



LUIGI PELLECCHI

Professore associato di Istituzioni di diritto romano – Università di Pavia

LA COSTRUZIONE RETORICA DELLA SENTENZA*

1. Mi scuso innanzitutto se leggerò per ampi tratti il mio intervento. Temo però che non vi sia giudice più insidioso di un pubblico di giudici, e lascerò perciò che a proteggermi sia quella precisione delle parole che soltanto un testo scritto può assicurare. C'è poi da mettere in conto anche una questione di tempi. Il tema che mi si chiede di svolgere comprende non pochi punti, tutti piuttosto complessi, visto che li affronterò in una prospettiva storica. E dunque la lettura è la sola garanzia di riuscire a dire tutto, in modo conciso, entro i termini che mi sono stati assegnati.

A complicare la questione dei tempi concorre poi un terzo problema, che impedisce di centrare con poche battute il tema di questa nostra conversazione. Per mettere a fuoco il punto, basta considerare che a cercare su un qualsiasi motore di ricerca l'espressione *costruzione retorica della sentenza*, non si viene rimandati ad alcun risultato. Questo naturalmente non vuol dire che tra me e gli organizzatori si sia riusciti a escogitare addirittura un neologismo. Pur censendo molto, fortunatamente Google e gli altri i motori di ricerca non censiscono tutto. Ma se quello che è ormai diventato l'archivio principale della conoscenza umana mostra di non conoscere il costrutto scelto come titolo di questo intervento, dovremo quantomeno concedere che il concetto corrispondente non risulti proprio di comune dominio. E in casi come questi, quel che innanzitutto s'impone a un relatore è di spiegare al pubblico quale sarà il perimetro del suo intervento.

Per quale motivo, dunque, parlare dunque di *costruzione retorica della sentenza*? E prima ancora, quale valore assegnare a questa espressione? Sarebbe inutile chiosare che il titolo dell'intervento muove dall'assunto che la sentenza del giudice va considerata come un "prodotto retorico". Inutile, perché nemmeno questa affermazione permette di fare un vero progresso, se prima non si chiarisce il valore dell'aggettivo *retorico*. Il vero punto di partenza del nostro discorso sarà perciò questo: che cosa sia la retorica.

Se si apre un qualsiasi vocabolario della lingua italiana, si constaterà che nel parlato attuale si associano al termine due significati di fondo, uno positivo e l'altro negativo. Il primo significato si ricollega alla concezione antica del termine, per cui si dice che la retorica consiste

* Relazione tenuta dall'Autore presso la Scuola Superiore della Magistratura, nell'ambito del Corso *Il linguaggio della giurisprudenza* (Firenze, Accademia della Crusca, 20 giugno 2016).

JUS CIVILE



«nell'arte del parlare e dello scrivere in modo appropriato ed efficace»¹. Un secondo significato – in tutto e per tutto moderno – colora invece il termine di una sfumatura decisamente negativa, per cui la retorica si presenta come «un modo di scrivere e di parlare ampolloso e risonante, enfatico e sostanzialmente vuoto». Una parabola culturale molto complessa (e alla quale non vale la pena di accennare in questa sede) ha fatto insomma sì che alla parola 'retorica' finisse per essere associato il significato di una forma espressiva inutilmente ricercata, destinata a coprire con virtuosismi stilistici una sostanza del discorso spesso insufficiente.

Ciò detto, sarà forse opportuno precisare subito che quando parliamo di *costruzione retorica della sentenza* è al primo significato del termine 'retorica' che ci riferiamo, quello derivato dall'antico. Il tema della relazione non è perciò lo *stile negativo* delle sentenze. Non che questo non si sarebbe potuto fare, e con profitto, visto che i testi dei giudici non si presentano sempre come dei modelli di stile². È però evidente che se parlassimo di *costruzione retorica della sentenza* secondo l'accezione negativa del termine, intenderemmo che lo scritto e il parlato dei giudici si caratterizzano costitutivamente per la risonanza, l'enfasi eccessiva e l'ampollosità del discorso. Il che sarebbe certamente fuorviante e sbagliato. Diamo dunque per assodato che il nostro titolo muove dal presupposto che la sentenza consiste in un prodotto retorico, nel senso antico (e positivo!) del termine, e proseguiamo per cercare di precisare meglio a che cosa vogliamo alludere con l'immagine di una *costruzione retorica*.

Per farlo, dobbiamo tornare ancora un istante sulla definizione antica. I vocabolari che descrivono la retorica come «l'arte del parlare e dello scrivere in modo appropriato ed efficace», propongono una definizione accettabile a condizione d'inquadrare esattamente la portata dei due aggettivi: *appropriato* ed *efficace*. Per gli antichi la retorica non era infatti l'arte di costruire un discorso qualunque, ma un discorso persuasivo. Sicché un discorso retoricamente appropriato ed efficace era, dal punto di vista dei Greci e dei Romani (dato che è della loro antichità che parliamo), quel discorso con il quale l'autore si fosse dimostrato capace di convincere l'uditorio delle tesi propugnat³.

Se questo è lo sfondo, si spiega tutto sommato facilmente per quale motivo l'etichetta di 'prodotto retorico' si attagli anche alla sentenza del giudice. La costituzione vuole che la sentenza, così come in genere ogni provvedimento giurisdizionale, sia motivato. Quando perciò decide con sentenza una o più questioni, il giudice si fa autore di un discorso che non è soltanto regolativo o dispositivo, ma nelle sue premesse anche argomentativo⁴. E se il discorso è argo-

¹ Per questa citazione, e la seguente, vd. la voce 'Retorica' del *Vocabolario Treccani della Lingua Italiana*, consultabile on line all'indirizzo: <http://www.treccani.it/vocabolario/retorica/>.

² Vd. ora per tutti G. Carofiglio, *Con parole precise. Breviario di scrittura civile*, Roma – Bari 2015.

³ Semplifico volutamente un quadro definitorio che agli antichi stessi si presentava in realtà ben più articolato: per un quadro generale delle definizioni greco-latine della retorica (anche in contrapposizione alle definizioni moderne), vd. J. Martin, *Antike Rhetorik. Technik und Methode*, München 1974, p. 1 ss.

⁴ Sul valore dei tre generi testuali *regolativo*, *narrativo* e *argomentativo*, nonché sulla loro compresenza nella sentenza, vd. per tutti M.V. Dell'Anna, *In nome del popolo italiano. Linguaggio giuridico e lingua della sentenza in Italia*, Roma 2013, p. 30 ss.

JUS CIVILE



mentativo, significa che il pubblico del giudice (per quanto ampio o ristretto sia) non si accontenterà di conoscere il contenuto della decisione, ma andrà persuaso anche delle ragioni su cui si fonda il provvedimento. E questo è sufficiente per giudicare lo scritto del giudice come un ‘prodotto retorico’, secondo il significato antico del termine⁵.

Sulla definizione antica dobbiamo però soffermiamoci un ultimo istante. Essa – lo abbiamo visto – parla della retorica come di «un’arte del parlare e dello scrivere». In questo contesto il termine *arte* non ha nessuna valenza estetica. Esso indica piuttosto un metodo; lo sottolineo perché *metodo* sarà un po’ la parola chiave di volta di tutto il mio discorso.

