

En los orígenes de la moderna hermenéutica contractual: la doctrina del *status causae legal scriptum/voluntas*. Una reflexión entre retórica y derecho.

Por: Federico Procchi

Universidad de Pisa – Departamento de Derecho

Resumen: *La presente investigación se inspira en el renovado interés de la abogacía italiana y, al mismo tiempo, de la comunidad científica romanista internacional por el estudio y la enseñanza de las técnicas argumentativas que encuentran su matriz en la retórica clásica greco-romana, entendida como una verdadera ars (en el sentido de disciplina técnica, que responde a reglas teóricas precisas). Con particular atención a la doctrina de los status causae legales, la contribución propone leer las modernas disposiciones de la hermenéutica contractual literal y subjetiva a la luz de la oposición oratoria entre scriptum (contenido literal del texto) y voluntas (intención real del escritor) en el análisis de un texto normativo o de negociación, con el fin de verificar la posible utilización por parte del jurista práctico moderno (en primer lugar, el abogado) de una “tópica” bien definida y probada para el desarrollo del proceso contradictorio.*

Palabras clave: *técnicas argumentativas forenses - retórica judicial - status causae legales - scriptum/voluntas - hermenéutica contractual - interpretación literal - interpretación lógica*

Riassunto: *La presente indagine prende le mosse dal rinnovato interesse della classe forense italiana e, parallelamente, della comunità scientifica romanistica internazionale per lo studio e l'insegnamento delle tecniche argomentative che trovano la loro matrice nella retorica classica greco-romana, intesa come vera e propria ars (nel senso di disciplina tecnica, che risponde a precise regole teoriche). Con particolare riguardo alla dottrina degli status causae legales, il contributo propone di leggere le moderne disposizioni di ermeneutica contrattuale letterale e soggettiva alla luce della contrapposizione oratoria tra scriptum (tenore letterale del testo) e voluntas (reale intenzione di chi scrisse) nell'analisi di un testo normativo o negoziale, al fine di ve-*

rificare il possibile impiego da parte del moderno giurista pratico (innanzitutto, l'avvocato) di una "topica" ben definita e collaudata per lo sviluppo del contraddittorio.

Parole chiave: *tecniche argomentative forensi – retorica giudiziale – status causae legales – scriptum/voluntas – ermeneutica contrattuale – interpretazione letterale – interpretazione logica*

Abstract: *This investigation takes its cue from the renewed interest of the Italian legal profession and, at the same time, of the international scientific community of Roman law in the study and teaching of argumentative techniques that find their matrix in classical Greco-Roman rhetoric, understood as a veritable ars (in the sense of technical discipline, which responds to precise theoretical rules). With particular regard to the doctrine of status causae legales, the contribution proposes to read the modern provisions of literal and subjective contractual hermeneutics in the light of the oratorical opposition between scriptum (literal tenor of the text) and voluntas (real intention of the writer) in the analysis of a normative or negotiation text, in order to verify the possible use by the modern practical jurist (first and foremost, the lawyer) of a well-defined and tested "topics" for the development of the adversarial process.*

Keywords: *forensic argumentative techniques - judicial rhetoric - status causae legales - scriptum/voluntas - contract hermeneutics - literal interpretation - logical interpretation.*

Sumario: *1.- Prólogo. 2.- La retórica como Ars. 3.- La búsqueda de argumentos jurídicos concluyentes y la doctrina del status causae: Esquema. 4.- Hermenéutica contractual e identificación de la intención común de las partes. 5.- En los orígenes de la dicotomía entre interpretación literal e interpretación lógica: el status causae legal scriptum/voluntas. 6.- Breves observaciones finales.*

1.- Prólogo:

Numerosos estudios cíclicos han ilustrado, desde distintos puntos de vista, hasta qué punto los sistemas jurídicos modernos de *Civil Law* y *Common Law* son deudores de la llamada "tradición romanística", pero sólo en tiempos mucho más recientes se ha despertado un renovado interés por la técnica retórica y sus influencias en el mundo del Derecho civil y penal.

Las técnicas argumentativas de la tradición oratoria greco-romana son, en particular, objeto de gran interés en la actualidad, tanto en los

círculos de la práctica jurídica, fuertemente motivados en la búsqueda de planes de formación para el aprendizaje de los jóvenes juristas, como en el ámbito de la reflexión científica académica.

Han pasado unos veinte años desde que un pequeño grupo de juristas comenzó a reunirse en Roma, en los locales del “Centro per la formazione e l'aggiornamento professionale degli avvocati”, establecido en la sede del Consiglio Nazionale Forense (Consejo Nacional de la Abogacía).

