

Comunicare, argomentare, persuadere oggi nella professione forense¹

La **comunicazione** è un aspetto fondamentale della professione forense.

Saper comunicare col cliente, con i colleghi, con i Giudici è un'“abilità” importante dell'avvocato.

Il **linguaggio** come mezzo di comunicazione è uno strumento di lavoro insostituibile per il giurista, al quale però dedichiamo un'attenzione decisamente insufficiente (**immagine targa**).

Il **processo** è il “luogo” in cui la capacità di comunicare dei giuristi si esprime nel modo più intenso e più significativo.

Si tratta di un “luogo” che ha vissuto e continua a vivere **importanti cambiamenti**, che incidono sul nostro modo di comunicare.

Il **processo penale** è per autonomia la sede della **comunicazione orale**.

Il “nuovo processo penale” che in realtà ha ormai quasi 30 anni), col proliferare dei riti alternativi e la nuova fase dibattimentale, ha profondamente cambiato il rapporto del penalista con l'oralità tipica di quel processo, spostando il suo punto focale dall'arringa al contraddittorio.

A differenza di quello penale, **il processo civile è il regno della comunicazione scritta**.

L'irruzione della telematica nel **processo civile** cambierà la comunicazione tra i suoi protagonisti in modo altrettanto incisivo?

La mia opinione è che la **cambierà, ma non così tanto**.

¹ Relazione al Convegno dell'A.I.A.F. di Padova “Il linguaggio giuridico alla luce del principio di sinteticità degli atti processuali e dell'introduzione del processo civile telematico” – Tribunale di Padova. Aula Corte d'Assise – 11 dicembre 2015.

Per quanto si vadano diffondendo delle "isole" di oralità anche nel processo civile (pensiamo all'estensione del rito camerale in varie materie), avvocati e Giudici civili si sono sempre dimostrati refrattari ad ogni tentativo di riforma in tal senso e paiono abbarbicati alla scrittura da un amore davvero viscerale.

L'amore per la scrittura porta naturalmente in grembo la passione per la carta.

Carta dei libri, carta degli appunti degli avvocati e dei magistrati, carta delle comparse e delle sentenze.

Ogni tentativo di bandire la carta dal processo civile mi sembra destinato all'insuccesso.

I Giudici, ad esempio, hanno dimostrato di non poter rinunciare alla carta.

L'eclisse della carta dal processo civile è durata lo spazio di un mattino, se è vero che all'indomani dell'avvio del processo telematico è sorta unanime la richiesta delle "copie di cortesia".

E la pronta resurrezione della carta è stata sancita anche formalmente dall'art. 16 bis del decreto legge n. 179/2012, poi convertito, che ha previsto "*l'acquisizione anche di copia cartacea degli atti depositati con modalità telematiche*", pur rinviandone la disciplina ad un successivo decreto.

La rivolta dei civilisti (che, siano magistrati o avvocati, alla fine si somigliano tutti) ha assunto a volte dei toni barricardieri, se è vero che il Tribunale di Milano, con una sentenza del 15 gennaio 2015, ha sanzionato ai sensi del terzo comma dell'art. 96 c.p.c. una parte che aveva depositato la propria conclusionale solamente in forma telematica, omettendo il deposito della "copia di cortesia" cartacea (pur prevista dal "protocollo" concluso dal Tribunale e dall'Ordine degli Avvocati).

Questo devozione alla scrittura e alla scrittura "cartacea" dei civilisti ha un significato più profondo del mero attaccamento ad un'abitudine.

Esso è frutto della confidenza del civilista con l'interpretazione e l'argomentazione.

Interpretare ed argomentare sono processi logici.

E ogni processo logico ha come modello quel rigore e quella consequenzialità che trovano nella scrittura la loro più congeniale modalità espressiva.

Quindi la forma di comunicazione tipica del civilista, innervata nella sua stessa cultura professionale, è la scrittura.

In particolare, comunicare nel processo civile significa scrivere.

Ma quali sono le “abilità” che si richiedono al civilista nello scrivere?

