del fatto, basterà un minimo di esperienza forense (non occorre neppure scomodare la giurisprudenza della Cassazione, voglio dire) per rendersi conto che il ricorso a testimoni, esperti e periti raramente restringe, e più spesso amplifica, le possibili trame della narrazione processuale.

14 “Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore” (Art.12 c.1 disp. prel. CC).

15 Sull'uso della prova scientifica nel processo cfr. S. FUSELLI, *Apparenze. Accertamento giudiziale e prova scientifica*, Milano, 2008; F. PUPPO, *La 'nuova' prova scientifica nel processo penale. Alcune riflessioni sul rapporto tra retorica e scienza* in: G. FERRARI, M. MANZIN (a cura di), *La retorica tra scienza e professione legale. Questioni di metodo*, Milano, 2004, pp. 355-372;

Certa – allora – è solo l'*auctoritas* che suggerisce le conclusioni in diritto e in fatto, poiché è garantita dalle istituzioni al giudice. In altri termini: certo è solo il *fatto* del potere che legittima il decisore.

La narrazione *non* è continua. L'aura del mito si dilegua.

#### 4 - DALL'ORDINE AGLI ORDINI

Il pensiero “forte” che più duramente ha patito nel corso del Novecento un indebolimento, è stato probabilmente quello della fisica classica, a causa della teoria quantistica. Questa dimostrò che la materia stessa non era continua, bensì interrotta da ‘pacchetti quantici’ che insinuavano aree di non conoscenza nell'osservazione dei fenomeni. A seguire, in campo logico-matematico, la formulazione del teorema di Gödel sull'indecidibilità dei sistemi formali stroncò le aspettative hilbertiane di una formalizzazione deduttivistica capace di rappresentare in modo risolutivo qualunque problema teorico. Parallelamente, gli studi sul secondo principio della termodinamica (Prigogine) introducevano il concetto di “fluttuazione” dell'ordine nei sistemi fisici<sup>16</sup>, scuotendo dalle fondamenta l'idea di stabilità e prevedibilità che aveva connotato la cosmologia classica galileo-newtoniana.

Sono esempi macroscopici, i quali mostrano la vera e propria rivoluzione gnoseologica che nel XX secolo travolge la percezione dell'universo come ordine dotato di continuità, osservabile e spiegabile attraverso le narrazioni (a loro volta continue) assicurate dalla scienza.

In filosofia, l'eco di questo irreversibile “indebolimento” del pensiero di matrice cartesiana è visibile soprattutto nelle scuole continentali che in varia modalità si richiamano a Martin Heidegger e ai suoi epigoni; nei seguaci della *linguistic turn* e nelle correnti ispirate dal “secondo” Wittgenstein; nei cultori dell'ermeneutica, ecc.

E in diritto?

<sup>16</sup> M. MANZIN, *Ordine politico ecc.*, loc. cit.

L'approdo del giuspositivismo al normativismo kelseniano ricorda, per certi versi, il sogno di Hilbert: la riduzione (nel suo caso, della logica matematica) a sistema coerente come risposta ai problemi conoscitivi. Ma la realtà mostrerà esiti ben diversi. Si vedano, ad esempio, i processi di costituzionalizzazione dei valori socialmente condivisi (sottoposti, dunque, alle complesse dinamiche della società contemporanea); l'internazionalizzazione dei diritti umani; la scomparsa delle ideologie; la porosità degli ordinamenti nazionali; la globalizzazione, ecc. Tutti fenomeni che sfuggono a qualsiasi possibilità di riduzione formale e riconduzione a un ordine sistematico e gerarchico.

Per tutti (per la scienza, per la filosofia, per la politica, per il diritto, per l'economia) la conclusione sarà: non crediamo più all'esistenza di *un* ordine in senso assoluto, poiché ci troviamo sempre al cospetto di un numero indefinito di *ordini* in condizione fluttuante; di una varietà indefinita di *situazioni* in cui il criterio atto ad organizzare i fenomeni che singolarmente le contraddistinguono varia di volta in volta, senza poter essere sussunto entro un criterio generale e “trans-situazionale”<sup>17</sup>.

Con un'espressione che ha goduto di largo successo, Natalino Irti ha qualificato la post-modernità giuridica come “l'età della decodificazione” e del “nichilismo”, segnata dal trionfo della tecnica e dei proceduralismi<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> Uso il termine nel senso esplicitato soprattutto da G. VATTIMO (fra i molti luoghi possibili, v. p. es. *La società trasparente*, Milano, 2000 [nuova ed. accresciuta]).

