

CULTURA E DIRITTI

PER UNA FORMAZIONE GIURIDICA

SCUOLA SUPERIORE DELL'AVVOCATURA
FONDAZIONE DEL CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE

rivista trimestrale • anno II • numero 4 • ottobre-dicembre 2013

P L S A
UNIVERSITY
PRESS

Cultura e diritti : per una formazione giuridica / Scuola superiore dell'avvocatura, Fondazione del Consiglio nazionale forense, - Anno 1, n. 1 (gennaio-marzo 2012)-. - Pisa : Pisa university press, 2012-. - Trimestrale

340.05 (22.)

I. Scuola superiore dell'avvocatura 1. Diritto - Periodici

CIP a cura del Sistema bibliotecario dell'Università di Pisa

Scuola Superiore dell'Avvocatura

Fondazione del Consiglio Nazionale Forense

Piazza dell'Orologio, 7 - 00186 Roma

Tel. +39 06 6872866 - Fax +39 06 6873013

Sito web: www.scuolasuperioreavvocatura.it

Direttore Alarico Mariani Marini

Direttore responsabile David Cerri

Direzione scientifica Guido Alpa, Amelia Bernardo, Carla Broccardo, Giuseppe Bronzini, Carlo Calvieri, Adelino Cattani, Giovanni Comandé, Giuseppe Conte, Federico Ferina, Fabio Florio, Francesco Macario, Maurizio Manzin, Giovanni Pascuzzi, Stefano Racheli, Giuseppe Santalucia, Lucia Tria, Umberto Vincenti

Comitato di redazione Gian Luca Ballabio, David Cerri, Vincenzo Comi, Federica D'Angelo, Monica Gazzola, Francesco Miraglia, Maurizio Paganelli, Francesca Paparoni, Federico Puppo, Pier Giovanni Traversa

Segreteria di redazione Silvia Amoruso

Progetto grafico di copertina Sergio Mariani Marini, Tommaso Pucci

Numero chiuso in redazione il 20/12/2013

Hanno collaborato a questo numero: Guido Alpa, Patrizia Bellucci, Elena Borsacchi, Stefania Cavagnoli, Maria Gabriella Di Pentima, Luca Licitra, Fabrizio Macagno, Alarico Mariani Marini, Roberto Negro, Valeria Panzironi, Federico Puppo, Stefano Racheli, Mario Sanino, Bianca Chiara Sinisi

Abbonamento Annuo: € 90,00

Numeri singoli: € 25,00

La richiesta va indirizzata alla segreteria della casa editrice Pisa University Press
(Tel: 050 2212056 - Indirizzo: Lungarno Pacinotti, 43 - 56126 Pisa)

La direzione della rivista esaminerà per le eventuali pubblicazioni gli elaborati ricevuti all'indirizzo e-mail: redazione@scuolasuperioreavvocatura.it

Gli scritti si dovranno uniformare alle indicazioni riportate nei "Suggerimenti per gli autori" reperibili sul sito della Scuola Superiore dell'Avvocatura (www.scuolasuperioreavvocatura.it).

ISSN 2280-6334

ISBN 978-88-6741-189-4

Registrazione presso il Tribunale di Pisa numero 15 del 24 maggio 2012.

Indice

Fuoricampo

- 9 Lo dico in prosa
Un laboratorio per la scrittura degli avvocati
Alarico Mariani Marini

Formazione giuridica, formazione forense

- 15 Meditazioni in tema di motivazione
Stefano Racheli
- 21 Il resistibile declino dell'argomentazione razionale
Luca Licitra
- 33 La formazione del giurista tra teoria e pratica
Bianca Chiara Sinisi

Argomentazione e linguaggio

- 43 Giurisdizione e linguaggio
Patrizia Bellucci
- 55 La lingua di genere e il suo rapporto con il linguaggio giuridico italiano
Riflessioni introduttive
Stefania Cavagnoli
- 63 Argomentare in processo
Il "ragionamento per dicotomie" nella strategia difensiva
Parte seconda
Fabrizio Macagno e Federico Puppo

Diritti umani e fondamentali

- 77 Immigrazione e tutela dei diritti umani nel Mediterraneo:
le grandi sfide dell'avvocatura
Guido Alpa
- 89 Le quote di genere negli organi sociali delle s.p.a. quotate e a controllo pubblico
Profili applicativi e problemi aperti
Valeria Panzironi

