

# Comparative and Transnational Law

16

**Silvia Ferreri**

**Il diritto come discorso**

Suggested citation: Ferreri, Silvia «Il diritto come discorso», CDCT working paper 39-2015/  
Comparative and Transnational Law 16, available at <http://www.cdct.it/Pubblicazioni.aspx>

## Abstract

**IT** *Partendo dall'analisi del libro Il diritto come discorso di Aurelio Gentili (Milano 2013), il contributo evidenzia una serie di problematiche relative al linguaggio e allo stile argomentativo di diverse tradizioni giuridiche in un mondo in cui il mito dello Stato produttore di norme è in crisi e la comprensione del diritto richiede un approccio pluralistico e dialogico. Vengono in particolare considerati alcuni aspetti del linguaggio e dello stile argomentativo in civil law e nel common law anglo-americano, anche con riferimento all'esperienza indiana e all'influenza della cultura precoloniale, evidenziando come il ruolo dei giuristi nella diversità delle esperienze giuridiche sia sempre quello del riportare ordine in una realtà normativa multiforme attraverso il discorso.*

**Keywords:** Diritto e linguaggio, argomentazione, pluralismo

**EN** *Starting from an analysis of the book Il diritto come discorso by Aurelio Gentili (Milan 2013), the contribution highlights a number of issues relating to the language and style of argumentation of different legal traditions in a world in which the myth of the rule-making state is in crisis and the understanding of the law requires a pluralistic and dialogic approach. Particularly, some aspects of language and style of argumentation are considered in civil law and Anglo-American common law, also with reference to the Indian experience and to the influence of pre-colonial culture, remarking that the role of lawyers in the diversity of legal experiences is always that of making order in a multifaceted legal reality through discourse.*

**Keywords:** Law and language, argumentation, pluralism

## IL DIRITTO COME DISCORSO

*Recensione del volume di A. Gentili "Il Diritto come discorso". \*\*  
Una proposta dialogica nel mondo plurale.*

SILVIA FERRERI\*

### Indice:

1. Il primo impatto - 2. Un secondo livello di lettura - 3. Argomentazione e fonti - 4. La lingua 5. Gli usi - 6. La sovranità - 7. Ancora la lingua: corrente o specialistica

*In apertura di questo commento, anticipo 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. Dirò qualcosa, oltre, sulla lingua, ricca, dotta, utilizzata nei diversi saggi<sup>1</sup>.*

*Nelle mie riflessioni mi soffermerò sullo stile del linguaggio del diritto, sul rapporto tra le fonti, per tornare in chiusura su alcuni aspetti del linguaggio.*

### 1. - Il primo impatto.

A prima vista, il titolo evoca la corrente di pensiero (*Law and Literature*) collegata a "*The Legal Imagination*" di James BOYD WHITE (University of Chicago Press, 1985, originariamente 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>.

---

\*\* Intervento al Seminario di studi "*Il diritto come discorso?*", dedicato alla discussione del libro di Aurelio Gentili, *Il diritto come discorso*, Giuffrè, Milano, 2013, tenutosi a Venezia il 17 Gennaio 2014.

\* Professore Ordinario di diritto privato comparato, Università degli Studi di Torino.

<sup>1</sup> Questo è anche uno dei rari manuali in cui i paragrafi iniziano la numerazione da 0, per proseguire con 1, 2, ecc. La cura dell'autore si estende a tutti i particolari, compresa l'attenta revisione del testo che non presenta i soliti refusi, frequenti nelle edizioni correnti in cui l'editore tende ormai a fungere da mero impaginatore.

<sup>2</sup> DI DONATO (cur.), *La costruzione giudiziaria del fatto. Il ruolo della narrazione nel "processo"*, contributi di Vincenzo Ferrari (sociologia), F. Angeli, 2008.

<sup>3</sup> Richard POSNER, *Law And Literature: A Misunderstood Relationship* 269 (1988); Sanford LEVINSON, *The Rhetoric of the Judicial Opinion, in Laws Stories: Narrative And Rhetoric In The Law*, 187 (Peter Brooks & Paul Gewirtz eds., 1996).

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

E' 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 lettore vorrebbe sapere come va a finire la storia così imbastita: la curiosità è sollecitata, come nelle favole, o nelle cronache.

---

<sup>4</sup> Così David LUBAN (direttore del programma CTLS di Londra, nel periodo in cui ho insegnato con Naomi Mezey): in *Legal Modernism* (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, the Nuremberg trials, and trial scenes in Homer, Hesiod, and Aeschylus." (recensione, 1998).