Per iniziare a mettere a fuoco come si possa parlare della retorica come di un metodo, basta considerare quale fosse il vocabolo che i Greci usavano come corrispondente del latino *ars rhetorica*. I Greci parlavano di *techné rhetoriké*; e lo facevano proprio perché concepivano la retorica innanzitutto come una tecnica, e stimavano che la persuasione dell’uditorio si potesse raggiungere tanto più facilmente quanto più l’oratore si fosse avvalso di un metodo apposito, fatto di abilità che potevano essere apprese attraverso uno specifico addestramento⁶.

Se questo è vero, ne deriva che il concetto di ‘prodotto retorico’ si può applicare al ‘prodotto sentenza’ non da uno, ma da due punti di vista. Voglio dire che la sentenza non va presa come un ‘prodotto retorico’ per la sola ragione che ci siamo appena detti (e cioè per il fatto che il discorso condotto attraverso la motivazione è di tipo argomentativo – persuasivo). Oltre a questo, e forse più ancora di questo, la sentenza si presenta come un ‘prodotto retorico’ per il fatto che la sua stesura risponde a tecniche di redazione, studiate appositamente per potenziare l’effetto persuasivo della comunicazione.

Per concludere questo mio esordio troppo lungo, diremo allora che il titolo *costruzione retorica della sentenza* vuole alludere a questa dimensione metodologica. Diremo anzi che gli assunti fondamentali che la relazione si propone di svolgere sono tre: [a] che la scrittura della sentenza è retta da un metodo; [b] che il metodo in questione affonda le sue radici nella precettistica retorica greco-romana; [c] che la sua fruizione riuscirebbe tanto più proficua quanto più si avesse consapevolezza di questa eredità, e dunque quanto più si riuscisse ad avviare un percorso di recupero della retorica fin dalle aule universitarie, dove si formano i futuri magistrati.

2. Per dare conto dei tre assunti indicati, dividerò idealmente i vari passaggi del mio intervento in due parti: dapprima una brevissima sintesi dell’armamentario di base della retorica

⁵ In questo senso vale perciò anche per il discorso del giudice quel che Aristotele predicava per il discorso persuasivo in generale: «persuadiamo attraverso il discorso, quando mostriamo il vero o ciò che appare tale, a partire da ciò che è persuasivo in relazione a ciascun caso» (*rhet.* 1356a 19-20). È peraltro appena il caso di notare che l’assunto che lo scritto del giudice sia un prodotto retorico non deve tradursi in un appiattimento che nasconda le obiettive differenze tra la retorica del giudice e quella dell’avvocato: sul punto, vd. per tutti A. Gentili, *Il diritto come discorso*, Milano 2013, p. 475 ss.

⁶ B. Mortara Garavelli, *Manuale di retorica*², Milano 1988, p. 17 ss.

JUS CIVILE



classica (cioè delle regole che presiedevano alla corretta costruzione del discorso); quindi una dimostrazione – *per exempla* – di come questo armamentario andasse concretamente declinato nella strutturazione del discorso giudiziario. A scanso di equivoci, preciso subito che questa rassegna non è animata da alcuna velleità nostalgica. Certo, gli esempi sono tratti dai manuali latini di retorica, e dunque si riferiscono a problemi nati sul terreno del diritto romano. Ma l'obiettivo di fondo è di mostrare che quanto si richiede oggi al giudice per strutturare le proprie sentenze, continua ad avere molto in comune con quanto si richiedeva a un oratore antico, per strutturare il proprio discorso forense.

3. Per entrare nel merito iniziamo allora dalle nozioni retoriche fondamentali.. Come si fa ad allestire un testo efficace? I manuali antichi insegnavano che occorrono tre capacità basilari. Uno scritto dev'essere inventato, organizzato e formalizzato. Le abilità corrispondenti erano comprese dai Romani sotto le tre etichette di *Inventio*, *Dispositio* ed *Elocutio*⁷.

L'*Inventio* coincide con il momento di selezione degli argomenti utili a sostenere la propria tesi. La fase inventiva è perciò quella in cui l'autore del testo studia quali idee si prestino meglio a difendere la propria tesi.

Non possiamo però ignorare – né gli antichi ignoravano – che il processo normalmente impone al giudice di affrontare una serie complessa di questioni; sicché la fase inventiva serve a portare nelle aule di tribunale non tanto l'argomento decisivo per decidere della ragione e del torto, quanto piuttosto una vera e propria trama argomentativa, fatta dalla concatenazione di più argomenti. È per questa ragione che all'*Inventio* segue la *Dispositio*. Se dalla capacità inventiva scaturisce normalmente una pluralità di argomenti, per forza di cose il passo successivo dovrà essere quello di disporre gli argomenti individuati in una sequenza che risulti la più efficace possibile.

Il terzo passaggio – quello dell'*Elocutio* – consiste nel trasporre le idee in una forma linguistica, che sia la più chiara, precisa e concisa. È questo il versante stilistico della retorica, sul quale ci siamo già detti che non ci fermeremo, tanto più che altre relazioni hanno toccato o immagino che toccheranno incidentalmente il problema.

Secondo la rappresentazione molto didascalica che ne ho dato, *Inventio*, *Dispositio* ed *Elocutio* si presentano come tre attività facilmente isolabili dal punto di vista concettuale. Va detto però che da un punto di vista pragmatico la distinzione delle tre fasi non è così netta. È proprio nel momento della scrittura (e dunque dell'*Elocutio*) che l'autore si accorge se le idee che ha selezionato e se la scaletta che ha escogitato, per organizzarle, tengano davvero; sicché tra i tre momenti e le tre abilità si dà in realtà un riflusso continuo.

Per di più, occorre tenere conto del fatto che un testo scritto s'inserisce normalmente in un processo cognitivo complesso, nel quale il lettore deve essere sollecitato per gradi. Chiunque di

⁷ Sulle tre abilità retoriche vd. in gen. Mortara Garavelli, *op. cit.*, p. 59 ss.

JUS CIVILE



noi avrà sperimentato come lettore, se non direttamente come autore, che un qualsiasi testo di saggistica, se supera una dimensione minima, è bene che preveda un'introduzione e una conclusione. Ma se questo è vero, va da sé che le idee da trovare, disporre ed esprimere nell'introduzione, saranno diverse dalle idee da trovare, disporre ed esprimere in una conclusione. Esistono insomma un'inventiva e un'organizzazione proprie dell'introduzione, e un'inventiva e un'organizzazione proprie della conclusione.

Da questo punto di vista, va detto anzi che categorie come quelle di *introduzione* e *conclusione* non sono in realtà altro che la trasposizione moderna di partizioni antichissime del discorso, elaborate ancora una volta dai maestri greco-latini. Essi infatti insegnavano che un discorso retorico (e dunque – lo dico di nuovo – un discorso fatto di un certo numero di tesi sulle quali chiediamo l'approvazione di chi ascolta) per prima cosa va introdotto, in modo da circoscrivere il perimetro esterno del tema e attirare sul tema l'attenzione del pubblico. All'autore è poi richiesto d'illustrare il tema nei dettagli. Il che va fatto presentando il tema innanzitutto nei suoi termini fattuali, e dunque secondo gli eventi da cui è insorta la questione su cui si deve deliberare. Terminata l'esposizione dei fatti, sarà la volta dell'argomentazione. Qui finalmente l'autore presenterà e giustificherà le proprie tesi, eventualmente confutando gli argomenti che si potrebbero spendere in senso contrario. E all'argomentazione egli farà seguire una ricapitolazione conclusiva, per tirare le fila del discorso e richiamare in breve chi ascolta al punto e alle tesi fondamentali.

