

Luiss

Libera Università
Internazionale
degli Studi Sociali
Guido Carli

CERADI

Centro di ricerca per il diritto d'impresa

I seminari dell'Avvocatura Metodo. Argomentazione e processo

Viterbo, 16 novembre 2002

A cura di Amelia Bernardo

novembre 2002

© Luiss Guido Carli. La riproduzione è autorizzata con indicazione della fonte o come altrimenti specificato. Qualora sia richiesta un'autorizzazione preliminare per la riproduzione o l'impiego di informazioni testuali e multimediali, tale autorizzazione annulla e sostituisce quella generale di cui sopra, indicando esplicitamente ogni altra restrizione

Il *Centro per la formazione e l'aggiornamento professionale degli avvocati*, su impulso dell'Avv. Alarico Mariani Marini, da tempo richiama l'attenzione dell'Avvocatura sulla importanza di riscoprire in sede di formazione lo studio del metodo e della argomentazione giuridica, discipline fondamentali per la professione forense eppure spesso trascurate dal giurista pratico.

A tal fine ormai da tempo promuove contributi di autorevoli giuristi su questi temi, anche attraverso l'organizzazione di seminari e convegni che ne stimolino l'approfondimento: la conoscenza del metodo e delle tecniche argomentative non è infatti solo un problema di teoria generale, ma è di immediata utilità per il giurista che nel concreto è chiamato ad interpretare il diritto.

Al Seminario "*Metodo, Argomentazione e processo*" organizzato, in collaborazione con l'Ordine degli Avvocati di Viterbo e Perugia, il 16 novembre 2002 presso il Palazzo Doria Pamphilj hanno partecipato autorevoli studiosi, impegnati nell'esercizio dell'Avvocatura, come Umberto Vincenti e Titta Madia, e nella magistratura, come il Presidente Cesare Mirabelli.

Il Seminario è stato aperto dai saluti di Franco Rossi, Presidente del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Viterbo, e Anna Rosa Sindico, Presidente del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Perugia.

Nel presentare l'ordine dei lavori il Vice- presidente del *Centro per la formazione e l'aggiornamento professionale degli avvocati del Consiglio nazionale Forense*, l'Avv. Alarico Mariani Marini ha ricordato le finalità di questa serie di seminari soffermandosi sull'importanza dello studio del ragionamento giuridico, che nei suoi riflessi pratici riguarda i canoni argomentativi praticati da giudici ed avvocati.

La relazione di Umberto Vincenti, Professore ordinario presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Padova, ha offerto con chiarezza una introduzione alla metodologia giuridica.

Lo studio del metodo, come procedimento intellettuale che porta a "scoprire" il diritto, si impone al legislatore, che crea la norma, ma anche al giudice ed all'avvocato che devono interpretarla, per applicarla ai casi della vita. Le funzioni sono naturalmente differenti. Il legislatore infatti, a differenza del giudice, deve discutere e conoscere dei valori che orientano la scelta politica, e dei valori che ispirano il sistema normativo preesistente.

Lo studio della metodologia giuridica è oggetto di una riscoperta solo recente, su impulso essenzialmente della dottrina tedesca e nordamericana.

Nel nostro ordinamento il riferimento normativo è rappresentato dall'art. 12 delle preleggi, che indica l'iter interpretativo che il giurista deve seguire nell'operazione di individuazione della norma per il caso concreto. La disposizione è espressione di una impostazione chiaramente positivista. Secondo questo modello, articolato come sillogismo giuridico, l'applicazione della legge è operazione meccanica attraverso la quale, per via di automatismo, la soluzione delle controversie è dedotta dalla legge. Questa metodica è rappresentata dal Puchta nella costruzione del diritto come una piramide di concetti che formano un sistema organico, dal quale è sempre possibile dedurre la soluzione per il caso concreto. In altri termini si applica al diritto il metodo scientifico, assumendo che la decisione del giudice sia immune da prospettive assiologiche. La scientificità dell'attività del giudice si basa sul postulato che sia possibile una interpretazione avalutativa, che sia possibile evitare che valori o sentimenti extranormativi influenzino la decisione del giudice.