<sup>5</sup> STEFAN H. KRIEGER, et AL., *Essential Lawyering Skills: Interviewing, Counseling, Negotiation, & Persuasive Fact Analysis*, 137 – 48 (2d ed. 2003) (1999).

<sup>6</sup> Nancy PENNINGTON, Reid HASTIE, *A Cognitive Theory of Juror Decision Making: the Story Model*, 13 *Cardozo L. Rev.* 519 (1991).

<sup>7</sup> In *Miller v Jackson* [1977] QB 966, episodio conosciuto come "the Cricket Case", 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". [http://www.luyulei.net/cases/06\\_00\\_Lord\\_Denning\\_Cases.html](http://www.luyulei.net/cases/06_00_Lord_Denning_Cases.html)

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 dell'umorismo, condiviso 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, H.L.*):

*"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".*

Sempre Lord Steyn, nello stesso caso, dovendo esaminare un precedente che potrebbe fornire una soluzione utile, si esprime così:

*"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* (una *exclusionary 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>8</sup>.*

Non sempre il lettore italiano, soprattutto lo studente ancora alle prime armi, riesce a cogliere il senso ironico, le implicazioni del discorso.

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 condotto con il metodo "adversary" impone "inherent constraints" 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>9</sup>.

---

<sup>8</sup> <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.

<sup>9</sup> 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": CARTER, Cases and Statutes in Evidence, Londra, 1981, p. 4.*

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 (p. 7), 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”.

A più riprese l'A. si interessa della qualificazione dei fatti (anche a p. 317, a proposito delle *pretese giudizialmente perseguibili*), 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 americano. 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 delle vicende storiche composte in un racconto, un discorso proposto agli altri concittadini, nella sentenza, nell'arringa, nell'articolo di commento dottrinale. L'interprete funge da convertitore: dalla storia al diritto.

Trovo consonanza con l'osservazione sul ragionamento del giudice, da parte di Paul Gewirtz <sup>10</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

---

<sup>10</sup> *Narrative and Rhetoric in the Law; in Law's Stories*, 1996, cit. supra n.ta 3, p. 11

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”.

## 2. – Un secondo livello di lettura.

Il ragionamento nell'analisi di Gentili però si allarga al di là degli aspetti formali ed estetici. Nelle prime pagine leggiamo (p. 8-9):

“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>11</sup>.

Qui ci spostiamo già 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 (p. 19): attraverso l'art. 12 delle preleggi (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: alternativamente, 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) oppure esprimere in dettaglio gli intenti che si perseguono, con prologhi sesquipedali

---

<sup>11</sup> Salto nella citazione alcuni passaggi perché il testo ha parecchi incisi: l'unico rilievo che si potrebbe fare allo scrittore è che rende la lettura impegnativa. Gli occhi devono fare diversi andirivieni nel periodo, con un *indice di leggibilità* che i parametri Gulpease (elaborati da Lucisano e Piemontese, nel *Gruppo universitario linguistico pedagogico*) criticherebbero per gli aspetti di fluidità della lettura. Non mi sento di definire il libro “divulgativo”: lo considero adatto ad un “pubblico adulto”, o meglio, “riflessivo”.

come nella normativa di matrice Europea (p. 20)<sup>12</sup>. Non resta che fare affidamento sulla necessità di rispettare la logica nelle deduzioni che si svolgono motivando.

### 3. -Argomentazione e fonti.

Procediamo nell'esame del rapporto tra argomentazione e fonti del diritto attraverso le tre fasi del "debole, forte, fortissimo" (parr. 2, 3, 6 del cap. 1, Parte I). Secondo un ritmo che pare musicale: i movimenti di una sinfonia. Farò 3 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] (p. 24).

“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” (p. 25),

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 ne deriva discenda, senza incongruenze e senza salti, dalle premesse” (p. 26).

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

---

<sup>12</sup>I “*considerando*” dovrebbero guidare l'interprete alle prese con un meta-testo che deriva dalla combinazione di tutte le versioni linguistiche aventi la medesima efficacia vincolante, a causa delle scelte effettuate nel Regolamento 1 del 1958. Un'impresa che un autore ha definito, ironicamente, un “*castle in the air*”: cfr. *Derlén, Multilingual Interpretation of European Union Law*, 2009, riferendosi alla sua tesi di dottorato (*A Castle in the Air: the Complexity of the Multilingual Interpretation of European Community Law*, Umea, Studies in Law, 2007).



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 (p. 26), 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 ...". Non dimentichiamo che il giudice inglese delle corti superiori (quelle che esercitano il vincolo di *stare decisis*, e le cui decisioni sono trascritte nei *Law reports*) è scelto tra gli avvocati con esperienza di difesa giudiziale (*barristers*): è addestrato alla polemica orale, allo scambio verbale di fronte alla corte.

