

ALESSANDRO GIULIANI: UN'IDEA DI RAGIONE CRITICA, DIALETTICA E CONTROVERSALE PER IL DIRITTO

Francesco Cerrone

SOMMARIO: 1. Una ragione per il diritto: linguaggio ordinario, metafora e fondamento mitico del νόμος. – 2. Dimensione sociale e simpatetica della ragione e del diritto come scienza pratica. – 3. Retorica, dialettica, sofistica: una ragione probabile per la prova, la controversia, il giudizio. – a) la retorica prearistotelica. – b) La teoria retorico-dialettica di Aristotele. – c) La topica ermagorea. – d) La topica ermogeniana come logica della controversia. – e) Un'idea di ragione probabile nella logica medievale: i giuristi e l'*ars opponendi et respondendi*. – 4) La filosofia di Giambattista Vico: retorica, ragione, verità. Elementi per una filosofia della legislazione. – 5) Da Vico a Perelman: Alessandro Giuliani e la nuova retorica.

1. Una ragione per il diritto: linguaggio ordinario, metafora e fondamento mitico del νόμος

Il diritto e la sua esperienza, la scienza giuridica e i giuristi possono avvalersi di una logica rigorosa, calcolante, addirittura formalizzata, una logica protesa a definire e dimostrare, una logica assiomatica? Sappiamo che a questa domanda molti filosofi del diritto rispondono oggi in termini affermativi: esiste tutta una tradizione di studi che, pur nella varietà delle impostazioni e degli approcci, ha progressivamente affinato la ricerca sulla applicazione di un linguaggio simbolico, altamente formalizzato, al diritto, un linguaggio nel quale, posti in via convenzionale alcuni assunti o premesse, da essi possono poi ricavarsi definizioni, dimostrazioni, teoremi anche nel campo del diritto¹. La ricerca filosofica di Alessandro Giuliani fa valere una tesi molto diversa se non opposta: nel mondo del diritto, nel vivo dell'esperienza giuridica, si affrontano questioni aperte, problemi complessi, confusi, intrisi molto spesso di una varietà di elementi di *valore* e collegati a *circostanze*, fattori influenzati dalla loro dimensione *temporale*, caratteri *pragmatici* che sono però decisivi per la valutazione giuridica: in breve, gli aspetti del *fatto* si combinano con quelli del *diritto* sino ad intrecciarsi in tal modo da rendersi inestricabili, rendendo così molto complessa la valutazione, che non potrà semplicemente sortire dall'esito di processi sussuntivi, da operazioni meccaniche di ordine deduttivo, fondate su definizioni precise, su assiomi rigorosi, su complessi sistematici in grado di rappresentare mappature affidabili per l'accostamento all'esperienza giuridica. Da qui

¹ V. G. KALINOWSKI, *Logica del diritto. a) Lineamenti generali*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano, Giuffrè, 1975, pp. 7 ss.; ID., *Introduzione alla logica giuridica* (1965), trad. it., Milano, Giuffrè, 1971; in Italia si v., da ultimo, l'esito delle ricerche di L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia* (due tomi più un terzo dedicato in via esclusiva alla assiomatizzazione della teoria del diritto), Roma-Bari, Laterza, 2007.

nasce l'interesse del nostro autore per l'uso del linguaggio ordinario e, nel suo ambito, della metafora: il linguaggio è impreciso, non integralmente formalizzato, alle "parole" non corrispondono sempre medesime "cose" e questo statuto del linguaggio si collega alla fondamentale dimensione del mutamento in cui è immersa l'esperienza giuridica che è esperienza aperta, controvertibile dell'azione umana, dominata non solo da problemi di ordine logico ma altresì assiologico, che rinviano a temi economici, etici, culturali, legati agli interessi di individui e gruppi volta a volta coinvolti.

Scrivono Giuliani, in uno dei suoi lavori più profondi e ricchi di implicazioni preziose, non solo per il filosofo ma altresì per il giurista², che

Nell'età moderna la storia del concetto di razionalità del diritto è la storia di un complesso d'inferiorità: il diritto ci appare la manifestazione imperfetta di una ragione scientifica intesa come calcolo, previsione, organizzazione.

La convinzione che il diritto possa avvalersi di procedimenti logici rigorosi, a carattere deduttivo, procedendo in via astratta per successive definizioni e con l'elaborazione di categorie concettuali ordinate in sistema, è contestata da Giuliani fin dai primissimi anni della sua attività di studioso: nei suoi studi giovanili egli sottolineò l'influenza della filosofia cartesiana, portatrice di una visione razionalista e antistorica, non solo sulle scienze naturali ma anche su quelle morali, sull'economia, sugli studi sociali e politici e su quelli giuridici. Questa influenza, che si tradusse più tardi, specie nel XVIII secolo, in un orientamento a migliorare le condizioni del genere umano partendo dalla convinzione che sia possibile conseguire una conoscenza oggettiva delle cose con gli strumenti di una ragione umana, una conoscenza abilitata a contestare l'autorità della tradizione non solo nel campo delle scienze naturali ma anche in quello delle scienze umane, era dotata di un lato attivistico che sospinse verso la ricerca delle condizioni razionali, astrattamente definibili dalla ragione umana, che furono alla base tanto del giusnaturalismo razionalista che di uno storicismo tutto proteso ad identificare le interne leggi di sviluppo della storia³. Non è difficile comprendere che la sintonia fra una filosofia razionalista ed uno storicismo determinista favorì, anche nel campo delle scienze giuridiche, la progettazione di una scienza sistematica, fondata su categorie generali e sullo sforzo di provvedere alla loro depurazione, una scienza che, partendo dall'ispirazione romantica dello storicismo giuridico tedesco – nato per reazione alla grande scuola sistematica di cui era però pur

² A. GIULIANI, *Il concetto classico di regola di condotta (a proposito della dottrina aristotelica dei πρακτά)*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Perugia*, N.S., n. 2, Padova, Cedam, 1974, p. 553.

³ A. GIULIANI, *Contributi ad una nuova teoria pura del diritto*, Milano, Giuffrè, 1954, pp. 48 ss.

sempre l'erede – mescolava idealismo e positivismo e subì un'evoluzione che la condusse verso gli esiti cari al positivismo giuridico ed alla teoria pura del diritto.

E' proprio l'analisi degli sviluppi della scienza giuridica europea, dalla scuola sistematica del settecento fino alla teoria pura dello scorso secolo a radicare in Giuliani la convinzione per cui i tentativi di fare di essa una scienza deduttiva rischiano di travolgerne l'ispirazione pragmatica più feconda per trasformarla in un formalismo sterile che «non contribuisce certo a migliorare il senso della giustizia nelle relazioni umane»⁴. Risale ancora a queste fasi iniziali della ricerca del nostro autore la consapevolezza del nesso strettissimo fra diritto e linguaggio e l'influenza che questa consapevolezza esercitò sulla sua visione del diritto. Tocchiamo così un tema cruciale della riflessione giuliana: il diritto si occupa di questioni complesse, confuse, per le quali non può darsi esatta corrispondenza fra le parole e le cose, e si avvale del linguaggio ordinario, corrente, non di un linguaggio altamente formalizzato e dominato dall'esigenza della precisione, della oggettività. La metafora è di uso corrente nel diritto: «i termini del diritto hanno una vasta area di significazioni»⁵ e le metafore possono avere un significativo valore conoscitivo se basate su analogie, su similitudini. Il linguaggio prescrittivo, insomma, non può essere ristretto ad enunciati imperativi, espressione di *voluntas legis*, e l'impegno del giurista nell'analisi del linguaggio è prevalentemente di ordine dialettico: «è *correzione* di metafore. Ma il passaggio dalla metafora al concetto, alla definizione è sempre instabile, soggetto a revisione»⁶. Questa attività di chiarificazione delle metafore del linguaggio giuridico può certamente condurre alla formulazione di definizioni ma, secondo Giuliani, dovrebbe qui trattarsi di definizioni *dialettiche*, tali non in quanto descrittive di realtà ma in quanto implicanti «una presa di posizione nei confronti della realtà»⁷. Gli effetti di tali definizioni dovrebbero perciò essere apprezzati sul terreno topico, concreto, in relazione a singole controversie, a casi, e le scelte che sottintendono dovrebbero essere valutate in termini di ragionevolezza e non intese perciò né come arbitrarie né come necessarie. Se anche queste scelte, queste definizioni, possono assumere una certa stabilità, tanto da essere assistite da una presunzione di verità, esse potranno sempre essere rimesse in discussione, superate da trasformazioni sociali e culturali, il cui apprezzamento, nello specifico contesto in cui potranno emergere e diventare rilevanti per il giurista, esige non le soluzioni di una logica formale e calcolante ma quelle di una logica dialettica, controversiale e topica.

Questa dimensione del *mutamento* sembra dunque caratteristica del diritto, suo elemento costante:

⁴ A. GIULIANI, *op.ult.cit.*, p. 91.

⁵ A. GIULIANI, *op.ult.cit.*, p. 95.

⁶ A. GIULIANI, *La «nuova retorica» e la logica del linguaggio normativo*, in *Riv.int.fil.dir.*, 1970, p. 378.

⁷ A. GIULIANI, *op.ult.cit.*, p. 380.

Le *nomos* – comme l'intellect – n'est pas quelque chose de statique, mais est mouvement; *kineton* est un commencement, ce qui est en mouvement dès les origines: et son dynamisme permet son adaptation à une réalité contingente qui est toujours mouvante. Une dimension «kairotique» de la temporalité – liée au choix, à la délibération, et au sens commun – est inséparable de la justice et du bien fondé d'une décision pratique⁸.

Come è possibile riconoscere il senso, la direzione del mutamento, come districarsi fra le contingenze di una realtà così dinamica, come evitare che, cogliendo le trasformazioni sociali, economiche, etiche, culturali, la valutazione giuridica subisca gli affronti dell'arbitrio e della sopraffazione del più forte sul più debole, veri antagonisti dell'esperienza giuridica che, come tale, come esperienza, appunto, *giuridica*, non può che proporre itinerari che sappiano opporsi alle derive dell'arbitrio e della sopraffazione? La risposta di Giuliani è assai articolata e il punto di partenza è, ancora, da ricercare nel linguaggio, inteso nel suo nesso strettissimo con il diritto: quest'ultimo, per il nostro autore, «révèle la parenté...avec les mécanismes psychologiques du souvenir collectif»⁹. Questo rinvio al *souvenir collectif*, alla *reminiscence*, è proteso a sottolineare che, già nel pensiero aristotelico, era stata profonda la consapevolezza del legame del diritto con i suoi fenomeni genetici, quindi con il mito, inteso come «le premier discours pratique, collectif relatif à des règles de conduite»; il mito, che «trouve son fondement dans le souvenir collectif»¹⁰. Il mito è legato ai meccanismi psicologici della ripetizione, dell'abitudine e le regole che, per il suo tramite, filtrano nelle società che ne sono influenzate debbono essere intese come prodotto di una attività di scambio comunicativo, orientato alla individuazione di regole di condotta. Poiché il mito si avvale del linguaggio ordinario esso mostra, per questa via, l'attitudine di tale linguaggio ad assumere non solo una funzione descrittiva o evocativa ma anche performativa. Secondo Giuliani, dunque, il mito appare come una prima forma di conoscenza pratica, che si avvale del linguaggio ordinario ricorrendo ai meccanismi del ricordo collettivo e del senso comune. La *reminiscence*, per questa via, non è solo alla base delle forme della conoscenza umana – contro le tesi del moderno razionalismo per le quali mito è sintomo di errore – ma altresì delle forme della *prassi*, della condotta umana.

D'altra parte, tanto le virtù etiche (ed in primo luogo la giustizia) che quelle dianoetiche non sono indipendenti dalle passioni, poiché le une e le altre, come espressioni dell'intelletto umano, restano legate anche alla sua fisiologia. In particolare, l'intelletto pratico, a differenza di quello poetico – che è alla base delle *téchnai* e che è orientato al risultato: per es.: come realizzare una casa o un paio

⁸ A. GIULIANI, *Droit, mouvement et reminiscence*, in *Archives de philosophie du droit*, tome 29, 1984, p. 103.

⁹ A. GIULIANI, *op.ult.cit.*, p. 102.

¹⁰ A. GIULIANI, *op.ult.cit.*, p. 104.

di scarpe – è orientato all’*uso della libertà* e si esercita per mezzo della *prudenza*¹¹. Esiste, in effetti, un nesso strettissimo fra linguaggio ordinario, comune, e valutazione prudenziale: una prima garanzia di non arbitrarietà si rinviene proprio nell’uso di tale linguaggio, veicolo di opinioni comuni¹². Il linguaggio ordinario «est le véhicule des évaluations collectives à propos de ce qui est juste et de ce qui est injuste, et partant du sens commun»¹³. Benché il diritto affondi le proprie radici, come si è visto, nel discorso mitico, esso contribuisce, con il suo affermarsi, a rendere recessivo tale discorso: «nella misura in cui il diritto prevale sulla magia della parola il mito si dilegua: il diritto è la più importante manifestazione della razionalità nel dominio della prassi, e permette di riconoscere su un piano più generale il rapporto tra persuasione e verità»¹⁴. Il diritto, come il mito, non presuppone né si avvale di un linguaggio preciso, scientifico, né di una logica meccanica, razionalistica, calcolante, tale da essere utilizzata nelle operazioni solitarie di una mente individuale; al contrario esso

implica l’utilizzazione delle operazioni sociali della mente umana: ma nello stesso tempo permette di evitare una concezione meccanica, biologica del comportamento che è latente nel mito. Il rischio del conformismo e di una precettistica statica è superato dalla situazione dinamica del diritto, che è sottoposto ad una continua rettificazione¹⁵.

Questo interesse per il linguaggio ordinario è alla radice dell’attenzione per la metafora: il linguaggio metaforico è linguaggio ordinario, ed è interessante notare che, in Giuliani, l’interesse per la metafora non è tanto di ordine retorico, nel senso dell’analisi dei suoi effetti persuasivi, e neppure semantico, come nella riflessione di Hans Blumenberg¹⁶, ma logico, poiché si propone di riflettere sulle lacune del linguaggio alle quali l’uso delle metafore si sforza di supplire: il vero problema sarà allora quello di «eliminare l’abuso della metafora»¹⁷, di evitare gli errori che potranno derivare da analogie, da similitudini scorrette, nella consapevolezza che, però, il ricorso alla metafora sarà inevitabile e velleitario il rinvio ad un linguaggio formalizzato, poiché «limitato è

¹¹ Sulla prudenza è costante il rinvio di Giuliani all’opera di P. AUBENQUE, *La prudence chez Aristote*, Paris, Puf, 1963. Sul rapporto fra prudenza e metodo dialettico v. le pp. 106 ss.

¹² A. GIULIANI, *Logica del diritto. b) teoria dell’argomentazione*, in *Enc.dir.*, XXV, Milano, Giuffrè, 1975, p. 27; Giuliani insiste nel configurare la dialettica come logica del linguaggio normativo, cfr. ID., *La «nuova retorica»*, cit., pp. 374 ss.

¹³ A. GIULIANI, *Droit*, cit., p. 113.

¹⁴ A. GIULIANI, *Il concetto classico*, cit., p. 555.

