

## ‘Il Diritto come discorso’

### Una riflessione comparativa sullo stile del giurista

Silvia Ferreri

(Professore ordinario di Diritto privato comparato  
nell’Università degli Studi di Torino)

**Sommario** 1. *Law and literature* nel mondo anglo-americano. La rivincita della retorica. – 2. I limiti dell’interpretazione. – 3. La lingua

#### 1 *Law and literature* nel mondo anglo-americano. La rivincita della retorica

Parto dalla premessa che considero questo lavoro alquanto in controtendenza: in un’epoca in cui contano molto gli *slogans*, le formule ideate dai grandi comunicatori, efficaci da memorizzare, ma scarse di contenuti, il libro di A. Gentili provoca la riflessione, rivaluta il ragionamento.

A prima vista il titolo evoca, di primo acchito, la corrente di pensiero (*Law and Literature*) collegata a «*The Legal Imagination*» di James Boyd White<sup>1</sup>, originariamente apparso nel 1973. Un movimento quindi da tempo assestato all’estero.

Si volge inizialmente il pensiero ad un orientamento, diventato popolare più tardi anche in Italia<sup>2</sup>, che guarda al diritto da un punto di vista di critica letteraria, di analisi della struttura linguistica, di apprezzamento anche estetico dello stile<sup>3</sup>.

Diversi colleghi americani insistono nei loro corsi universitari sulla *dimensione narrativa* del diritto<sup>4</sup>, sul ruolo della retorica nella presentazione

1 J. BOYD WHITE, *The Legal Imagination*, Chicago, 1985.

2 F. DI DONATO, *La costruzione giudiziaria del fatto. Il ruolo della narrazione nel “processo”*, Milano, 2008.

3 R. A. POSNER, *Law and Literature: A Misunderstood Relationship*, Cambridge, 1988; S. LEVINSON, *The Rhetoric of the Judicial Opinion*, in *Laws Stories: Narrative and Rhetoric in the Law*, a cura di Peter Brooks e Paul Gewirtz, New Haven, 1996, p. 187.

4 In D. LUBAN, *Legal Modernism*, Ann Arbor, 1997, «argues that only by weaving together the *broken narrative* and forgotten voices of history’s victims can we come to appreciate the nature of justice in modern society. Calling a trial the *embodiment of the law’s self-criticism*, Luban demonstrates the *centrality of narrative* by analyzing the trial of Martin Luther King,

dei casi, soprattutto sull'addestramento nei corsi per l'attività giudiziale (*advocacy*)<sup>5</sup> a rappresentare gli episodi in modo persuasivo per il giudice e, soprattutto, la giuria<sup>6</sup>.

È proprio la presenza della *giuria*, influenzabile e vulnerabile alle rappresentazioni di argomentazioni abili, manipolative, che induce a porre l'attenzione sull'aspetto narrativo-suggestivo dei fatti. Inoltre, anche il giudice riepiloga, prima di rimettere la decisione al verdetto dei laici, i punti salienti, con uno stile differente da quello asettico, impersonale, neutrale dei giudizi di Cassazione (dove i fatti siano, almeno indirettamente, evocati).

Anche là dove la giuria si sia eclissata (come in materie civili in Inghilterra, salvo che per la *law of defamation*), rimane in *common law* uno stile narrativo fatto di rievocazione dell'atmosfera da cui nasce la contesa, di riepilogo degli argomenti delle parti, dei possibili dubbi interpretativi, delle considerazioni sulle conseguenze in casi futuri, ecc.

Uno dei casi decisi da Lord Denning (tra i più citati) suona così: «Broadchalke is one of the most pleasing villages in England. Old Bundy, the defendant, was a farmer there. It was his only asset. His family has been there for generations. But he did a very foolish thing. He mortgaged it to the bank»<sup>7</sup>.

Il racconto cattura l'attenzione, come in una narrazione si vorrebbe sapere quali sono gli sviluppi, gli avvenimenti successivi.