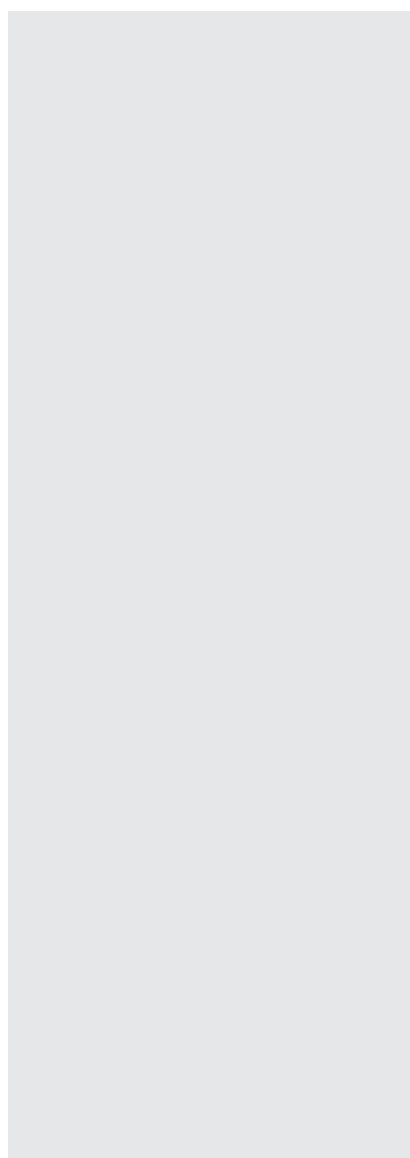
Approfondimenti

- 99 Il processo amministrativo: le impugnazioni
Il doppio grado di giudizio, i principi generali e i mezzi di impugnazione
Parte prima
Mario Sanino
- 111 L'illecito del minore d'età: ricostruzione storico normativa e profili di criticità
della cultura della responsabilità minorile
Elena Borsacchi
- 119 La responsabilità del medico
I rapporti contrattuali di fatto
Maria Gabriella Di Pentima

Cultura e professione

- 127 Giuseppe Verdi avvocato: la censura napoletana di *Un ballo in maschera*
Nicola Bianchi
- 137 Recensione a *Scritti sfaccendati su diritto e letteratura. Da Miguel de Cervantes
a Philip K. Dick* di Michele Salazar e Melania Salazar
Roberto Negro

ARGOMENTAZIONE E LINGUAGGIO



Argomentare in processo

Il “ragionamento per dicotomie” nella strategia difensiva

Parte seconda

Fabrizio Macagno e Federico Puppo

Come dicevamo in precedenza, il ragionamento per opposti interviene fondamentalmente a quattro diversi livelli: la sussistenza dei fatti, la loro definizione e qualificazione e, infine, la valutazione degli aspetti procedurali. Dopo avere analizzato le due prime fasi della controversia, vale a dire la sussistenza e definizione dei fatti, è necessario analizzare il momento della loro qualificazione, ovvero valutazione, e la dimensione strategica della correttezza procedurale. In questi due livelli il ragionamento per opposizioni può fornire tecniche difensive estremamente efficaci.

L'uso delle dicotomie nella valutazione dei fatti

La valutazione dei fatti è un livello subordinato ai primi due, poiché esso si presenta una volta che la sussistenza e la definizione dei fatti medesimi siano già state compiute: in questa fase si tratta, in effetti, di qualificare il fatto tramite cause di giustificazione, scriminanti o scusanti, oppure aggravanti¹. Per esempio, la qualificazione di un'aggressione muta laddove si sia dimostrato che il soggetto attivo abbia agito in stato di legittima difesa ovvero abbia fatto ricorso all'uso di armi bianche o da sparo.

L'esempio classico che la tradizione latina fornisce di questa fase è la qualificazione di un omicidio di un adultero: dopo avere, cioè, stabilito che il fatto sussiste e che esso deve essere definito come omicidio volontario, la discussione verte sul fatto se si sia o meno in presenza di una scriminante, poiché la vittima era un adultero. In queste ipotesi le dicotomie si riversano sulla *stasis* della *qualitas*, cioè del movente:

L'imputato deve fornire il movente dell'omicidio: “Per adulterio”, afferma, “perché per legge si possono uccidere coloro che commettono adulterio”. La legge è chiara [...] e dalla confessione emerge che questi fossero amanti adulteri. “Ma tu” afferma l'accusa, “non potevi ucciderli: tu non eri nel possesso dei tuoi diritti civili”².

A volte, a questo livello, le definizioni possono essere oggetto di controversia, come dimostra il seguente esempio:

¹ CIC., *De Invent.*, I, 12.

² QUINT., *Inst. Or.*, VII, 1, 7-8. Per altro esempio cfr. *ibid.*, V, 10, 32.