¹⁵ A. GIULIANI, *op.loc.ult.cit.*

¹⁶ H. BLUMENBERG, *Paradigmi per una metaforologia*, Bologna, Il Mulino, 1969. Si noti, tuttavia, che in Giuliani è viva la consapevolezza del nesso fra aspetti logici e aspetti assiologici, quindi anche semantici, della metafora.

¹⁷ A. GIULIANI, *Logica del diritto*, cit., p. 28.

il numero dei nomi, come limitata è la quantità dei discorsi, mentre gli oggetti sono numericamente infiniti»¹⁸. L'uso metaforico del linguaggio, che sottintende l'allontanamento dai significati letterali con l'intento di supplire alle lacune del linguaggio ordinario, si basa, abbiamo visto, sulla similitudine, sull'analogia, ed in quanto tale non può che essere «legato al primato del problema, del caso»¹⁹. Possiamo ora aggiungere che l'uso di un linguaggio comune e metaforico rinvia altresì, nel privilegiare il rapporto con un'analisi e ricerca di tipo topologico e non sistematico, all'esercizio di una scelta, ad un valore assiologico del linguaggio medesimo. Come vedremo meglio fra poco, l'argomentazione dialettica che si avvale del linguaggio ordinario può effettivamente elaborare definizioni che però non si sforzeranno di rappresentare verità oggettive, essenze, ma implicheranno «una presa di posizione nei confronti della realtà, la difesa di un valore»²⁰. In effetti, nel settore dell'intelletto pratico, ed in particolare nel dominio del *πράττειν*, della valutazione prudenziale che considera l'azione umana dal punto di vista dell'intenzione e dell'uso della libertà, le definizioni non potranno che esprimere deliberazioni, soluzioni che possono giustificarsi in relazione alle circostanze, alla natura delle cose. Tali soluzioni emergeranno da contesti conflittuali, da proposizioni contraddittorie che, sottoposte ad un giudizio pratico, permetteranno di esercitare una scelta, di imprimere un indirizzo di valore ad una scelta che non sarà però dominata dall'irrazionalità ma da una logica della prassi, una logica *more iuridico* che è la dialettica, intesa in un significato ampio che comprende tanto la retorica che la sofistica. Si tratta di un sapere pratico nel cui ambito, osserva acutamente il nostro autore, la verità «non è soltanto un valore logico ma anche assiologico: e, nel dominio della prassi, è il risultato di una ricerca collettiva»²¹.

Giuliani, come dicevamo, ha avuto consapevolezza sin dai suoi primi lavori del nesso fra ragione e linguaggio: per lui il diritto non può essere scienza razionalista, deduttiva, astratta ed altrettanto il

¹⁸ ARISTOTELE, *Soph. El.*, 165 a 11.

¹⁹ A. GIULIANI, *Logica del diritto*, cit., p. 28. Osserva opportunamente A.A. CERVATI, *Alessandro Giuliani, il linguaggio giuridico, la storia e il diritto costituzionale*, in ID., *Per uno studio comparativo del diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 214 che «Giuliani insiste nel rilevare che il linguaggio giuridico pone le premesse per un ampliamento della partecipazione collettiva, per cui ha sempre meno senso irrigidirsi nel significato astratto ed univoco delle parole, correndo il rischio di perdere di vista la dimensione concreta dei fenomeni».

²⁰ A. GIULIANI, *op.loc.ult.cit.*

²¹ A. GIULIANI, *Il concetto classico*, cit., p. 562. Giuliani osserva come le definizioni dialettiche siano, secondo Aristotele, né del tutto chiare né del tutto oscure (*Rhet.*, 1369 b 32) e che lo stesso Stagirita aveva convalidato l'idea che la verità, nel dominio della prassi, debba emergere dalle opinioni di molti poiché «ciascuno infatti possiede una propria tendenza alla verità»; e, d'altra parte, se anche le cose non appariranno subito chiare, se però saranno dette veracemente, cioè nell'esercizio di questa tendenza alla verità – e dunque tenendosi al riparo dal veleno della discussione eristica – ne deriverà «poi anche la chiarezza, traendo sempre le idee più chiare da quelle che si sogliono esporre confusamente» (*Eth. Eud.*, 1216 b 30-35).

suo linguaggio non può seguire la via della formalizzazione. Si tratta allora di evitare sia le conclusioni di coloro che vorrebbero le proposizioni giuridiche «*meaningless*, in quanto non sottostanno al criterio di verificabilità»; sia quelle di chi vorrebbe utilizzare, per il diritto, un linguaggio formalizzato. La via ulteriore è quella di rinunciare a precisione ed oggettività nella consapevolezza che una lingua *scientifica* non può raggiungere un ideale neutrale di conoscenza ma inevitabilmente «ragiona nel linguaggio di particolari *credenze*, e di particolari *valori*. La nostra conclusione è che soltanto *la piena consapevolezza dei valori che usiamo in un particolare linguaggio può migliorare la nostra comprensione dei problemi della scienza giuridica*»²².

2. Dimensione sociale e simpatetica della ragione e del diritto come scienza pratica.

Una dimensione cruciale del linguaggio, dal punto di vista di Giuliani, dimensione cui abbiamo già accennato ma che ora sarà bene riprendere, è quella della sua elaborazione collettiva, che si frange nella «varietà delle sue componenti sociali e culturali»²³. La ragione di Giuliani, come quella di Perelman, «diffida di ciò che appare giusto ad un solo individuo: essa suppone una divisione della conoscenza, che si traduce nella diffidenza per la onniscienza non solo del legislatore, ma anche per quella del giudice»²⁴. Non si tratta, per Giuliani, solo di osservare che il diritto è opera collettiva, cui collaborano il legislatore (meglio ormai dire i legislatori), le giurisprudenze, i poteri pubblici, la dottrina, i privati portatori di interesse quando, diventati parti in un giudizio o soggetti che interloquiscono con il potere politico e con quello amministrativo, fanno valere punti di vista, argomentazioni sul terreno del diritto. Non si tratta, secondo Giuliani, soltanto di insistere su questo pluralismo di voci e di discorsi attorno al diritto, sul diritto, per un diritto che sia idoneo ad affrontare le questioni etiche, sociali ed economiche per le quali si dibatte, si controverte nei disparati luoghi della dialettica politica e giuridica. Si tratta, oltre a ciò, di far valere una peculiare concezione della dialettica e della logica *more iuridico*, una dialettica che, pur partendo dal riconoscimento del conflitto fra interessi ed opinioni, che è alla radice del problema giuridico, non

²² A. GIULIANI, *Contributi ad una nuova teoria pura del diritto*, cit., pp. 187 e 190.

²³ V. A.A. CERVATI, *op.cit.*, p. 215, il quale sottolinea l'assenza di un'ispirazione tecnico-argomentativa nell'idea di linguaggio sottesa alla riflessione di Giuliani ed insiste da un lato sulla complessità ed articolazione delle soggettività che partecipano alla elaborazione del linguaggio giuridico e dall'altro sulla dimensione assiologica che è a fondamento delle opzioni linguistiche prescelte, una dimensione che, se sconta una fallibilità elevata e perciò il rifiuto di una concezione esatta delle sue definizioni, come già sappiamo, pure converge, con le proprie scelte di valore, verso orientamenti che siano fondati su presupposti etici e sociali almeno in parte condivisi dalla sensibilità comune, che non sarà però desumibile da ragionamenti astratti ma dal conflitto delle interpretazioni, dalla dimensione controversiale e critica dell'esperienza giuridica (pp. 215-218).

²⁴ A. GIULIANI, *Presentazione*, in CHAÏM PERELMAN, *Logica giuridica nuova retorica* (1976), trad. it. a cura di G. Crifò, Milano, Giuffrè, 1979, p. XI. Sulle convergenze fra Giuliani e Perelman attorno all'idea di ragione v. *infra*, § 5.

si arresta e trattiene solo sulla soglia di questo conflitto per sottolineare invece una dimensione di socievolezza dell'esperienza giuridica, un tratto simpatetico della razionalità che esso sa esprimere. Il diritto, come il linguaggio e come il mercato è al centro di una rete di azioni e di relazioni fra esseri umani che non si compone mai in un equilibrio stabile: queste istituzioni sono, in effetti, soggette a continue ed impercettibili correzioni per opera degli individui, che ne siano o non consapevoli, pur offrendo agli individui medesimi la scia su cui inserirsi nello svolgere le proprie attività.

Da un lato quindi lo studio del diritto, come studio storico, non può che caratterizzarsi per avere ad oggetto fenomeni in continua trasformazione, immersi, come s'è pure già detto, nel mutamento; dall'altro, il mutamento non impedisce l'elaborazione concettuale, che è resa possibile non da una ragione che segue il principio causale, da una ragione calcolante, non dunque da un principio razionalistico; piuttosto, è resa possibile da una ragione capace di renderci comprensibile l'azione umana, una ragione che sa fare uso della categoria mezzo-scopo, adattandola tuttavia alle peculiarità delle scienze umane. Secondo Giuliani è stato Adam Smith che, nel mondo moderno, ha saputo perfettamente incarnare l'ideale di uno studio storico del diritto, dell'economia, della morale: già nei *Contributi* Smith è presentato come portatore di uno storicismo fondato sulle costanti della natura umana. Queste costanti, lungi dall'esser ricavate razionalisticamente, derivano però da una immutabilità della natura umana, rintracciata per mezzo dell'osservazione simpatetica dello spettatore imparziale. Farei, a questo proposito, due considerazioni: la prima, che questa immutabilità deriva dall'osservazione della condotta di singoli individui, influenzata com'è dall'importanza dell'azione altrui e dalla sua analisi, che ciascuno può fare, ritrovando in sé la logica di tale azione. Dunque, l'immutabilità dev'essere intesa come eguaglianza, la natura dell'uomo non cambia perché gli uomini sono eguali; i cani non scambiano merci, sono un'altra storia. La seconda, che le costanti o *natural principles* non hanno mai valore eterno o assoluto, poiché si tratta di cose umane, immerse nella dimensione del mutamento. La storia delle società umane ci mostra che gli stessi problemi si ripropongono, nel campo delle scienze morali, e l'ambizione non può allora essere quella di fissare nuovi principi innovativi, rivoluzionari, ma, osservando la concreta esperienza e realtà dei rapporti fra gli uomini, collegarsi con le riflessioni, le dottrine del passato anche remoto, che si riferiscono all'uomo ed al suo stare in società, alla natura umana come prodotto, dunque, della storia.

Per Smith il formarsi dei giudizi morali si spiega attraverso il principio della *simpatia*. Non si tratta di principio informato da prevalenti elementi emotivi, come la compassione o la pietà; piuttosto, si tratta di una razionalità simpatetica, propria dell'atteggiamento di chi, osservando la condotta altrui, e non essendo coinvolto direttamente in essa, si interroga sulla *situazione* che si è creata in quella

determinata circostanza, chiedendosi come avrebbe agito al posto del protagonista della condotta. E' fondamentale, dunque, proprio l'elemento *situazione*, come chiarisce esplicitamente lo stesso Smith: «As we have no immediate experience of what other men feel, we can form no idea of the manner in which they are affected, but by conceiving what we ourselves should feel in the like situation»²⁵. E' dunque l'osservazione della condotta altrui che consente la formazione dei giudizi morali. Questa simpatia, chiarirà il Giuliani maturo,

presuppone il riconoscimento della funzione assiologica della ragione, ossia la facoltà di giudicare situazioni concrete. Essa rinvia a quell'ideale di 'ragionevolezza' dell'uomo prudente, collegato alla metafora di uno 'spettatore imparziale'...è una etica sociale, che considera la giusta regola di condotta dell'individuo negli affari della vita quotidiana – come il diritto e il commercio – solo nella società. Essa è imparentata con il mondo della persuasione e dell'argomentazione...Se un uomo vivesse isolato dal consorzio umano – senza comunicazione e senza scambio – non sarebbe in grado di formulare giudizi morali. Le norme morali si formano induttivamente attraverso l'esperienza di ciò che in casi particolari le nostre facoltà morali approvano o disapprovano. Le norme (*the standards of judgement*) sono determinate non dalla ragione individuale, ma *by concurring sentiments of the mankind*: la morale è – come il diritto – frutto di cooperazione umana²⁶.

E ancora:

La etica smithiana della simpatia non pretende di essere né una morale normativa, né una 'scienza' delle regole di condotta nel senso del diritto naturale moderno: essa è una forma di conoscenza, che vuole farci comprendere il processo per mezzo del quale si formano naturalmente le norme indipendentemente dalla coazione di chi detiene il potere²⁷.

L'uomo vive in società perché ha bisogno del rapporto con gli altri e da questo bisogno nasce una tendenza alla relazione che è all'origine della *moral philosophy* smithiana, della sua visione simpatetica. Non appaia contraddittorio tale principio con la metafora dello *impartial spectator*: l'imparzialità è data non dal mancato coinvolgimento e dal disinteresse ma dalla ragionevolezza delle stime, dalla prudenza dei giudizi: è sottinteso, da un lato, un forte atteggiamento etico, il quale a sua volta presuppone un'educazione al bene comune; dall'altro, un ancoraggio alle situazioni concrete: lo spettatore non è un filosofo che trincia giudizi ed emana massime di saggezza ma un uomo implicato nel mondo, il quale sa apprezzare la concretezza della situazione che ha di fronte, in

²⁵ A. SMITH, *The Theory of Moral Sentiments* (1759), in *Essays*, London, Ward, Lock & Co., s.d., p. 9, cit. da Giuliani nei *Contributi*, pp. 134 s. V. la trad. it. in *Teoria dei sentimenti morali*, Milano, Rizzoli, 2001, p. 81.

²⁶ A. GIULIANI, *Giustizia ed ordine economico*, Milano, Giuffrè, 1997, pp. 208 s.

²⁷ A. GIULIANI, *ibidem*.

tutti i suoi risvolti economici, morali, sociali, ecc.²⁸. Lo spettatore imparziale, proprio per il tratto di concretezza che qualifica il suo profilo, non potrebbe però essere in grado di esprimersi sui fini, sui valori, ma solo sulla scelta dei mezzi idonei al perseguimento dei fini. Per Adam Smith, contrariamente a quello che sarà per Jeremy Bentham, le *rules of justice* e le *rules of morality* coincidono, la stretta implicazione che lega insieme morale e diritto deriva in via diretta dal processo di formazione di queste regole – ed è su questo processo, piuttosto che sulle regole in sé considerate, che bisogna soffermarsi – che non è affidato all'autorità di filosofi o al potere di despoti ma, come sappiamo, alla collaborazione inconsapevole di innumerevoli individui e alle procedure della razionalità simpatetica. Smith, per Giuliani, si pone a metà fra coloro che con Hobbes affermano che «le leggi del magistrato civile costituiscono “the sole ultimate standards of what was just and unjust”»; e coloro, i giusnaturalisti moderni, razionalisti, che sostengono che la “Ragione” ci offre infallibilmente il criterio discretivo fra ciò che è giusto e ciò che è ingiusto. Per Smith, «sebbene, per mezzo della ragione, con l'esperimento e l'induzione...determiniamo le “general maxims of morality”, pur tuttavia le “first perceptions” del giusto e dell'ingiusto non possono essere derivate dalla ragione, ma dall’“immediate sense and feeling”...nel diritto possiamo sì servirci di una tecnica della ragione umana, purché questa sia modesta e consapevole dei propri limiti»²⁹.