Lo stile di Lord Denning è ben noto, anche fuori dall'Inghilterra: è una delle "penne" più agili del *judiciary* inglese, con un tono davvero narrativo, scandito in frasi brevi, incisive, con un gusto letterario, e anche note umoristiche, condivise anche da altri giudici. Ad es., il giudice chiude la propria argomentazione dicendo "spero di non aver detto niente di originale" (Lord Steyn, in *Mannai v. Eagle star*, 1997, HL): «I end this judgment with the words with which in 1903 Sir Leslie Stephen concluded a famous series of lectures: "I hope I have not said anything original"»<sup>8</sup>.

the Nuremberg trials, and trial scenes in Homer, Hesiod, and Aeschylus. With these examples, Luban explores several of the tensions that motivate much more contemporary legal theory: order versus justice, obedience versus resistance, statism versus communitarianism» (recensione, 1998: [https://www.press.umich.edu/13532/legal\\_modernism](https://www.press.umich.edu/13532/legal_modernism)).

5 S. H. KRIEGER, R. K. NEUMANN jr., *Essential Lawyering Skills: Interviewing, Counseling, Negotiation, & Persuasive Fact Analysis*, New York, 2003, pp. 137 - 148.

6 N. PENNINGTON, R. HASTIE, *A Cognitive Theory of Juror Decision Making: The Story Model*, in *Cardozo L. Rev.*, 13, 1991, p. 519.

7 In *Miller v. Jackson* [1977], QB, 966, episodio conosciuto come "the Cricket Case", Lord Denning introduce la motivazione così: «In summertime village cricket is the delight of everyone. Nearly every village has its own cricket field where the young men play and the old men watch. ... They have played these last 70 years. They tend it well. The wicket area is well rolled and mown. ... Now after these 70 years a judge of the High Court has ordered that they must not play there any more».

8 *Mannai Investment Co. Ltd v. Eagle star Assurance*, online: <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld199798/ldjudgmt/jd970521/mann01.htm>.

Sempre Lord Steyn, nello stesso caso: «*That brings me to the contrary reasoning of the Court of Appeal... I must embark on what Justice Cardozo once described as a gruesome autopsy*».

Per Lord Hoffmann (stesso caso), una certa regola probatoria, la c.d. *parol evidence rule*, lascia perplessi e nelle sue parole: «One is bound to be left with a feeling that something has gone wrong here. *Common sense cannot produce such a result; it must be the result of some rule of law*»<sup>9</sup>.

D'altronde la teoria del processo di *common law* dichiara esplicitamente che quanto accertato in un giudizio non riflette necessariamente la "verità naturale": il processo accusatorio, condotto con il metodo "adversary", impone "inherent constraints", vincoli intrinseci, per cui, tra l'altro, «1) evidence is ... presented largely by interested persons ... not impartial ... interested not so much with establishing the whole truth as with winning his case"; "2) a conclusion has to be reached one way or another, even though the evidence may be inadequate"; "3) It has to be reached quickly"»<sup>10</sup>.

Le prime pagine del testo che commento possono avvicinarsi alla prospettiva anglo-americana del "diritto come narrazione", alla sottolineatura della componente immaginifica del giudice, nella parte in cui A. Gentili osserva, rispetto al sillogismo giudiziale che: «i fatti della premessa minore ... non si lasciano sempre docilmente riconoscere. La sussunzione richiede spesso che non ci si limiti a constatare l'accadimento materiale, ma che se ne elabori una "natura", che in realtà non ha nulla di naturale. Solo così il fatto diviene fattispecie, sussumibile sotto l'efficacia di una regola»<sup>11</sup>.

A più riprese l'A. si interessa della qualificazione dei fatti, del processo di sussunzione delle circostanze storiche nelle categorie giuridiche: qui si legge il ruolo dell'interprete, l'ineliminabile contributo dell'osservatore che assegna significato a eventi, combina spezzoni della realtà. Un punto di vista simile al realismo giuridico. Osservazione interessante perché evidenzia il ruolo del ragionamento intorno ai fatti: questi non sono immediatamente collegati alla norma, ma letti/vissuti da un soggetto che li incasella nelle categorie che ha davanti a sé, attraverso una ricostruzione

9 Corsivo aggiunto. Testo reperibile online: <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld199798/ldjudgmt/jd970521/mann01.htm>. Qui vediamo all'opera quell'atteggiamento "self-deprecating", di auto-ironia che difficilmente è apprezzato da chi non ha familiarità con la letteratura inglese.