<sup>18</sup> Mi riferisco soprattutto a N. IRTI *L'età della decodificazione*, Milano, 1999 e Id., *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2005. Il proceduralismo è stato uno dei temi principali discussi al XXII Congresso nazionale della Società Italiana di Filosofia Giuridica e Politica (Trieste: 27-30 settembre 2000), i cui atti sono raccolti in M. BASCIU (a cura di), *Giustizia e procedure*, Milano, 2002. Da qui traggio una significativa espressione pronunciata da VATTIMO nella sua relazione d'apertura (*Il proceduralismo (i proceduralismi) come contrassegno della modernità*, pp. 27-36: 35): “Il rapporto proceduralismo-modernità, letto in tutto il suo significato, vuol dire che (...) esso si legittima non in relazione a una qualche struttura data e normativa della ragione umana, ma in corrispondenza

A tutto ciò potremmo aggiungere, nel cerchio della nostra specifica esperienza, tutte quelle vicende istituzionali, politiche e di costume che, a partire dai primi anni Novanta, hanno evidenziato la profonda crisi del sistema-giustizia in Italia: esso stesso non più un ordine criteriato da un principio durevole, né solidale all'ordine più ampio dello Stato, bensì frazionato e diviso (financo nella sua autopercezione) in situazioni localizzate di poteri, interessi, finalità, tra loro distinti e talvolta confligenti<sup>19</sup>.

### 5 - I BUCHI SONO FORMAGGIO?

La frantumazione dell'ordine che contraddistingue l'epistemologia post-moderna ha, ovviamente, le sue conseguenze – e pesanti – in ambito di teoria e fenomenologia del processo. Ne accennerò tra breve. Ma, intanto, si rifletta sul (quasi sempre) sopravvenuto riconoscimento della discontinuità, in quanto strutturale a qualsiasi narrazione.

Vorrei affrontare questo problema, in sé vastissimo, con una metafora 'casearia' che, un po' per celia e un po' per non morir, propongo talvolta agli studenti del mio corso di filosofia del diritto (nobilitandola con un'etimologia riferita ai frammenti eraclitei)<sup>20</sup>. Eccola. Quando

---

za a una condizione, più ancora post-moderna che moderna, nella quale la metafisica, cioè il fondazionalismo, ha perso di credibilità". Cioè – chioso – nella condizione della rinuncia da parte "della ragione umana" a cercare un fondamento che giustifichi le diverse forme (procedure) cui siamo sottoposti.

19 Valgano come esempio il frazionamento in correnti ideologicamente connotate dell'Associazione Nazionale Magistrati, gli aspri contrasti fra potere politico e magistratura, le interposizioni imbarazzanti nell'azione inquirente delle diverse Procure, e altri fatti ancora che costituiscono, ormai, materia di cronaca quotidiana.

20 "Tutte le leggi umane, invero, vengono nutrite (*trepheintai*) da una sola legge, quella divina" (tr. Colli: fr. 14 [A 11] = DK 22B114 in G. COLLI, *La sapienza greca. III: Eraclito*, Milano, 1993, p. 29) Tra i suoi significati, *trephein* indica, anche, l'azione di coagulo del formaggio successiva alla cagliatura del latte: metaforicamente, il costituirsi di una forma attuale (non l'unica possibile) entro una potenza non ancora determinata (foriera di molte possibili determinazioni). Per un'interpretazione diversa

acquistiamo, che so, della *gruyère*, siamo irritati dal fatto di trovarvi dei buchi? Potremmo definire quei buchi come 'non-formaggio', oppure, al contrario, essi sono 'strutturali' a quel formaggio, e c'irriterebbe piuttosto il non trovarne?

Se dessimo retta a Zenone e alla sua interpretazione estrema e dualizzante di Parmenide, nessuna collusione sarebbe possibile tra 'formaggio' e 'non-formaggio': l'essere è, il non-essere non è; *tertium non datur*. Su questo parmenidismo si è costituita la nozione moderna di individuo e la sua primazia giuridico-politica<sup>21</sup> (non diversamente, in campo fisico e cosmologico, la teoria classica aveva inteso come polarmente opposti l'ordine della natura ed il caos). Ma, oggi, la post-modernità ci pone di fronte all'esigenza di reiterare il "parricidio" invocato da Platone, proclamando che "l'essere in certo modo non è, il non-essere in certo modo è"<sup>22</sup>. In altre parole, l'identità fondata solo su se stessa (quella che ha dato origine alle storiche battaglie per l'*égalité*), assoluta ed astratta, non resiste alle contraddizioni che logica ed esperienza frappongono al suo cammino. Qualsiasi processo di determinazione dell'identità ( $A=A$ ) implica il riconoscimento della differenza ( $A \neq non-A$ ), epperò l'apertura di qualsiasi gnoseologia a campi non omogenei del sapere (sotto questo profilo, la crisi d'identità che attanaglia l'Europa e la sua cultura – il problema delle "radici" – è innanzitutto crisi della *nozione* d'identità, nozione che essa ha ereditato dall'illuminismo razionalista).