Il tema del nostro Convegno odierno, ad esempio, definisce come “qualità” del linguaggio giuridico la “chiarezza” e la “sinteticità”, che dovrebbero essere tipiche soprattutto dei testi normativi.

Trasponendo il discorso ai testi processuali e soprattutto agli atti di parte, che sono quelli che interessano gli avvocati, potremmo parlare invece di “concisione” e soprattutto di “efficacia”.

Oggi si parla molto più della prima che della seconda.

Questa è una comprensibile reazione alla verbosità di troppi atti di parte (e in qualche caso anche il tentativo di trovare una scorciatoia per rimediare al sovraccarico di giudizi pendenti).

Il mezzo col quale normalmente si pensa di imporre la “concisione” agli avvocati è il “contingentamento” delle dimensioni quantitative delle scritture di parte.

In realtà, l’esperienza dimostra che tutti i tentativi di questo genere sono fatalmente destinati all’insuccesso, siano essi protocolli, raccomandazioni dei capi degli Uffici giudiziari o isolati provvedimenti giudiziari.

Così l’auspicio del Primo presidente della Corte di Cassazione di veder limitati i ricorsi ad un massimo di 20 pagine o quello del Presidente del Consiglio di Stato (30 pagine, oltre epigrafe ed altro) sono destinati ad essere travolti dall’onda di piena di una prassi forense inarrestabile.

A mio parere è un modo sbagliato di affrontare un problema che dipende piuttosto da una carenza culturale della classe forense contemporanea.

E questa carenza è il frutto dell’eclissi della retorica dallo scenario degli studi dottrinali e, dunque, dall’insegnamento universitario e dalla prassi forense, che data ormai un paio di secoli.

Il trionfo del positivismo giuridico e la *damnatio memoriae* della retorica.

Il principio della sua resurrezione sotto le nuove vesti della “teoria dell’argomentazione giuridica” nella seconda metà del Novecento (Chaim Perelman): la “nuova retorica”.

Il suo oggetto è «lo studio delle tecniche discorsive atte a provocare o accrescere l’adesione delle menti alle tesi che vengono presentate al loro assenso» (Perelman e Olbrechts-Tyteca, Trattato dell’Argomentazione).

“La finalità della nuova retorica è, dunque, quella di recuperare le argomentazioni usate nel discorso persuasivo nella sfera della razionalità, attraverso l’estensione di quest’ultima espressa dalla nozione di ragionevolezza, la quale comprende tutte le idee sostenute dagli uomini indipendentemente dal grado di adesione dagli stessi manifestato. La ragionevolezza pertanto non riguarda solo le conoscenze evidenti e necessarie, ma tutte quelle semplicemente verosimili, per le quali, non esistendo certezza oggettiva, l’adesione può essere ottenuta solo attraverso

l'argomentazione (la quale si oppone così alla dimostrazione)" (Perelman e Olbrechts-Tyteca, Trattato dell'argomentazione).

Di qui la timida comparsa, in qualche Facoltà di giurisprudenza, di qualche cattedra di Teoria dell'argomentazione e un relativo rifiorire degli studi di retorica.

Per comprendere come quelle della retorica siano regole intramontabili nell'attività forense, basta un semplice esempio.

Esaminiamo qual è la suddivisione di qualsiasi discorso giuridico secondo la retorica classica:

- Esordio o inizio
- Narrazione dei fatti
- Argomentazione (dimostrazione/prova/conferma)
- Epilogo o conclusione

Possiamo dire che anche oggi questa è la struttura di un qualsiasi atto di citazione o di una qualunque comparsa conclusionale.

II

Tornando al rapporto tra concisione ed efficacia, se invertiamo le priorità, attribuendo la **giusta importanza all'efficacia delle scritture**, il primo risultato sarebbe quello di ottenere un'adeguata concisione delle scritture di parte.

Una delle prime cose che ho imparato dal mio Maestro (l'Avv. Piero Gritti) è stato un ammonimento molto semplice, che ogni avvocato dovrebbe aver presente quando prende in mano la penna:

"si scrive per chi legge, non per chi scrive".