10 Con il risultato finale che un osservatore esterno avrebbe l'impressione, di fronte all'accertamento giudiziale, di assistere ad una «historical investigation carried out by untrained investigators required to act upon non-expert sources of information presented by biased protagonists, these untrained investigators being required to reach a decision which will be final and binding, to do so regardless of the adequacy of the evidence and to do so quickly»: P. B. CARTER, *Cases and Statutes in Evidence*, Londra, 1981, p. 4.

11 Corsivo aggiunto, A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, Milano, 2013, p. 7.

delle vicende storiche composte in un racconto, un discorso proposto agli altri concittadini, nella sentenza, nell'arringa, nell'articolo di commento dottrinale.

Trovo consonanza con l'osservazione svolta da Paul Gewirtz sul ragionamento del giudice<sup>12</sup>: «judicial opinions always create “the facts” in the sense that judges always select, out from the profusion of details before them, selected particulars that seem plausible and give an account coherence».

D'altronde i giudici inglesi sono espliciti nel riconoscere un ruolo creativo all'esposizione dei fatti. Nell'autobiografia, *The Family Story* (1981), Lord Denning indica il procedimento che segue nello stendere la motivazione: «I start my judgment with a *prologue* - as the chorus does in one of Shakespeare's plays - to introduce *the story*... I draw the characters as they truly are - using their real names... I avoid long sentences like *the plague*, because they lead to obscurity. It is no good if the [reader] cannot follow them... I refer sometimes to previous authorities - I have to do so - because I know that people are prone not to accept my views unless they have support in the books. *But never at much length*. Only a sentence or two. I avoid all reference to pleadings and orders - They are mere lawyer's stuff. They are unintelligible to everyone else. I finish with a *conclusion* - an *epilogue* - again as the chorus does in Shakespeare. In it I gather the threads together and give the result»<sup>13</sup>.

Il ragionamento nell'analisi di Gentili però si allarga. Nelle prime pagine leggiamo: «sicuramente non deduttiva è ... non soltanto la sussunzione del fatto, che è piuttosto *costruzione dell'interprete*, ma *soprattutto la fondazione della premessa maggiore* ... Quand'anche l'intenzione politica dei redattori del testo ... gli sia nota, il giudice spesso non si preoccupa se ... l'interpretazione prescelta sia vera, bensì piuttosto se sia giusta. E per la sua giustizia offre *argomenti*»<sup>14</sup>.

Dobbiamo ampliare dunque la portata del discorso.

12 P. GEWIRTZ, *Narrative and Rhetoric in the Law*, in *Law's Stories*, op. cit., p. 11.

13 L. DENNING, *The family story*, Londra, 1981. Corsivo aggiunto.

14 A. GENTILI, op. cit., pp. 8 - 9. La citazione è abbreviata di qualche inciso, segnalato dai puntini di sospensione: l'autore predilige uno stile che non potremmo definire di “plain language” secondo i criteri contemporanei che vorrebbero frasi di non più di 35 parole. La scelta stilistica dipende ovviamente dall'uditorio che si intende raggiungere: nel nostro caso, un pubblico universitario che si presume preparato. Cfr. C. STEPHENS, <http://www.plain-languagenetwork.org/stephens/>: «Keep sentences under 35 words -- 25 words on average».

## 2 I limiti dell'interpretazione

Qui ci spostiamo dalla *composizione* dei fatti alla *comprensione* delle regole.

La componente personale, l'elemento umano, interviene anche nella decifrazione delle norme formali, della legge scritta: anche se il legislatore cerca di circoscrivere la discrezione dell'interprete, indicando come procedere all'interpretazione.

L'Autore lo ricorda<sup>15</sup>: attraverso l'art. 12 delle prel. (e l'art. 360 c.p.c.) «si impone per legge la necessità di una motivazione completa e razionale della decisione».

In sostanza tutto quello che può fare il legislatore per vincolare la lettura dei provvedimenti scritti è di chiedere che l'interprete spieghi come ha raggiunto una certa conclusione. Un rimedio di portata limitata, ma di più non si può fare: almeno se si guarda alla realtà con occhi disincantati, abbandonando la metafora del giudice "*bouche de la loi*".