Di ciò sta a lampante esempio la tendenza in atto nel mondo scientifico alla contaminazione fra le discipline (*converging sciences*), ovvia conseguenza della crescente diffusio-

---

(ma concettualmente affine) del *trephein* eracliteo, v.F. CAVALLA, *Verità dimenticata*, cit., pp. 152-156).

21 Su ciò diffus. M. MANZIN, *La barba di Solženicyn e la frammentazione dei diritti umani*, «Persona y Derecho», 58: 2008, pp. 455-472.

22 "Ciò che non è, in certo senso, è esso pure e ciò che è, a sua volta in certo senso non è" (PLATONE, *Sofista*, xxxix 241d. Trad. di A. Zadro in *Opere complete*, 2, Roma-Bari, 1980, p. 223).

ne delle epistemologie della discontinuità.

Dei buchi nel formaggio groviera si dirà, dunque, che sono essi stessi groviera, poiché l'identità di quel saporito prodotto non è disgiungibile da quella dell'apparentemente altro da esso: i buchi, appunto. Né delle antinomie, delle lacune, dei processi d'integrazione dei principî nelle regole, delle oscillazioni interpretative, dell'indole probabilistica e falsificabile delle rappresentazioni probatorie, ecc. potrà dirsi che siano (normativisticamente, kelsenianamente parlando) 'non-diritto': esse stanno al diritto tanto quanto i buchi alla *gruyère*. Sono le possibilità preziose del suo continuo sviluppo.

#### 6 - LE DUE FACCE DELLA MEDAGLIA

Ho dato per assodato che le dinamiche (quasi sempre) in atto nei diversi campi dell'esperienza e della teoria, avvalorino la tesi per cui nessuna narrazione può aspirare alla continuità, sicché l'ordine sistematico, inteso come paradigma concettuale consegnatoci dalla modernità, apparirebbe ormai irrimediabilmente infranto, e i suoi dispersi frammenti brillerebbero sotto la luce indagatrice della conoscenza come i cocci di uno specchio (quello cartesiano del sapere: *res cogitans* che 'riflette' la *res extensa*) che rifrangono una miriade caleidoscopica di bagliori, di colori, di forme, in apparenza irriducibili fra loro.

Vorrei ora mostrare come questa presa d'atto – talvolta consapevole, talaltra meno – da parte dei giuristi, abbia condotto a due esiti distinti. O meglio: a due atteggiamenti che, a ben guardare, costituiscono le facce di una stessa medaglia.

Del primo già abbiamo detto: è l'atteggiamento del *proceduralista*, di colui che s'appiglia al "salvagente della forma"<sup>23</sup> (ma attenzione, costui non è propriamente un *formalista*: il formalista prende congedo dalla sostanza, o dal problema della sostanza, che giudica irresol-

23 Cfr. N. IRTI, *Il salvagente della forma*, Roma-Bari, 2007.

vibile o inutile, elevando la coerenza espressa dalla forma a criterio massimo di validità. Il proceduralista è addirittura ironico verso la dualizzazione forma/sostanza, poiché in essa rimarrebbe ancora una traccia di "pensiero forte". Razionalità e sostanza, per lui, sono concetti antitetici; porsi il problema della sostanza, della sua distinzione dalla forma, è un atto letteralmente privo di senso). Il proceduralista è un 'nichilista positivo', un *bon vivant* che rifugge le posizioni estreme ed ha a cuore il destino del mondo; sicché, congedatosi con un sorriso benevolente dall'età in cui i filosofi cercavano di conferire certezza alle loro narrazioni del mondo (con la religione, la ragione, l'ideologia o la forma ordinata e gerarchica), accoglie senza drammi l'idea che non esiste alcun criterio (fondamento, principio, senso) capace di ordinare la vastità dei fenomeni che s'incontrano nell'esperienza. Per esempio, nel caso del diritto, non esiste alcuna *giustizia*. Esistono, appunto, solo irrelati, puntiformi fenomeni, che di volta in volta il pensiero accomuna sulla base di criterî fuggevoli e totalmente situazionali. A questo radicale scetticismo sulla questione del fondamento, il benevolo proceduralista congiunge tuttavia l'ottimismo del rito, esaltando quegli standard formali di trattamento fissati dalle norme giuridiche, i quali – benché *in-fondati* – non mutano per tutti i casi per cui sono stati previsti, garantendo in questo modo la sola uguaglianza concretamente possibile. Il bicchiere del nichilismo, per lui, è mezzo pieno.