Scrivere in modo efficace dunque significa farlo in modo tale da invogliare gli altri a leggere quanto si è scritto.

Va da sé che, se questo è lo scopo da raggiungere, la concisione dello scritto, rettamente intesa come *"brevità nel modo di esprimersi"* (Enciclopedia Treccani), diventa una necessità: poche cose sono più fastidiose per un lettore delle frasi ridondanti, delle espressioni inutili dei periodi lunghi e noiosi.

Pertanto, dire molte cose con poche parole è una condizione necessaria per l'efficacia di una scrittura.

Quindi un avvocato che sappia scrivere efficacemente è naturalmente conciso, mentre non è sempre vero il contrario.

Se ci si pone in quest'ottica, si comprende pure come la concisione sia uno degli strumenti dell'efficacia di uno scritto, ma non l'unico (o, se vogliamo dirla in un altro modo, la concisione è solo una delle qualità proprie di uno scritto efficace).

Allora è molto importante domandarsi quali siano le regole da seguire per scrivere efficacemente.

Ovviamente la risposta non è facile, ma credo che il primo passo per una soluzione sia quello di riconoscere un'altra verità semplice, e cioè che il pensiero precede la scrittura.

L'arte di pensare con chiarezza e quella di scrivere efficacemente sono strettamente collegate, ma è certo che chi non ha idee chiare non riuscirà mai a scriverle in modo efficace.

E' intuitivo che pensiero e linguaggio sono strettamente collegati, ma ciò è particolarmente vero per il linguaggio giuridico: la condizione decisiva per esprimere con efficacia un concetto giuridico è quello di idearlo con chiarezza.

L'avvocato che non formula preventivamente un'idea precisa e ben strutturata della sua difesa non riuscirà mai ad esprimerla in modo convincente.

Ciò è tanto più vero in un processo scritto, come quello civile, nel quale non si può contare sulle componenti emotive che possono colorare un'esposizione orale per supplire alle carenze di un ragionamento claudicante.

Quindi lo stile espressivo dell'avvocato è condizionato dal suo stile di pensiero.

Lo studio universitario, il tirocinio professionale e poi la pratica forense dovrebbero quindi servire a formare uno "stile di pensiero", educandolo a "pensare bene" e, in particolare, a "pensare bene il diritto".

"Pensare bene il diritto" (acquisire la capacità di pensare con chiarezza in termini giuridici) significa anche

- pensare in modo ordinato (con attenzione all'ordine ed alla consequenzialità logica degli argomenti),
- pensare in modo concludente e finalizzato (coordinando in modo organizzato gli argomenti e finalizzandoli ad una tesi),
- pensare in modo competente (attingendo ad una quantità adeguata di conoscenze specifiche della materia trattata),
- pensare in modo esperto (facendo sintesi della propria esperienza professionale)
- pensare in modo vasto (ricorrendo non solo alle proprie competenze specialistiche della materia trattata, ma anche a competenze in altre materie giuridiche – contraddizione fra esigenza di specializzazione e necessità di un orizzonte giuridico più completo).

Uno sguardo su come sono cambiati gli strumenti per acquisire competenze (e dunque migliorare la propria capacità di "pensare bene il diritto").

Una volta, il mio Maestro mi invitava a dedicare il Sabato mattina alla lettura del testo integrale delle sentenze pubblicate su Il Foro Italiano, con un obiettivo ben preciso:

"Leggendo le sentenze, si impara come scrivono i Giudici, ma soprattutto come pensano i Giudici".

Da questa indicazione possiamo trarre due insegnamenti preziosi:

- capire come "scrivono i Giudici" è il presupposto per apprendere e padroneggiare un linguaggio comune a Giudici e avvocati, e quindi per essere partecipi in modo adeguato alla comunicazione che si attua nel processo (linguaggio come mezzo di comunicazione, come ponte fra le parti del processo)

- ma soprattutto capire “*come pensano i Giudici*” significa comprendere cosa cercano i nostri lettori nei nostri atti, con quali occhi li leggono. Qui torniamo al concetto di partenza: se si scrive per chi legge, comprendere il modo di pensare di chi legge è di fondamentale importanza per impostare la scrittura dei nostri atti.