Ancora una volta, dunque, Giuliani rinvia ad una logica, ad una «tecnica della ragione umana» che sappia distinguersi da quella usata dalle scienze naturali: non si possono studiare i problemi che derivano dall'azione umana con gli strumenti di una logica formale, calcolante, che procede seguendo il principio di causalità, non è possibile raggiungere conclusioni certe basandosi su premesse determinate. Da un lato, nel campo dell'azione umana, queste premesse appariranno estremamente complesse, non racchiudibili in semplici proposizioni, profondamente implicate con la storia della società e con i valori in essa presenti, sicché nessuna conclusione potrà essere

²⁸ V. A. GIULIANI, *Adam Smith filosofo del diritto*, in *Riv.int.fil.dir.*, XXI, 1954, pp. 517 s., dove ricorda la polemica fra T. Hobbes che nel *Dialogue between a Philosopher and a Student of the Common Laws in England* aveva definito il diritto come “the command of him or them that have the sovereign power” e i giuristi inglesi, come Hale, per il quale, nel campo del diritto, non occorrono tanto fulgidi pensatori ma semplicemente “men of observation and experience in humane affairs and conversation between man and man”. Anche nel mondo anglosassone, come per i giuristi romani classici, il diritto non deve essere concepito come *positum*, promanante dall'alto, ma come avente carattere professionale e come risultato della collaborazione inconsapevole di un numero praticamente incalcolabile di individui. Ciò condusse Smith verso una analisi critica dei «limiti della ragione umana nelle scienze morali e storiche»: v. A. GIULIANI, *op.ult.cit.*, p. 517. Il diritto «al pari delle altre scienze morali dipende dalle opinioni», sintetizza il nostro autore in *I valori del diritto comune europeo nella Jurisprudenza di Adam Smith*, in *Scintillae iuris. Studi in memoria di Gino Gorla*, II, Milano, Giuffrè, 1994, p. 1047, nonché ID., *Giustizia ed ordine economico*, cit., p. 199.

²⁹ A. GIULIANI, *Contributi*, cit., pp. 136 s.

derivata, come semplice inferenza, da simili premesse; dall'altro, se a conclusioni si dovrà pur giungere, nel mondo del diritto, queste dovranno avvalersi di procedure logiche meno persuase della propria infallibilità, più modeste e perciò consapevoli dei propri limiti e quindi della possibilità che errori vengano commessi, e della necessità che vengano riparati. *Il problema di una logica, sensibile alla storia ed ai valori, si lega strettamente a quello di un'etica che orienti il ragionamento del giurista*. Fin dalla sua prima monografia Giuliani insiste nel promuovere una concezione "soggettivistica" della scienza giuridica, capace di apprezzare valutazioni e sentimenti, secondo una razionalità appropriata per il diritto. Egli polemizza con le conclusioni cui giungono i difensori del c.d. diritto libero, che «capovolgono i rapporti, ormai tradizionali, fra legislazione e giurisprudenza»³⁰. Piuttosto, il diritto dovrebbe sapersi subordinare ad una morale non intesa come assoluta ma, smithianamente, come «osservazione di come si vengono formando i giudizi morali»³¹, sicché, contro le posizioni della scuola del diritto libero, che non teneva conto della logica propria della decisione giudiziaria e sopravvalutava la latitudine delle possibilità da riconoscere a tale decisione, è necessario intendere la riflessione sull'azione umana come mezzo per «chiarirci le previsioni possibili sul piano concreto e storico»³².

Questo ragionamento, è evidente, porta diritti verso l'equità, il ragionamento equitativo:

il giudice non ha potuto mai fare a meno di *agire* per aggiustare e adattare fra loro casi somiglianti e dissimili, eguagliando e riducendo a unità attraverso un procedimento tipico delle scienze 'umane': la *equità*, ossia l'applicazione della legge al caso singolo³³.

Eguagliare e ridurre ad unità non implica, nel nostro caso, rinvio a procedimenti di tipo matematico: l'equità non è qui di tipo oggettivo ma soggettivo, attenta ai rapporti umani, attenta «all'osservazione del modo in cui determinati rapporti della vita sociale si rivelavano al giurista»³⁴:

³⁰ A. GIULIANI, *op.ult.cit.*, p. 195. V. anche ID., *Presentazione*, cit., pp. X ss., dove sottolinea che le correnti antiformaliste "tradizionali" non hanno rimesso in discussione, ed anzi hanno esasperato «il momento volontaristico...Non è stato insomma messo in discussione il valore assoluto del concetto moderno di una 'Ragione' formale, soggettiva, calcolante in cui è assente il momento della comunicazione intersoggettiva». Nello stesso senso v. anche A. GIULIANI, N. PICARDI, *La responsabilità del giudice*, rist. agg., Milano, Giuffrè, 1995, p. 22.

³¹ A. GIULIANI, *Contributi*, cit., p. 196.

³² A. GIULIANI, *ibidem*. Non si tratta quindi di svalutare o disprezzare le regole né di puntare sul rinvio alle risultanze di scienze come la sociologia o l'economia; si tratta invece di articolare l'argomentazione a partire dai conflitti fra regole: «gli accordi topici assicurano il carattere pubblico, dialettico, intersoggettivo della decisione giudiziale»: A. GIULIANI, *Presentazione*, cit., p. XIII.

³³ A. GIULIANI, *Contributi*, cit., p. 196.

³⁴ A. GIULIANI, *op.ult.cit.*, p. 197.

ad esempio, un principio come quello per cui *impossibilium nulla obligatio* non è il frutto di astrazione, di un'elaborazione di un principio generale o di un canone deontologico fatta a tavolino. E' invece un «teorema» concernente un aspetto “giuridico” dell'azione umana, tanto generale in quanto si riferisce «alla natura di tutti gli uomini, di cui si ricercano alcune costanti»³⁵. L'equità è intesa da Giuliani come un *metodo*, uno strumento dell'indagine sull'azione umana: nell'attività di interpretazione del diritto è necessario tener conto delle caratteristiche umane dell'agire e perciò, sebbene l'elaborazione sistematica di un ordinamento, la sua struttura normativa, possano essere ineccepibili, resta pur vero che «interpretare è un fatto tipicamente umano e spirituale»³⁶. Giuliani prende definitivamente congedo da ogni visione razionalistica del diritto e questo congedo si trasforma, implicitamente, in impegno di ricerca attorno alle costanti dell'agire umano, alle convinzioni, ai rapporti che hanno, storicamente, determinato certi orientamenti interpretativi piuttosto che altri. Il momento normativo, com'è ovvio, non è mai cancellato ma considerato in un quadro in cui non appare dominante ma coinvolto nella sfera pratica di una scienza umana. La scienza del diritto deve avere queste sembianze poiché, nell'umano agire, non sempre razionale, mezzi e scopi non sono disposti in quella connessione di causa ed effetto che è propria delle scienze naturali e dunque questa scienza non può ambire a risultati certi ma solo ad una certa, variabile prevedibilità: la probabilità va riferita all'evento singolo e non «costruita su frequenze di eventi presi in serie»³⁷.

Sul tema dell'equità dovremo ancora tornare: per ora resti inteso che, nel delineare da un lato la critica all'uso di una logica puramente inferenziale per la scienza giuridica, e dall'altro la proposta di una logica alternativa per lo studio dell'esperienza giuridica, egli aveva, già nella sua prima monografia del 1954, chiaramente messo a fuoco l'esigenza di insistere sulle costanti dell'azione umana: se anche questa è fatta di rapporti continuamente soggetti a mutamento, pure è necessario non trascurare le ricorrenze, gli aspetti, i problemi, le soluzioni, i principi che ritornano, che fanno presa nella storia, in ambiti sociali e culturali diversi, rappresentando un fenomeno, diremmo, di stabilizzazione della scienza giuridica, non perché possa dirsi che questa, una volta identificate queste costanti, avrà trovato le sue leggi interne di sviluppo: sappiamo già che il diritto, come scienza umana, sociale, non consente scorciatoie naturalistiche e scientiste; ma perché la ricerca sulle costanti dell'azione umana, dal punto di vista del diritto, si traduce in ricerca sugli *aspetti*

³⁵ A. GIULIANI, *ibidem*.

³⁶ A. GIULIANI, *op.ult.cit.*, p. 200.

³⁷ A. GIULIANI, *op.ult.cit.*, p. 201.

costitutivi dell'esperienza giuridica, cioè sugli elementi che, storicamente, hanno costituito l'identità propria della scienza giuridica e la sua tradizione culturale³⁸.

3. *Retorica, dialettica, sofistica: una ragione probabile per la prova, la controversia, il giudizio.*

La riflessione sulle tecniche della ragione più adatte al mondo dell'esperienza giuridica conduce Giuliani verso un itinerario in cui lo studio della storia del diritto si lega strettamente alle trasformazioni delle società, dei valori in esse operanti, degli stili di pensiero e di ragionamento filosofico e giuridico: la tesi del nostro autore – che prende corpo nel corso di una meditazione da un lato assai precoce, perché maturata in lui già in anni giovanili, dall'altro protratta per tutta la sua vita di studioso – è che retorica, dialettica e sofistica convergono sul terreno di una logica *more iuridico*, di una logica della controversia, di una teoria dell'argomentazione, terreno «che per secoli fu rappresentato dalla tradizione topica»³⁹. E' necessario, preliminarmente, offrire alcune indicazioni sul rinvio che Giuliani fa a queste discipline: retorica, dialettica e sofistica sono fra loro connesse ma non si possono ignorare le differenze. Gli elementi comuni sono dati dal campo della ricerca cui esse possono essere usate: il

dominio dell'opinione (diritto, politica, morale), dove il ricorso a procedimenti rigorosi e dimostrativi rappresenterebbe un abuso della ragione: nei problemi pratici – relativi a valori e scelte – il consenso è l'unico criterio di una verità probabile (contrapposta alla verità necessaria delle scienze dimostrative)⁴⁰.

³⁸ La rivalutazione degli aspetti costitutivi dell'esperienza giuridica e l'analisi critica degli indirizzi che hanno contestato questa sua dimensione, specie quelli che hanno preteso di ridurre la scienza giuridica a mera tecnica, sono oggetto della successiva monografia di Giuliani, *Ricerche in tema di esperienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 1957, *passim*, cui si rinvia per un'approfondita analisi della questione. Mi limiterei qui a due brevissime notazioni: la prima, che, per Giuliani, spetta alla scienza giuridica far emergere ed elaborare valori peculiari dell'esperienza giuridica, valori *pratici*, legati alla storia e alla concretezza dell'osservazione dei rapporti fra interessi e passioni, non invece astrazioni aventi un ruolo puramente teoretico, speculativo; la seconda, che gli aspetti costitutivi dell'esperienza giuridica, i principi costitutivi del diritto, coincidono, per Giuliani, con i nodi cruciali del costituzionalismo. Giuliani, però, ne anticipa significativamente l'elaborazione rispetto all'era dell'illuminismo e delle rivoluzioni: si pensi, per esempio, all'individuo, alla sua personalità e alla sua libertà; alla necessità di prevedere limiti per il potere politico, principio questo che vanta un nesso diretto con il primo, contribuendo ad inverarlo sul piano concettuale prima ancora che pratico. Su tutto questo sviluppo della riflessione giuliana si v., volendo, F. CERRONE, *Alessandro Giuliani: la storicità del diritto fra logica ed etica*, in *Giuristi dell'Università di Perugia. Studi per il VII Centenario dell'Ateneo*, a cura di F. Treggiari, in corso di pubblicazione, nonché in *Studi in onore di A.A. Cervati*, pure in corso di pubblicazione.

³⁹ A. GIULIANI, *Logica del diritto*, cit., p. 14.

⁴⁰ A. GIULIANI, *ibidem*.

La dialettica si sforza, in ambiti in cui l'opinione è dominante, di perseguire il vero: i procedimenti sono quelli ispirati dalla figura di un giudice imparziale: assume particolare rilievo il ragionamento confutatorio che si sforza di delimitare *in negativo* l'agibilità di certe vie dell'argomentazione, delimitando la *rilevanza* degli argomenti utili per la valutazione giuridica: in questo modo vengono poste le regole fondamentali per determinare l'eguaglianza di coloro che partecipano al dialogo. La dialettica corrisponde dunque al momento del giudizio come la retorica a quello dell'invenzione, intesa come parte del discorso dedicata alla scelta, alla selezione degli argomenti. La retorica si occupa infatti delle tecniche dell'argomentazione, si ispira alla figura e al punto di vista dell'avvocato, punta sui tratti persuasivi della teoria dell'argomentazione. La sofistica, che terremo distinta dall'eristica, dalla discussione velenosa, capziosa, si occupa infine, in stretta connessione con la dialettica, della *patologia* dell'argomentazione, e le *Confutazioni sofistiche* di Aristotele ne rappresentano un modello insuperato⁴¹. Nella prospettiva dichiarata del nostro autore il punto di vista, logico, della dialettica è preferito rispetto a quello, persuasivo, della retorica: però, sono importanti i rapporti fra i tre capitoli della teoria dell'argomentazione, anche se quelli della retorica e della sofistica «vengono... attratti e subordinati ad un punto di vista dialettico»⁴².

Teoria dell'argomentazione, logica *more iuridico*, avevano ricevuto, com'è ben noto, già a partire dalla seconda metà degli anni cinquanta, un formidabile impulso soprattutto per effetto delle ricerche di Chaïm Perelman e del movimento della “nuova retorica”. Gli studi di Giuliani si dispongono in sintonia con quelli di Perelman, tanto è vero che il nostro autore, come già sappiamo, cura la presentazione dell'edizione italiana della *Logique juridique* del filosofo polacco ed in molti suoi lavori testimonia la propria vicinanza alla “nuova retorica”, intesa come speculazione filosofica retoricamente e giuridicamente impegnata, come una vera e propria «logica dei valori»⁴³. Tuttavia, la mia impressione è che l'itinerario intellettuale di Alessandro Giuliani presenti tratti di assoluta originalità, che appare in speciale rilievo se si tengono presenti le sue ricerche sulla prova e sulla

⁴¹ ARISTOTELE, *Soph. El.*, 165 a 25-30: «chi conosce un qualsiasi oggetto deve evitare la menzogna rispetto a quanto egli sa, e d'altro lato deve essere in grado di smascherare chi dice il falso. Questo duplice compito consiste così nell'esser capace di dare giustificazione e nel saper farsela dare. Sarà dunque necessario, che chi vuol essere un sofista cerchi di impadronirsi del suddetto modo di discutere. Esso gli sarà invero utile, poiché una siffatta capacità lo farà apparire saggio, ed è questo appunto che egli si prefigge».

⁴² A. GIULIANI, *op.ult.cit.*, p. 15.