Si consideri il caso di un eunuco che commetta adulterio. Il marito è legittimato ad uccidere l'adultero se colto sul fatto; un uomo trova un eunuco a letto con la moglie e lo uccide e viene accusato di omicidio. Qualsiasi cosa l'eunuco stesse commettendo, chiaramente non lo si può definire con sicurezza un adulterio; il fatto (e pure lui) non presentava qualche caratteristica essenziale per definire il reato come adulterio. Tuttavia, questo adulterio incompleto può essere classificato e giudicato come un adulterio? Nel caso lo fosse l'omicidio è da giudicarsi nell'ambito della legge sull'adulterio; nel caso contrario, l'omicidio è volontario³.

Qui la controversia riguarda la valutazione dell'omicidio sulla base della classificazione di un comportamento che dipende dall'introduzione di una nuova categoria, vale a dire i comportamenti illeciti di natura sessuale: è in essi che, in effetti, si colloca l'adulterio, in opposizione ad altri comportamenti che escludono il rapporto sessuale. Le conseguenze di questa classificazione ricadono sulla valutazione dell'omicidio poiché, secondo la legge del tempo, l'omicidio di un adultero escludeva l'antigiuridicità; tuttavia, la classificazione di un eunuco come adultero appare controversa. Anche in questo caso l'opposizione è di natura definitoria e il ragionamento su di essa fondato può essere descritto come segue:

<i>Ragionamento per opposti - valutazione</i>	
PROPOSIZIONI AFFERMATE	PREMESSE IMPLICITE
1. L'omicidio di un adultero è legittimo.	
2. L'omicidio di una persona che non abbia commesso adulterio è illegittimo.	
3. Un eunuco può solo commettere un adulterio incompleto.	
4. DICOTOMIA	O una persona è un adultero, o ha rapporti che non possono essere considerati relazioni matrimoniali.
5. Un adulterio incompleto non può essere considerato una relazione matrimoniale.	
6. (da 4 e 5)	Quindi un adulterio incompleto non è un adulterio.
<p align="center">7. Conclusione preliminare (da 3 e 6) Quindi l'eunuco non può aver commesso adulterio e non può essere considerato un adultero.</p>	
<p align="center">CONCLUSIONE (da 2 e 7) Quindi l'omicidio di un eunuco non è legittimo.</p>	

³ M. HEATH, *The Substructure of Stasis-Theory*, cit., p. 114.

Come si vede, ai fini della costruzione della dicotomia in 4, ciò che è rilevante è la caratteristica semantica “essere una relazione matrimoniale”, che per sua natura comporta un rapporto sessuale. Definendo una nuova categoria semantica, l'accusa non prova che l'eunuco non sia un adultero, ma che non possa essere classificato come tale. La dicotomia fonda, quindi, più che una classificazione vera e propria, un ragionamento che procede da una mancanza di classificazione (un eunuco non ricade nell'interpretazione di “adultero” perché non può avere una relazione matrimoniale) ad una nuova classificazione che esclude l'adulterio (un eunuco è colpevole di una relazione che non è di natura matrimoniale, e quindi il suo omicidio non è legittimo).

Il ragionamento per dicotomie a questo livello della discussione giuridica nell'ambito del *common law* può essere applicato a due differenti tipi di argomentazione: il ragionamento per classificazione ed il ragionamento deliberativo. Dal momento che la *stasis* della *qualitas* riguarda la fase decisoria, la caratteristica peculiare di questo momento dibattimentale è il ragionamento per conseguenze, in cui una decisione è valutata in base alle possibili conseguenze sociali o etiche che essa può avere. Come sottolineato in precedenza nell'esempio del processo ad O.J. Simpson⁴, il ragionamento retorico per dicotomie può essere usato per mostrare come una decisione possa comportare un rischio che l'alternativa esclude. Lo stesso rischio di fornire inesatte istruzioni alla giuria può comportare fraintendimenti nella valutazione delle circostanze attenuanti, generando un ragionamento dicotomico da parte della difesa o della Corte nell'introduzione o nell'ammissione dei fattori attenuanti. Un esempio utile a questo riguardo riguarda l'interpretazione proprio di circostanze attenuanti relativamente alla decisione della condanna capitale nello stato del Texas. In un processo di questo tipo è ovvio che le attenuanti debbono essere considerate; tuttavia la modalità della loro valutazione ha spesso creato gravi conseguenze:

In alcuni stati americani come il Texas, Ohio ed Oklahoma, la condanna capitale dipende essenzialmente dalla valutazione di un fattore controverso, cioè «se vi sia una probabilità che l'imputato commetta in futuro atti criminali violenti che costituiscano una minaccia costante per la società»⁵. Fattori come disturbi mentali o psicosi, o un trascorso di vittima di forti violenze possono essere usati come attenuanti⁶. Tuttavia in alcune cause in Texas ed in Oklahoma (si veda *Streetman v. Lynaugh* e *Eddings v. Oklahoma*) tale istruzione non veniva fornita alla giuria, che si trovava di fronte ad una dicotomia inesatta dal punto di vista interpretativo: cioè se la circo-

⁴ V. la parte prima del saggio pubblicato sul numero 2/2013 di questa *Rivista*.

⁵ Tex. Code Crim. Proc., art. 37.071, (b).

⁶ Per una chiara interpretazione dei fattori mitiganti, si vedano le istruzioni alla giuria dello Stato dell'Ohio, in *Lockett v. Ohio*, 438 U.S. 586, 98 S. Ct. 2954, 57 L. Ed. 2d 973 (1978).

stanza attenuante potesse o meno eliminare la probabilità di future azioni criminali violente da parte dell'imputato⁷.

Più precisamente, nel caso *Streetman v. Lynaugh*, la dicotomia interpretativa ha generato un forte dibattito in cui venivano evidenziate due conseguenze a livello valutativo: in primo luogo, la giuria, posta di fronte a due possibilità classificatorie fondate sull'unico fattore della possibilità di azioni criminali future, avrebbe finito con il classificare la prognosi sulla pericolosità sociale dell'imputato non come attenuante, ma anzi come un'aggravante; ed ecco perché, in secondo luogo, la difesa, temendo proprio tale conseguenza, preferì non introdurre la discussione su tali fattori attenuanti, che apparivano fondati su prove difficilmente confutabili⁸. Nel caso *Eddings v. Oklahoma* fu invece addirittura la Corte ad escludere tali circostanze in quanto irrilevanti: in questo caso si può notare come la valutazione di una pena ridotta (da sentenza capitale a carcere a vita) dipese da due distinti fattori, ossia la valutazione del carattere del reo (e quindi il fattore della pietà) e la previsione di sue possibili azioni future (e quindi il fattore conseguenze).

L'uso delle dicotomie nella *translatio*

Infine, come ricordavamo, il ragionamento per dicotomie interviene nell'ultima fase della *stasis*, cioè nella procedura, anche chiamata *translatio*: quella fase, cioè, che verte sulla valutazione delle condizioni del giudizio, come per esempio le scadenze o la giurisdizione, che si situa al livello di una meta-discussione:

Ma quando la causa dipende da questa circostanza, cioè quando un uomo non cita in giudizio chi dovrebbe, o non può rappresentare la parte in giudizio, o non perora la causa dinnanzi alla corte preposta, o non rispetta le scadenze, o le disposizioni di legge, avanzando la dovuta accusa e richiedendo la dovuta pena, essa dipende dalle eccezioni⁹.

A questo livello, le dicotomie possono essere usate per dimostrare che la procedura utilizzata non è accettabile perché quella che avrebbe dovuto essere adottata era di tipo differente. Mostrando la ragionevolezza di una procedura, di una giurisdizione o di un tipo di domanda si evidenzia quindi l'errore nel perseguimento della possibilità ad essa alternativa. Si veda, per esempio, la seguente parafrasi di un passo di Quintiliano che illustra questa strategia relativa alle dicotomie nella *stasis* della *translatio*, il cui punto controverso è se la domanda di restituzione presentata dall'attore fosse da considerarsi legittima o meno¹⁰:

⁷ *Streetman v. Lynaugh*, 484 U.S. 992 (1988) at 591. Si veda anche *Eddings v. Oklahoma*, 455 U.S. 104, 102 S. Ct. 869, 71 L. Ed. 2d 1 (1982).

⁸ *Streetman v. Lynaugh*, cit., at 591.

⁹ CIC., *De Invent.*, I, 10.

¹⁰ QUINT., *Inst. Or.* III, 6, 70-72.

Si doveva richiedere la restituzione della somma depositata al console e non al pretore, dal momento che la somma è troppo elevata per la competenza del pretore. Non bisognava procedere con una richiesta di restituzione di proprietà (*interdictum*), ma con una domanda (*petitio*) di possesso.