Oggi non c’è più solo Il Foro Italiano, ma una vastissima gamma di strumenti di aggiornamento e di approfondimento delle nostre conoscenze (non solo cartacei, ma anche telematici).

I vantaggi sono notevoli:

- grande facilità di accesso e di ricerca,
- grande quantità di materiali disponibili per la consultazione.

Gli svantaggi sono altrettanto notevoli, ma sono legati non tanto alle risorse disponibili, quanto al modo di consultarle e di impiegarle:

- superficialità di molti testi e di molte consultazioni, dettate da un uso pratico molto immediato e senza alcun approfondimento (es.: si consultano moltissimo gli instant book, le riviste telematiche, le banche dati e sempre meno trattati, riviste di approfondimento),
- standardizzazione dei testi (es.: massime ripetitive, e nessuna attenzione alle sentenze integrali),
- si arriva all’assurdo che alle volte non si conosce esattamente la formulazione letterale delle singole disposizioni di legge, ma solo la trasposizione che ne fa la giurisprudenza o qualche commento.

Ovviamente i modi per giovare di questi vantaggi e minimizzare gli svantaggi di questa enorme offerta informativa sono molto semplici e alla portata di tutti: basta farsi animare sempre dalla “curiosità” di capire cosa c’è dietro una massima giurisprudenziale, qual è il processo logico attraverso il quale si è arrivati ad affermare un determinato principio giuridico, e non limitarsi ad impiegarlo senza approfondirne il significato (correndo il rischio di qualche brutta sorpresa).

III

Fino ad ora ho parlato

- dell'importanza di "pensare bene il diritto", per poter scrivere bene di diritto,
- della finalità degli scritti degli avvocati, che è quella di lasciarsi leggere con facilità dal pubblico cui sono destinati (i Giudici)
- dei modi di cui l'avvocato dispone per educare ed affinare il proprio "stile di pensiero",
- di alcuni strumenti di cui egli valersi per conoscere meglio il proprio pubblico (i Giudici) e per migliorare le competenze che lo aiutano a "pensare bene il diritto".

Ora è opportuno soffermarci sul momento in cui il "pensiero" dell'avvocato si trasforma in "argomento", e cioè dell'argomentazione giuridica.

Nei suoi *Topica* Cicerone definisce l'"argomento" come la "ragione che rende certo un elemento dubbio".

Nella lingua italiana argomento è *"ciò che si adduce a sostegno di quanto si afferma"*.

Più specificamente, nel **linguaggio giuridico** esso è *"la ragione o il motivo addotto a sostegno di una tesi"*.

"Argomentazione" pertanto è quel procedimento logico che non si limita a descrivere o ad interpretare, ma giustifica, motiva, dà ragione di una determinata tesi.

Nella prospettiva del processo civile, gli argomenti sono quindi le premesse, fra di loro logicamente concatenate in sequenza logica che hanno la funzione specifica di rendere convincente la tesi sostenuta dall'avvocato.

Da questo punto di vista, la prima abilità dell'avvocato è dunque quella che la retorica classica identifica nell'inventio, e cioè nella capacità di individuare gli argomenti più adatti a rendere convincente la tesi che intende sostenere.

Qui viene in gioco la competenza dell'avvocato: la quantità e la "vastità" delle sue conoscenze.

Il fine intelletto dei retori classici, quando fa riferimento all'inventio, ci suggerisce che questa attività consiste non già nella "creazione" degli argomenti difensivi, ma nella loro "scoperta".

Gli argomenti che l'avvocato deve utilizzare per la difesa, infatti, siano essi argomenti fattuali, argomenti logici, argomenti normativi, interpretativi o giurisprudenziali, argomenti tecnici o di altra natura, preesistono all'attività del giurista.