Se trataba de un proyecto audaz e ilusionante basado en una mesa de trabajo permanente en la que se convocó a distintas generaciones de la abogacía nacional y extranjera, a profesores universitarios y magistrados, así como a destacados representantes de diversos colegios profesionales, con la convicción de que sólo del diálogo y la comparación podrían nacer caminos culturales válidos para ser compartidos en el ambicioso proyecto de proponer nuevos modelos formativos para la abogacía del siglo XXI; de este “laboratorio” nacería en 2007 una nueva fundación del Consiglio Nazionale Forense, que sigue funcionando en la actualidad con el nombre de Scuola Superiore dell'Avvocatura (Escuela Superior de la Abogacía).

Desde las primeras reuniones, se constituyó un grupo de trabajo al que se encomendó la tarea de verificar la posibilidad de superar ciertos aspectos de la dimensión más exquisitamente empírica y, por así decirlo, “artesanal” de la práctica forense, reconduciéndolos a una verdadera “metodología didáctica” que se impartiera en las Scuole Forensi (Escuelas Forenses) ya establecidas en diversas partes de Italia desde hacía varias décadas.

De este modo, juristas experimentados, destacados romanistas, distinguidos filósofos del derecho y jóvenes novicios empezaron a razonar juntos sobre la posibilidad de aprovechar ciertas piedras angulares didácticas que podían extrapolarse de la tradición secular de preceptos dialécticos y retóricos, adaptándolos -si fuera necesario- a las peculiaridades de los sistemas jurídicos modernos.

Al mismo tiempo, en el plano más puramente académico, fue cobrando fuerza una nueva corriente de investigaciones científicas “entre la norma y la persuasión”,¹ que ha enriquecido considerablemente el debate jurídico en las últimas décadas, recurriendo una vez más a herramientas hermenéuticas cuyo uso se había “desvanecido” de algún modo con el paso del tiempo, o había sobrevivido en tratamientos no siempre plenamente conscientes de todas las implicaciones y facetas técnicas de esta rama del saber.

El cuadro general del renovado interés por “la fascinación de la comunicación, entre lo antiguo y lo actual” se completa, por último, con la multiplicación de concursos declamatorios (*moot courts*, negociaciones asistidas simuladas, *etc.*) organizados en contextos heterogéneos y con modalidades diversas, pero siempre concebidas como herramientas insustituibles e indispensables para la formación de juristas en ciernes.

2.- La retórica como *Ars*:

En la antigua Roma, la enseñanza de la retórica solía durar al menos tres años, dedicados, según un orden preestablecido, el primero a la lectura, el segundo a la escritura y el tercero a la expresión oral. Este “plan de estudios” podía completarse provechosamente con un cuarto año, dedicado sobre todo al estudio del derecho y la filosofía.

1 Cf. R. Martini, *Antica retorica giudiziaria (Gli 'status causae')*, en *Studi Senesi*, 116, 2004, p. 32 y ss., también disponible *en línea*, en *Diritto@Storia*, 3, 2004, en: <https://dirittoestoria.it/3/TradizioneRomana/Martini-Antica-Retorica-Giudiziaria.htm>. En el siglo XX, como es bien sabido, la primera “temporada” de estudios sobre el tema fue inaugurada por el fundamental ensayo de J. Stroux, “*Summum ius, summa iniuria*”. *Ein Kapitel aus der Geschichte der 'Interpretatio iuris'*, en *Festschrift Paul Speiser-Sarasin zum 80. Geburtstag am 16. Oktober 1926*, Basler Druck & Verlags-Anstalt, Basilea, 1926, p. 115 y ss. (trad. it. por G. Funaioli, con prefacio de S. Riccobono, en *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo*, 12, 1929, p. 639 y ss.).

Los alumnos eran formados por maestros en los tres géneros canónicos de la elocuencia antigua: el deliberativo (destinado a orientar el voto de una asamblea política), el epidíptico (destinado a alabar o culpar a un sujeto en particular) y el judicial (que se utilizaba en los tribunales, durante los juicios para acusar o defender) aprendiendo a articular sus discursos según un esquema preciso (*exordium, narratio, argumentatio y peroratio*), en el que se ponían en valor los resultados de los distintos momentos de profundización (*inventio, dispositio, elocutio, memoria y actio/pronuntiatio*)².