In casi come questo il ragionamento si fonda sui criteri di competenza, che prevedono una disgiunzione tra la giurisdizione del console e quella del pretore, ovvero sulle condizioni di procedibilità di un'azione, diverse a seconda che si tratti di restituzione di proprietà o di possesso. La forza dialettica di questi esempi, soprattutto del primo, è molto forte, perché la dicotomia viene usata per incrementare, fino potenzialmente a renderlo insostenibile attraverso i meccanismi dell'eccezione processuale, l'*onus probandi* della controparte, deducendo ad esempio dalla negazione della legittimità della giurisdizione adottata la competenza alternativa.

Il ragionamento per dicotomie può a tutt'oggi essere usato a questo livello della discussione giuridica, come dimostra il seguente caso del *common law* statunitense, che si riferisce ad un esempio di natura penalistica:

La difesa eccepiva che un perito psicologo di parte aveva fornito una perizia giurata inaccettabile, comprovante la colpevolezza dell'imputato e la credibilità delle dichiarazioni della vittima. La Corte riteneva che la testimonianza dello psicologo relativa alle dichiarazioni della vittima, riguardanti il fatto che la vittima fosse stata oggetto di abusi da parte dell'imputato, era ammissibile, in quanto lo psicologo aveva in cura la vittima e l'identificazione da parte dell'esperto dell'autore dell'abuso era parte essenziale della diagnosi e della cura. La Corte dichiarava che, sebbene l'identificazione da parte dello psicologo dell'imputato come l'autore del crimine costituisse un parere non ammissibile relativo alla colpevolezza dell'imputato, essa non ricadeva in un errore evidente, in quanto la difesa non aveva dimostrato la pregiudizialità di tale testimonianza¹¹.

In questo caso, una dicotomia viene creata tra due tipi di errore: l'errore evidente (c.d. *plain error*), che comporta l'annullamento della decisione, e l'errore procedurale (c.d. *trial error* o "errore per se"), che non provoca tale conseguenza¹². L'accusa, invece di provare che l'errore era semplicemente di questo secondo tipo, sceglieva di mostrare che le condizioni per classificarlo come errore evidente non si verificavano. Il ragionamento può essere rappresentato come segue:

¹¹ *Large v. State*, 2008 WY 22, P 23, 177 P.3d 807, 814 (Wyo. 2008).

¹² Si veda M. TURCONI, *Insufficienza di prova e giudizio di merito sulla colpevolezza in sede di impugnazione nel sistema processuale statunitense*, in *Arch. nuova proc. Pen.*, 1/2010, pp. 1-16.

<i>Ragionamento per opposti a livello procedurale</i>	
PROPOSIZIONI AFFERMATE	PREMESSE IMPLICITE
1. L'errore evidente comporta tre fattori: l'errore, per essere evidente, deve (1) essere chiaramente riportato nella documentazione; (2) essere in chiara e inequivocabile violazione di una legge; e (3) comportare la mancata attribuzione di un diritto al ricorrente che provoca un pregiudizio essenziale.	
2. Il controricorrente non ha provato che la testimonianza era pregiudizievole.	
3. (da 1 e 2)	Il controricorrente non poteva provare che l'errore era evidente.
4. DICOTOMIA	Un errore o è evidente o non è evidente.
5. Conclusione preliminare (da 3 e 4) Quindi non è un errore evidente.	
6.	Un errore o è evidente o è un errore <i>per se</i> (procedurale).
CONCLUSIONE (da 5 e 6) Quindi si tratta di un errore <i>per se</i> (procedurale).	

Questo tipo di ragionamento è piuttosto complesso, perché procede da due distinti processi di ragionamento per dicotomie. La prima dicotomia procede da un ragionamento *ad ignorantiam*¹³, in cui dal fatto che il controricorrente non poteva provare che l'errore era evidente, si deduce che l'errore non era evidente. Il secondo ragionamento procede invece dalla dicotomia tra errore evidente ed "errore per se", o procedurale¹⁴, da cui conclude che non potendo essere l'errore evidente, questo era procedurale.

In questo caso possiamo notare come il ragionamento per *modus tollendo ponens* sia congiunto con un tipo di negazione defaultivo che ha l'effetto di spostare l'onere della prova. Tale strategia è spesso applicata alle routine o ai protocolli: la prova di aver o non aver rispettato una determinata routine o protocollo giustifica la presunzione che l'imputato non sia responsabile per una manchevolezza o un errore, e quindi la conclusione che egli possa essersi comportato negligenemente.

¹³ Lo schema logico è il seguente: Premessa maggiore: Se A fosse vera, allora sapremmo che A è vera. / Premessa minore: Non sappiamo che A è vera. / Conclusione: Quindi A non è vera (cfr. D. WALTON, *Arguments from Ignorance*, The Pennsylvania University Press, University Park, Albany 1996, p. 84).