⁴³ A. GIULIANI, *Il campo dell'argomentazione: su di un recente volume di Chaïm Perelman*, in *Riv.int.fil.dir.*, 1972, p. 102, dove Giuliani, nell'occasione della pubblicazione del ben noto *Le champ de l'argumentation* di Perelman, riassume i tratti della filosofia perelmaniana che condivide con la propria ricerca: dalla rivalutazione dell'opinione contro il razionalismo cartesiano alle tesi sulla rinuncia alla perfezione del linguaggio; dal rapporto fra ragionamento giuridico e argomentazione filosofica alla connessione fra logica ed etica, alla riflessione sulla giustizia come “nozione confusa”, e così via: v. *infra*, § 5.

controversia, ricerche che troveranno un primo esito con la pubblicazione di due monografie, rispettivamente nel 1961 e nel 1966, ma che il filosofo leccese non abbandonerà mai, continuando ad approfondirne per tutta la vita aspetti ed implicazioni.

a) *La retorica prearistotelica.*

Gli studi sulla prova, come poi quelli sulla controversia, partono dalla meditazione sulla filosofia presocratica, in particolare sulla teoria retorico-dialettica del $\sigma\eta\mu\epsilon\iota\omicron\nu$: retorica e logica ebbero in effetti come oggetto comune una teoria dei *segni*, che fu elaborata empiricamente dall'arte giudiziaria. Già i presocratici, secondo Giuliani, ebbero consapevolezza del fatto che «*dalla presenza di qualche cosa si può arguire la esistenza di qualcos'altro che non è presente o apparente*»⁴⁴. Questo passaggio dal noto all'ignoto presupponeva un criterio, una *ratio* che fosse in grado di guidare la ricostruzione dell'ipotesi argomentativa e il criterio fu offerto dalla dottrina del verosimile, $\epsilon\acute{\iota}\kappa\omicron\varsigma$. Non fu nutrita alcuna «*pretesa di generalizzazione*»⁴⁵, i sofisti non intesero costruire un sistema ma procedettero empiricamente, elaborando una dottrina costruita sulla base di casi pratici, ma ebbero chiaro che «*la conoscenza dei fatti va acquistata per mezzo di probabilità*»⁴⁶. La conoscenza probabilistica è un elemento sul quale vale soffermarsi, poiché lo ritroveremo ancora nella successiva speculazione giuliana. E' importante chiarire che non abbiamo qui a che fare con il concetto moderno di probabile: esso non è perciò da intendersi in termini oggettivi, statistici, di frequenza, poiché si trattava invece di «*analizzare il rapporto fra una determinata ipotesi e le prove che la dovevano convalidare: e pertanto il concetto di probabilità veniva analizzato in relazione ad un evento unico, non ad una serie di eventi*»⁴⁷.

Un secondo elemento particolarmente significativo della teoria presocratica dell' $\epsilon\acute{\iota}\kappa\omicron\varsigma$ è, secondo Giuliani, quello per cui la «*contradittorietà rappresenterà un aspetto costitutivo nella ricostruzione del fatto*»⁴⁸, e ciò perché i fatti non sono intesi in senso naturalistico ma come ipotesi controvertibili e controverse, intorno alle quali le parti si misurano tentando di accreditare distinte ricostruzioni e tra le quali il giudice è chiamato a scegliere. Tutto questo rinvia ad una vera e propria metodologia dell'ipotesi argomentativa, ad una logica dell'opinione: è necessaria una fiducia nella ragione umana per giungere alla verità ed è implicita una connessione fra probabilità e valore: nel campo

⁴⁴ A. GIULIANI, *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Milano, Giuffrè, 1971 (rist. inalterata dell'edizione del 1961), p. 10. Sui rapporti fra retorica, filosofia e processo e sulla concezione della prova come *argumentum* v. già ID., *Il concetto classico di prova: la prova come "argumentum"*, in *Jus*, 1960, pp. 425 ss.

⁴⁵ A. GIULIANI, *Logica del diritto*, cit., p. 15; ID., *Il concetto di prova*, cit., pp. 10 ss.

⁴⁶ A. GIULIANI, *op.ult.cit.*, p. 14; ID., *Logica del diritto*, cit., p. 15.

⁴⁷ A. GIULIANI, *Il concetto di prova*, cit., p. 14.

⁴⁸ A. GIULIANI, *op.ult.cit.*, p. 15; ID., *Logica del diritto*, cit., p. 15.

dell'argomentazione il fatto non può mai intendersi come un dato esterno, poiché esso coincide con il procedimento di ricerca, che, a sua volta, si estrinseca nell'opposizione di valori. Secondo Giuliani, dunque, la retorica prearistotelica aveva intuito l'importanza del metodo dialettico (*pro e contra* di ogni questione) ma *non si ebbe consapevolezza dei limiti della ragione nel dominio del probabile e del verosimile, non erano ancora maturati i tempi della elaborazione di una teoria dell'errore delle argomentazioni*. Queste deficienze della retorica furono interpretate come immoralità, eristica, ma non si meditò abbastanza sui valori della esperienza umana che la retorica intendeva privilegiare e sui «*limiti della ragione quando si avventura nel mondo del probabile e del verosimile*»⁴⁹. Riepilogando, sembra opportuno insistere su questi due aspetti della retorica prearistotelica: da un lato essa si avvale del metodo dialettico, del conflitto delle opinioni, dall'altro non si rese conto però che sarebbe stato necessario pensare una teoria dell'errore capace di fronteggiare i limiti della ragione nella sfera del probabile e del verosimile. Nonostante ciò, deve essere sottolineato che si ebbe allora l'intuizione del ruolo del contraddittorio come metodo giuridicamente ispirato della ricerca, della contrapposizione dei valori. Un principio, quello del contraddittorio, che, nella riflessione giuliana, non troverà svolgimenti solo nella storia del processo ma che potrà essere articolato come proposta sul metodo di indagine del giurista, come criterio fondamentale dell'attività interpretativa nel mondo del diritto. Ebbene, in questa proposta, come si è detto, appare una concezione del fatto depurata da ogni fisicità: i fatti sono, nella teoria del verosimile, il prodotto di una ricostruzione mentale, immaginativa. Essi sono in realtà ipotesi che nella controversia le parti presentano e fra le quali il giudice sceglierà. Il fatto non è un dato esterno, assoluto, ma si identifica con il processo di ricostruzione, di ricerca, poiché nella teoria del verosimile il vero non è alla portata del ricercatore.

b) *La teoria retorico-dialettica di Aristotele.*

La riflessione aristotelica è al centro di tutta la meditazione giuliana, anche nel settore della teoria dell'argomentazione. Dovremo qui limitarci a pochi cenni:

1) esiste un nesso forte fra retorica e dialettica: un controllo di razionalità può offrire alla fenomenologia della persuasione un sostegno decisivo. La dialettica è però da intendersi come logica del dialogo e del probabile (ἔνδοξον), del verosimile, ma la probabilità si collega all'opinione e al consenso, posto che le opinioni non sono tutte sullo stesso piano: sono probabili, per Aristotele,

⁴⁹ A. GIULIANI, *Il concetto di prova*, cit., p. 18.

gli elementi che «appaiono accettabili a tutti, oppure alla grande maggioranza, oppure ai sapienti, e tra questi o a tutti, o alla grande maggioranza, o a quelli oltremodo noti ed illustri»⁵⁰;

2) la dialettica introduce così in un ambito della ragione che è probabile nel senso di intermedio fra il certamente vero ed il certamente falso⁵¹, secondo quanto spiegato da Aristotele stesso all'inizio del primo libro dei *Topici*;

3) questa posizione intermedia spiega perché i problemi affrontati dalla dialettica siano «strutturalmente controversi, nel senso che non è possibile una soluzione definitiva»⁵²: è ben vero che anche la dialettica si avvale di sillogismi ma la riduzione alla figura sillogistica non garantisce un nesso reale di antecedenza-conseguenza e il sillogismo dialettico potrà sempre essere confutato, poiché ci muoviamo nell'area della congettura, del verosimile o probabile, non in quella della verità. Persino quando il segno, premessa del sillogismo, è necessario – come nell'entimema “se la donna ha latte è segno che ha partorito”, quel segno non ci spiega le ragioni dell'accadere della cosa significata: esso è «un indicatore della esistenza di qualcosa, è cioè una ragione per conoscere, non della esistenza di qualcosa. Nella terminologia aristotelica diremmo che *il segno ci permette la conoscenza del fatto semplice* (ὄτι), non del fatto ragionato (διότι)»⁵³;

4) *l'uso del sillogismo non implica perciò, nell'ambito della dialettica, conoscenza causale ma solo congetturale*: i suoi procedimenti non saranno dimostrativi ma argomentativi e fondati, come sappiamo, sul dialogo e sulla «collaborazione delle parti in una situazione di controversia»⁵⁴;

5) se anche la dialettica non offre criteri per la determinazione del vero ne offre per la esclusione del falso: siamo di fronte ad una *logica della rilevanza* costruita in termini negativi come insieme di regole di esclusione degli errori dell'argomentazione, delle fallacie;

6) infine, la *definizione dialettica* è sempre immersa nella dimensione del contraddittorio al punto che, come avviene nel sesto libro dei *Topici*, essa si lega strettamente sino ad identificarsi con una teoria della confutazione⁵⁵: i materiali della definizione dialettica provengono dalle opinioni

⁵⁰ ARISTOTELE, *Top.*, 100 b 22. Giuliani legge la dialettica di Aristotele in sintonia con le ricerche di P. AUBENQUE, *Le problème de l'être chez Aristote*, Paris, Puf, 1962, che aveva contestato la tradizione interpretativa che, nel quadro di una lettura sistematica, relegava la dialettica nell'angolo di una logica minore.

⁵¹ A. GIULIANI, *Logica del diritto*, cit., p. 16.

⁵² A. GIULIANI, *op.loc.ult.cit.*

⁵³ A. GIULIANI, *Il concetto di prova*, cit., p. 33.

⁵⁴ A. GIULIANI, *Logica del diritto*, cit., p. 16, che rinvia ancora ad ARISTOTELE, *Soph. El.*, 172 a 18: «La dialettica si sviluppa...attraverso interrogazioni...se dimostrasse, il dialettico dovrebbe rinunciare alle domande».

⁵⁵ Sui rapporti fra teoria dialettica della definizione e teoria delle fallacie v. A. GIULIANI, *The Aristotelian Theory of the Dialectical Definition*, in *Philosophy and Rhetoric*, V, fasc. 3, 1972, pp. 129 ss., spec. pp. 135 ss.

comuni, dai τόποι, ecc., ma è necessario sottoporre questi materiali ad un procedimento confutatorio che rivela «l'ambiguità, l'antinomicità, la complessità di ciò che al senso comune appare chiaro»⁵⁶.

c) *La topica ermagorea.*

La tradizione giuridica ha combinato retorica e dialettica aristotelica con la retorica di Ermagora di Temno⁵⁷: Giuliani ha offerto una riflessione importante sull'opera di questo retore, riflessione che cercherò di condensare in poche battute:

α) la retorica ermagorea non si collegava alla dialettica aristotelica ma a quella stoica, legata a presupposti logistici. Il problema di Ermagora fu allora quello di differenziare quest'ultima dialettica, centrata sul problema della verità e del rigore, dalla ricerca topica di carattere argomentativo, riprendendo in modo significativo lo spirito della dottrina sofistica ed eleggendo diritto e processo come ambiti privilegiati del ragionamento argomentativo;

β) Ermagora elaborò una dottrina degli *status*, delle controversie giuridiche, distinguendo λογικαὶ στάσεις (*status rationales*, concernenti la ricostruzione del fatto) e νομικαὶ στάσεις (*status legales*, attinenti all'interpretazione della legge). Lo *status*, nella dottrina ermagorea, è un centro di argomentazioni⁵⁸, nel senso che non c'è *status* se non si dà contraddittorio fra punti di vista. Attorno a questi *status* possono poi addensarsi i mezzi di prova: la teoria degli *status* è dunque una logica della formazione delle questioni. Sebbene Ermagora distingua fra *status rationales* e *status legales*, nella pratica non esisteva una netta distinzione fra i due tipi di *status*, poiché la questione di fatto (στοχασμός, *coniectura*) non era mai intesa come priva dei suoi aspetti valutativi e dei suoi riflessi giuridici: «con un linguaggio moderno potremmo dire che *anche quando la questione era di mero fatto il conoscere appariva un valutare*»⁵⁹. Il fatto, del resto, non è inteso nella sua fisicità, come l'interesse della retorica ermagorea non sarà tanto per il segno – come nelle filosofie postaristoteliche – quanto per l'argomentazione. Una *artificialis ratio* si incaricherà di ricostruire il fatto: Quintiliano scriverà, sottolineando il momento dell'*artificium*, che *coniectura artificiali ratione colligitur*⁶⁰;

γ) nell'ambito di questa teoria degli *status* la prova fu intesa essenzialmente come *argumentum*: Cicerone, una delle principali fonti del pensiero ermagoreo (che non ci è pervenuto in via diretta)

⁵⁶ A. GIULIANI, *Logica del diritto*, cit., p. 16.

⁵⁷ A. GIULIANI, voce *Prova in generale. a) filosofia del diritto*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, Giuffrè, 1988, pp. 524 s.

⁵⁸ A. GIULIANI, *Il concetto di prova*, cit., p. 55; ID., *Logica del diritto*, cit., p. 17;

⁵⁹ A. GIULIANI, *Il concetto di prova*, cit., p. 58.

⁶⁰ QUINTILIANO, *Inst. Or.*, VI, 4, 4.

scriveva che *argumentum est ratio quae rei dubiae faciat fidem*⁶¹. Questa primazia dell'*argumentum* non si comprenderà facilmente se non si terrà conto del fatto che, fra gli *status rationales* (στοχασμός, *status coniecturalis*; ὄρος, *status definitionis*; ποιότης, *status qualitatis*; μετάληψις, *status translationis*) la controversia sulla qualità – quella in cui non si nega l'esistenza del fatto ma si controverte se è permesso, legale, utile: si tratta di determinare insomma *quale sit* – ha una posizione dominante perché «rivela in modo eminente quel carattere di contraddittorietà della ricerca, che è peculiare della ricerca giudiziale»⁶². La controversia sulla qualità, come *status* in cui si dibatte su questioni opinabili, rinvia al conflitto fra valori, per esempio fra ciò che è giusto e ciò che è utile e non potrà che concludersi con una scelta non razionale ma *ragionevole*. Da tutto ciò deriva la formulazione ciceroniana sopra ricordata: si tratta di una concezione della prova che rinvia ad una ragione in cui domina il dubbio, l'opinione e in cui il fatto non è da intendersi in termini naturalistici come fatto fisico ma appunto come ragionamento, come *argumentum*. Certo, avverte Giuliani, una logica del probabile rinvia ad un'idea del normale: l'allontanamento dalla teoria dell'*εἰκός*, già elaborata dai sofisti e ripresa da Aristotele, implicava dunque una nuova impostazione, che Ermagora mutuò dalla logica stoica. Esistono nozioni generali, comuni a tutti gli uomini e che precedono, perciò, la conoscenza scientifica, come fossero anticipazioni della conoscenza: secondo Cicerone *Probabile autem est id, quod fere solet fieri aut quod in opinione positum est aut quod habet in se ad haec quondam similitudinem*⁶³. L'idea del normale, del probabile, rinvia alla comune opinione, alla credibilità, a ciò che riesce ad essere persuasivo: le argomentazioni probabili sono rivolte *ad faciendam fidem* e la persuasione si forma nel corso del procedimento di ricerca che presenta un forte carattere orientativo. Questa idea del normale, con tutta evidenza, rinvia ad una scala di valori – ad una scala, poiché non tutti sono sullo stesso piano ma alcuni sono eticamente preferibili⁶⁴: il normale è dunque anche eticamente impegnato;

δ) nella dottrina ermagorea cercheremmo inutilmente una struttura sistematica: si tratta invece di una topica che rinvia a casi concreti, un articolato *tableau didactique* che si propone di illustrare un'ampia gamma di controversie giudiziarie. Neppure vi troveremmo una teoria generale dell'errore nell'argomentazione: però, tramite *exempla* con finalità didattiche, il tema dell'errore è ampiamente

⁶¹ CICERONE, *Top.*, 2, 8. V. anche ID., *De Rep.*, I, 38, 59: *apud bonum iudicem argumenta plus quam testes valent*.