Gli antichi chiamavano le quattro parti del discorso che abbiamo enumerato: Proemio, Narrazione, Argomentazione ed Epilogo⁸. Va detto che questa partizione era stata concepita come supporto dell'oratoria giudiziaria, e dunque in funzione dei discorsi che gli avvocati erano chiamati a svolgere per persuadere i giudici. Tuttavia la fortuna del modello è stata straordinaria. E non si sbaglia nel dire che la retorica antica ha finito per esercitare in questo modo un fortissimo imprinting su tutta la tradizione occidentale dello scrivere⁹.

L'imprinting in questione vale anche per i giudici? Certamente sì. Ecco il primo, banalissimo punto di contatto tra il metodo retorico e la tecnica di redazione delle sentenze. Sia pure con nomi diversi, un Proemio, una Narrazione, un'Argomentazione e un Epilogo si possono infatti rintracciare anche all'interno delle sentenze. Non è forse vero che i giudici, uniformandosi in parte a quelle che sono le prescrizioni dei codici di rito e in parte a una consolidata tradizione del ceto, dividono normalmente il testo dei loro provvedimenti in Epigrafe, Motivazione e Di-

⁸ Sulla partizione canonica del discorso retorico, vd. per tutti M. Rivoltella, *Aegomenrazione, parola e immagine. Retorica e forme della comunicazione*, Milano 2013, p. 117 ss.

⁹ È a questa profonda (e spesso dimenticata) influenza che si deve il fatto che una serie cospicua di aspetti qualificanti della tecnica greco-latina continua ad essere parte integrante di molti manuali di scrittura argomentativa: cfr. e.g. M. Santambrogio, *Manuale di scrittura (non creativa)*, Roma – Bari 2006, *passim*; S. Ballerio, *Manuale di scrittura. Metodi e strumenti per una comunicazione efficace ed efficiente*, Milano 2009, p. 98-100, 151-153; D. Corno, *Scrivere e comunicare. Teoria e pratica della scrittura in lingua italiana*, Milano 2012, p. 33 ss., 198 ss.; M.F. Mangano, *Manuale di comunicazione della ricerca scientifica*², Trento 2013, p. 38 ss.

JUS CIVILE



spositivo? E non è forse vero che la parte motiva dei provvedimenti, a sua volta, si suddivide di solito in una esposizione delle ragioni prima di fatto e poi di diritto? L'epigrafe (della sentenza) sta dunque al Proemio (retorico), la motivazione in fatto alla *Narratio*; quella in diritto all'*Argumentatio*; e il dispositivo all'Epilogo.

Questa comparazione va presa naturalmente con un doppio scrupolo: da un lato mutando quel che c'è da mutare; dall'altro evitando di limitarsi a un raffronto che sia soltanto di superficie. Il confronto va preso *mutatis mutandis*, perché il Dispositivo (che è una parte regolativa del testo della sentenza) ha natura molto diversa dall'Epilogo retorico (che invece rimane una parte persuasiva del discorso, nella quale per di più si concedeva ampio, spazio alla commozione¹⁰). Dall'altro lato, il confronto non può essere soltanto di superficie, proprio perché le differenze tra l'arringa forense e la sentenza sono così profonde (a partire dalla figura e dalla funzione dell'autore del testo), che le analogie di struttura che abbiamo richiamato finirebbero per apparire soltanto esornative.

Per cercare di rendere appena più vivido il confronto, mi avvalgo perciò di un esempio che prendo dal processo civile e che non ha altra ambizione se non quella d'iniziare a mostrare in che misura il lavoro di un magistrato perfettamente rispettoso di tutte le regole dettate dai codici di rito possa trarre vantaggio da una maggior consapevolezza retorica.

4. Ci siamo appena detti che una sentenza presenterà una tripartizione di base in Epigrafe, Motivazione e Dispositivo. Se si tratta di una sentenza in materia civile, possiamo aspettarci che l'epigrafe conterrà le indicazioni prescritte ai primi tre numeri dall'art. 132, 1° comma del Codice di procedura. Ciò significa che al di là dell'intestazione *Repubblica italiana* e dell'indicazione che la pronuncia avviene *In nome del popolo italiano*, chi si appropria alla lettura di una sentenza viene messo in condizione di sapere dall'Epigrafe quali sono i protagonisti del processo (*giudice, parti e difensori*) e quali *conclusioni* sono state avanzate in corso di causa o all'esito dell'istruttoria.

Ciò che giustifica il parallelismo tra l'Epigrafe della Sentenza e il Proemio Retorico è proprio quest'ultimo elemento. Dal momento che il processo civile è retto dal principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, sono le conclusioni delle parti a definire il perimetro del Dispositivo e dunque, indirettamente, l'oggetto della Motivazione. Il che è come dire che dalla lettura delle conclusioni il lettore ricaverà immediatamente di che cosa il giudice si appresta a parlare.

Funzione analoga aveva il Proemio retorico. Secondo i dettami classici, esso doveva preparare l'uditorio, e catturare la sua attenzione e la sua disponibilità¹¹. Se si trattava di un proemio

¹⁰ *Rhet ad Herenn*, 2.47: «Le conclusioni, che dai Greci si chiamano epiloghi, constano di tre parti: constano infatti della ricapitolazione, dell'amplificazione e del suscitare la commozione».

¹¹ Cfr. per tutti *Rhet. ad Herenn*. 1.4: «Si ha il proemio quando rendiamo l'animo dell'ascoltatore subito pronto a seguirci; il che si ottiene se possiamo avere gli ascoltatori docili, benevoli e attenti».

JUS CIVILE



giudiziario, e dunque dell'esordio del discorso affidato a un avvocato, tra i vari accorgimenti raccomandati dai maestri di oratoria, c'era quello di delineare brevemente l'oggetto del processo. «Spingeremo il giudice ad ascoltarci» – insegnava in particolare Quintiliano – «se indicheremo sinteticamente e in modo chiaro la struttura della questione sulla quale egli deve istruire il processo»¹².

Questa raccomandazione nasceva da una conoscenza profonda delle leggi della comunicazione, e in particolare dalla consapevolezza che un tema complesso va introdotto per gradi. Tant'è che quando si dava il caso che il giudice fosse già sufficientemente informato dei termini della causa, l'insegnamento andava nel verso opposto: ossia si raccomandava all'avvocato di rinunciare al Proemio, per non appesantire il discorso¹³.