Il secondo atteggiamento indotto dalla consapevolezza della discontinuità è quello (meno nobilmente intellettuale ma, a mio avviso, potenzialmente molto più pericoloso) che si riscontra in certa prassi forense, e che tende a comunicarsi ai praticanti ed ai giovani avvocati. Si tratta di un vero e proprio indurimento della coscienza professionale, che altrove ho definito "cinismo giudiziario"<sup>24</sup>, nel quale si

24 V. in prop. M. MANZIN, *Il cinismo giudiziario e le virtù del metodo* in: P. MORO (a cura di), *Scrittura forense. Manuale di redazione del parere motivato e dell'atto giudiziale*, Torino, 2008, pp. 1-3..



distinguono due livelli susseguenti nel tempo.

In un primo tempo, ad un livello conoscitivo, il professionista esordiente constata che tutte le lezioni apprese nel corso della sua formazione universitaria e tramite le pubblicazioni che normalmente utilizza per il suo tirocinio di preparazione all'esame di Stato d'avvocato, si applicano poco o punto alla pratica. Quest'ultima sembra costituita piuttosto da una congerie di consuetudini invalse, di usi caratteristici del foro in cui egli opera, e relativi ai soggetti con cui ha a che fare quotidianamente (magistrati, funzionari del Tribunale, colleghi ecc.) – lontani, com'è lontano l'iperuranio, dall'idea di continuità formale rappresentata dal modello sillogistico del ragionamento giudiziale.

In un secondo tempo, a livello psicologico-comportamentale, l'esordiente finisce per imitare, soffocando qualsiasi patema teorico (se mai vi fosse stato), il cipiglio del mestierante: cinico e disincantato verso le raffinatezze della dottrina, e teso piuttosto a introiettare le astuzie e le disinvolture dei colleghi più esperti e consumati. Egli interpreta la sua formazione forense come il risveglio all'età adulta, al 'mondo reale', così diverso dai lirismi del *Professorenrecht*, e fatto di diuturne battaglie con la schizofrenia del legislatore, la volubilità dei giudici, la pervicacia dei clienti, gli sgambetti dei colleghi di controparte, le disfunzioni delle cancellerie, ecc. Problemi che non hanno proprio nulla di logico, anzi: la mancanza di qualsiasi logica è esattamente la ragione della loro essenza problematica.

Ecco dunque le due facce della stessa medaglia: quale medaglia? Quella del *potere*. Potere, ovvero poteri, che stabiliscono i riti e le procedure, gli usi e le astuzie, ma che non hanno – ricordiamolo – per il nichilista alcun fondamento (principio, senso) durevole. Poteri che rendono cinico il mestierante del foro, inducendolo ad una rinculante sottomissione (l'avvocatichio) o ad una roboanza priva di scrupoli (l'avvocatone)<sup>25</sup>. E allora – shakespeariana-

25 Su queste figure, che costellano da secoli la letteratura e le altre forme di espressione artistica dell'occidente

mente – *Let's kill all the lawyers!* (sarebbe, d'altra parte, possibile concludere diversamente?).

#### 7 - APOLOGIA DELLA RETORICA FORENSE

Senonché, proprio perché la medaglia è unica, potremmo forse permetterci di rifiutarla *in toto*, opponendo al segno del (mero) potere, quello della (ricerca della) verità, di cui il processo è virtualmente “un formidabile laboratorio”<sup>26</sup>. Alla medaglia sulle cui facce sta scritto: *auctoritas non veritas facit legem*, appuntata sul petto di tutti coloro che ritengono la logica estranea ai processi decisionali che si realizzano nel foro, potremmo obiettare che la logica ch'essi hanno in mente è solo quella del sillogismo e della sussunzione, buona per i discorsi dotati di continuità (i quali sono sempre astratti), ma inapplicabile alle situazioni concrete e ai discorsi discontinui che le caratterizzano.