Le alternative sono scarse: produrre regole molto *dettagliate* (ma ciò è controproducente in un mondo assetato di regole, in cui un profluvio di precetti dovrebbe essere prodotto in continuazione) o esprimere in dettaglio *gli intenti* che si perseguono con prologhi sesquipedali come nella normativa di matrice Europea. Non resta che fare affidamento sulla necessità di rispettare la logica nelle deduzioni che si svolgono motivando.

Procediamo nell'esame del rapporto tra argomentazione e fonti del diritto attraverso le tre fasi del "debole, forte, fortissimo"<sup>16</sup>. Secondo un ritmo che pare musicale: i movimenti di una sinfonia.

Farò tre citazioni.

L'A. afferma, rispetto alle *fonti del diritto*, che è «primaria ed originaria la forza produttiva di regole dell'argomentazione e non quella dei procedimenti formali. ... A livello macro-sistematico infatti basta ripercorrere la gerarchia delle fonti per cogliere la supremazia dell'argomentazione ... indispensabile sia a fissare la competenza della fonte sia a formulare il testo prodotto ... [e rispetto alla costituzione, la *Grundnorm* ci riconduce invariabilmente ad argomenti e non a fondamenti]». «Le argomentazioni attraverso le quali si interpreta e si applica il diritto ... dimostrano come la logica del discorso giuridico non sia affatto quella della deduzione da principi sicuri, ma quella della controversia», anche se «bisognerebbe rendere in qualche modo ineludibile, quantomeno come obbligo morale e di correttezza, dell'interprete che egli, argomentando, quanto alle scelte interpretative che intende respingere si rappresenti gli argomenti contrari e *indichi specificamente quali ragioni li confutino*, e quanto a quella accolta, mostri passo per passo, nel procedere della tesi, come ciò che se

15 A. GENTILI, *op. cit.*, p. 19.

16 A. GENTILI, *op. cit.*, parr. 2, 3, 6, Parte I, cap. 1.

ne deriva discenda, senza incongruenze e senza salti, dalle premesse»<sup>17</sup>.

Su questo versante trovo una coincidenza interessante, da un lato, con un atteggiamento ben visibile nelle motivazioni dei giudici di *common law*, specialmente inglesi, in cui il carattere dialogico è ben delineato; dall'altro – e qui mi spingo su terreni meno noti – con un'esperienza storica molto antica e nobile: quella dell'India.

Quanto all'aspetto del giustificare il ragionamento, indicando anche quali argomenti potrebbero confutarlo<sup>18</sup>, il confronto con il *common law* è davvero interessante: molte sentenze hanno effettivamente in Inghilterra carattere dialogico, e sovente il giudice previene le possibili obiezioni trattandole e scartandole nello svolgimento del proprio ragionamento. Spesso leggiamo: «one could say ... But the reply to this objection is ...».

Talvolta, si può pensare – dal tenore del discorso – che il giudice risponda ad un'effettiva obiezione opposta da un altro componente del collegio giudicante.

In altri casi, il giudice ipotizza in modo teorico quale potrebbe essere un argomento contrario e risponde alla domanda ipotetica con una spiegazione del proprio punto di vista.

Questo svolgimento, con *effettive domande retoriche* segnate con il *punto interrogativo*<sup>19</sup>, aiuta a seguire lo svolgimento mentale, consente di ripercorrere il filo logico seguito e di arrivare gradualmente alle scelte preferite dall'estensore della decisione. Anche qui, la presenza della *giuria* in epoche passate, e il *carattere orale* della discussione in dibattimento pubblico, sono decisivi dello stile delle sentenze di *common law*.

Se la decisione deriva dalla combinazione del verdetto sul fatto da parte della giuria, e dall'apprezzamento giuridico del giudice, il carattere dialogico della sentenza è ovvio: il giudice deve illustrare ai giurati le conseguenze della soluzione A e di quella B, rispondendo a quesiti, obiezioni, distinzioni.