Perciò, il ritrovamento degli argomenti adatti alla difesa è **frutto di una ricerca** che il giurista deve condurre con adeguata competenza, sino a riconoscerli e a selezionarli, scartando quelli meno validi e scegliendo quelli più efficaci.

Su questo aspetto è bene riflettere su quanto accennavo prima in merito

- alla necessità che il giurista abbia una competenza vasta, e non solo specialistica in un determinato settore: è sempre di fondamentale importanza coltivare altri interessi nella propria cultura giuridica, al di fuori di quelle che sono le proprie specifiche competenze specialistiche (anche se ciò comporta dedizione e sacrificio). Tanto più “vaste” sono le competenze di un avvocato, quanto più ampio è il campo nel quale egli può effettuare le sue ricerche e scoprire argomenti utili,
- alla necessità “pensare come i Giudici”, ai fini di selezionare gli argomenti più adatti ad ottenere la loro adesione e quindi a convincerli della tesi prospettata,
- alla necessità di “pensare in modo esperto” soprattutto per selezionare gli argomenti, e cioè per decidere quali argomenti utilizzare e quali no.

Posta questa premessa, è chiaro che il criterio di selezione degli argomenti è quello del loro grado di efficacia, intesa come capacità di dar ragione della tesi sostenuta.

Un argomento è tanto più valido, quanto più riesce a convincere della bontà della tesi patrocinata, affinché questa possa prevalere nel processo.

La prova di questa semplicissima verità si trova quotidianamente in un’infinità di atti di parte, ad esempio, quando gli avvocati citano i precedenti giurisprudenziali che ritengono più adatti a dimostrare la fondatezza della loro tesi (proprio perché li ritengono i più adatti a convincere il giudice della superiore bontà della loro tesi rispetto a quella dell’avversario).

Dunque, l’avvocato argomenta per convincere il giudice: questa banale constatazione pone l’accento sul decisivo legame tra argomentare e convincere.

Il denominatore comune è dato dal fatto che tanto l’una quanto l’altra cosa sono il prodotto di un ragionamento logico.

Un aspetto importante dell’attività preparatoria delle scritture di parte riguarda proprio la capacità dell’avvocato di limitare gli argomenti da illustrare nelle proprie difese, sacrificando quelli meno efficaci o ridondanti, con effetti importanti sulla “concisione” degli atti e sul contenimento dei testi.

Non è una scelta facile questa, anche perché (per restare fedeli al principio che si scrive per chi legge) l’effettiva efficacia degli argomenti dovrebbe essere valutata non già sulla base delle propensioni personali e della cultura giuridica di chi scrive, bensì di quelle di chi legge (il giudice).

Inoltre, si consideri che l'autolimitazione degli argomenti presenta più di un aspetto problematico in relazione alle esigenze di "completezza" e "tuziorismo" da sempre avvertite dagli avvocati, ma anche

- per un dato di esperienza, per cui non sempre è facile capire quali siano gli argomenti meno efficaci sulla base del metro di giudizio del Giudice: l'esperienza infatti insegna che più di una volta l'argomento che l'avvocato riteneva il meno efficace è stato invece scelto dal Giudice per motivare la propria decisione,
- per la crescente importanza della responsabilità civile degli avvocati.

Fondamentale per la "scelta" degli argomenti (e per la loro organizzazione in un discorso compiuto) è poi quella capacità che nella retorica classica veniva identificata nell'"intelligere", e cioè l'abilità, l'istinto di capire quale sia il "punto focale" della controversia: si tratta della *quaestio juris* risolvendo la quale il Giudice deciderà la lite.

E' con questo nodo centrale della controversia che occorre confrontare gli argomenti, per comprendere se siano davvero efficaci oppure no.

La selezione degli argomenti dev'essere poi sottoposta ad una verifica che potremmo definire come una "prova di resistenza": occorre sincerarsi che essi non siano facilmente confutabili, che possano resistere al maggior numero di obiezioni possibili.