⁶² A. GIULIANI, *Logica del diritto*, cit., p. 17.

⁶³ CICERONE, *De inv.*, I, 29, 46. V. anche I, 30, 48: '*Credibile est, quod sine ullo teste auditoris opinione firmatur, hoc modo: "Nemo est, qui non liberos suos incolume set beatos esse cupiat. Il De Inventione è opera giovanile dell'Arpinate, scritta sotto l'influsso della retorica ermagorea.*

⁶⁴ Cfr. QUINTILIANO, *Inst. Or.*, V, 10, 16: *Credibilium autem genera sunt tria: unum firmissimum, quia fere accidit ut "Liberos a parentibus amari", alterum uelut propensius: "Eum qui recte ualeat in crastinum puruenturum", tertium tantum non repugnans: "in domo furtum factum a beo qui domi fuit".*

presente, sicché possiamo riconoscere nella dottrina ermagorea una teoria dell'errore che si manifesta come «metodologia della rilevanza concepita in termini negativi», come «dottrina della rilevanza della prova in termini di regole di esclusione»⁶⁵. Il punto debole della retorica prearistotelica non è dunque presente nella teorizzazione ermagorea che è consapevole dei limiti del ragionamento probabile. Giuliani acutamente annota come l'errore si annidi, nell'argomentazione, non tanto nella falsità delle proposizioni asserite quanto *nella direzione della ricerca*: sarà necessario, pertanto, prima di tutto accertare che la controversia sia rilevante; poi, che i mezzi argomentativi, che si intende utilizzare, siano, a loro volta, rilevanti, pertinenti, rispetto alla controversia, allo *status*. Rilevanza della prova e rilevanza della questione vengono entrambe *formulate in termini negativi*, attraverso l'esclusione di certe vie dell'indagine⁶⁶.

Siccome nel mondo del diritto l'interpretazione dei segni avviene per mezzo della competizione delle argomentazioni, non solo debbono escludersi questioni ove difetti il conflitto delle argomentazioni ma la presenza del conflitto presuppone la sussistenza di elementi circostanziali, che consentano la valutazione, l'apprezzamento del caso concreto, della soluzione più equa. C'è dunque un nesso assai stretto fra materialità degli interessi che elaborano il fatto, valori cui si ispirano e valutazione giuridica. L'idea del probabile non oggettiva, probabilistica, è un'idea fondata sul passato, la tradizione, la storia. Nella logica medievale l'idea di *ratio probabilis* sarà intesa come collaborazione di sforzi orientati verso interessi comuni, socievolezza della ragione. Però questa idea non produce dogmi, concetti rigidi ma criteri orientativi per l'indagine, che possono essere contestati; correlativamente si configurerà un onere di provare l'assunto che contraddice l'allegazione che proviene dalla storia, dalla tradizione.

d) *La topica ermogeniana come logica della controversia.*

Teoria degli *status* e prova come *argumentum*: il ragionamento giudiziale ed il processo, nei secoli successivi, ne furono profondamente condizionate, specie per la larga diffusione che gli studi retorici avevano nell'educazione giuridica. Vedremo fra poco, sempre seguendo le ricerche giulianee, quanto queste premesse abbiano influito sulla elaborazione di una idea di ragione probabile nella logica medievale. Dopo Ermagora, che aveva operato nel secondo secolo prima di Cristo, è il retore di era ellenistica Ermogene (II secolo d. C.) ed il suo *Περὶ τῶν στάσεων*, al centro dell'attenzione del nostro autore. Ermogene, la cui lezione fu a sua volta ampiamente ripresa non solo nelle scuole bizantine ma anche in occidente, aveva a cuore una logica della divisione delle

⁶⁵ A. GIULIANI, *op.ult.cit.*, p. 18, per la prima citazione. Per la seconda ID., voce *Prova*, cit., p. 525.

⁶⁶ A. GIULIANI, *Il concetto di prova*, cit., pp. 76 ss. e 81 ss.; ID., voce *Prova*, cit., p. 525.

questioni, «ossia dei problemi pratici relativi alla vita, alle assemblee, ai tribunali»⁶⁷. Rispetto alla teorizzazione ermagorea degli *status rationales e legales* egli

a) rende ancor più netto di quanto non fosse già in Ermagora il primato dei problemi qualitativi: le questioni civili, che possono implicare controversie intorno al giusto, al bello e all'utile, non possono attingere un piano ontologico ed è necessaria la consapevolezza dei limiti della conoscenza umana in questo ambito: «i valori sono confliggenti e non possiamo sperare in un ordine assoluto al di fuori del tempo»⁶⁸. E' costante il suo appello a *καίρός*, che implicitamente rinvia alla tradizione retorico-sofistica. Ermogene non cade però mai nell'eristica e nella sua opera è scarso l'interesse per il *πάθος*: piuttosto, egli nutre fiducia nella ragione pratica, relativa al mondo della deliberazione, della azione, del giudizio;

b) la dottrina del *καίρός*, propria della sofistica ed in particolare, poi, della tradizione isocratea, si era insinuata nel pensiero greco: «si tratta di una qualità del tempo per cui si sceglie, si valuta, si delibera: non si può definire in quanto presuppone un mondo precario e contingente». Si trattava di una prospettiva che conteneva la minaccia dell'irrazionale, dell'emotivo, ma «restava valida l'intuizione della varietà 'qualitativa' dei singoli istanti del tempo. Se il tempo è una qualità dell'agire umano, l'azione non è prefigurata, precostituita»⁶⁹. Per Ermogene è essenziale considerare le circostanze nell'applicazione delle regole, la cui interpretazione sottintende relatività ed elasticità: da questo punto di vista l'esperienza giuridica è, secondo Giuliani, del massimo interesse per il retore greco, poiché essa rinvia ad una «*fenomenologia dell'esperienza temporale*»⁷⁰. Insomma, la temporalità appare qui come fattore costitutivo dell'esperienza giuridica, tanto dell'azione, orientata da interessi e protesa al risultato, azione che deve scegliere la linea difensiva, che del giudizio del giudice: sempre è necessario collocare il problema, la questione giuridica nella dinamica temporale, ove essa apparirà come rapporto, gioco di atti che si condizionano reciprocamente e interagiscono il relazione al tempo opportuno;

c) nella teoria di Ermogene è proposta una quadripartizione delle questioni: *στοχασμός*, *coniectura*; *ὄρος*, *definitio*; *ποιότης*, *qualitas*; *μετάληψις*. Ma il valore delle classificazioni è relativo e ogni questione è implicata nella natura delle altre: la dottrina di Ermogene mostra il più alto tasso di mobilità e la controversia è costruita come realtà contingente, antinomica, legata ad una topica

⁶⁷ A. GIULIANI, *Logica del diritto*, cit., p. 19. Sulla topica ermogeniana v. però in specie ID., *La logique juridique comme théorie de la controverse (à propos du περί τῶν στάσεων d'Hermogène de Tarse)*, in *Archives de philosophie du droit*, 1966, pp. 87 ss.; e soprattutto ID., *La controversia. Contributo alla logica giuridica*, Pubblicazioni dell'Università di Pavia, Studi nelle Scienze giuridiche e sociali, XXXIX, Pavia, 1966, pp. 81 ss.

⁶⁸ A. GIULIANI, *op.ult.cit.*, p. 101.

⁶⁹ A. GIULIANI, *op.ult.cit.*, p. 103.

⁷⁰ A. GIULIANI, *op.ult.cit.*, p. 104.

interiormente dinamica. Però, si possono anche distinguere le questioni, individuare i punti di disaccordo e bisogna evitare la confusione di questioni diverse. Insomma, da un lato sono possibili accordi topici; dall'altro, questi accordi debbono essere rinegoziati in relazione a καιρός. A differenza di quel che accadeva per la topica ermagorea, gli *status legales* sono assorbiti nell'area della qualità: è evidente che questa scelta è orientata ad esaltare gli aspetti valutativi nelle questioni di interpretazione della legge. Ermogene introduce poi la μετάληψις, controversia sull'opportunità della controversia, cioè sulle circostanze di tempo e di luogo: può essere basata sulla legge o sulla natura del fatto. I rapporti della μετάληψις con la dimensione della temporalità la rendono preziosa per capire la natura dei problemi qualitativi: esiste, in effetti, un momento opportuno per la controversia, che non può essere discussa fuori dal tempo. Deve essere considerata sia la qualità dei giudici che della controversia. «L'indagine preliminare sull'opportunità della controversia è un modo di prevenzione ed eliminazione dei conflitti»⁷¹. La μετάληψις è generalizzata ed introduce in tutto il procedimento della ricerca la dimensione della temporalità: è possibile la ricerca sulle circostanze particolari della controversia, sia in via di diritto che di fatto. In quest'ultimo caso, cioè di questione ἄγραφος, c'è ricerca sulla *natura del fatto*, come emerge dalle circostanze; nel primo (ἔγγραφος) si tratta di eccezione basata sulla legge. E' anche opportuno *soppesare le conseguenze che possono derivare dall'adozione di una certa soluzione giuridica*⁷². La considerazione della controversia sotto l'aspetto qualitativo implica la sua infungibilità, non riducibilità ad analogia controversia che appartenga alla stessa classe ed è perciò necessario tener conto di tutti gli elementi circostanziali, di tempo e di luogo: secondo Giuliani la μετάληψις è dunque *riduzione ad equità, giustizia aderente alla natura del fatto*, del problema. La circostanza eccezionale impone la ricerca della soluzione adatta al caso. Vi è rifiuto di una giustizia astratta, geometrica nel dominio del contingente e c'è rapporto fra equità ed eccezione;

d) Quali le conseguenze della forte caratterizzazione temporale della struttura delle questioni qualitative?

1) la dialettica sembra essere metodologia di un sapere, della conoscenza delle circostanze 'rilevanti' dei fatti. Presuppone il carattere 'sociale' della ricerca, poiché nessuno possiede nella sua totalità questo sapere;

2) nell'applicare regole, precedenti, modelli trattiamo *come se* fossero presenti elementi distanti nel tempo;

⁷¹ A. GIULIANI, *op.ult.cit.*, p. 111.

⁷² Nella discussione contemporanea v. N. LUHMANN, *Sistema giuridico e dogmatica giuridica* (1974), trad. it., Bologna, Il Mulino, 1978, pp. 73 ss. (Capitolo IV: Conseguenze come criteri?).

3) «il primato della natura del fatto obbliga ad una ricerca del precedente giusto ed opportuno: *ogni regola viene trattata come se fosse un precedente giudiziario*»⁷³. L'area della qualità è dunque ispirata dall'esperienza giuridica e presenta carattere confutatorio, carattere peculiare del modello giuridico di ragionamento;

e) concludendo: il dialettico sa di non disporre di regole generali, chiare, certe, che consentano con facilità il passaggio dal generale al particolare; però, non intende cadere nell'abuso del linguaggio proprio della sofistica. Sono allora possibili accordi per la soluzione di conflitti in relazione a situazioni concrete (precedenti) che sono «il sostituto di un introvabile ordine ontologico. *La qualità non permette un accordo completo su tutte le questioni al di fuori del tempo*»⁷⁴. Non si considera il solo testo della legge ma anche la natura del fatto, che appare *la fonte principale del diritto*. Il fatto, insomma, corrisponde alla natura delle cose⁷⁵, intendendo con questa espressione la *qualità* delle cose, non la loro essenza: «La natura del fatto è un atto di creazione umana: esso implica l'assegnazione di un valore ad una situazione»⁷⁶.

e) *Un'idea di ragione probabile nella logica medievale: i giuristi e l'ars opponendi et respondendi*. Il pensiero medievale è certamente assai complesso e costituito da una pluralità di tradizioni, di indirizzi: secondo Giuliani, però, non v'è dubbio che in esso lo studio della conoscenza probabile esercitò una grande attrazione e, per questo aspetto, esso si oppone a quello moderno, dominato piuttosto dalla pretesa di ridurre la conoscenza alla formulazione di proposizioni *certe, necessarie*. Del resto la conoscenza probabile, come sappiamo, aveva già una tradizione alle sue spalle, che si era formata nel rapporto fra retorica e dialettica e nella valorizzazione della prima, non ridotta, come poi sarà, a teoria del discorso ornato, ma impegnata sui terreni più difficili, dall'etica, alla politica, al diritto, ai grandi temi filosofici. Il concetto medievale di probabilità è dunque ben

⁷³ A. GIULIANI, *op.ult.cit.*, p. 115.

⁷⁴ A. GIULIANI, *op.ult.cit.*, p. 122.

⁷⁵ Sulla concezione "classica" di natura delle cose v. M. VILLEY, *Il concetto "classico" di natura delle cose*, in *Jus*, 1967, pp. 130 ss., nonché già G. RADBRUCH, *La natura della cosa come forma giuridica di pensiero*, in *Riv.int.fil.dir.*, 1941, pp. 145 ss.

⁷⁶ A. GIULIANI, *ibidem*. Continua Giuliani: «Non è il risultato di una percezione sensoriale, ma di una presa di posizione a favore di un certo valore. Non esiste natura del fatto al di fuori della lotta delle parti: e pertanto ciò implica intima conoscenza del suo dinamismo. Non è insomma una ricerca che possa condursi a priori: la natura delle cose è tale in un certo contesto, in relazione alle questioni sollevate, in relazione ad un certo tipo di confutazione. I fatti sono considerati nella loro mobilità, nella loro temporalità, nel loro dinamismo. Ecco perché la natura delle cose di cui parla il dialettico, lungi dall'essere il dominio della necessità, è quello della libertà umana. Il metodo dialettico – e non la dimostrazione scientifica – ci permette la conoscenza della natura dei fatti»: pp. 122 s.

lontano dalla nozione moderna, concepita in termini, statistici, oggettivi; esso appariva legato, lo ricordiamo, all'opinione, al consenso: scrive Giuliani

Una proposizione probabile non può essere espressa in termini di 'verità' e 'falsità': essa ammette vari gradi di probabilità e non resta mai esclusa la probabilità contraria: non tutte le probabilità stanno sullo stesso piano: non esiste un principio come quello della equi-probabilità; alcune vanno preferite per ragioni di carattere etico, e la preferenza è in relazione ad un sistema di valori, all'impegno di una scelta. La verità probabile – considerata l'unico grado di verità possibile nelle cose umane – viene vista in contrapposizione alla verità necessaria: esiste insomma una logica del probabile come una logica del necessario⁷⁷.