Así nació un auténtico “libro de preceptos” para la formación de jóvenes oradores: sugerencias prácticas para el estudio ordenado y exhaustivo de los diversos aspectos de las controversias que se debaten en los tribunales, y vías argumentativas para ilustrar mejor a los jurados juzgadores las debilidades de los argumentos de la otra parte y los méritos de los propios.

La racionalidad del método constituye el fundamento de lo que los griegos no dudaron en calificar de τέχνη³ y que los romanos llamaron *ars*.⁴ Al principio, en efecto, los oradores romanos se formaban en las escuelas griegas más célebres (en primer lugar las escuelas asiática y ro-

2 Véase, para todos, B. Mortara Garavelli, *Manuale di retorica*, Bompiani, Firenze-Milano, 2018, *praecipue* p. 20 y p. 79 y ss.

3 Sobre este punto, véase C. Venturini, *L'argomentazione giuridica: dalla retorica classica alla moderna argomentazione*, en *L'argomentazione e il metodo della difesa*, A. Mariani Marini, F. Procchi (a cura di), Pacini Editore, Pisa, 2013, pp. 13-33, *praecipue* p. 15 y ss., ahora en Id., *Scritti di diritto penale romano*, F. Procchi, C. Terreni (a cura di), II, Wolters Kluwer-CEDAM, Padova, 2015, pp. 881-909, *praecipue* p. 884 y ss., con indicación de más bibliografía.

4 P. Cerami, “*Honeste et libere defendere*”: *i canoni della deontologia forense secondo Marco Tullio Cicerone*, in *Iura*, 49, 1998 [publ. 2002], pp. 1-24, *praecipue* p. 2 y s., reproducido -con algunas adiciones- en la contribución titulada *Le radici storiche: 'ars rethorica' ed esperienza forense ciceroniana*, in P. Cerami, G. Di Chiara, M. Miceli, *Profili processualistici dell'esperienza giuridica*

diana) y sólo en la segunda década del siglo I a.C. es posible encontrar un tratado escrito en latín: la *Rhetorica ad Herennium*, que la erudición moderna se inclina justificadamente a atribuir a un retórico llamado Cornificio y ya no a Cicerón.⁵ Hacia finales del siglo I d.C. Quintiliano publicó la monumental *Institutio oratoria* en 12 libros, con el objetivo de resumir con fines didácticos todas las doctrinas principales de la retórica antigua, comparándolas con precisión sistemática.⁶

Las enseñanzas destiladas por los retóricos para sus alumnos no deben entenderse ciertamente como “reglas” férreas e inmutables, buenas para todas las épocas, que deban aplicarse automáticamente y sin sentido crítico cuando se den determinados supuestos. Son, más bien, un manual detallado y articulado de “pautas”, por así decirlo, concebidas, en primer lugar, para orientar correctamente las elecciones que se han de hacer en la fase de búsqueda de ideas y argumentos que puedan utilizarse (*inventio*) y, en segundo lugar, para presentarlos al juez de manera ordenada (*dispositio*), ocupándose luego de la corrección, la claridad, la elegancia y la pertinencia expositiva (*elocutio*), las técnicas de memorización (*memoria*) para no omitir ningún punto esencial de la urdimbre argumentativa y, por último, los rasgos externos de la comunicación (*actio/pronuntiatio*) como, por ejemplo, la impostación de la voz, la modulación del tono, la conducta y los gestos.⁷

A lo largo del siglo XVI, por razones en las que no es posible detenerse aquí, el estudio de la *inventio* y la *dispositio* pasó a ser prerrogativa

europaea. Dall'esperienza romana all'esperienza moderna, Giappichelli, Torino, 2003, pp. 289-310, *praecipue* p. 290 y s.

5 Véase, por todos, G. Calboli, ‘Cornifici seu incerti auctoris >*Rhetorica ad C. Herennium*<’, I, *Prolegómenos, edición, traducción, comentario y léxico*, De Gruyter, Berlin-Boston, 2020.