Ciò detto, proviamo a coordinare questa legge retorica con quanto prescritto dal Codice di procedura civile. Sta bene infatti che la sentenza esponga le conclusioni delle parti, insieme alle altre indicazioni richieste dall'art. 132, 1° comma. Ma il Codice non impone né di servirsi a questo scopo dell'Epigrafe né di rispettare la regola comunicativa impartita da Quintiliano, e cioè – lo ripeto – che questo riportare a mo' d'introduzione l'oggetto del processo avvenga in forma sintetica e chiara. Dal che si pone il problema di come regolarsi, quando l'Epigrafe riporti in modo erroneo le conclusioni delle parti, oppure le ometta del tutto.

Si sa che la Corte di Cassazione si preoccupa in casi come questi di salvare la sostanza dell'atto. Essa evita perciò d'invalidare la sentenza, a condizione che le effettive conclusioni di attore e convenuto si possano ricavare dalla Motivazione e dal Dispositivo, o direttamente o addirittura per deduzione (come avviene il più delle volte in questo genere di situazioni)¹⁴.

Naturalmente non sarò certo io a biasimare questo indirizzo giurisprudenziale, sulla cui ragionevolezza non è nemmeno il caso di insistere. Bisogna essere però consapevoli che sul piano del percorso informativo complessivo tutto questo ha un costo. Stralciare dall'Epigrafe e nascondere in altre parti della sentenza quelle indicazioni che i lettori normalmente si attendono in apertura dell'atto, potrà anche provocare un semplice vizio di forma. Ma rimane il fatto che questo modo di procedere tradisce le attese del lettore e si traduce in un aggravio del suo processo cognitivo. Se dunque le norme del Codice si leggessero in simbiosi con le leggi retoriche della buona comunicazione, questo risultato si potrebbe evitare in partenza, con un indubbio beneficio generale.

5. Forti di questo primo esempio, proviamo a procedere con rinnovata fiducia lungo la partizione retorica del discorso, per vedere se si possano instaurare altri paralleli istruttivi tra il metodo antico e le tecniche odierne di redazione della sentenza.

¹² Quint. 4.1.35.

¹³ Cfr. Quint. 4.1.72: «Queste sono le regole che riguardano l'esordio e che varranno ogni volta che lo si dovrà impiegare, e cioè non sempre: a volte infatti (l'esordio) risulta fuori luogo: ad esempio se anche senza di esso il giudice sia stato adeguatamente preparato o se la causa non richieda una preparazione».

¹⁴ Cfr. e.g. Cass. civ. nrr. 6110/1985, 6329/1996, 4240/1999, 4016/2004, 12991/2006, 12864/2015.

JUS CIVILE



Sappiamo che dopo l'Epigrafe viene la Motivazione, a sua volta organizzata secondo una concisa esposizione delle ragioni prima di fatto e poi di diritto che supportano la decisione. Così prescrivono le leggi¹⁵, le quali presentano in sostanza la motivazione come il complesso degli enunciati che sorreggono la decisione. Ma in concreto, come va *costruito* questo complesso di enunciati?

Gli addetti ai lavori rispondono che nella stesura della motivazione occorre come prima cosa individuare i quesiti in cui si scompone la controversia¹⁶. Lo stesso insegnava la retorica classica. Sicché, tanto per gli antichi, quanto per i moderni, la prima, vera domanda che si pone, a chi è coinvolto in un processo, sta a monte, e consiste in questo: in che modo si riconosce una "questione"?

I processualisti moderni rispondono che è questione tutto ciò che può costituire oggetto di una pronuncia del giudice, su cui le parti abbiano avuto modo di intervenire in contraddittorio¹⁷. La questione è perciò un punto controverso, che spetta al giudice sciogliere.

Lo stesso era per gli antichi. «Per *questio*» – spiegava ancora una volta Quintiliano – «si intende tutto ciò a proposito del quale si possono esporre due o più opinioni plausibili». Questo però in generale. In senso stretto – e nei contesti giudiziari – la parola *quaestio* era usata da Quintiliano e dagli altri maestri di retorica per indicare il punto fondamentale sul quale verte la causa¹⁸.

Né avevano difficoltà gli antichi a riconoscere che il punto fondamentale della causa poteva essere tale solo in quanto si trattasse di un punto controverso. Ma aggiungevano che un punto in tanto poteva dirsi controverso in quanto una delle parti in causa avesse fatto un'affermazione alla quale l'avversario non aderiva. Leggo ancora da Quintiliano: «non vi è contenzioso se colui contro il quale si agisce non risponde»¹⁹.

Rispetto al processo civile odierno questa affermazione va certamente aggiornata, tenendo conto del fatto che l'esistenza di un punto controverso può comunque registrarsi anche nel silenzio della controparte, quando a intervenire al suo posto è il giudice d'ufficio. I processualisti notano però che una volta che «la questione sia stata esternata dal giudice, la stessa diventa suscettibile di un esame in contraddittorio ai fini della decisione»²⁰. In questo modo essi non fanno perciò che ribadire indirettamente (e in genere – immagino – inconsapevolmente) il persistente valore della regola codificata da Quintiliano.

¹⁵ Ossia, in particolare, l'art. 132, comma 1, nr. 4 del Codice di procedura civile, e l'art. 546, comma 1, lett. e del Codice di procedura penale.

¹⁶ Cfr. D. Turrone, *La motivazione della sentenza civile di primo grado. Rapporto con l'istruttoria svolta, Ragionamento probatorio, Forme abbreviate* (testo provvisorio della relazione presentata a Roma, il 7 luglio 2008, nell'ambito dell'incontro di studi organizzato dal C.S.M. sul tema *La motivazione dei provvedimenti civili*, consultabile all'indirizzo <https://www.academia.edu/1426473>), p. 6.

¹⁷ Cfr. D. Dalfino, *Questioni di diritto e giudicato*, Torino 2009, p. 29 s.

¹⁸ Quint. 3.11.1-2: «Per *quaestio* si intende in senso lato tutto ciò a proposito del quale si possono esporre due o più opinioni plausibili. Nei contesti giudiziari la parola *quaestio* va assunta in due modi: il primo, nel quale diciamo che una controversia contiene molte questioni e che le abbraccia tutte, anche quelle di minore importanza; il secondo nel quale vogliamo dire che la questione fondamentale è quella sulla quale verte la causa».

¹⁹ Quint. 3.6.14.

²⁰ Così ancora Dalfino, *Questioni di diritto e giudicato* cit., p. 30.

JUS CIVILE



La regola in questione era poi talmente centrale, che i maestri antichi di retorica ne derivavano un secondo *fondamentale elemento di struttura* del discorso giudiziario. Parlo di *elemento fondamentale* perché in effetti il sistema elaborato dalla retorica classica per affrontare in termini razionali la massa di questioni che si affastellano nelle aule dei tribunali ha fatto anch'esso scuola, e che lo si voglia o meno continua ad essere alla base del modo con cui ci aspettiamo che i giudici affrontino oggi il groviglio delle questioni processuali.

Per dipanare questa matassa, gli antichi procedevano attraverso una *divisio* di partenza che distingueva le questioni a seconda che le parti fossero in disaccordo sulla ricostruzione del fatto, piuttosto che sulla norma giuridica da applicare al fatto in questione. Come si vede, la partizione assomiglia alla distinzione odierna tra giudizi di fatto e giudizi di diritto, per quanto fosse già perfettamente chiaro ai retori che i contorni della distinzione sono in realtà fluidi, dal momento che nella ricostruzione storica di una vicenda non si può del tutto prescindere da una certa quota di valutazioni giuridiche²¹.