Giuliani sottolinea come la tradizione retorica, su cui si innestò la logica medievale, beneficiò anche della immissione dei testi della *Logica nova*, ed in particolare dei *Topici* e degli *Elenchi sofistici*. Questa combinazione diede vita alla dialettica medievale come *ars opponendi et respondendi*. Dopo il 1250, tuttavia, questa combinazione «venne colorandosi *oggettivamente*, proprio per l'affermarsi di quella concezione del probabile in termini di frequenza, statistici, che era latente nei *Topici*»⁷⁸. Dietro l'idea di *ratio probabilis*, come pure sappiamo, c'è una concezione della ragione legata ad un suo carattere di socievolezza, nel senso che si punta sulla collaborazione degli sforzi orientati verso un comune interesse piuttosto che sulla ragione individuale: da questo punto di vista è forse più agevole intendere che, per il ragionamento probabile, non è importante cogliere una verità (che non sarà mai da intendersi come assoluta) ma ricercarla per il tramite di un procedimento.

Possiamo riassumere la complessa ricerca di Giuliani sulla logica medievale: una prima tradizione si avvale sia del contributo di Giovanni di Salisbury che di quello della retorica greco-bizantina, e di Ermogene in particolare, contributi che furono assorbiti dai giuristi medievali; una seconda, che si affermò dopo il 1250, si manifesterà con la logica di Abelardo prima; poi, nel quattrocento, con Rodolfo Agricola, nel cinquecento con Pietro Ramo e poi ancora con Leibniz, con Altusio, con la logica di Port-Royal, con Bentham. Non è possibile seguire, senza estendere il discorso oltre i limiti concessi a questo lavoro, tutta la riflessione giuliana su questa seconda tradizione: d'altronde, ci riferiamo con essa ad un modello di razionalità formale, calcolante, che se è spesso al centro delle analisi del nostro autore in campi disparati di ricerca – dalla prova alla teoria del processo, dalla concorrenza alla legislazione alla teoria delle fonti del diritto – è tuttavia estranea alla sua

⁷⁷ A. GIULIANI, *Il concetto di prova*, cit., p. 116. V. anche ID., *L'elemento 'giuridico' nella logica medievale*, in *Jus*, 1964, pp. 163 ss., nonché già ID., *L'élément "juridique" dans la logique médiévale*, in *Logique et Analyse*, n.s., 1963, pp. 540 ss. Si v. poi anche ID., voce *Prova*, cit., pp. 523 ss. e 529 ss.; ID., *Ordine isonomico ed ordine asimmetrico: "nuova retorica" e teoria del processo*, in *Sociologia del diritto*, 1986, pp. 81 ss., spec. 85 s.; ID., *L'ordo iudiciarius medioevale (riflessioni su un modello puro di ordine isonomico)*, in *Riv.dir.proc.*, 1988, pp. 598 ss.;

⁷⁸ A. GIULIANI, *Il concetto di prova*, cit., p. 117.

ispirazione centrale, come ormai sappiamo: Giuliani è infatti tutto proteso a valorizzare una logica controversiale, probabilistica ma non nel senso statistico, aperta ad un pluralismo delle verità ed al contributo delle argomentazioni. Non è allora irragionevole, con l'intento di ricordare il contributo notevole che Alessandro Giuliani ha dato alla discussione su un'idea di ragione, soffermarsi ancora sulla prima tradizione e non sulla seconda.

Giuliani avverte, nel pensiero dialettico di Giovanni di Salisbury, la presenza di un forte elemento giuridico. Il pensiero giovanneo, collegato all'attività della scuola di Chartres, è attratto dall'indagine sulla struttura della conoscenza probabile. Giovanni

respinge le due posizioni estreme dello scientismo che va in cerca di una verità assoluta e dello scetticismo che professa un dubbio radicale. Egli si mette in opposizione alle tendenze formalistiche della dialettica richiamandosi all'ideale ciceroniano di una cultura retoricamente impegnata⁷⁹.

L'idea del probabile e del normale si traduce nella delimitazione di una scala delle probabilità: le *opinioni* hanno il valore di rappresentare il punto di partenza della conoscenza probabile. L'opinione che raggiunge il tasso più elevato di probabilità è *norma dell'azione*: non disponiamo di altre certezze nel mondo del contingente. Ogni probabilità non esclude mai del tutto quella contraria e siccome sono possibili soluzioni contrastanti il *dubbio* è l'elemento motore della ricerca. Certo è che non si raggiungerà mai una verità necessaria, e la verità probabile finisce in definitiva per identificarsi con un *procedimento di ricerca*. Giovanni stabilisce un nesso fra verità probabile, persuasione e conoscenza sensoriale: il senso, la percezione vengono considerati come mezzo di conoscenza. Abbiamo bisogno di punti di riferimento; se tutto fosse egualmente probabile non sarebbe possibile alcun tipo di conoscenza: *Qui de omnibus dubitant, eo quod nihil habeant certum, tam a fide quam a scientia alieni sunt*⁸⁰. Naturalmente questa conoscenza è limitata poiché la conoscenza sensoriale è soggettiva: gode di maggiore probabilità se confermata da percezioni altrui. Ci offre una conoscenza relativa al *fatto* e tutte le volte che vogliamo ricavare una inferenza ricadiamo nel dominio del probabile. Questa insistenza sulla rivalutazione dei sensi è da porsi in connessione, come meglio vedremo, con la problematica della testimonianza.

Il pensiero di Giovanni di Salisbury rappresenterà la via di influenza del ragionamento probabile sui giuristi. C'è un elemento giuridico implicito nell'idea del probabile fatta propria dalla dialettica medievale, e nella prima metà del XIII secolo era stata già delineata la teoria processuale delle *positiones*: i giuristi assimilarono l'idea del probabile e la tradussero in una *ars opponendi et respondendi* nella ricerca giudiziale. Si noti che la *positio* «è un problema pratico, e non l'esercizio

⁷⁹ A. GIULIANI, *op.ult.cit.*, p. 147.

⁸⁰ GIOVANNI di SALISBURY, *Metalogicon*, VII, 2, cit. da A. GIULIANI, *op.ult.cit.*, p. 149.

scolastico destinato a favorire lo spirito di cavillosità: essa impone la scelta di un corno del dilemma»⁸¹. Le prime basi furono poste dai canonisti, poi accolte anche dai civilisti: nacque la procedura romano-canonica. Si trattò, osserva Giuliani, di un diritto processuale orientato verso una *logica delle esclusioni*, poiché era ritenuto essenziale delimitare il terreno della ricerca, condizionando l'ammissibilità della testimonianza, per esempio escludendo quella *de auditu*. Il teste doveva riferire esclusivamente in ordine alla sua esperienza sensoriale, alle sue percezioni: corollario di questo modo di intendere la testimonianza fu la fedeltà ai principi classici in materia di prova, come il principio del contraddittorio, quello dell'onere della prova, quello della scala di probabilità e l'idea della selezione della probabilità migliore. Si impostò anche una teoria delle presunzioni, legate ad un'*idea del normale*, che fornisce punti di riferimento: non tutto deve essere provato, ci sono *verità probabili* che sono al di sopra delle semplici congetture. Ma la probabilità contraria non è mai esclusa, la conoscenza probabile ha carattere dilemmatico, e così si impone un atteggiamento di *prudenza*.

Alcune probabilità devono essere preferite *per ragioni etiche: dubia in meliorem partem sunt interpretando*. «La probabilità migliore opera nel senso di una presunzione di innocenza: *proniores esse debemus ad absolvendum quam ad condemnandum*. Il principio dell'onere della prova è la conseguenza dell'affermazione dell'idea della probabilità migliore; non è casuale infatti che, fino alla seconda metà del XII secolo, non si fosse affermato il principio “onus probandi incumbit ei qui dicit”»⁸². L'accettazione di una logica del probabile nel ragionamento giudiziale implica una libertà di ricerca del giudice nel valutare il *pro* e il *contra*. E' viva la preoccupazione per la fallibilità del giudizio e il principale riparo è che *certe vie dell'indagine sono precluse*: c'è esaltazione della *prudenza (sententia non praecipitanter ferenda est*, scriverà Ivone di Chartres⁸³) e una piena consapevolezza dei limiti della ragione nel ragionamento probabile e dell'importanza della *temporalità nell'argomentazione*.

In effetti, riprendendo per quest'aspetto soprattutto la lezione ermogeniana, la dialettica medievale è consapevole della necessità di distinguere una definizione *reale* ed una definizione *retorico-dialettica*: in quest'ultima è necessario calibrare il carattere temporale del ragionamento dialettico, imprimendo alla considerazione del tempo una prospettiva *qualitativa*. La verità 'probabile', spiega Giuliani, è il risultato non di una mente individuale ma della cooperazione delle opinioni di infiniti soggetti, le quali vanno provate, sperimentate al vaglio di un confronto, di un contraddittorio: bisogna persuadere oltre che provare. La disputa presuppone accordi *topici*, l'accettazione di un

⁸¹ A. GIULIANI, *Logica del diritto*, cit., p. 20.

⁸² A. GIULIANI, *Il concetto di prova*, cit., p. 166.

⁸³ IVONE di CHARTRES, *Panormia*, IV, 116, cit. da A. GIULIANI, *op.ult.cit.*, p. 167, n. 21.

comune patrimonio di regole, che rendono possibile il ricorso a procedimenti di giustificazione. Diversamente si passa dalla dialettica della controversia all'eristica. Bisogna inoltre limitare il terreno della discussione. La dialettica medievale «tende a ricercare la *natura delle cose* nella configurazione 'qualitativa', confermandoci la persistenza di una concezione 'classica' della natura delle cose, e lasciandoci intravedere i suoi rapporti con il diritto naturale classico»⁸⁴. I problemi debbono essere collocati temporalmente, sono complessi, e non spetta alla dialettica risolverli «ma presentarli nella dilemmaticità delle loro alternative... *Il compito del dialettico non è di scegliere, ma di individuare la contraddizione tra opinioni confliggenti*»⁸⁵. La *opinio* non è una impressione arbitraria, soggettiva, ma un giudizio basato su prove: deve contenere *argumenta veritatis* per resistere al fuoco della confutazione, del contrario avviso. Occorre dunque testimoniare a favore della posizione filosofica che si intende patrocinare: è necessario uno spirito di lealtà, un impegno morale, e perciò l'indagine sulla *fides* deve estendersi dagli argomenti alla personalità del disputante. Strettamente legata alla problematica dell'errore, che sempre deve preoccupare il disputante, è la logica della rilevanza, concepita in termini negativi: il rimedio contro la possibilità dell'errore è la *limitazione del campo dell'indagine*.

Una *fenomenologia dell'esperienza temporale*: la controversia appartiene, secondo Giuliani, al dominio della temporalità e della qualità. Ma appartiene alla qualità, e dunque al conflitto fra valori, poiché è situata nel tempo. Se nella controversia, in quella giuridica come in quella filosofica, ci muoviamo sul terreno di nozioni aperte, confuse; se le questioni implicate dalla controversia non trovano soluzioni facili, a portata di mano, ciò deriva proprio dalla dimensione temporale dei fatti che le compongono. Il variare delle condizioni temporali sollecita cambiamenti dei processi di giustificazione e della valutazione giuridica. *καρπός* influenza così sia la determinazione degli interessi ad agire o non, sia l'attività della valutazione e del giudizio: entrambi, l'azione dell'interesse ed il giudizio, sono intrisi di temporalità nel senso che la considerazione dei valori coinvolti nella controversia, la sua interna articolazione assiologica, possono essere colti in determinate istantanee temporali ma sempre considerati nella dimensione della durata, della storia. In effetti il tempo del diritto, inteso come flusso di eventi, trascorrere di giorni, mesi o anni, influenzerà i processi di valutazione giuridica con riferimento a momenti determinati, ritenuti opportuni: *καρπός*. Il *momento* per agire, per reagire, per decidere: il tempo rende la controversia sulla qualità, già di per sé lontana da ogni prospettiva di soluzione logica necessaria, sensibile ancor più alla valutazione di elementi peristatici, all'apprezzamento dei fatti e dunque al conflitto delle opinioni.

⁸⁴ A. GIULIANI, *La controversia*, cit., pp. 159 s.

⁸⁵ A. GIULIANI, *op.ult.cit.*, p. 160.

4. *La filosofia di G. B. Vico: retorica, ragione, verità. Elementi per una filosofia della legislazione.* Secondo Giuliani la lezione di Ermogene non rimase confinata nelle scuole di retorica ellenistiche e bizantine ma si diffuse anche in occidente. Essa, inoltre, non esercitò la propria influenza solo in epoca medievale: sebbene il passaggio dall'*ordo iudiciarius* (un ordine isonomico, aveva spiegato il nostro autore, legato alle regole della retorica, della dialettica e della sofistica, fondato sul contraddittorio e su una funzione neutrale del giudice⁸⁶) al *processus* (un ordine asimmetrico, che «riflette un modello di razionalità soggettiva, formale, calcolante che, in opposizione a quella dialettica, potremmo definire burocratica», un ordine basato su un sistema di prove legali che svaluta il contraddittorio e che affida al giudice un ruolo privilegiato in vista del perseguimento di un fine: il pentimento del reo, la difesa della società, la tutela dei diritti soggettivi⁸⁷) avesse reso inservibile una idea di retorica impegnata sul terreno di una logica *more iuridico*, tanto che nel nostro umanesimo prevalsero le tendenze che intendevano favorire «il divorzio tra retorica e *ordo iudiciarius*», tuttavia proprio l'umanesimo espresse una personalità come Giorgio Trapezunzio, che aveva recepito e trasmesso la dottrina ermogeniana⁸⁸. Per Trapezunzio la retorica è *civilis scientia*, erede della logica ermogeniana della controversia, legata agli ideali isonomici non solo per il giudizio ma anche, e più in generale, per un «ordine costituzionale democratico e pluralistico»⁸⁹: la retorica, nella sua opera, appare implicata con l'etica e profondamente legata alla topica aristotelica. E' chiaro dunque che, secondo Giuliani, la retorica ellenistica e bizantina e in particolare i commenti ad Ermogene poterono valicare i secoli, influenzare un umanista come Trapezunzio e giungere fino al filosofo napoletano: Vico è interessato alla retorica non certo intesa come teoria della forma ornata e neppure ai suoi aspetti emotivi, bensì a quelli logici e filosofici.

⁸⁶ V., per es., A. GIULIANI, *Ordine isonomico ed ordine asimmetrico*, cit., pp. 81 ss., spec. 85 ss.; ID., *L'ordo iudiciarius medioevale*, cit., pp. 598 ss.; ID., voce *Prova*, cit., pp. 523 ss., 529 ss.

⁸⁷ A. GIULIANI, *Ordine isonomico*, cit., pp. 86 s., da cui è tratta la citazione nel testo; ID., voce *Prova*, cit., pp. 526 ss., 537 ss.

⁸⁸ A. GIULIANI, *Retorica, diritto e filosofia nell'umanesimo. La Retorica di Giorgio Trapezunzio*, in *Philologica*, n. 5, 2004, pp. 9 ss. Per la citazione nel testo v. p. 11, nota 7. V. anche ID., *Retorica giudiziaria e filosofia pratica da Giorgio Trapezunzio a Giambattista Vico*, in M. AGRIMI (a cura di), *Giambattista Vico nel suo tempo e nel nostro*, Napoli, Cuen, 1999, pp. 357 ss., spec. 363 ss.