La confutazione di un proprio argomento da parte dell'avversario può infatti concedergli un vantaggio a volte decisivo e potrebbe avere conseguenze perniciose sul convincimento del Giudice.

Sempre seguendo l'insegnamento della retorica classica ed adattandolo alla realtà moderna, un'abilità non meno importante anche ai fini del processo civile è quella della dispositio, e cioè la capacità di ordinare efficacemente gli argomenti scelti.

Anche questa è un'attività di natura logica, che tuttavia dev'essere guidata dalla competenza e dall'esperienza dell'avvocato.

Non è certo il caso di riproporre ai contemporanei il dibattito dei retori antichi su quale sia il più efficace ordine di trattazione degli argomenti (ordine crescente, decrescente, omerico o nestoriano oppure altri ancora....).

L'esperienza, ad esempio, insegna che a volte può essere consigliabile sovvertire l'ordine naturale delle questioni trattate per presentare per prima una di esse che appare davvero "dirimente" ovvero quella che, come scrivono i Giudici nelle sentenze, sembra essere la "più liquida".

Si tratta piuttosto di dare la giusta importanza alla capacità di organizzare efficacemente gli argomenti scelti e di saperli presentare come un insieme ben coordinato e coerente, in grado di

dare una spiegazione del fatto e di presentare al Giudice un'applicazione del diritto più convincente di quella dell'avversario.

Per ottenere questo effetto è di **fondamentale** importanza la concatenazione logica degli argomenti, che a questo fine devono essere distinti chiaramente (e non espressi promiscuamente o sovrapponendosi l'uno all'altro), mediante proposizioni ben separate fra loro, ma concatenati l'uno all'altro, in modo che ciascuno dei concetti espressi si colleghi al precedente e rimandi al successivo senza soluzione di continuità, senza "salti logici".

E' la tecnica della **gradatio** o "accumulazione", che conferisce compattezza ed omogeneità al ragionamento, rafforzandone l'efficacia.

IV

Quest'ultima riflessione suggerisce la necessità di fare qualche accenno alle **tecniche argomentative**.

Queste interessano i giuristi contemporanei assai più dello studio delle figure retoriche tradizionali (dall'"allusione"² allo "zeugma"³), che pure rimangono sempre l'inesauribile fonte ispiratrice di qualsiasi tecnica argomentativa.

Si tratta dei modi di presentare le proprie argomentazioni.

Il catalogo di queste tecniche è vastissimo.

Illustrarne brevemente alcune ci suggerirà magari qualche domanda che ci siamo posti nel redigere i nostri atti.

Di fondamentale importanza, ad esempio, **non limitarsi a discutere la tesi che si intende sostenere, per dimostrarla, ma affrontare anche quella avversaria, per confutarla**, è sempre più efficace che limitarsi ad illustrare i propri argomenti. Questa accortezza è particolarmente necessaria quando si ha motivo di pensare che il Giudice (e cioè il nostro lettore) sia più propenso ad accogliere le ragioni del nostro avversario.

A questo proposito una tecnica particolarmente efficace è quella della **ristrutturazione**, che consiste nell'impiegare gli elementi del discorso avversario, **mutandone l'ordine espositivo e la connessione logica**, in modo da dimostrare che da quegli stessi elementi può trarsi una **verità alternativa** a quella proposta dal contraddittore.

Una forma particolare di ristrutturazione è la **riutilizzazione degli argomenti, dello stile espositivo o del comportamento dell'avversario**, specialmente quando questi abbiano assunto delle **forme estremistiche** o "sopra le righe", al fine di ritorcerli contro di esso, evidenziandone le conseguenze inaccettabili o incongrue, al fine di minarne la credibilità razionale e suscitare repulsione nei loro riguardi.

In questa prospettiva, una tecnica che si può dire innata nell'esperienza di qualsiasi civilista, e il **ragionamento per assurdo**, che suppone come vera la tesi dell'avversario, portandola alle sue estreme conseguenze, per dimostrare come queste non siano accettabili.

² Il dare ad intendere più di quel che non si dica.