Come che sia, per organizzare quelle che essi stessi presentavano come *questioni di fatto*, gli antichi infittivano lo schema divisorio di partenza e si producevano in una suddivisione ulteriore. Supponendo un'affermazione di partenza del tipo “*hai commesso il fatto X*”, i retori immaginavano tre diverse possibilità di contraddittorio. La prima era che l'avversario contestasse le circostanze materiali del fatto. La seconda che egli ammettesse il fatto nella sua materialità, ma contestasse la qualificazione giuridica proposta dalla controparte. La terza che l'ammissione coprisse tanto il fatto nella sua materialità quanto la sua qualificazione, ma fosse invocata una causa di giustificazione.

Se negava le circostanze materiali del fatto, il convenuto apriva una *questione congetturale*. I retori la chiamavano in questo modo perché l'attribuzione di un fatto a un soggetto di solito non si presenta nei termini di una evidenza, ma vien fatta discendere da una pluralità di elementi, di indizi, di presunzioni e deduzioni, riunite insieme in forma di congettura²². Non contestando la materialità del fatto in sé, quanto piuttosto la sua qualificazione giuridica, il convenuto apriva invece una *questione definitoria*. Questa seconda ipotesi Quintiliano la spiegava così.

«Chi non può affermare di non aver fatto nulla, avrà come alternativa immediata quella di dire di non avere fatto quanto gli viene contestato. In tal modo ci si viene a trovare in una situazione giuridicamente molto simile a quella della congettura, mutato solo il genere della difesa. (...) In effetti come diciamo, “non ho commesso furto, non ho ricevuto il deposito”, così ora diremo: “questo non è un furto, questo non è un deposito che io rifiuti di riconoscere”»²³.

²¹ Cfr. in gen. G. Pugliese, *La prova nel processo romano classico*, in *Ius* 11 n.s. (1960), p. 406 s.

²² Il sostantivo lat. *coniectura* deriva infatti dal verbo *conicio*, che appunto significa ‘raccolgere insieme’. Sulle ulteriori suddivisioni della topica della *coniectura* – ‘*ex causa, persona, facto ipso*’ – si può rinviare a G. Sposito, *Il luogo dell'oratore, argomentazione topica e retorica in Cicerone*, Napoli 2001, p. 38 ss.

²³ Quint. 7.3.1.

JUS CIVILE



Se il convenuto non negava il fatto, se accettava la sua qualificazione e se non adduceva alcuna causa di giustificazione esterna (secondo la terza classe della *quaestio facti*, di cui diremo con qualche maggiore dettaglio fra poco), allora voleva dire che il fatto non era contestato da nessun punto di vista. Perché il processo non si concludesse con la vittoria dell'attore, occorreva perciò spostare la difesa sul terreno segnato dall'altro ramo della *divisio*, quello cioè deputato alle *questioni di diritto*²⁴. Pacifico il fatto, la discussione andava insomma spostata al tipo di norma giuridica con cui regolarlo. Ed anche qui si procedeva per sottotipi. Per esempio: “al fatto in questione tu dici che la legge *alfa* commina una pena di cento; ma per lo stesso fatto la legge *beta* commina una pena di dieci”. Oppure: “per il fatto in questione la legge dice che ai responsabili va comminata una pena di cento; non sono io l'unico responsabile; per cui non puoi pretendere che sia io a pagare cento”. O ancora: “dici che al fatto in questione va applicata per analogia la legge *alfa*; ma io rispondo che tra questo fatto e quello considerato dalla legge non si danno sufficienti elementi comuni”.

Analogia, dunque, e nei due esempi che precedono Antinomia e Ambiguità. Come si vede, anche le *questioni di diritto* presentavano dei contorni logici che variavano secondo il variare di quel che replicava l'avversario. Anch'esse potevano perciò essere classificate per tipi e sottotipi, esattamente come le questioni di fatto, di ieri, ma aggiungeremo: di oggi, perché gli stati dell'Analogia, dell'Antinomia e dell'Ambiguità non si presentano diversamente nel dibattito forense contemporaneo²⁵.

Al di là del mettere in discussione il fatto o il diritto, al convenuto restava poi la possibilità di contestare la giustezza del processo in sé, nel dove e nel quando, se così si può dire. Lascio che a spiegare la cosa siano direttamente gli antichi, anche perché non c'è modo di tradurre efficacemente in italiano l'etichetta che i retori attribuivano a questo tipo di questione.

Cito dunque da un manualetto di retorica d'età repubblicana, per lunghissimo tempo attribuito all'ingegno di Cicerone:

«una controversia nasce dalla *translatio* quando il convenuto sostiene per esempio che si deve differire il termine [...] oppure che si devono cambiare i giudici»²⁶

S'intuisce da questa presentazione che con questo genere di difesa – che va al di là del diritto e del fatto – il convenuto cerca di evitare una pronuncia nel merito, invocando uno spostamento del processo. Il che spiega il nome retorico di questo tipo di operazione, poiché *translatio* appunto questo significa: ‘trasferimento’. Tuttavia i due esempi che abbiamo appena ascoltato assorbono un numero veramente ampio di questioni: Chiedere un cambio dei giudici, significherebbe oggi contestare la giurisdizione o la competenza del tribunale, se non addirittura ricusare

²⁴ Cfr. Quint. 7.5.1 e per la partizione che segue nel testo Quint. 7.5.5.

²⁵ Cfr. per tutti R. Guastini, *Interpretare e argomentare*, Milano 2011, p. 40 s. (*ambiguità*), p. 105 ss. (*antinomia*), p. 276 ss. (*analogia*).

²⁶ *Rhet. ad Herenn.* 1.22.

JUS CIVILE



la singola persona del giudice. Invece, una contestazione sui tempi del processo oggi abbraccerebbe ipotesi che vanno dal rito al merito: dal rito, quando, per esempio, ci si difende in un giudizio cautelare, eccependo la mancata decorrenza del termine fissato per la notifica del reclamo²⁷; nel merito quando per esempio si oppone un'eccezione di prescrizione o anche quando s'invoca il mancato decorso di un termine iniziale.

La *transaltio* assorbiva insomma un nutrito numero di questioni che attualmente non sarebbero definite soltanto pregiudiziali, ma anche preliminari di merito o addirittura di “merito centrale”, secondo una partizione fino a non molto tempo fa piuttosto cara ai cultori del diritto processuale²⁸. Tra un attimo vi torneremo.

6. Quel che ora preme sottolineare è che se è vero che la retorica antica finì per inventariare minuziosamente le varie questioni di fatto e di diritto, se è vero che essa produsse cataloghi del tipo di quello che abbiamo scorso rapidamente, dove le questioni si presentavano rigorosamente anatomizzate e distinte l'una dall'altra, secondo il coefficiente logico di ciascuna, comunque tutto questo non deve far credere che gli antichi fossero poi così ingenui da pensare che nella pratica giudiziaria tutto si riducesse alla scelta della singola *quaestio*, quasi che il processo potesse venire a dipendere da un'unica affermazione.