⁸⁹ A. GIULIANI, *Retorica, diritto e filosofia nell'umanesimo*, cit., p. 10, con riferimento al mito di Venezia. Trapezunzio recuperò e valorizzò l'*inventio* nel genere deliberativo e ciò apparve sintonizzarsi con «un modello costituzionale democratico – basato sulla distinzione tra consultazione e deliberazione, tra organo proponente e organo deliberante – teorizzato dal pensiero politico fiorentino»: p. 11, nota 7. Sul punto cfr. J.G.A., POCKOCK, *Il momento machiavelliano*, I, *Il pensiero politico fiorentino* (1975), trad. it., Bologna, Mulino, 1980, pp. 514 ss.

Il rapporto fra retorica e verità nasce, in Vico, da un rovesciamento dell'idea di ragione strumentale dei moderni e dalla valorizzazione della concezione aristotelica di $\nu\omicron\upsilon\varsigma$, *intellectus*, «una ragione che non calcola sui mezzi, ma intorno ai fini»⁹⁰:

La dialettica – come la retorica – in quanto mira a stabilire una situazione di reciprocità nella ricerca della verità è permeata di giuridicità. Qui si rivela quella connessione tra verità e giustizia che resterà un momento centrale della speculazione vichiana: la verità insomma non ha solo un valore logico ma anche assiologico⁹¹.

Vico concepisce la retorica come logica dell'argomentazione che non è però mai da intendersi come separata dalla verità: in ciò consiste propriamente la problematica del *veriloquium*, della buona fede, del *dire la verità* tenendo conto di una *ratio artificialis* che è sensibile alla psicologia sociale e che deve tener conto dei «presupposti per lo studio delle funzioni sociali della ragione»⁹²: Giuliani esprime magistralmente questo complesso di temi affermando che, alla base della meditazione vichiana sulla retorica

vi è...un'idea fondamentale: lo studio dei mezzi espressivi non può essere dissociato da quello dei procedimenti mentali⁹³.

Nella retorica vichiana ritroviamo molte caratteristiche con le quali abbiamo ormai familiarizzato: nell'affrontare i vari capitoli della retorica il filosofo napoletano sembra riferirsi sempre ad un modello giuridico di ragionamento, allo schema accusa-difesa; d'altra parte, come Ermogene, Vico accetta la tripartizione fra *status: coniectura, definitio, qualitas* (controversia sul fatto, sul nome, sulla qualità) e fra questi quello sulla qualità ha il primato (analogamente in Ermogene). La controversia sulla qualità, come già sappiamo, non può che basarsi sulla confutazione: il giudizio

⁹⁰ A. GIULIANI, *La filosofia retorica di Vico e la nuova retorica*, in *Atti dell'Accademia di scienze morali e politiche della Società nazionale di Scienze, Lettere ed Arti in Napoli*, vol. LXXXV, Napoli, 1974, p. 144; il medesimo articolo può essere letto in lingua inglese: ID., *Vico's Rhetorical Philosophy and the New Rhetoric*, in AA.VV., *Vico's Science of Humanity*, ed. by G. TAGLIACOZZO and D. Ph. VERENE, Baltimore-London, 1974, pp. 31 ss.; nonché in lingua spagnola: ID., *La filosofía retórica de Vico y la nueva retórica*, in *Cuadernos sobre Vico* (Sevilla), n. 11/12, 1999.

⁹¹ A. GIULIANI, *La filosofia retorica di Vico*, cit., p. 145. Sul rapporto fra retorica vichiana e concezione classica di ragione, con sottolineatura, fra l'altro, dell'uso del metodo topico di ricerca da parte del ragionamento filosofico, v. ID., *Intervento*, in G. CRIFO' (a cura di), *Retorica e filosofia in Giambattista Vico*, Napoli, Guida, 1994, pp. 93 ss., spec. p. 102.

⁹² A. GIULIANI, *op.ult.cit.*, p. 146. ID., *La filosofia del processo in Vico ed il suo influsso in Germania*, in *Boll. centro st. vichiani*, 1992-93, p. 345: «La retorica giudiziaria sottintende una epistemologia, che presuppone l'utilizzazione delle funzioni sociali della ragione nella comunicazione intersoggettiva».

⁹³ A. GIULIANI, *op.loc.ult.cit.*

delle parti, in ambiti in cui il valore domina, è decisivo e l'aspetto controversiale dell'argomentazione è particolarmente enfatizzato. Si noti che – ancora una volta in parallelo con la dialettica ermogeniana – Vico favorisce l'assorbimento delle controversie relative alla interpretazione della legge nell'area della qualità, e ciò «suppone il rifiuto di una concezione dell'interpretazione come interpretazione di un testo, di una *scriptura*: il testo è soltanto un elemento del processo interpretativo, in quanto è sottinteso il primato del caso, della natura delle cose sulla astratta formulazione normativa»⁹⁴. Anche nel settore della *definitio* appare un elemento giuridico, beninteso, quello proprio della definizione dialettica, che come sappiamo presuppone accordi topici, è legata al senso comune, all'opinione, e a procedimenti probatori che si estrinsecano in una dimensione controversiale. L'intelletto, la *vis veri* di Vico, non è mai studio astratto, avulso dalla considerazione delle virtù umane e la retorica è strettamente legata all'etica, «intesa come filosofia della condotta umana»⁹⁵.

Da quanto precede appare evidente come torni, nella riflessione di Giuliani su Vico, un rinvio al tema del linguaggio, tema del resto che mai latita nei suoi studi. Secondo il nostro autore, la meditazione sulla retorica di Vico sottintende un riferimento al linguaggio ordinario, e all'interno di quest'ultimo al linguaggio metaforico. L'uso della metafora testimonia un uso del linguaggio ordinario che è consapevole della propria povertà e la padronanza di una *ratio similitudinis*, poiché l'impiego del linguaggio metaforico ed il corrispondente distacco dall'uso normale si giustifica in base alla situazione argomentativa, dunque ad una situazione in cui il linguaggio è ben lungi dall'assolvere solo un ruolo descrittivo per assumere pienamente anche «una funzione prescrittiva, normativa»⁹⁶. Le metafore, come le *figurae*, «non sono un argomento del discorso, ma procedimenti mentali...E' sottinteso il riferimento al 'vero e proprio intelletto': ossia ad una ragione non strumentale che ci permette di analizzare procedimenti di prova, di valutazione, di giustificazione in una situazione controversiale che è costituiva della comunicazione intersoggettiva»⁹⁷. Esiste dunque

⁹⁴ A. GIULIANI, *op.ult.cit.*, p. 152. V. anche ID., *Logica del diritto*, cit., p. 22.

⁹⁵ A. GIULIANI, *La filosofia retorica di Vico*, cit., p. 156. «La controversia giudiziaria appare il modello della procedura della conoscenza nel dominio pratico relativo alla deliberazione e alla scelta»: ID., *Il binomio retorica-procedura giudiziaria nella filosofia retorica di Giambattista Vico*, in *Studi in onore di E. Fazzalari*, I, Milano, Giuffrè, 1993, p. 70; v. anche ID., *La filosofia del processo in Vico*, cit., p. 348. In argomento v., di recente, G. REPETTO, *Il metodo comparativo in Vico e il diritto costituzionale europeo*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2009, pp. 320 ss., nonché in *Studi in onore di A. A. Cervati*, in corso di pubblicazione (§ 4: la comparazione come *argumentum*: il diritto comparato come topica della prudenza e dell'equità).

⁹⁶ ID., *La filosofia retorica di Vico*, cit., p. 149; ID., *Il binomio*, cit., p. 86; ID., *Metafora, testimonianza e memoria*, cit., pp. 339 ss. Insiste opportunamente sulla «coesenzialità tra diritto, istituzioni umane e linguaggio» G. REPETTO, *Il metodo comparativo in Vico e il diritto costituzionale europeo*, cit., p. 300.

⁹⁷ A. GIULIANI, *op.ult.cit.*, pp. 340 s.

un nesso assai stretto fra rivalutazione della tradizione topica ed uso del linguaggio ordinario, compreso quello metaforico: è infatti per questa via che sarà possibile sottolineare il «*caractère créatif, dynamique, temporel du raisonnement juridique*»⁹⁸.

Il rapporto fra mezzi espressivi e procedimenti mentali in Vico non è però solo legato alla calibratura di una retorica *more iuridico* nei confronti del procedimento dialettico e della stessa idea di verità, poiché un tale rapporto esprime anche la relazione fra etica, ragione ed istituzioni: Giuliani, interpretando il Vico della *Scienza nuova*, esprime così questa idea fondamentale del filosofo napoletano:

*i mutamenti delle istituzioni vanno ricercati all'interno delle modificazioni della mente umana. Il processo è una variabile dipendente rispetto alle varie guise con cui si viene articolando nel tempo il livello di razionalità, in relazione alle varie forme di governo*⁹⁹.

Occorrerebbe meditare bene queste affermazioni: le istituzioni, per esempio il processo, ma anche la legislazione, l'assetto della pubblica amministrazione e così via, sono legate, nel loro mutamento, alle capacità di esercizio della ragione; d'altra parte, poiché quest'ultima, nelle cose umane legate all'opinione, come la politica ed il diritto, è strettamente legata ai valori presenti nella società e all'etica, potremo aggiungere, come effettivamente fa lo stesso Giuliani – con riferimento alla legislazione – che «la struttura portante della legislazione è garantita dal livello di razionalità e di moralità di una certa epoca»¹⁰⁰. Secondo Giuliani, la stessa possibilità per la legislazione di non apparire arbitraria è legata anche al suo rapporto con la giurisdizione: Giuliani si sofferma sull'ideale del *legislatore ragionevole*, proprio della tradizione giuridica italiana, un ideale che non esprime avversione contro la normazione ma contro la riduzione del diritto alla legge, un ideale che si collega con l'attività di un ceto di giuristi che in Italia, durante la civiltà dei Comuni, esercitava un controllo – *correctio et emendatio legis* – sull'attività dei titolari del potere politico ed amministrativo. Potremmo dire che alcuni valori fondamentali del costituzionalismo moderno, ed in particolare quello della limitazione del potere pubblico, vengono riferiti dal nostro autore

⁹⁸ A. GIULIANI, *Droit, mouvement et reminiscence*, cit., p. 116.

⁹⁹ A. GIULIANI, *La filosofia del processo in Vico*, cit., p. 350. Cfr. il ben noto fondamento gnoseologico della terza *Scienza nuova*, per cui «questo mondo civile egli certamente è stato fatto dagli uomini, onde se ne possono, perché se ne debbono, ritrovare i principi dentro le modificazioni della nostra medesima mente umana»: G.B. VICO, *Principi di Scienza nuova d'intorno alla comune natura delle nazioni* (1744), a cura di F. Nicolini, I, Bari-Roma, Laterza, p. 143. Cfr. altresì G. REPETTO, *Il metodo comparativo in Vico e il diritto costituzionale europeo*, cit., p. 299.

¹⁰⁰ A. GIULIANI, *Il modello di legislatore ragionevole. (Riflessioni sulla Filosofia italiana della legislazione)*, in M. BASCIU (a cura di), *Legislazione. Profili giuridici e politici* (Atti del XVII Congresso nazionale della Società italiana di filosofia giuridica e politica, Napoli, 29-31 maggio 1989, Milano, Giuffrè, 1992, p. 14.

all'affermarsi di alcuni principi del diritto comune europeo, collegati a «metafore base come “rule of law”, “dénis de justice”, “amparo”. Nel passaggio dalla civiltà medioevale allo Stato moderno, il ruolo di “supplenza” venne esercitato da Tribunali supremi, che decidevano “ex aequo et bono”»¹⁰¹. Il punto che merita di essere sottolineato, ai fini del nostro ragionamento, è che questa attività di “giurisdizionalizzazione della legislazione”, realizzata attraverso l’opera dei suddetti tribunali, come il Sacro Regio Consiglio napoletano di età aragonese, può intendersi come «il prolungamento sul piano istituzionale di un ideale di razionalità dialettico, procedurale, giustificativo»¹⁰².

Vico si interessa alla scienza della legislazione: egli è consapevole dei rischi della confusione fra legislazione e giurisdizione, con linguaggio moderno diremmo di una tirannia del potere giudiziario. La sua però è una consapevolezza più profonda, che rinvia alla crisi del diritto comune a Napoli nei suoi anni e all’anarchia istituzionale che ebbe un suo correlato in un’anarchia gnoseologica, testimoniata ad esempio dalla inflazione legislativa e Giuliani potrà esprimere così, in sintesi, una tale situazione – riferita ad un tempo remoto, trecento anni fa, ma che pure non ci appare oggi così inattuale – affermando che «la patologia della legislazione trova i suoi prolungamenti e risvolti nella patologia della giurisdizione»¹⁰³. In effetti, secondo il Vico letto da Giuliani, i problemi maggiori nascono proprio da una non corretta dialettica fra *lex* ed *interpretatio*, ma la patologia di questa dialettica può prosperare nell’esercizio ipertrofico della legislazione, nella intrusione del giudice nei processi di formazione della volontà legislativa, nella crisi dei diritti processuali e di quello di difesa in specie, nella svalutazione del ruolo del giurista. Riflettendo sull’incontro fra Giambattista Vico e Francesco Bacone, Giuliani ritorna su una questione per lui fondamentale e che è centrale anche nell’economia di questo scritto, cioè «il rapporto tra momento logico e momento istituzionale nella fenomenologia della legislazione»¹⁰⁴. La questione, avverte Giuliani, è molto complessa e rinvia ad un processo di “giurisdizionalizzazione della legislazione” che lo stesso Bacone sosteneva: la scienza delle leggi è, secondo il filosofo inglese, nelle mani dei *viri civiles*, dei *sapienti delle repubbliche*, per usare la terminologia vichiana, dunque nelle decisioni delle magistrature supreme. Però,

il problema giuridico-politico di «supplire» e di «emendare» la legge rinvia ai problemi più difficili della teoria della conoscenza e della metodologia della ricerca¹⁰⁵.

¹⁰¹ A. GIULIANI, *op.ult.cit.*, pp. 17 s.

¹⁰² A. GIULIANI, *op.ult.cit.*, p. 19, dove ricorda anche che, secondo l’espressione di Francesco Bacone – uno degli “auttori” di Vico – questi tribunali sono le “ancore delle leggi”: v. anche *infra*, p. 30.

¹⁰³ A. GIULIANI, *op.ult.cit.*, p. 25.

¹⁰⁴ A. GIULIANI, *op.ult.cit.*, p. 31.

¹⁰⁵ A. GIULIANI, *ibidem*.