Ma questa impostazione è velleitaria: è una finzione. Il diritto è una forma di conoscenza della realtà: l'ideale di una giurisprudenza avalutativa risponde certo alla nobile ambizione di evitare l'arbitrio del giudice e garantire la tenuta dei principi fondamentali dello Stato di diritto. Ma nella realtà non esiste interpretazione avalutativa: né è possibile ipotizzare che in relazione alla medesima fattispecie sia possibile individuare una sola soluzione, certa, perciò vera e al tempo stesso giusta. L'illusione era evidente allo stesso Windscheid, padre della codificazione tedesca, che individua la soluzione nel risultato di un computo concettuale. Ed anche nella letteratura italiana non mancano esempi illuminanti circa l'impossibilità di applicare il metodo scientifico deduttivo al diritto. Si legge in Manzoni " Nessuno è reo o innocente a saper maneggiar le leggi".

Nella realtà non esiste una sola norma per ogni fattispecie: al contrario uno stesso precetto è generatore di più norme, secondo criterio di congruità. E ciò anche quando la lettera del testo è chiara. Riportando le parole di Zagrebelski " La lettera non è una certezza. Anzi nulla più della lettera fomenta la discordia".

Se quindi l'interpretazione non è operazione logico aritmetica, è importante soprattutto per l'Avvocato lo studio del metodo e della retorica. Anche nella retorica esiste infatti un metodo: l'argomentazione ha l'obiettivo di persuadere colui che ascolta. E' necessario innanzitutto conoscere l'interlocutore ed impostare il discorso nel modo più efficace per convincere quel tipo di uditore. In questo senso si distinguono gli argomenti a seconda del tipo di interlocutore: ad es. *Argumentum ad hominem, apud iudicem etc.*

Ed ancora esiste una precettistica che governa : la narrazione dei fatti (pertinenza, brevità etc.), la citazione dei precedenti (somiglianza dei fatti, autorevolezza del giudice decidente, correttezza, precisione etc.).

Proprio allo scopo di persuadere la tradizione ha decantato dei criteri di argomentazione, che altro non sono che criteri di interpretazione, cui il legislatore si è ispirato nel formulare l'art. 12 delle Preleggi.

Lo studio delle tecniche interpretative, che guidano nel procedimento mentale di attribuzione del significato ad un testo, è di interesse in primo luogo per quanti operano nel diritto. Non è materia che può essere delegata al filosofo del diritto, proprio per lo stretto legame con l'oggetto dell'interpretazione.

La sentenza in questa prospettiva è atto di volontà, proprio perché è soluzione che implica la scelta di una tra le possibili interpretazioni. E' quindi atto volitivo, anche se non ha ontologicamente l'attitudine a porsi come verità. E' dunque importante nel momento argomentativo la qualità della dialettica processuale: Bisognerebbe anzi evitare l'uso di *topoi* che tendono ad appiattare il dialogo, per ricollocare il fatto al centro del sistema processuale. E' nel caso che l'interprete trova i propri argomenti. Il diritto è innanzitutto conoscenza del fatto.

Il Prof. Cesare Mirabelli, Presidente Emerito della Corte Costituzionale, con la propria relazione ha illustrato con precisione e completezza le tecniche di argomentazione giuridica utilizzate nella prospettazione delle questioni di legittimità costituzionale.

In particolare si è soffermato sui concetti di rilevanza e non manifesta infondatezza. Con riferimento al concetto di rilevanza si sono indicati i requisiti fondamentali della questione di illegittimità: ad esempio la questione prospettata non deve essere ipotetica, né anticipata, né ritardata rispetto al giudizio.

In relazione al concetto di non manifesta infondatezza si è osservato che il passaggio più delicato è quello della individuazione della questione, che richiede tecniche precise, illustrate dal Prof. Mirabelli .

Peraltro all'interprete è fatto carico di prospettare una serie di possibili itinerari interpretativi per evitare o limitare i profili di illegittimità costituzionale di una norma, ed è auspicabile che a tale risultato il giudice costituzionale addivenga proprio su stimolo dei giudici. Nell'interpretare non va però dimenticato che compito del giudice costituzionale è quello di cogliere, e non di precorrere.

L'Avvocato si trova in una posizione comunque filtrata dall'ordinanza del giudice: cionondimeno la sua fantasia e i suoi argomenti possono portare all'individuazione di questioni di illegittimità costituzionale che esprimano istanze di giustizia avvertite dalla collettività.

L'intervento dell'Avvocato Titta Madia ha avuto ad oggetto “*La tecnica dell'Argomentazione del processo penale*”.

L'Avvocato Madia ha innanzitutto mostrato, attraverso un interessante *excursus storico*, come è cambiata la professione del penalista in relazione alle riforme del processo.