Il processo antico presentava pieghe altrettanto complesse di quello moderno sia per il fatto che una questione poteva a sua volta scomporsi in una sequenza di sottoquestioni di statuto diverso, sia per il fatto che nulla impediva al convenuto di difendersi con una replica articolata, grazie alla quale si ponevano al giudice più questioni, logicamente indipendenti l'una dall'altra. Da qui la necessità di impostare metodologicamente un terzo problema, che possiamo riassumere intorno a una domanda banale. Quando il processo richiede di affrontare più questioni, secondo quale ordine le si dovrà esaminare? Incrociamo così un terzo problema di ordine strutturale, la cui importanza continua a essere ben nota a chiunque abbia esperienza di sentenze e motivazioni da stilare²⁹.

Per impostare il problema gli antichi partivano come al solito da una suddivisione e naturalmente guardando al problema dal punto di vista non tanto del giudice, quanto dell'avvocato. Per costruire la parte dell'arringa deputata all'Argomentazione, essi raccomandavano di seguire l'ordine naturale, salvo che esigenze particolari non raccomandassero di adottare un ordine artificiale. L'*ordine naturale* era quello determinato dalla concatenazione logica dei fatti e delle questioni che il giudice avrebbe dovuto affrontare. Deviazioni giustificate da ragioni pragmati-

²⁷ Cfr. A. Celeste, *Il nuovo procedimento cautelare civile*², Milano 2010, p. 672.

²⁸ Cfr. F.P. Luiso, *Diritto processuale civile*⁶, II, Milano 2011, p. 57 ss. e p. 178 s.

²⁹ Cfr. per tutti P. Biavati, *Appunti sulla struttura della decisione e l'ordine delle questioni*, in *RTDPC* 63 (2009), p. 1302 ss.; G. Fanelli, *Sull'ordine di esame delle questioni nel processo*, in *Giust. Proc. Civ.* 5 (2010), p. 889 ss.

JUS CIVILE



che, che permettessero un approccio più efficace alla causa, davano invece luogo a un *ordine artificiale*³⁰.

Presento rapidamente due esempi dell'uno e dell'altro modo di procedere, tratti ancora una volta da Quintiliano; e poi concluderò altrettanto rapidamente, cercando di tirare le fila del discorso.

Per illustrare il meccanismo dell'ordine naturale – e dunque dell'ordine determinato dalla concatenazione logica tra questioni di primo e di secondo livello – Quintiliano ricorreva all'esempio della difesa elaborata da Cicerone per il processo in cui assisteva Milone. L'antefatto della causa è abbastanza noto. Nel clima di violenze che segnarono gli ultimi decenni della Repubblica, era accaduto che il seguito di Milone fosse venuto in contatto con quello di Clodio lungo la via Appia. Dato che i due uomini erano nemici implacabili, ne era nato uno scontro tra i due gruppi, in cui Clodio aveva avuto la peggio³¹. Di qui l'accusa che Milone lo avesse assassinato. Quali questioni si potessero aprire di fronte a un'accusa del genere. Quintiliano lo spiegava così.

«Milone viene accusato di aver ucciso Clodio. O l'ha fatto, o non l'ha fatto. La cosa migliore sarebbe dire che non l'ha fatto, ma non si può; quindi lo ha ucciso. Il punto è allora se l'ha ucciso giustamente o ingiustamente». Vuoi dire che l'ha ucciso per necessità? «Allora si deve sostenere che lo scontro (tra i due gruppi di armati) è stato improvviso [...] che uno dei due ha attirato l'altro in un tranello. Quale dei due? (quello di) Clodio evidentemente»³².

Se all'accusa si replica nel modo esposto da Quintiliano, lo stato di causa che si viene a creare è quello della *causa di giustificazione*. Se ricordate si tratta della terza questione di fatto di cui prima abbiamo parlato. L'accusato non nega il fatto di aver provocato la morte (e dunque non pone una *questione congetturale*), non contesta che il fatto vada qualificato come omicidio (e dunque non pone una *questione definitoria*), ma si difende invocando la necessità di difendersi. Questa che è la questione di primo livello, viene tuttavia a dipendere da una questione subordinata. È vero o non è vero che Clodio, con i suoi uomini, tese un'imboscata al corteo di Milone? Questa seconda questione risponde a uno statuto del tutto diverso. Innanzitutto perché la domanda non cade sul fatto dell'*uccisione*, ma sul fatto dell'*imboscata*, e in secondo luogo perché si tratta di un fatto che sarà da verificare per l'*an*. La questione risponde perciò allo stato della congettura. Ascoltiamo sempre Quintiliano:

«Nella causa di Milone non è forse vero che è la *congettura* stessa a determinare la *giustificazione*? Se infatti Clodio ha teso un'imboscata, ne consegue che la sua uccisione è stata legittima»³³.

³⁰ Sui due modelli ordinanti, vd. in generale Mortara Garavelli, *Manuale di retorica* cit., p. 104.

³¹ Per maggiori dettagli sull'episodio, vd. L. Fezzi, *Il tribuno Clodio*, Roma – Bari 2008, p. 104 ss. e p. 125 s.

³² Quint. 7.1.34-35.

³³ Quint. 3.13.7.

JUS CIVILE



Sarà dunque questa concatenazione a determinare l'ordine delle questioni: prima si verificherà il fatto dell'imboscata, e solo dopo si passerà a eventuali altri aspetti dell'azione di Milone che possono incidere sulla valutazione della legittima difesa (a partire dalla questione se, nella situazione data, fosse stato inevitabile uccidere Clodio).

Se questo è l'ordine logico o naturale, vediamo allora un esempio di ordine pragmatico o artificiale. Come avevamo accennato, il problema è determinato in questo caso dal fatto che il convenuto si affida a una replica ampia, da cui nasce una serie cospicua di questioni logicamente indipendenti l'una dalle altre. Prendendo a prestito le categorie della grammatica, potremmo perciò dire che se il caso della difesa di Milone poneva un problema di costruzione ipotattica della causa e della sentenza, ora il problema diventa quello di una costruzione paratattica. Ma vediamo innanzitutto in che cosa consiste l'esempio portato da Quintiliano.

Cito:

«Il procuratore di un tale rivendica una somma di denaro sulla base di un prestito a interessi oggetto di una eredità; la questione che ne può derivare è se sia lecito a costui di esercitare quella procura. Immagina che noi, dopo aver discusso il punto, lo mettiamo da parte [...] La questione sarà ora se colui [...] in nome del quale si contende, è l'erede del mutuante, e poi se ne sia l'erede universale. E messi da parte pure questi due punti, la questione sarà se il debito esiste»³⁴.

È chiaro a tutti che il discorso si riferisce alla pratica del processo civile. Però la prosa è incalzante, il linguaggio denso e il caso scelto anche un po' complesso. Vediamo allora di chiarirne i termini essenziali.