Un giudice cui sia affidato questo altissimo compito non può decidere secondo diritto stretto ma deve improntare le proprie sentenze al criterio dell'equità, che in Giuliani appare come vera e principale norma di riconoscimento del diritto. Non si tratta di riconoscere ad un tale giudice una possibilità di intervenire, senza limiti, sulle determinazioni del legislatore; si tratta, invece, di ricercare un equilibrio fra il ruolo di quest'ultimo, che dovrebbe evitare la dispersione ed il dettaglio nel suo agire, ed il ruolo di un tribunale supremo (o costituzionale) che dovrebbe delinearsi seguendo alcune direttrici fondamentali: improntare la propria azione ad un'ottica di collaborazione, sia all'interno del collegio, sia con il legislatore e con gli altri giudici; favorire la pubblicità e la diffusione delle sue decisioni; autolimitare la propria azione, tanto nei confronti del legislatore che degli altri giudici. Nella dialettica fra il pensiero dei due grandi filosofi, Giuliani si inserisce per sottolineare che «il rapporto tra legislazione e giurisdizione è un aspetto particolare della divisione della conoscenza e della divisione dei ruoli nell'uso della conoscenza pratica»¹⁰⁶. Un giudice che, seguendo i criteri di un'interpretazione *ex aequo et bono*, si accinga ad adempiere il compito di *supplire*¹⁰⁷ e di *emendare* le leggi dovrebbe adempiere ad una «rigorosa verifica connessa al livello di razionalità e di moralità, che è peculiare della procedura giudiziaria»¹⁰⁸. Torniamo, dunque, ad una questione di fondo: il soggettivismo delle decisioni, l'arbitrio, la ricorrente questione su *quis custodiet custodes*, il problema di evitare che una corte di giudici si trasformi in una corte di politici che amministrano giustizia, questi formidabili interrogativi non cercano soltanto una risposta nei «meccanismi istituzionali di autolimitazione dei poteri...[quanto in] fattori culturali, che trovano il loro fondamento nella prassi costituzionale, nella procedura giudiziaria, nella deontologia della “*professio iurisprudentiae*”»¹⁰⁹. E' solo a partire da questi fattori culturali che sarà possibile sviluppare un itinerario di ricerca sensato di un equilibrio fra legislazione e giurisprudenza, rinviando anche agli aspetti istituzionali, con riferimento ai quali campeggia il tema del processo “equo”.

Dal punto di vista logico, infine, questo impegno per una scienza della legislazione non si distacca dagli esiti della riflessione che già conosciamo: la *nomothesia* vichiana, secondo Giuliani, è da intendersi come *critica della legislazione*, «in quanto utilizza una procedura dialettica, confutatoria,

¹⁰⁶ A. GIULIANI, *op.ult.cit.*, p. 35.

¹⁰⁷ Si noti, però, che questa *supplenza* non deve essere intesa in senso moderno: Giuliani ricorda come già Bacone avesse distinto fra *supplementum legis*, legittimo e necessario, e la sua degenerazione, la *supplantatio legis*: v. A. GIULIANI, *op.ult.cit.*, p. 33.

¹⁰⁸ A. GIULIANI, *op.ult.cit.*, p. 37.

¹⁰⁹ A. GIULIANI, *op.ult.cit.*, p. 40.

giustificativa»¹¹⁰. Anche nel settore della legislazione, come già in quello della giurisdizione, si tratta di rivolgersi ad un'idea di ragione pubblica, sociale, confutatoria, una ragione che diffidi di procedimenti dimostrativi nel campo del diritto (come in quello della politica o della morale) superando un'epistemologia cartesiana che «ignora le operazioni sociali dell'intelletto in quanto astrae dal contesto storico in cui si sviluppa il pensiero»¹¹¹. Giuliani acutamente osserva che, in Vico, lo studio della topica è preferito a quello del sistema, del diritto romano. La topica, infatti, rinvia ad un «uso “sociale” della ragione nello scambio della verità»¹¹². La stessa

storia della legislazione... è un capitolo della storia della intelligenza collettiva, non di sforzi conoscitivi individuali. Il ricordo collettivo conserva avvenimenti ancestrali: le radici del diritto vanno ricercate in un patrimonio che è comune a tutta l'umanità. La filosofia della legislazione deve pertanto trovare nella storia e nella comparazione giuridica il materiale indispensabile per individuare i suoi principi¹¹³.

L'uso della ragione, per la legislazione come per la giurisdizione, impone dunque che, di fronte a questioni complesse in cui sono coinvolti conflitti fra valori, la valutazione giuridica emerga come «impresa collettiva, che matura lentamente nel tempo e nel dissenso»¹¹⁴.

Il saggio di Giuliani sul *legislatore ragionevole*, uno dei più significativi del nostro autore, si conclude con una notazione profetica: *per la natura delle cose*, osserva il nostro autore, «si sta imponendo il ruolo, sempre più incisivo, di “supplenza” delle Corti supreme – nazionali ed internazionali – nella creazione di un nuovo *ius commune* europeo: esso ci appare uno strumento non solo più ragionevole, ma anche più tempestivo rispetto a quello del legislatore ordinario»¹¹⁵. Per Giuliani si tratta di una sfida decisiva, e così ancora appare oggi, quando l'insieme delle relazioni fra corti nazionali ed europee ha approfondito quel processo creativo ma, al tempo stesso, incrementato la dialettica fra formulazione dei principi e dissenso sulla loro configurazione. Però, tutto questo avviene, effettivamente, per opera di una pluralità di giudici, di interessi coinvolti, di *rationes decidendi*, suggerendo che il rinvio di Giuliani ad un uso della ragione centrato sull'intelligenza collettiva, sullo sforzo comune di una pluralità di soggetti, sulle operazioni sociali dell'intelletto non è oggi caduto nel vuoto.

¹¹⁰ A. GIULIANI, *op.ult.cit.*, p. 42.

¹¹¹ A. GIULIANI, *ibidem*.

¹¹² A. GIULIANI, *op.ult.cit.*, p. 43.

¹¹³ A. GIULIANI, *op.ult.cit.*, p. 44.

¹¹⁴ A. GIULIANI, *op.ult.cit.*, p. 45.

¹¹⁵ A. GIULIANI, *op.ult.cit.*, p. 55.

5. *Da Vico a Perelman: Alessandro Giuliani e la nuova retorica.*

«Nella retorica vichiana pare possibile identificare la prefigurazione delle istanze più vive del movimento che fa capo alla ‘nuova retorica’»¹¹⁶. La rivalutazione della retorica, che viene sottratta al ruolo modesto di teoria della forma ornata, è il punto d’incontro fra il grande filosofo napoletano, quello polacco-belga e il nostro: Giuliani, riferendosi a Perelman, nota come egli, «insoddisfatto delle conclusioni – nel dominio dell’azione – di una logica del razionale, ha riscoperto la retorica»¹¹⁷. Come sappiamo, questa insoddisfazione era anche del nostro autore: abbiamo già accennato¹¹⁸ alle coincidenze fra la ricerca dei due studiosi, coincidenze su cui dobbiamo ora tornare. Il punto di partenza mi pare possa essere ancora quello offerto dal nesso fra diritto e linguaggio: la rivalutazione dell’opinione, dei procedimenti di argomentazione e giustificazione che trovano elaborazione, come sappiamo, già nella tradizione classica della retorica, è destinata a contestare le posizioni espresse dal razionalismo cartesiano. Da questo punto di vista, Giuliani condivide con Perelman il rifiuto delle tesi che negano al linguaggio ordinario un ruolo nei processi di acquisizione della conoscenza – o, più precisamente, che gliene riconoscono solo uno di agente perturbatore. Al contrario, al linguaggio ordinario, e con esso anche alla metafora, deve riconoscersi un tale ruolo, che esso assolve, specie in campi come il diritto, dove non è possibile, come sappiamo, conseguire una chiarezza assoluta. Giuliani condivide quindi con la nuova retorica perelmaniana una concezione antiformalistica della logica giuridica che punta sull’uso del linguaggio ordinario e sulla rivalutazione della metafora, sulla rivalutazione della tradizione classica della topica e dunque della attenzione per il caso che prevale su quella per il sistema¹¹⁹. Un confronto approfondito fra il pensiero di Perelman e quello di Giuliani resta un compito ancora inevaso: qui vorrei limitarmi ad alcune brevi considerazioni:

a) se esiste una «profonda interferenza fra fenomeno linguistico e giuridico»¹²⁰ anche il linguaggio prescrittivo e quello metaforico possono essere recuperati da una ragione pratica: la chiarezza non rappresenta un valore assoluto e le metafore fondate su similitudini possono esercitare un ruolo importante nell’uso di un linguaggio giuridico che ritrova nel suo carattere ordinario una prima garanzia di non arbitrarietà. Già la rivalutazione della dialettica nell’ambito del pensiero aristotelico

¹¹⁶ A. GIULIANI, *La filosofia retorica di Vico e la nuova retorica*, cit., p. 157.

¹¹⁷ A. GIULIANI, *op.ult.cit.*, p. 158.

¹¹⁸ V. *supra*, nota 43.

¹¹⁹ A. GIULIANI, *Logica del diritto*, cit., pp. 22 s.

¹²⁰ A. GIULIANI, *op.ult.cit.*, p. 27; ID., *La «nuova retorica» e la logica del linguaggio normativo*, cit., pp. 374 ss.

testimonia che le «*definitions of ethics, law and politics belong to the domain of rhetoric and of dialectics*»¹²¹ e che il linguaggio ordinario

is testimony of an agreement of a *δόξα τῶν πολλῶν*: it has a presumption of truth as its foundation. Such an agreement has in a certain sense a denotative function, inasmuch as it indicates how the collective conscience “sees” a certain object; this seems to be the main road toward establishing a rapport between “words” and “things”¹²².

L'opinione comune si lega alla natura stessa dell'uomo poiché il sapere collettivo è espressione di una «sociabilità che costituisce l'essenza stessa della natura umana»¹²³. In questo ordine di idee, per Perelman come per Giuliani l'opera del giurista, analogamente a quella del filosofo, è essenzialmente lavoro sul linguaggio e sulle sue metafore, nel senso della correzione e della chiarificazione del materiale analogico che ispira l'elaborazione di queste ultime;

b) le tecniche di una ragione pratica e dialettica, orientate da un'idea di ragione retoricamente ispirata, possono essere esercitate quando l'evidenza non può imporsi e le opinioni sono chiamate ad esprimersi nel campo della razionalità in quanto giudizi, fondati sulla competenza o sull'uditorio universale: Giuliani insiste nel considerare il movimento della nuova retorica non «come un sapere chiuso e sistematico»¹²⁴ ma una traduzione sul piano logico-giuridico di istanze della ragione pratica. Il momento del dissenso è costitutivo, in quest'ordine di idee, del ragionamento giuridico e di quello giudiziale in specie, che tende ad assumere carattere critico, dialettico, giustificativo. Per Giuliani, come per Perelman

¹²¹ A. GIULIANI, *The Aristotelian Theory of the Dialectical Definition*, cit., p. 129, dove osserva ancora che «1) problems are *controversial* in the sense that a definitive solution is not possible: they are the reflection of inevitable and uneliminable aporias; 2) techniques of reason are argumentative in as much as they presuppose the collaboration of the parts in a controversial situation, as in a trial...; 3) dialectics offers a logic of relevance in negative terms, i.e., a system of exclusionary rules to eliminate errors in argumentation, i.e. the fallacies; the impossibility of determining the truth does not exclude the definition of the false»: v. p. 130.

¹²² A. GIULIANI, *op.ult.cit.*, p. 132. Di fronte a nozioni confuse è decisiva l'arte dialettica del distinguere la varietà dei significati per contrastare l'abuso sofistico del linguaggio. La «*dialectical definition assumes a perpetual stage of inquiry. Definitions, in short, are subject to revision and correction to be adapted to the case in a controversial situation*»: p. 133.

¹²³ A. GIULIANI, *Logica del diritto*, cit., p. 27. A.A. CERVATI, *op.cit.*, pp. 215 s., scrive a tal proposito che bisogna insistere sulla dimensione collettiva di cui partecipa il linguaggio giuridico secondo le concezioni giulianee e che si tratta di un «linguaggio che ha le sue radici nei sentimenti e nelle convinzioni della collettività considerata nel suo insieme. I giudici di cui parla Giuliani si pongono come interpreti di un insieme di valori almeno parzialmente condivisi dal corpo sociale e storicamente individuabili».

¹²⁴ A. GIULIANI, *Il campo dell'argomentazione*, cit., p. 106.

il dialettico invero non è un semplificatore dei problemi, ma ne mette in evidenza la complessità; rifiuta le identificazioni e le distinzioni nette, ricercando proprio i rapporti di connessione-distinzione¹²⁵.

Il conflitto delle opinioni rinvia perciò ad un sapere collettivo: non agli esercizi di una mente solitaria, del pensatore o del giurista che, nel chiuso del suo studio, elabora teorie filosofiche o giuridiche, ma a quelli di una serie sterminata di persone, portatrici di interessi, impegnate nel tentativo di farli valere sul teatro giuridico e anche su quello politico o etico, sulla base di argomenti che rappresentano gli elementi primi della ricerca dialettica, le ipotesi di un confronto fra argomentazioni che si colora assiologicamente ed eticamente;

c) le posizioni della nuova retorica, infine, come quelle del nostro autore, si distinguono dalle correnti antiformalistiche tradizionali, come quella realista nordamericana o quella europea del diritto libero. Queste ultime avevano esasperato il momento volontaristico del diritto contrapponendo la volontà del legislatore a quella del giudice: da queste correnti non viene «messo in discussione il valore assoluto del concetto moderno di una ‘Ragione’ formale, soggettiva, calcolante in cui è assente il momento della comunicazione intersoggettiva...Un tale antiformalismo ha privilegiato il profilo distributivo, e pertanto politico della giustizia: l’equità stessa ha finito per diventare una politica del diritto, da realizzare sul doppio binario ‘legislatore-giudice’»¹²⁶. All’opposto, nella versione perelmaniana e giuliana dell’antiformalismo giuridico l’esercizio di una ragione pratica diffida fortemente delle onniscienze del legislatore come del giudice, suppone al contrario una divisione del lavoro che corrisponde ad una divisione delle conoscenze pur nella consapevolezza che non sono possibili tagli netti, limiti rigorosi fra le competenze dell’uno e dell’altro. Giuliani sintetizza felicemente quest’ordine di considerazioni con queste parole: «il principale rimedio al soggettivismo di ciò che appare giusto ad un individuo è la intersoggettività delle valutazioni»¹²⁷. Le correnti antiformaliste tradizionali, specie, ma non solo, quelle d’oltreoceano, mettendo in crisi gli esiti della dogmatica giuridica tendono ad avvalersi di altre scienze, come l’economia, la sociologia o l’antropologia. Le certezze vengono desunte così da altre discipline e la diffidenza per le regole del diritto si associa con l’adesione a quelle che governano le suddette discipline. L’antiformalismo di Giuliani e Perelman è consapevole invece di dover fare i conti tanto con il mondo delle regole che con quello della dogmatica giuridica, però rispetto alle regole propone una *relativizzazione* dei testi, che è necessaria come conseguenza della stessa natura del linguaggio normativo; quanto alla dogmatica, come sappiamo, esso si oppone alle

¹²⁵ A. GIULIANI, *ibidem*.

¹²⁶ A. GIULIANI, *Presentazione*, in C. PERELMAN, *Logica giuridica nuova retorica*, cit., p. XI. V. anche *supra*, sub § 2.

¹²⁷ A. GIULIANI, *op.ult.cit.*, p. XII.

rigidità delle elaborazioni sistematiche prediligendo piuttosto una ricerca topica, fondata sul caso, sulla dimensione controversiale della questione giuridica. I conflitti fra le regole, dunque la loro relativizzazione, creano lo spazio dell'argomentazione; gli accordi topici dovrebbero orientarsi ad assicurare «il carattere pubblico, dialettico, intersoggettivo della decisione giudiziale»¹²⁸.

¹²⁸ A. GIULIANI, *op.ult.cit.*, p. XIII.