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>13</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.

La rappresentazione di diverse ipotesi ha anche il vantaggio, indicato dagli studiosi delle scienze cognitive (e particolarmente dal mio collega torinese Raffaele Caterina), di focalizzare maggiormente l'attenzione, spostando la reazione dal cosiddetto "sistema automatico-associativo" a quello riflessivo. In pratica, "si attivano i nostri processi di riflessione conscia, più attenta e

---

<sup>13</sup>DILLON L.J. (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.* [1987] EWCA Civ 6).

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" (Lord Denning, *Seaford Court Estates Ltd. v. Asher*, [1949] 2 K.B., 498-499).

deliberata, piuttosto che seguire reazioni più semplici e cognitivamente fluide” (più soggette ad errori istintivi).

#### 4. - La lingua

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 volo* per indicare la condizione degli allievi candidati all’ammissione di una scuola privata (*Pepper v. Hart*, 1992, H.L.), esprime preferenze personali, parla di sé<sup>14</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 *hindu*<sup>15</sup>, 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 *Manusmṛti*/leggi di Manu<sup>16</sup> indica che un’effettiva conoscenza del *dharma* può essere ottenuta solo attraverso il ragionamento (XII.106).

---

<sup>14</sup>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 ... 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 manufactured, 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 ...”.

<sup>15</sup>Oppure quando la regola *hindu* era percepita dal giudice inglese come urtante rispetto alla prospettiva europea, con una creazione di lacuna “ideologica”. Tuttavia gli amministratori inglesi non eccedevano nell’accantonare le regole locali, in quanto la percezione che esistesse un vero sistema giuridico locale si fece strada presto, come testimoniato dalla corrispondenza tra Warren Hastings e Lord Mansfield nel 1774 (<http://www.sdstate.edu/projectsouthasia/loader.cfm?csModule=security/getfile&PageID=861139>). Cfr. D. FRANCAVILLA, *Il diritto nell’India contemporanea*, Torino, 2010, p. 118-119.

<sup>16</sup>Datato in un’epoca incerta tra il 200 a.C. e il 200 dopo C.

“Nell’elaborazione del diritto tradizionale, grande importanza ha avuto l’istituzione della *parishad*, ... un consiglio di esperti del *dharmā* e delle scuole vediche, che aveva il compito di pronunciarsi su punti interpretativi dubbi”<sup>17</sup>.

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>18</sup>.

C’è però una dimensione della tradizione indiana che contrasta con la rappresentazione che A. Gentili propone per la nostra versione europea 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>19</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. E’ un’acquisizione con la quale stiamo imparando (di nuovo) a fare i conti. Su questo aspetto ha ragione A. Gentili nel

---

<sup>17</sup> D. FRANCAVILLA, *The Roots of Hindu Jurisprudence*, Torino, 2006, p. 67 e *Il diritto nell’India contemporanea*, Giappichelli, 2010, p. 29.

<sup>18</sup> Trad. it. *L’altra India, La tradizione razionalista e scettica alle radici della cultura Indiana*, Mondadori, 2006.

<sup>19</sup> FRANCAVILLA, cit., p. 35.

“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*” (FRANCAVILLA, *The Roots ...*, cit., p. 215).

paragrafo sul “mito del sistema chiuso dello Stato” (p. 108) 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 però 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 (Francavilla, p. 35):

“il caso di conflitto tra Veda e *smriti* (=tradizione) può esser considerato un caso di conflitto tra un testo vedico esistente e un testo vedico perduto su cui si basa il testo della *smriti*”.

## 5. - Gli usi

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, recuperata 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>20</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>21</sup>, o in Ruanda che ha ripristinato il sistema giudiziario tradizionale chiamato “Gacaca” (Gachacha)<sup>22</sup>, divenuto pienamente operativo nel 2005. Il fattore temporale non è estremamente rilevante nelle consuetudini africane: R. Sacco ci ricorda che talvolta gli usi variano anche rapidamente.

---

<sup>20</sup> A. FISCHER-LESCANO, G. TEUBNER, ‘Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law’, Michigan Journal of International Law 25 (2004), 999 ff., scaricabile on line: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=873908](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=873908)

<sup>21</sup> *Promotion of National Unity and Reconciliation Act* (1995).

<sup>22</sup> UNRIC (centro regionale inf. NU)

## 6. – La sovranità.

Infine, seguendo ancora il filone del pluralismo normativo, posso 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 a p. 126 dove l’A. 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, integrantisi a vicenda.