Spieghiamoci meglio. Esiste, certamente, una verità che connota tutte le conclusioni coerentemente dedotte dalle premesse del ragionamento: la verità intesa come validità formale – che si consegue, appunto, entro una *forma*, un ordine di tipo continuo, un sistema. La logica della matematica ne rappresenta l'espressione sicuramente più rilevante. Essa, come ho detto per brevi cenni, abbisogna di un contesto nel quale siano fissate le premesse mediante un linguaggio artificiale e univoco. Tale contesto è però introvabile nelle aule dei tribunali, dove si confrontano e si scontrano discorsi molteplici, in un linguaggio naturale, e senza alcun accordo sulle 'premesse'. L'atto finale di codesti discorsi è, come sappiamo, destinato al suggello dell'*auctoritas* giurisdizionale, ma in sé ciò non dovrebbe

(e su cui oggi indagano gli studiosi di *law and literature*), v. le taglienti osservazioni di CAVALLA, in chiusa al suo *Retorica giudiziale ecc.*, cit., p. 84 ed – eventualmente – la mia nota esplicativa in: *Del contraddittorio come principio e come metodo* (M. MANZIN - F. PUPPO [a cura di], *Audiatur et altera pars. Il contraddittorio fra principio e regola*, Milano, 2008, pp. 3-21: 12, nt. 26).

26 L'espressione è di CAVALLA, nella sua *Prefazione alla seconda edizione di Retorica processo verità*, cit., p. 15.

impedire di tentarne il governo attraverso opportuni strumenti logici (diversamente, lo stesso obbligo di motivazione della sentenza apparirebbe privo di senso). E 'opportuni' significa 'adeguati alle circostanze': alla polivalenza, controversialità, asimmetria, transitorietà, perfettibilità del contesto forense.

Esiste una verità che si attagli a quest'*ordine discontinuo*? Qualcosa che sia capace di collegare in modo razionalmente approvabile gli elementi eterogenei della narrazione processuale (e senza la quale l'espressione 'ordine discontinuo' sarebbe null'altro che un ossimoro)? Una rotta, insomma, sulla quale la navicella del ragionamento possa giungere al porto della sanzione giudiziale?

Citerò ancora Kundera: "A mano a mano che si affonda nell'avvenire, l'eredità del «modernismo antimoderno» acquista grandezza"<sup>27</sup>. Vale a dire che per essere, come voleva Rimbaud, "absolument moderne" (cioè adeguati all'avvenire, disposti a lottare contro il destino di "uniformità senza pari" che attende la fine della modernità)<sup>28</sup>, bisogna diventare capaci di porsi in maniera critica verso la modernità e i suoi miti. Capaci di attraversarne i prodotti concettuali più caratteristici (l'individualismo, l'egualitarismo, la tecnica) sino ad individuarne l'origine: quei dilemmi fondamentali cui essi volevano dare soluzione. Se il bagliore rassicurante delle soluzioni moderne si sta oscurando, quei dilemmi rimangono però autentici e degni di essere ancora (e sempre) affrontati.

Uno di tali dilemmi, radicato al sorgere della civiltà europea (la Grecia), era il seguente: il giudizio delle azioni umane è inevitabilmente affidato al destino (e alle forze cui esso consente di farsi valere), o tali azioni si possono misurare e pesare sulla base della capacità di dirne le ragioni? L'usignolo perirà sempre di fronte allo sparviero (Esiodo)? Davide di fronte a Golia? (Israele: anch'esso alle origini della civiltà europea). Il mite seguace del Galileo di fronte all'onnipotente Cesare? (Infine Roma,

27 KUNDERA, *L'arte del romanzo*, cit., p. 196.

28 *Ibid.* p. 209.

la cristianità: ancora radici, ancora Europa). Conosciamo la risposta della classicità a questo dilemma: è il costante tentativo di applicare la ragione ai problemi dell'esperienza. Per esempio: di difendersi da un'accusa, *spiegando*; di giudicare, *motivando*.

Una ragione che sia capace di governare il dialogo, di comporre i conflitti, di sottrarre spazio alla forza, distinguendo ed unendo (mostrando il diverso e il comune), secondo l'espressione che è propria del "logos" stesso<sup>29</sup>. E poiché il "logos" è insieme luce ed ombra, pienezza e vacuità, identità e differenza – è *discontinuo* – anche le capacità della ragione mostreranno quest'ambivalenza, questo destino di pieno e di vuoto, di ricordo e di oblio. Essa narrerà, sì, ma in modo discontinuo.