Una differenza visibile rispetto al nostro stile giudicante è nella *lingua* utilizzata: sovente il giudice di *common law* attinge al linguaggio quotidiano, usa esempi della vita corrente, come la lista d'attesa di un viaggio aereo per indicare la condizione degli allievi candidati all'ammissione di

17 A. GENTILI, *op. cit.*, pp. 24 - 26. Corsivo aggiunto.

18 A. GENTILI, *op. cit.*, p. 26.

19 L. J. DILLON (Court of Appeal): «When, for instance, one condition in a set is particularly onerous does something special need to be done to draw customers' attention to that particular condition? In an *obiter dictum* in *J. Spurling Ltd. v. Bradshaw* [1956] 1 W.L.R., 461, 466, Denning L. J. stated: "Some clauses which I have seen would need to be printed in red ink on the face of the document with a red hand pointing to it before the notice could be held to be sufficient." [*Interfoto Picture Library Ltd. v. Stiletto Visual Programmes Ltd.*].» Altro esempio: «if the makers of the Act had themselves come across this ruck in the texture of it, how would they have straightened it out? A judge must not alter the material of which is woven, but he can and should iron out the creases» (L. Denning, *Seaford Court Estates Ltd. v. Asher*, [1949] 2 KB, 498-499).

una scuola privata (*Pepper v. Hart*, 1992, HL)<sup>20</sup>, esprime preferenze personali, parla di sé<sup>21</sup>: circostanze che non ricorrono nelle nostre sentenze, più paludate, impersonali, ieratiche (e spesso monotone). Nelle sentenze di *civil law* le preferenze interpretative del giudice sono schermate dietro un'apparenza di ineludibile deduzione logica.

Se ci avviciniamo all'esperienza in India, ricordiamo preliminarmente che ai giudici inglesi nel territorio sottoposto al controllo della madre patria, nei "Presidency towns" nel XIX secolo, era data l'istruzione di giudicare secondo: "*justice, equity and good conscience*". Quindi, in assenza di precise norme, si giudicava secondo ragionevolezza (che presto divenne: osservanza del precedente giudiziale).

Sull'aspetto della necessità di un carattere logico delle argomentazioni, l'insegnamento *hindu* inerente all'identificazione delle fonti del *dharma* (=diritto, nel senso del *diritto naturale*) è basato sul ragionamento: un brano del testo *Manusmrti*/leggi di Manu<sup>22</sup> indica che un'effettiva conoscenza del *dharma* può essere ottenuta *solo attraverso il ragionamento* (XII.106)<sup>23</sup>. «Nell'elaborazione del diritto tradizionale, grande importanza ha avuto l'istituzione della *parishad*, ... un consiglio di esperti del *dharma* e delle scuole vediche, che aveva il compito di pronunciarsi su punti interpretativi dubbi».

Lo stile era indubbiamente dialogico, argomentativo: le diverse letture venivano confrontate e discusse. Diremmo un "metodo socratico".

Questo ruolo del ragionamento e della discussione, il confronto di opinioni come strumento per accertare ciò che deve essere fatto, è anche documentato nel titolo del libro di Amartya Sen, *The Argumentative Indian* (2004): esso «rivela la doppia faccia dell'India: il suo aspetto *razionalistico/materialistico* e, all'opposto, quell'aspetto così esoticamente mitizzato qui in Occidente, la *mistica*»<sup>24</sup>.

20 *Pepper v. Hart* [1992], HL, <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1992/3.html>.

21 Lord Parker in *Fisher v. Bell* [1961], 1, QB, 394: «*I think that most lay people would be inclined to the view (as, indeed, I was myself when I first read these papers), that if a knife were displayed in a window like that with a price attached to it, it was nonsense to say that that was not offering it for sale. The knife is there inviting people to buy it, and in ordinary language it is for sale; but any statute must be looked at in the light of the general law of the country, for Parliament must be taken to know the general law*». Stesso giudice, stesso caso, un po' oltre: «*In those circumstances I, for my part, though I confess reluctantly, am driven to the conclusion that no offence was here committed. At first sight it appears absurd that knives of this sort may not be manufactures, they may not be sold, they may not be hired, they may not be lent, they may not be given, but apparently they may be displayed in shop windows*».

22 Datato in un'epoca incerta tra il 200 a.C. e il 200 d.C.

23 D. FRANCAVILLA, *The Roots of Hindu Jurisprudence*, Torino, 2006, p. 68 e ID., *Il diritto nell'India contemporanea*, Torino, 2010, p. 29.