¹⁴ D. McCORD, *The "Trial"/"Structural" Error Dichotomy: Erroneous, and Not Harmless*, in *U. Kan. L. Rev.*, 45/1996, pp. 1401-1461.

Un caso particolare del ragionamento per dicotomie nella fase procedurale consiste nella creazione di una dicotomia per così dire “artificiale” al fine della classificazione di un fatto determinato, come è avvenuto per esempio in un celebre caso statunitense di diritto del lavoro, *United Steelworkers of America, AFL-CIO-CLC v. Saint Gobain Ceramics*¹⁵, in cui si discute sulla possibilità di instaurare un arbitrato, ovvero ricorrere alle normali forme del giudizio. In punto fatto la causa può essere descritta come segue:

Il 2 marzo 2004 la società licenziava due membri del sindacato per insubordinazione. Il medesimo giorno il sindacato depositava un reclamo contro la legittimità di entrambi i licenziamenti. Il contratto collettivo nazionale del lavoro prevedeva un processo in quattro fasi per la risoluzione delle controversie. Il reclamo del sindacato rispettava tutti i requisiti delle prime tre fasi. Il 29 marzo 2004 la società redigeva una risposta ad entrambi i reclami, ricevuta dal sindacato l'8 aprile 2004. In base al contratto nazionale, il sindacato ha 30 giorni lavorativi per presentare ricorso contro la decisione della società ricorrendo alla quarta fase, l'arbitrato. Qualora il sindacato non comunicasse la decisione di presentare ricorso entro tale termine, il contratto prevede automaticamente la rinuncia, da parte del sindacato, ad avvalersi del diritto di ricorrere all'arbitrato. Il sindacato comunicava la sua decisione di presentare ricorso tramite una lettera datata 19 maggio 2004, ricevuta dalla società il successivo 24 maggio 2004. La società informava quindi il sindacato che la controversia non poteva essere portata dinnanzi all'arbitro in quanto la comunicazione della decisione di avvalersi di tale tipo di procedura era stata ricevuta dopo il termine dei 30 giorni.

Il problema procedurale riguarda un tipico problema di computo dei termini ed in particolare la data del *dies a quo* per calcolare i 30 giorni per depositare l'istanza di arbitrato: se il 29 marzo (data indicata sulla lettera) o l'8 aprile (giorno di ricezione della missiva). Tuttavia la controversia si spostava su un livello precedente, visto che la classificazione della decorrenza dei termini come questione procedurale¹⁶ veniva contestata dalla Corte di prima istanza¹⁷ che introduceva la dicotomia tra termini espliciti e non espliciti. Con ciò si intende fare riferimento ad una distinzione relativa alle clausole temporali, suddivise in due categorie che implicano diverse conseguenze giuridiche: le clausole che esplicitamente stabiliscono le decorrenze dei termini e la giurisdizione, e quelle in cui tali indicazioni non sono presenti. Nel primo caso la decisione andrebbe rimessa al tribunale ordinario, mentre nel secondo caso all'arbitro. Ma a causa di un problema interpretativo, nel caso che ci interessa il concetto di “termine esplicito” e “termine implicito” veniva frainteso e fatto rientrare nel novero dei

¹⁵ *United Steelworkers of America, AFL-CIO-CLC v. Saint Gobain Ceramics* 467 F.3d 540, Oct. 30, 2006.

¹⁶ *Howsam v. Dean Witter Reynolds, Inc.*, 537 U.S. 79 (2002).

¹⁷ Si veda anche *General Drivers, Warehousemen and Helpers, Local Union 89 v. Moog Louisville Warehouse*, 852 F.2d 871 (6th Cir. 1988).

problemi riguardanti l'indicazione del divieto di intentare causa per decorrenza dei termini. Poiché nel contratto collettivo nazionale tali divieti sono espliciti, la Corte di prima istanza riteneva *de plano* che la vertenza dovesse essere rimessa al giudizio del tribunale, rientrando fra le c.d. controversie di natura strutturale. Tale di tipo di ragionamento può essere schematizzato nella solita tabella:

<i>Ragionamento per opposti – fase procedurale</i>	
Una controversia è di carattere <i>procedurale</i> (e quindi deve essere sottoposta ad arbitrato) o di natura <i>strutturale</i> (e quindi deve essere rimessa al tribunale).	
La decorrenza dei termini è di carattere procedurale a meno di un accordo contrario.	
Il contratto prevedeva termini poco chiari senza specificare il foro o la competenza.	
DICOTOMIA REALE	FALSA DICOTOMIA
Le clausole temporali o sono esplicite o sono non esplicite (cioè prevedono esplicitamente o non esplicitamente che la mancata osservanza dei termini è da considerarsi problema strutturale e quindi da sottoporsi al tribunale ordinario).	Le clausole temporali o sono esplicite o sono non esplicite (cioè le conseguenze della mancata osservanza dei termini o sono menzionate o non sono menzionate).
Nell'accordo i termini non erano chiari (la decorrenza non era indicata) e la giurisdizione non era dichiarata.	Nell'accordo i termini temporali, cioè le conseguenze, erano chiari, anche se la loro applicazione non lo era.
Quindi tale questione è da considerarsi di natura procedurale.	Quindi tale questione è da considerarsi di natura strutturale.

In questo caso possiamo notare come la dicotomia da cui derivare conseguenze di livello procedurale dipenda in realtà da un problema interpretativo, in cui il concetto chiave che stabilisce il genere semantico, cioè “esplicito”, può essere differentemente interpretato, creando distinzioni e quindi paradigmi differenti.

L'uso strategico della dicotomia nella fase della *translatio* può così anche fondarsi su una tecnica interpretativa. In questi casi, uno dei termini di una dicotomia preesistente viene interpretato in modo da creare una dicotomia caratterizzata da nuove alternative ma dalle medesime conseguenze sul piano procedurale. Ciò che l'interpretazione consente è la classificazione del caso in questione con la conseguente esclusione delle conseguenze opposte.

Si consideri a tale riguardo il famoso caso *Nike, Inc. v. Kasky*¹⁸, risolto con un accordo transattivo, e che possiamo ricostruire come segue:

La Nike veniva citata in giudizio da Kasky, un privato cittadino, per pubblicità ingannevole, sulla base della falsità delle comunicazioni e della pubblicità da parte della

¹⁸ *Nike, Inc. v. Kasky*, 539 U.S. 654 (2003).

società relativamente alle condizioni di lavoro nei suoi stabilimenti stranieri. Nike eccepiva l'ammissibilità della domanda, depositando un *demurrer* con cui si appellava al 1° emendamento della Costituzione, che sancisce la libertà di parola. Il Tribunale emette una sentenza di primo grado, in seguito confermata in appello, a favore della Nike, classificando le sue dichiarazioni come "discorso pubblico" in quanto relativo a questioni concernenti temi di rilevanza pubblica. Nel 2002 la Corte Suprema della California annulla tale sentenza, ritenendo piuttosto esistenti elementi essenziali di un "discorso commerciale" (natura commerciale del parlante, dell'audience e del messaggio), tutti soddisfatti dalle dichiarazioni della Nike. La Corte Suprema Americana archivia infine il caso per intervenuta transazione, con una pronuncia in cui però la maggioranza dei giudici si dichiaravano contrari alla classificazione stabilita della Corte Suprema della California su che cosa debba essere ritenuto "discorso commerciale", pur mantenendo ferme le conseguenze procedurali.

Questo caso è estremamente significativo, in quanto l'opposizione "discorso commerciale – discorso pubblico" si gioca sull'interpretazione del concetto di finalità del discorso: se lo si ritiene diretto ai clienti in quanto tali si tratta di discorso commerciale, mentre se lo si ritiene diretto ai clienti in quanto cittadini – e quindi con principi etici da difendere – si tratta di discorso pubblico. I termini della dicotomia, lasciati vaghi nella giurisprudenza americana¹⁹, sono interpretati per essere applicati al caso in questione, in cui l'oggetto della discussione si ritiene essere di rilevanza commerciale. La creazione di una nuova dicotomia, motivata da considerazioni di carattere politico e sociale²⁰, specifica e modifica la preesistente definizione di "discorso commerciale", cioè «discorso che non fa altro che proporre una transazione di natura economica»²¹, stabilendo che esso invece debba essere inteso come «discorso indissolubilmente connesso all'attività commerciale»: categoria in cui si fa rientrare «qualsiasi cosa detta da chiunque sia coinvolto nel commercio ad un uditorio di clienti o persone che possa influenzare clienti reali o potenziali, e che veicoli informazioni riguardanti se stesso che possano facilmente influenzare le scelte commerciali di questi ultimi»²². La nuova definizione ebbe come effetto di rendere impossibile, per i ricorrenti della Nike, chiedere il rigetto dell'opposizione e quindi concludere che il proprio discorso avrebbe dovuto essere considerato di natura pubblica.