³ Accoppiamento di parole, una sola della quale è appropriata al predicato (dal greco Zeugma, aggiogamento). Es.: "Parlare e lagrimar vedrai insieme" (Dante, Inferno, Canto XXXIII, 9)..

Sempre molto utile risulta poi l'**insistenza** sul tema centrale della difesa, che dev'essere unico per ogni questione trattata. Attenzione: insistere su un concetto non è limitarsi a ripeterlo anche quando non serve, ma richiamarlo quando serve a dimostrare la sua coerenza con i singoli argomenti che si illustrano.

A questo scopo anche la **ripetizione** di determinate **parole chiave** non è affatto da disdegnare, quando sia utile per rafforzare l'efficacia persuasiva del ragionamento.

Altra tecnica da non sottovalutare è quella della **sfida** all'avversario, consistente nell'invitarlo provocatoriamente a confutare una verità di fatto o di diritto della quale si è del tutto certi che non possa essere contraddetta.

All'opposto, quando si è consapevoli della propria debolezza su una determinata questione che è a conoscenza della controparte o del Giudice, è cosa pessima ignorare questo aspetto e conviene piuttosto escogitare una qualsiasi forma di **immunizzazione**,

- dichiarando per primi un fatto negativo per la propria tesi, ma presentandolo in modo appropriato a questa, oppure
- trattando *ex professo* una questione di diritto sulla quale, ad esempio, si è consapevoli di un orientamento giurisprudenziale contrario, allo scopo di confutarlo oppure di dimostrarne l'inapplicabilità al caso da decidere.

Chiaramente sconsigliabile è invece anticipare le possibili obiezioni dell'avversario, suggerendogli argomenti che potrebbero nuocere alla propria tesi di cui egli potrebbe non essere consapevole: il sistema delle preclusioni processuali è, infatti, tale da consentire sempre una replica alle difese avversarie tempestivamente sollevate.

E' chiaro che la scelta tra il "giocare di anticipo" o il silenzio su una questione pregiudizievole per i propri interessi è orientata dall'esperienza e dalla competenza dell'avvocato.

V

Come ho detto, argomentazione e convincimento hanno in comune il dato di fatto di essere due procedimenti razionali.

Ma il processo, anche quello civile (seppure in minor misura rispetto a quello penale), non vive solo di logica, di razionalità, ma anche di coinvolgimento emotivo dei suoi protagonisti, di empatia, di adesione a valori, di giudizio sugli interessi in gioco.

E' stato proprio Chaim Perelman a chiarire la distinzione tra convincere e persuadere.

Se convincere è un'operazione razionale, che fa leva sulla forza logica degli argomenti, persuadere è invece un fenomeno di natura psicologica, che punta a suscitare l'adesione emotiva di un uditorio.

Dunque, cosa bisogna fare nel processo civile: convincere o persuadere?

Stando a quanto ho illustrato fino a questo momento, mi pare chiaro che convincere è indispensabile, ma non sempre è sufficiente.

Come ha scritto il professor Aurelio Gentili (Teoria del diritto e tecnica dell'argomentazione forense), in realtà, "la tecnica più efficace è quella che somma l'appello alla psicologia del magistrato, con l'appello alla razionalità del giudice".

L'esempio del vasetto di yogurt.

Infatti, la tecnica argomentativa degli avvocati deve necessariamente adattarsi a quelli che sono i reali processi decisori dei Giudici (ricordiamo sempre: si scrive per chi legge).

Poiché

- la cultura dominante è quella del positivismo giuridico e
- la logica delle sentenze non è quella dell'argomentazione di una tesi, ma quella della giustificazione (razionale) di una decisione.

I Giudici dicono nelle loro sentenze di giustificare razionalmente le loro decisioni in termini di applicazione delle norme di diritto, ma non sempre questo è ciò che in realtà fanno.

A ben guardare, infatti, la stessa interpretazione delle norme di diritto, pur essendo un esercizio razionale di logica non è solo questo.

Interpretare una disposizione non equivale a prendere atto di un suo significato preconstituito una volta per tutte e per ogni caso, ma scegliere tra diversi significati che in un determinato tempo e in un determinato caso essa può acquisire.