24 A. SEN, *L'altra India. La tradizione razionalista e scettica alle radici della cultura Indiana*, trad. it. di G. Rigamonti, Milano, 2006.

C'è però una dimensione della tradizione indiana che contrasta con la rappresentazione che A. Gentili propone per la nostra versione del diritto: nel sistema *dharmico* condotte differenti o addirittura contraddittorie possono essere considerate valide.

«In termini generali, i casi di conflitto tra fonti di diversa autorità vengono decisi sulla base di un criterio gerarchico ... Se il *conflitto* si verifica tra fonti di pari autorità, in particolare tra due testi vedici, si ritiene che *entrambi i modelli* di comportamento siano validi ed è possibile scegliere tra di essi».

Il presupposto sta nell'appartenenza comune al sistema vedico: «il sistema normativo mantiene la sua unità grazie alla teoria della comune origine nel Veda delle ingiunzioni contraddittorie e all'accettazione del fatto che lo stesso Veda è differenziato al suo interno»<sup>25</sup>.

Al contrario, nella nostra esperienza, come A. Gentili indica, è proprio il criterio di *non contraddizione* l'elemento cardine dell'argomentazione come "diritto". Il nostro schema ordinante occidentale persegue la certezza, l'uniformità: non abbiamo alle spalle un così complesso addestramento al pluralismo nelle fonti come in India. È un'acquisizione con la quale stiamo imparando (di nuovo) a fare i conti. Su questo aspetto ha ragione A. Gentili nel paragrafo sul «mito del sistema chiuso dello Stato»<sup>26</sup> a ricordare come il passato anche europeo abbia a lungo conosciuto la convivenza di fonti diverse, se non altro per la coesistenza del diritto civile e canonico: il periodo del positivismo nazionalista sembra aver cancellato nel ricordo dei giuristi il peso di quell'esperienza passata.

Addirittura gli interpreti del diritto indiano sono disposti a supporre l'esistenza di un testo vedico scomparso per legittimare consuetudini che contrastano con altre, fondate su passaggi classici della tradizione vedica<sup>27</sup>: «il caso di conflitto tra Veda e *smṛiti* (=tradizione) può essere considerato un caso di conflitto tra un testo vedico esistente e un testo vedico perduto su cui si basa il testo della *smṛiti*».

L'esempio indiano è interessante anche in relazione al capitolo di A. Gentili sulla *consuetudine* (cap. 3, Parte I), una fonte molto controversa in Europa: per certi versi, marginalizzata dai codici, per altri versi, recupera-

25 D. FRANCAVILLA, *op. ult. cit.*, p. 35. Più ampiamente nella versione inglese: «The coherence of the system is preserved through the *vikalpa*, that is through the possibility to choose between different courses of actions. ...The key word is *emergence*: contradictory models of behaviour may stay together because in a given context one of them *emerges*. Two contradictory rules can be considered as part of the same normative system, provided that this system is conceived as inherently differentiated. What is crucial is the existence of a connecting structure that is capable to organize this inner variety. Hindu jurisprudence finds this organizing principle in the *Veda*» (D. FRANCAVILLA, *op. cit.*, p. 215).

26 A. GENTILI, *op. cit.*, p. 108.

27 D. FRANCAVILLA, *Il diritto nell'India contemporanea*, cit., p. 35.

ta negli scambi internazionali (con prassi che precedono la legislazione, ad es. le convenzioni internazionali) e nel mondo digitale dove si sviluppano ad una velocità esorbitante regole di condotta, usi digitali<sup>28</sup>.

Nel mondo indiano in effetti la gerarchia delle fonti è sovvertita nella prassi: «dal punto di vista del funzionamento concreto del diritto hindu ... il livello cruciale è costituito dalle regole contenute nelle fonti inferiori, in particolare i *sadacara*, vale a dire i modelli di comportamento e le regole consuetudinarie».

Vale poi la pena di ricordare che anche in Africa le consuetudini, il *diritto sommerso* sotto gli strati del diritto religioso, coloniale e importato dall'Occidente, hanno ripreso significato, in molte occasioni: a titolo rappresentativo attraverso le corti di conciliazione del Sud Africa<sup>29</sup> o in Ruanda che ha ripristinato il sistema giudiziario tradizionale chiamato "Gacaca" (Gachacha), divenuto pienamente operativo nel 2005. Il fattore temporale non è estremamente rilevante nelle consuetudini africane: Rodolfo Sacco ci ricorda che talvolta gli usi variano anche rapidamente<sup>30</sup>.