Nel merito il processo verte su un mutuo di denaro, che secondo l'attore il convenuto non avrebbe rimborsato. L'attore non è però né il preteso mutuante (che viene dato come defunto), né il suo erede, ma un tale che si presenta come procuratore dell'erede. Di fronte a una citazione del genere – dice Quintiliano – si danno almeno quattro difese. Si può immaginare che il convenuto contesti la validità della procura esibita dall'attore. Poi che contesti la legittimazione attiva del rappresentato (qualora metta in discussione che il rappresentato sia l'erede del mutuante). In terzo luogo potrebbe poi essere contestato l'importo stesso del *petitum* (nel senso che se il rappresentato non fosse l'erede universale, ma soltanto un coerede del mutuante, le regole del processo romano avrebbero imposto al procuratore di chiedere una quota del credito commisurata alla quota di eredità del *dominus litis*)³⁵. Dopodiché resterebbe il punto centrale del merito, ovvero se davvero esista un debito da mutuo a carico di chi si difende.

Se torniamo con la mente alla tassonomia delle *quaestiones* retoriche che poco fa abbiamo

³⁴ Quint. 7.1.19-21.

³⁵ Per questa regola del processo civile romano e per i relativi inconvenienti, cui si cercava di ovviare attraverso il meccanismo della *interrogatio in iure*, rinvio a L. Pellicchi, *La praescriptio. Processo, diritto sostanziale, modelli espositivi*, Padova 2003, p. 456 ss.

JUS CIVILE



passato in rassegna, ci accorgeremo facilmente che le prime tre repliche danno luogo a una *translatio*. Le obiezioni che Quintiliano mette in bocca al convenuto non toccano infatti la questione del mutuo e della sua restituzione. Esse servono piuttosto a contestare l'instaurarsi del procedimento, sia pure facendo leva su aspetti ed elementi che attengono al diritto sostanziale. Ed è così ancora oggi. Se oggi si contestasse la procura, si contesterebbe un presupposto del processo³⁶; se si contestasse la legittimazione attiva, si contesterebbe una delle condizioni dell'azione³⁷; se si contestasse il titolo di erede universale, lo si farebbe per contestare in via introduttiva la determinazione del *petitum*.

Nel vago Quintiliano lascia invece i contorni dell'ultima difesa, quella da dedicare alla vicenda centrale, rappresentata dal mutuo e dalla sua restituzione. Non sappiamo cioè se la prospettiva dell'attore andasse contestata in fatto o in diritto. Quintiliano non lo dice, ma non per dimenticanza. Semplicemente, perché quel che gli preme in questo passaggio del manuale è di spiegare al lettore come ci si deve comportare quando la materia della causa sia tale da offrire più linee difensive, logicamente indipendenti l'una dall'altra.

Prima di dire quale fosse la regola retorica, sarà opportuno ribadire ancora una volta che i maestri di oratoria non scrivevano direttamente per i giudici, bensì piuttosto per gli avvocati. Perciò, si può indovinare facilmente dove il suggerimento andasse a parare. «Nessuno» – osservava Quintiliano – «sarà tanto folle da abbandonare l'argomento che ritiene il più valido e passare (con leggerezza) ad argomentazioni più fragili³⁸». Il che è come dire che nella costruzione del discorso difensivo l'attenzione maggiore, ma anche la maggiore enfasi, dovranno andare alla difesa che presenta sul piano della prova le maggiori probabilità di successo.

Ma che cosa accade se l'argomentazione più solida si riferisce a una questione da declinare secondo il genere della *translatio*? (com'era nel nostro esempio, con le prime tre difese opposte dal convenuto?). In questo caso, i proutuari di retorica erano netti, e la loro raccomandazione valeva tanto per l'oratore quanto per il giudice che dovesse poi ritirarsi a deliberare: «Quando la discussione dipende da un'eccezione (declinatoria)» – scriveva sempre Quintiliano – non è necessario indagare il fatto in sé³⁹; il che vuol dire che la fondatezza dell'eccezione permetteva di tralasciare il merito della causa.

Ora, si provi a coordinare questo precetto retorico al caso che stavamo commentando. Si provi cioè a immaginare che il convenuto – citato in giudizio da un tale che si presenta come procuratore dell'erede del creditore – faccia valere il difetto di procura e ottenga di convincere il giudice sul punto. Avrebbe senso dilungarsi oltre? Per i retori no. Lo stesso, se il difensore puntasse con successo sulla mancanza di legittimazione attiva o se pretendesse che il *petitum* fosse riformulato in ragione del fatto che all'attore spetta una quota soltanto del credito ereditario. Se-

³⁶ Cfr. C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, Torino 2014, p. 345 ss.

³⁷ Consolo, *op. cit.*, p. 533 ss.

³⁸ Quint. 7.1.21.

³⁹ Quint. 7.5.3.

JUS CIVILE



condo le regole del diritto e del processo romano, obiezioni come queste avrebbero chiuso immediatamente il processo e fatto calare il sipario⁴⁰.

Naturalmente non mi sfugge che la maggior parte di queste regole non si potrebbe riproporre alla lettera per il diritto e il processo vigente. Oggigiorno è ormai maggioritaria l'opinione di coloro che negano che il credito ereditario debba farsi valere necessariamente *pro quota*⁴¹; così come si può benissimo immaginare che al difetto di procura si rimedi in corso di causa⁴².

La cosa fondamentale è però la logica di fondo dell'approccio retorico. Non si può non vedere che essa è la stessa che sta al fondo del nostro Codice di procedura civile. Penso soprattutto al secondo e al terzo comma dell'art. 187⁴³. È vero o non è vero che se il giudice ritenesse di accogliere non solo un'obiezione pregiudiziale, ma anche un'obiezione di merito avente carattere preliminare, dovrebbe procedere con una decisione di rigetto, senza bisogno d'istruire ulteriormente la causa? E se questo è vero, non è vero anche che quelle del difetto di procura e della mancanza di legittimazione attiva sono questioni sostanziali di carattere preliminare? Una volta messe da parte le peculiarità tanto del diritto romano quanto del diritto odierno, la conclusione si presenta perciò da sé: tra quanto stabilisce l'art. 187 del nostro Codice e quanto i maestri di retorica raccomandavano ai loro allievi corre una perfetta corrispondenza di fondo.

Aggiungerei però che il ponte che si può gettare tra antico e moderno va ben oltre l'art. 187. Vi accenno molto rapidamente, solo per ricordarvi che per i retori la *translatio* non ricorreva solo quando il convenuto sosteneva che il processo si celebrava tra soggetti sbagliati o davanti ai giudici sbagliati, ma anche secondo tempi sbagliati; Il che accadeva in sostanza, quando ci si lamentava che l'attore aveva instaurato il processo o troppo tardi o troppo presto.

Eccependo la prescrizione, il convenuto sollevava perciò un'eccezione declinatoria; e lo stesso faceva quando eccepiva il mancato decorso del termine iniziale. Va perciò da sé che se sull'elemento del decorso del tempo si fosse potuta isolare e raggiungere facilmente la prova, il giudice avrebbe dovuto chiudere subito l'esame della causa, tralasciando tutti gli altri punti del merito. Questo nel processo antico. Ma è lecito chiedersi se ci si riferisca oggi a qualcosa di molto diverso, quando si raccomanda al giudice di ricorrere al meccanismo *della ragione più liquida*. Non è forse vero che quando oggi ci si interroga sulle virtù (oltre che talvolta sui vizi)

⁴⁰ Per il secondo caso, valga il rinvio indicato *supra* alla nt. 35; per il primo caso – quello del difetto di rappresentanza – va tenuto conto del fatto che il carattere dilatorio delle *exceptiones procuratoriae* e *cognitoriae* significava soltanto che al *dominus litis* non sarebbe stato precluso di tornare ad agire o in prima persona o per il tramite di un idoneo rappresentante: cfr. Gai 4.124.