Lo scopo del penalista rimane sempre quello di persuadere, ma le riforme processuali hanno profondamente influito sulle tecniche argomentative finalizzate al convincimento della giudice.

Nel secolo scorso l'Avvocato era innanzitutto *oratore* dinanzi ad una giuria popolare lo scopo dell'Avvocato era quello di convincere attraverso

argomenti retorici che facevano leva sui sentimenti dei giurati. Lo stile dell'arringa era letterario e giocava sulle emozioni, sui sentimenti.

Negli anni Cinquanta con la riforma del processo penale cambia profondamente anche l'attività del penalista, che non è più oratore, ma diventa *tecnico*. La giuria è mista, composta in parte da giudici popolari, in parte da giudici togati. Questo impone all'Avvocato di utilizzare argomenti non più emotivi ma tecnici. Rimane fondamentale il momento dell'arringa difensiva, anche perché l'Avvocato secondo un modello tipicamente inquisitorio solo in quel momento ha contezza delle prove dell'accusa: ma è differente l'impostazione. L'oratoria non è più letteraria e lo scopo è quello di demolire le tesi dell'accusa secondo argomenti di diritto e non suggestivi. Il processo è caratterizzato ancora dal segreto istruttorio che cade solo in ultimo: è per questo che l'arringa riveste ancora un ruolo centrale, come momento in cui l'Avvocato sfrutta la propria abilità per inserirsi negli spazi difensivi lasciati liberi dall'accusa.

Con le riforme del 1989 si chiude definitivamente l'epoca dell'avvocato oratore. Cambia infatti il modello processuale e la finalità stessa del processo: l'obiettivo dichiarato non è più la ricerca della verità assoluta, ma la ricerca di una certezza processuale. I due concetti sono molto diversi. Quello della verità è infatti un concetto assoluto proprio di uno Stato autoritario, che crede nell'esistenza di una verità assoluta che è prerogativa del monarca, del potere. Viceversa nello Stato di diritto l'unica forma di verità è la certezza come risultato del contraddittorio processuale tra tesi opposte avanzate in posizioni paritarie.

L'impostazione ideologica che innova la procedura penale trasforma quindi lo stesso diritto sostanziale, che è meno ideologico, più laico. Si muove dalla consapevolezza della fallacia e delle finitudine umana, che non conosce assolutismi nella individuazione della verità. Per conoscere la realtà secondo criterio di attendibilità si ritiene essenziale il confronto tra le posizioni opposte, secondo un modello processuale che da inquisitorio diviene accusatorio.

Il modello accusatorio si caratterizza per la presenza di tre elementi essenziali: il contraddittorio, la parità processuale tra le parti e la terzietà del giudice.

Con riferimento alla prova si assiste al passaggio dalla prova argomentata alla argomentazione della prova in dibattimento, alla presenza di

un giudice che conosce solo il capo di imputazione. La prova si forma dinanzi al giudice in contraddittorio.

Questo diventa allora il momento più significativo del processo, che l'Avvocato Madia ripercorre nei passaggi della ammissione, della formazione della prova e della discussione.

L'ammissione, ricorda, ha la sola funzione di illustrare sinteticamente la tesi difensiva e quella di indicare le prove presentate, enunciandone la pertinenza e la rilevanza. Non è una arringa e sbagliano quanti esorbitano in questa fase dalle sue funzioni tipiche.

Il momento più difficile del processo è quello della formazione delle prove, in particolare quello dell'esame incrociato. L'Avvocato interroga perseguendo il proprio scopo di parte, per far emergere gli elementi funzionali alla propria tesi. In questa fase è fondamentale attenersi a metodiche precise, che guidano:

nella individuazione del tipo di testimone (falso, vero, esperto, inesperto, favorevole, ostile, coinvolto, diffidente etc.);

nella individuazione dello scopo dell'interrogatorio (tecniche costruttive o demolitive, che tendono a indebolire la credibilità oggettiva e soggettiva del teste ostile)

nell'accertamento dell'oggetto di una deposizione falsa (congruità, contegno, personalità) e dei motivi che rendono falso il teste.

nella conduzione dell'esame e del controesame (es. il racconto non essere confuso).

La discussione deve invece essere chiara e presupporre la conoscenza approfondita della causa da parte dell'avvocato, al quale l'Avv. Madia consiglia di non fingere mai in processo ed agire con sincerità nel convincimento.