Infine, seguendo ancora il filone del *pluralismo normativo*, merita specificare che sono soprattutto due i punti ulteriori in cui ho trovato una chiave di lettura per collegare il contenuto del libro al titolo, brani in cui il riferimento *al discorso* si riempie di significato ai miei occhi.

Un punto interessante si trova dove l'A.<sup>31</sup> si interessa della relazione tra *sovranità e diritto*: l'ipotesi antiquata, datata, è che «il diritto è fatto, il fatto della volontà di chi ha la forza», ma questa ipotesi è messa in crisi dall'assetto attuale, in cui «anche un giovanotto intelligente pratico di computer» riesce a scavalcare i confini della sovranità.

L'alternativa per il diritto è di «pensare che sia un discorso sui discorsi dei molti legislatori che regolano un mondo globalizzato ... che sia un discorso in cui le ragioni di tutti vanno considerate, che sia un discorso in cui la forza sia solo l'estremo strumento che si giustifica contro chi non può offrire ragioni per i danni che vuole infliggere ad altri», insomma pensare che «il diritto sia la base della sovranità».

Il modo di conciliare ordini concorrenti come quello internazionale ed europeo con il diritto interno sta nel vederli non come esclusivi e confliggenti, ma dialoganti, integranti a vicenda.

28 A. FISCHER-LESCANO, G. TEUBNER, *Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law*, in *Michigan Journal of International Law*, 25, 2004, p. 999 ss., disponibile on-line: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=873908](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=873908).

29 *Promotion of National Unity and Reconciliation Act* (1995).

30 R. SACCO, *Le fonti informali*, in *Le fonti non scritte e l'interpretazione*, a cura di G. Alpa, A. Guarneri, P. G. Monateri, G. Pascuzzi, R. Sacco, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, I, 2, Torino, 1999, p. 10.

31 A. GENTILI, *op. cit.*, p. 126.

La *presunzione di conformità* cui l'interprete locale deve ispirarsi di fronte a fonti internazionali e europee esprime una ragionevole aspettativa: se il legislatore ratifica patti internazionali, è abbastanza logico pensare che non voglia disattenderli in provvedimenti successivi.

### 3 La lingua

Un richiamo invece al *linguaggio*, all'uso corrente delle parole si trova nel capitolo 6 della parte II, su *Argomentazione e Scienza giuridica*: trattando dei concetti nel diritto privato europeo.

Ho trovato stimolante il riferimento ai limiti dell'arbitrio del legislatore: «poiché si serve del linguaggio ordinario, neppure il legislatore potrebbe usare (per es.) la parola “*contratto*” escludendo il senso di *regola* che il linguaggio ordinario le connette indissolubilmente: usando il legislatore – qualunque legislatore – una lingua naturale, se la viola nessuno capisce più nulla. Insomma il legislatore è onnipotente, ma il vocabolario di più»<sup>32</sup>.

Qui l'A. ipotizza che ciò comporti una base concettuale comune nel diritto privato europeo (parte armonizzata del diritto interno).

Naturalmente l'obiezione è che, spesso, il diritto usa un linguaggio “di specialità”: che magari assume parole della lingua corrente e assegna loro significati anomali. Così che è sorprendente, per la persona comune, il senso che noi giuristi attribuiamo a “atti emulativi”, o a “invenzione” (=ritrovamento), “compensazione”<sup>33</sup>, “remissione”. Per non parlare di “studi di settore”, “respingimento” (di immigrati), “avvalimento” (=nelle gare di appalto, quanto ai requisiti di un altro “operatore economico”, artt. 49 e 50 D.Lgs. 163/2006): espressioni traslate che assumono contenuti inattesi per i non-addetti ai lavori.

Il tema è interessante perché si salda ad una preoccupazione sempre più evidente dei legislatori, non solo europei. Ci si collega qui al tema del “*plain language*” o del “*parlare chiaro*” (nell'accezione che ha avuto in Italia il movimento avviato da Sabino Cassese con il *Manuale di stile* e dai cultori del linguaggio amministrativo).