⁴¹ Sui termini del dibattito vd. la ricca rassegna approntata in M. Sesta (a c. di), *Codice delle successioni e donazioni*, I, Milano 2011, p. 1675 ss.

⁴² Avvalendosi della sanatoria prevista dall'art. 182, comma 2 del Codice di procedura civile.

⁴³ «Può rimettere le parti al collegio (*scil.* il giudice istruttore) affinché sia decisa separatamente una questione di merito avente carattere preliminare, solo quando la decisione di essa può definire il giudizio. Il giudice provvede analogamente se sorgono questioni attinenti alla giurisdizione o alla competenza o ad altre pregiudiziali, ma può anche disporre che siano decise unitamente al merito».

JUS CIVILE



di questa scorciatoia processuale, l'esempio da manuale è proprio quello dell'eccezione di prescrizione?⁴⁴

7. Con questa domanda retorica, mi avvio a concludere. E manco a dirlo lo farò nel modo che sempre la retorica prescrive, ossia con una ricapitolazione, fatta di qualche interrogativo e qualche conclusione.

Inizio dal titolo stesso di questa nostra conversazione: la sentenza del giudice porta i segni di una costruzione retorica? Non c'è dubbio. Lo abbiamo visto grazie a numerosi elementi. Ad alcuni sono riuscito appena ad accennare. Altri li ho potuti presentare un poco più diffusamente. Ma vorrei rimanesse la consapevolezza che si è trattato soltanto di una selezione, perché gli elementi di contatto tra retorica e scrittura giudiziaria sono in realtà molto più numerosi.

Secondo punto. Se tra retorica e scrittura giudiziaria si danno elementi di contatto così numerosi, dovremo forse dire che tutto quello che serve al giudice sta nella retorica, o addirittura che *tutto è retorica*? Ovviamente no. Quello che dobbiamo dire è che la retorica offre molto come tecnica ragionata di costruzione del discorso. Il metodo che la retorica offre innanzitutto abitua a mettere a fuoco i punti controversi e a selezionare gli argomenti più efficaci a risolverli. Quindi, costringe a dare un ordine razionale al discorso, sempre nella prospettiva di renderlo il più efficace possibile. E infine educa a una religione vera e propria della sintesi e della chiarezza; per l'ovvia ragione che non c'è ragionamento che possa convincere, se prima non viene compreso.

Terzo punto. Il giudice si serve di un metodo retorico? Di nuovo, si deve rispondere: sì, senza alcun dubbio. In parte perché argomentare, difendersi ed esaminare sono pratiche sociali cui ricorriamo nel quotidiano, come già notava Aristotele⁴⁵; sicché si può parlare di una sorta di tecnica innata, che cresce in quanto tale con il crescere della persona. In parte, perché il metodo elaborato dalla retorica classica è iscritto nel codice culturale dell'uomo occidentale; sicché anche nel quotidiano specifico di chi per mestiere fa il giudice, si finisce per usare un armamentario concettuale che attraversa i secoli e che fa sentire le sue ricadute su una pluralità di livelli. Lo abbiamo visto confrontando le partizioni retoriche del discorso e le macropartizioni della sentenza. Ma lo abbiamo visto anche risalendo all'archetipo retorico della distinzione tra giudizi in fatto e giudizi in diritto. Entro certi limiti, va poi detto che l'antico perdura nel lavoro del giudice anche in ragione di una forza obiettiva delle cose, che riannodano al processo una serie di problemi sempre uguali, in ogni tempo e in ogni dove. Da questo punto di vista abbiamo visto che una scorciatoia che permettesse di chiudere la controversia senza esaminare tutte le questio-

⁴⁴ Vd. per tutti Luiso, *Diritto processuale civile* cit., II, p. 66.

⁴⁵ *Rhet.* 1354 a: «La retorica è analoga alla dialettica: entrambe riguardano oggetti la cui conoscenza è in un certo modo patrimonio comune di tutti gli uomini e che non appartengono a una scienza specifica. Da ciò segue che tutti partecipano in un certo senso di entrambe, perché tutti, entro un certo limite, si impegnano a esaminare e sostenere un qualche argomento, o a difendersi e ad accusare. Gli uomini, per la maggior parte, fanno tutto ciò o senza alcun metodo o con una familiarità che sorge da una disposizione acquisita».

JUS CIVILE



ni, andrebbe adottata per ragioni di economicità, e non importa che la si riporti sotto l'etichetta di *ordine artificiale* (come facevano i retori) o sotto l'etichetta della *ragione più liquida* (come ha fatto la Cassazione) La sostanza della scorciatoia resta sempre la stessa, e registrarne la corrispondenza significa registrare che anche sul piano del processo non mancano i corsi e i ricorsi storici.

L'ultimo punto, tocca la sostanza più importante del discorso e si converte in un auspicio. Se è vero che il giudice applica un metodo retorico, e se è vero che egli non potrebbe fare diversamente, è vero anche che di questo metodo il giudice si serve in buona misura inconsapevolmente. Voglio dire: senza aver mai ricevuto (come del resto l'avvocato) una formazione retorica specifica. Si tratta insomma di un metodo che il laureato in legge fa suo eventualmente, occasionalmente, parzialmente, e soprattutto empiricamente.

Di qui l'auspicio che l'ennesima riforma in cantiere della facoltà di Giurisprudenza tenga conto di due elementi cruciali: che non ha senso parlare di una formazione professionalizzante, se si trascura un intero metodo di lavoro che sarà poi richiesto nella professione; e che se il metodo in questione ha una dimensione eminentemente intellettuale, non lo si può impartire senza adeguata profondità culturale.

Paradossalmente, anche questa presa di coscienza segnerebbe un ritorno a un passato, che poi tanto lontano non è. Ancora agli inizi dell'Ottocento, le facoltà legali italiane prevedevano delle cattedre di eloquenza, dalle quali s'insegnava ai futuri giudici a comporre testi secondo i precetti retorici⁴⁶. Dopo la conquista napoleonica le cattedre di retorica vennero incorporate ai licei, e finirono poi per perdere progressivamente la loro specificità tra una riforma e l'altra delle scuole superiori. Sarebbe dunque davvero il momento che corsi propedeutici di questo genere tornassero a essere impartiti nelle facoltà legali.

⁴⁶ Per il caso della cattedra di eloquenza latina dell'università di Pavia e delle personalità letterarie che la illustrarono proprio nella immediatezza della sua soppressione, nel 1808, vd. D. Mantovani, *Foscolo professore a Pavia. Esortazione alla storia dell'Università*, in *Rivista storica italiana* 122 (2010), p. 269 ss.