Conclusioni

Le dicotomie sono il fondamento di una forma di argomentazione molto sfruttata nell'ambito del ragionamento giuridico. La tradizione dialettica greca, la-

¹⁹ Si veda la sentenza che ha introdotto tale fattispecie: *State Bd. of Pharmacy v. Va. Citizens Consumer Council*, 425 U.S. 748, 780 (1976).

²⁰ *Nike, Inc. v. Kasky*. Certiorari to the Supreme Court of California. No. 02-575. Argued April 23, 2003-Decided June 26, 2003, p. 22.

²¹ *United States v. United Foods, Inc.*, 533 U.S. 405, 409 (2001).

²² Cfr. *Kasky v. Nike*, 27 Cal. 4th 939, 960 (2002).

tina e medioevale²³ ha sottolineato, lo si è visto, la grande importanza della strategia dell'affermare negando, soprattutto nell'ambito delle discussioni giuridiche. Dagli esempi che abbiamo presentato, tratti dal sistema Statunitense (che a nostro avviso possono facilmente rispecchiare esempi dell'ordinamento interno), si può comprendere come tale modello classico possa essere usato per analizzare e comprendere determinati fenomeni dialettici che si possono ritrovare nell'esperienza processuale odierna.

Ciò che va in ogni caso ricordato è la struttura del ragionamento per opposti, che come abbiamo visto nei nostri esempi si fonda essenzialmente su un paradigma (ovvero un ambito di scelte possibili) di natura causale o semantico, il quale può essere condiviso o semplicemente presupposto come tale. Se concepiamo i paradigmi come particolari forme di *commitment* (cioè impegni a sostenere una data posizione nel corso di una argomentazione o discussione) di tipo implicito, possiamo notare come le dicotomie possano essere usate per due finalità distinte: costringere l'interlocutore ad ammettere una specifica proposizione oppure derivare da essa una particolare conclusione. Nel primo caso il paradigma disgiuntivo viene usato nelle domande per limitare le possibili risposte dell'interlocutore: evidenziando l'irragionevolezza della possibile alternativa, questi è costretto a fornire una specifica risposta, e quindi ad assumere un *commitment* che molto spesso viene usato contro di lui. Nel secondo caso il paradigma disgiuntivo è usato come premessa di un sillogismo *tollendo ponens*, in cui una conclusione viene provata tramite l'esclusione delle possibili alternative. In entrambi i casi la premessa disgiuntiva è considerata come parte della conoscenza condivisa e viene sfruttata per vincolare l'interlocutore ad una particolare proposizione, esplicitamente (tramite domande) o dialogicamente (tramite il ragionamento dialettico e la soddisfazione dell'*onus probandi*).

Da quanto sin qui detto emergono in particolare due profili, riguardanti la possibilità di imporre un nuovo paradigma e il fine per cui è impiegato. Come emerge dall'analisi, i paradigmi possono essere di natura causale, istituzionale o semantica, e la creazione di un'alternativa dicotomica comunemente accettata, o la creazione di una nuova opposizione di concetti o conseguenze, avviene tramite la ridefinizione di concetti, di normative o di nessi di causa-effetto. La strategia più sottile e difficilmente individuabile è però la ridefinizione di paradigmi semantici, soprattutto in quei casi in cui il concetto ridefinito è ambiguo o vago.

Il ragionamento per dicotomie o per opposti è poi, lo abbiamo detto, utilizzato in diversi modi e per differenti finalità. Adottando una schematizzazione funzionale, e suddividendo così il discorso giuridico in quattro fasi, distinte in base al loro scopo ed oggetto dialettico, si può notare come il ragionamento disgiuntivo possa essere estremamente efficace per stabilire i fatti, classificare un

²³ Si veda I. ANGELELLI, *The techniques of disputation in the History of Logic*, in *The Journal of Philosophy*, 67/1970, p. 808.

evento, per fondare valutazioni o scusanti, e per provare possibili errori o eccezioni procedurali. Evidenziando o manipolando le possibili alternative è possibile mostrare la necessità o l'inevitabilità di una scelta, far ricadere un caso in una specifica fattispecie, giustificare un'azione criminosa o provare l'esigenza o l'inammissibilità di uno specifico gioco dialogico. All'interno di ogni fase il ragionamento per dicotomie può agire in combinazione con particolari strategie dialettiche, e in particolare può associarsi alla negazione defaultiva spostando l'onere della prova sulla controparte.

Tutto ciò richiede ovviamente la necessità di approfondire l'indagine qui proposta anche con riferimento a casi dell'esperienza processuale italiana, per verificare se gli schemi argomentativi in questa sede proposti ed analizzati siano effettivamente fruibili e validi.