In base ai risultati della ricerca che ho diretto per la Commissione Europea su “*Document quality control in public administrations and international organisations*”<sup>34</sup>, abbiamo constatato che c'è stata una crescita

32 A. GENTILI, *op. cit.*, p. 256.

33 In modo alquanto curioso il legislatore italiano rende l'espressione “*compensation*” usata nel regolamento 261/2004 (diritti dei passeggeri aerei in caso di cancellazione e ritardi prolungati dei voli) con “*compensazione*”, anziché indennizzo, scegliendo un termine che in linguaggio tecnico giuridico indica un modo di estinzione delle obbligazioni (art. 1241 c.c.).

34 Commissione UE, Direttorato generale traduzioni, *translation studies*, 2013, scaricabile all'indirizzo [http://ec.europa.eu/dgs/translation/publications/studies/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/dgs/translation/publications/studies/index_en.htm).

esponenziale della cura verso la trasparenza della lingua: dall'emisfero sud (Australia) a quello Nord (Inghilterra e paesi Scandinavi, specialmente Svezia) verso l'area mediterranea (Spagna con Catalogna e Paesi Baschi, ma anche Italia).

Il problema è che la consapevolezza non è sufficiente: deve seguire l'azione. Su questo fronte battaglie e sconfitte si alternano. È anche questione di "ragionevolezza": ad es. la soppressione integrale del latino non è necessariamente una vittoria<sup>35</sup> (ad es. il termine giuridico "*certiorari*" ormai ha senso proprio in *common law*; in Inghilterra il *writ of summons* è stato sostituito da "*claim form*" ecc.).

In molti ambiti si è insistito sul bisogno di certezza del diritto: inseguire forme linguistiche semplici non deve sacrificare la certezza. Il livello di semplificazione auspicabile in effetti dipende dall'uditorio cui ci si rivolge; in qualche caso le definizioni allegate all'atto legislativo sono un buon rimedio (nelle risposte al questionario, inviato per la ricerca europea, i funzionari del *Congress* di Washington hanno specificamente indicato che prediligono una terminologia esatta, accompagnata da un "*glossary of terms*" che chiarisce l'uso delle espressioni tecniche impiegate).

Giustamente A. Gentili nota che in sede europea si pone il problema della *traducibilità*: e aggiungiamo, il problema di un'assenza di dottrina comune (manca un corpo coerente di dottrina che supplisca alla carenza di uniformità terminologica).

Il punto in cui, di nuovo, il discorso si salda con il *linguaggio*, si trova nella proposta dell'autore sull'apertura verso altri ordinamenti e in particolare il distacco che conviene prendere dall'assunto (*ottocentesco*) che la "sovranità sia un fatto"<sup>36</sup>. È preferibile la prospettiva per cui i testi esprimono regole e queste possono combinarsi secondo le regole di logica del discorso.

«Se entriamo nell'idea che quei pretesi fatti sono punti di vista, discorsi, più o meno compatibili, il pluralismo del sistema aperto riprende senso».

D'altronde un giudice della Corte Suprema del Regno Unito, la *Baroness Brenda Hale*, ha ben sintetizzato la relazione tra corti nazionali e sovranazionali in questi termini: «Just as the Human Rights Act involves the courts in a dialogue with Government and Parliament, it may increasingly involve us in a dialogue with Strasbourg as we seek to explain why we think that some of those modifications are justified»<sup>37</sup>.

Il termine dialogo è il segno del tempo.

35 Nel riformare alcuni aspetti del processo civile in Inghilterra, il legislatore ha limitato l'uso di espressioni latine, anche se molte erano ormai diventate tradizionali in *common law*: *Civil Procedure Rules* 1998, *Appendix 1*, <http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules>. I. GRAINGER, M. FEALY, *The Civil Procedure. Rules in Action*, Londra, 2000.

36 A. GENTILI, *op. cit.*, p. 116.

37 Baroness Brenda Hale, *Foreword*, *UCL Human Rights Review*, issue, 2009, p. VII, <https://www.ucl.ac.uk/human-rights/ucl-hrr/docs/hrreviewissue2/issue2>.