La “presunzione di conformità” cui l’interprete locale deve ispirarsi di fronte a fonti internazionali e europee (p. 115) esprime una ragionevole aspettativa: se il legislatore ratifica patti internazionali, è abbastanza logico pensare che non voglia disattenderli in provvedimenti successivi. In fin dei conti non vorremmo pensare, normalmente, ad un legislatore schizofrenico.

## 7. - Ancora la lingua: corrente o specialistica.

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

Ho trovato stimolante/curioso il riferimento (p. 256) 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”.

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", "remissione". Per non parlare di termini eufemistici come "studi di settore" (in realtà: tasse), "respingimento" (di immigrati), "avvalimento" (=nelle gare di appalto, quanto ai requisiti di un altro "operatore economico": artt. 49 e 50 D.Lgs. 163/2006)<sup>23</sup>.

In ambito europeo, poi, troviamo una lingua contaminata dalla frequenza reciproca di molte lingue (così che l'inglese adotta l'espressione "visas" per "citations" o "to derogate" per "to repeal" =abrogare)<sup>24</sup> e una terminologia anomala, irta di neologismi come "comitatologia".

Il tema è interessante perché si salda ad una preoccupazione sempre più evidente dei legislatori, non solo europei. Ci colleghiamo 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 condotto per la Commissione Europea su "Document quality control in public administrations and international organisations", abbiamo constatato che c'è stata una crescita esponenziale della cura verso la trasparenza della lingua: dall'emisfero sud (Australia) a quello Nord (USA, 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.

E' anche questione di "ragionevolezza": ad es. la soppressione integrale del latino non è necessariamente una vittoria (ad es. "*certiorari*" ormai ha senso proprio; in Inghilterra il *writ of summons* è stato sostituito da "claim form", ecc.)<sup>25</sup>.

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 dipende dall'uditorio cui ci si rivolge (una cosa è avere nozione dei propri diritti attraverso un linguaggio intellegibile, altra cosa è presentare un reclamo effettivo, secondo le forme delle amministrazioni, in cui il linguaggio assume

---

<sup>23</sup> Proprio a proposito dell'avvalimento l'Italia ha appena incassato una nuova sentenza di condanna della Corte di Giustizia (causa C-94/12), 10 ottobre 2013 *Snm Costruzioni Spa c. Provincia di Fermo*, [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62012CJ\\_0094:IT:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62012CJ_0094:IT:HTML), per un'interpretazione eccessivamente restrittiva della possibilità di servirsi, negli appalti, di più imprese (in relazione alla Direttiva 2004/18/CE).

<sup>24</sup> W. ROBINSON, "*Making EU legislation clearer*" (*European Journal of Law Reform*, 2013)

<sup>25</sup> *Civil Procedure Rules* 1998, (SI 1998/3132).

tono formale)<sup>26</sup>; in qualche caso le definizioni allegare all'atto legislativo sono un buon rimedio<sup>27</sup>.

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 sostenga la carenza di uniformità terminologica)<sup>28</sup>.

Il punto in cui, di nuovo, il discorso si salda con il *linguaggio* si trova a p. 116 (sulla sovranità nei sistemi giuridici aperti): la proposta dell'autore riguarda l'apertura verso altri ordinamenti e in particolare il distacco che conviene prendere dall'assunto (*ottocentesco*) che la "sovranità sia un fatto". E' 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".

Se, alla Rinascita del diritto in Europa intorno al Mille, ciò che si cercava era uno schema ragionato che consentisse di dare senso ad una realtà confusa, frammentata, incerta<sup>29</sup>, anche oggi nel diritto possiamo cercare, attraverso al dialogo, una sensata ricostruzione della confusione che ci circonda.

---

<sup>26</sup> C. WILLIAMS, M.GOTTI, (eds.), *Legal Discourse across Languages and Cultures*, Peter Lang, Bern, 2010.

<sup>27</sup> Cfr. S. FERRERI, dir., *Document quality control in public administrations and international organisations*, <http://bookshop.europa.eu/en/document-quality-control-in-public-administrations-and-international-organisations-pbHC0113339/?CatalogCategoryID=9.EKABstN84AAAEjuJAY4e5L>, risposte da Washington (utilità delle definizioni dei termini: "*We are strong proponents of using definitions to avoid ambiguity in the language*", risposta alla domanda 5) ed "explanatory notes" dell'Office of Parliamentary Counsel, in Inghilterra (risposte alla domanda del questionario, n. 20).

<sup>28</sup> A. GAMBARO, *La prospettiva del privatista*, in POZZO, BAMBI, cur., *L'italiano giuridico che cambia*, in Atti del convegno di Firenze, 1 ottobre 2010, Accademia della Crusca, Firenze, 2012, p. 33 ss..

<sup>29</sup> A. Gambaro, A. Cannata, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*, Torino, 1984, p. 22.