Infatti, per quanto il legislatore cerchi di dar vita a disposizioni “monosemiche”, **la polisemia dei testi normativi è un dato oggettivo**, posto che, se così non fosse, in realtà non vi sarebbe neppure la necessità di interpretarli.

Di ciò è ben consapevole qualsiasi legislatore avveduto.

Tant'è che quello italiano ha pensato bene di tributare un riconoscimento espresso all'attività interpretativa, disciplinandola in modo espresso nell'articolo 12 delle "preleggi"⁴ (interpretazione letterale, teleologica, analogia *legis* ed analogia *juris*).

Interpretare, dunque, significa scegliere e, per ciò stesso, **fondare la propria scelta su giudizi di valore**, privilegiando uno degli interessi in conflitto rispetto agli altri.

La forza dell'adesione ad un valore è tale da poter motivare a volte delle decisioni *praeter legem* o addirittura *contra legem*.

I casi della responsabilità medica o della stepchild adoption.

Pertanto, sovente la decisione del Giudice sia orientata da una “precomprensione” del problema che gli viene sottoposto, condizionata dalla sua esperienza umana, dalla sua cultura personale, dalle sue specifiche competenze professionali e, in definitiva, dalle sue idee.

Consolidare questa “precomprensione” ovvero farla mutare a proprio favore è il compito dell'avvocato.

Ed è a questo scopo che egli deve non solo convincere, ma anche persuadere.

Non va quindi sottovalutata l'importanza di affiancare all'argomentazione di una tesi giuridica la persuasione circa la bontà delle proprie ragioni, in funzione dei valori che si attribuisce alla legge di voler tutelare ovvero della meritevolezza dell'interesse concreto che s'intende patrocinare.

Occorrerà quindi sempre tener conto del profilo formale della controversia, pertinente all'applicazione e all'interpretazione della legge, ma non di rado occorrerà far ricorso del suo

⁴ “*Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore.*

Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato”.

profilo sostanziale, attinente ai valori morali, alle idee condivise, alla cultura del tempo che vengono in rilievo relativamente al conflitto di interessi che il Giudice è chiamato a dirimere.

Qual è l'arma vincente, la "formula magica" che, pur non assicurando la vittoria, può consentirci di ridurre il più possibile il rischio di una sconfitta?

Gli autori del Novecento che hanno studiato il "ragionamento giuridico" (Neil MacCormick) sostengono che la prevalenza razionale di una tesi dipenda dalla sua maggiore coerenza rispetto ad ogni ricostruzione alternativa.

È dimostrato che una maggiore coerenza delle ricostruzioni dei fatti di causa e una maggiore coerenza dell'interpretazione ed applicazione delle norme giuridiche alla controversia, rispetto a quella delle soluzioni proposte dall'avversario, attribuisce il maggior grado di efficacia alla tesi argomentata.

Riuscire ad inserire tutti i dati di fatto e tutte le soluzioni giuridiche proposte in un disegno unitario che possieda la massima coerenza interna significa avere il maggior numero di probabilità di convincere il Giudice della bontà delle nostre ragioni.

A ben guardare, questa piccola verità null'altro è che l'applicazione dell'antichissimo "principio di ragion sufficiente", per il quale tra più ricostruzioni alternative risulta preferibile quella che meglio delle altre rende ragione di sé.

Ma così come la argomentazione non è l'arte del vero, ma quella del possibile, la ragion sufficiente non è una ragione assoluta e non garantisce la vittoria.

Come scrive Aurelio Gentili (in Teoria del diritto e tecnica dell'argomentazione forense), infatti, in fondo "tutti gli argomenti, anche quelli apparentemente più perfetti, sono rovesciabili. E lungi dal rammaricarsene, i professionisti interessati alla giusta tecnica dell'argomentazione forense debbono in qualche modo rallegrarsene. Perché il giorno in cui questo non fosse più vero non ci sarebbe più bisogno degli avvocati".