Lungi dal rinunciare alla ragione – alla logica – l'ordine infranto della modernità dovrebbe spingerci a rinnovare i nostri sforzi per operare sul terreno dei "silenzii", delle "oscurità" e delle "insufficienze" nel modo già sperimentato dalla classicità, approfondendolo e adattandolo alle nuove circostanze. Il che significa in primo luogo, e concretamente: smettendo di pensare alla verità processuale come all'esito di un procedimento logico-formale (inscritto nella forma-ordinamento) e di riscontri empirici obiettivi, per pensarla, invece, come l'approvabilità su base razionale di proposizioni che non trovano, in quel preciso luogo e momento, opposizioni altrettanto razionalmente approvabili<sup>30</sup>. Proposizioni determinate in un contesto (quello forense) dialogico, controversiale, linguisticamente vago, privo di premesse assiomatiche.

Determinate in che modo?

Qui, soccorre il patrimonio di tecniche logi-

29 Si v. nel merito le profonde riflessioni di CAVALLA in tutta la Parte Terza del suo *La verità dimenticata*, cit.

30 Quanto qui esposto sulla "verità retorica" è lungamente illustrato e motivato da CAVALLA nel cit. *Retorica giudiziale, logica e verità*. Ad esso doverosamente si rimanda per una visione approfondita di quanto, in questa breve 'apologia della retorica forense', si è inteso proporre come alternativa all'ordine infranto dei proceduralismi privi di fondamento (su cui v. *supra* nota 18).

co-discorsive che, antecedentemente alla separazione cartesiana fra i saperi, erano compendiate nel simbolo del *trivium* (ben note ai giuristi dell'età classica e del diritto comune, cioè ai teorici e ai pratici di un *ius* percepito senza drammi come *ordo* discontinuo)<sup>31</sup>: grammatica, dialettica, retorica; procedimenti razionali sorgenti da, operanti con, e destinati alla, pratica concreta (ossia: *artes*), e mai da questa avulsi. In breve, strumenti di una "razionalità pratica" (*fronesis*), secondo l'insuperata definizione di Aristotile.

Dobbiamo, oggi, soprattutto a Francesco Cavalla il merito di aver riportato nell'orbita degli studi di filosofia del diritto questo patrimonio, che rappresenta, a un tempo, la cifra del nostro poter essere *originariamente* europei e la possibilità di affrontare positivamente i rischi della modernità esplosa (almeno per quanto attiene le tematiche del ragionamento processuale e di quella che egli chiama la "filosofia forense")<sup>32</sup>. Dalla sua intuizione e dai prodotti scientifici della sua ricerca è nato il CERMEG, Centro di Ricerche sulla Metodologia Giuridica: società di giuristi d'accademia e di foro che coltiva, fra le sue finalità, quella dello studio e della diffusione (in ambito formativo, professionale e deontologico) della *retorica forense*.

Questo mio breve scritto – frutto di un incontro con l'avvocatura triestina e con i partecipanti al "Master in analisi e gestione della comunicazione (modulo di comunicazione giuridica)" dell'Università di Trieste<sup>33</sup> – voleva essere soltanto un protrettico a questa prospettiva; una sorvegliata apologia della razionalità entimematica applicata al processo;

31 Per un'analisi del rapporto fra i giuristi dell'età classica e la retorica, si v. i diversi contributi di M. MIGLIETTA, G. SANTUCCI e U. VINCENTI in: G. FERRARI - M. MANZIN (a cura di), *La retorica fra scienza e professione legale*, Milano, 2004, pp. 207- 288 (Parte Seconda: "La retorica nelle fonti giuridiche classiche").

32 Titolo che qualifica specificamente alcuni volumi della Collana "Filosofia del Diritto" diretta dal Maestro padovano e pubblicata per FrancoAngeli, Milano.

33 Incontro svoltosi presso la Facoltà di Scienze della Formazione il 16-17 ottobre 2008.

l'espressione fiduciosa di un "modernismo antimoderno", capace di agire in modo anticiclico sulla frantumazione proceduralista e sul cinismo metodologico.

Prima che ci sommerga l'"uniformità senza pari".

MAURIZIO MANZIN

Professore ordinario di filosofia del diritto nell'Università degli Studi di Trento, direttore del Centro di Ricerche sulla Metodologia Giuridica.