6 Cf. B. Mortara Garavelli, *Manuale*, cit., p. 51 y ss.

7 Por supuesto, las tres primeras partes canónicas de la oratoria se referían tanto a la comunicación escrita como a la oral, mientras que las dos últimas eran patrimonio exclusivo de esta última.

de la “dialéctica” y la retórica, para entonces sustancialmente huérfana de los preceptos destinados a la identificación/selección y presentación de contenidos, inició un lento camino que pronto llevaría a la mayoría a identificarla únicamente con la *elocutio*. Todavía hoy, de hecho, en el lenguaje común, el término se utiliza a menudo para indicar un discurso vacuo y pomposo.⁸

Sin embargo, como se ha dicho, el *ars rhetorica* es algo muy distinto y es precisamente su marco técnico y metodológico el que constituye, en mi humilde opinión, el legado más interesante y valioso para la formación de los jóvenes juristas. Para evitar equívocos, conviene señalar que en modo alguno pretendo proponer una “superestructuración” servil de todos los preceptos de la oratoria clásica en el presente: la experiencia forense que acompaña a mi compromiso académico me hace conocedor en muchos aspectos de las peculiaridades del derecho vigente, tanto en su vertiente sustantiva como procesal.

En particular, creo que todos los profesionales que pretendan probar suerte en la lectura de los tratados retóricos o, al menos, de la *summa* pedagógica de la *Institutio oratoria*, deben tener en cuenta tres advertencias fundamentales:

- la raíz de la distinción que hace Aristóteles⁹ de las “pruebas” (πίστεις) en “técnicas” (ἐντεχνοί) y “atécnicas” (ἄτεχνοί),¹⁰ los argumentos lógicos, propios del arte de la retórica, son recon-

8 Cf. R. Martini, *Antica retorica*, cit., p. 30 y ss.

9 Como es bien sabido, la retórica aristotélica fue responsable de la reorganización en aparatos de gran parte de las prácticas argumentativas y discursivas. En cuanto, por otra parte, a las enseñanzas dedicadas a una disciplina que el filósofo de Estagira consideraba distinta de la “retórica” propiamente dicha y que denominó “dialéctica”, véase ahora E. Stolfi, *Gli attrezzi del giurista. Introduzione a las prácticas discursivas del derecho*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 181.

10 Arist. *ret.* 1355 b 35-39: τῶν δὲ πίστεων αἱ μὲν ἄτεχνοί εἰσιν αἱ δ' ἐντεχνοί. ἄτεχνα δὲ λέγω ὅσα μὴ δι' ἡμῶν πεπóρισται ἀλλὰ προῦπήρχειν, οἷον μάρτυρες

ducidos al primer tipo y asumen así una relevancia central en la dialéctica del juicio del mundo greco-romano.¹¹ Los legisladores modernos, en cambio, atribuyen una fe privilegiada a medios de prueba como los testimonios, las confesiones y los documentos, que los antiguos habrían considerado “atécnicos” en la medida en que aportan datos directamente utilizables y que no deben encontrarse aplicando un método lógico-argumentativo;¹²

- el principio de legalidad, en su acepción actual, es un producto relativamente reciente, derivado del Iluminismo. Su canonización se identifica comúnmente en el brocardo *nullum crimen, nulla poena sine lege*, acuñado por Paul Johann Anselm von Feuerbach (1775-1833), padre del *Codex Iuris Bavarici Criminalis* de 1813. Aunque pueden encontrarse algunos rastros de ella en épocas anteriores, especialmente en el Cap. XXXIX de la *Magna Charta libertatum* (el documento otorgado el 15 de junio de 1215 por el rey Juan de Inglaterra, considerado el fundamento de las libertades constitucionales inglesas),¹³ no puede reflejarse acriticamente y retrospectivamente en el estudio del proceso acusatorio romano.¹⁴ Hay que añadir, además, que el recurso a la analogía, incluso en el ámbito penal, es en prin-

βάσανοι συγγραφαι και ὅσα τοιαῦτα, ἔντεχνα δὲ ὅσα διὰ τῆς μεθόδου και δι' ἡμῶν κατασκευασθῆναι δυνατόν, ὥστε δεῖ τούτων τοῖς μὲν χρῆσασθαι, τὰ δὲ.

11 Para un análisis del concepto retórico de “prueba técnica”, realizado a la luz de los textos de Aristóteles y Quintiliano, véase G. Cossa, *Reflexiones sobre la distinción entre pruebas “técnicas” y “atécnicas” en Grecia y Roma*, en *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 83, 2017, p. 299 y ss.

12 Cf. B. Mortara Garavelli, *Manuale*, cit., p. 32 y s.

13 Véase T. Padovani, *Diritto penale*¹⁰, Giuffrè, Milano, 2012, p. 17.

14 Cf. C. Venturini, *Difesa e legge: un rapporto non pacifico*, en *Studi per Giovanni Nicosia*, VIII, Giuffrè, Milano, 2007, p. 369 y ss., *praecipue* p. 378, ahora en *Id., Scritti di diritto penale romano*, II, cit., p. 911 y ss., *praecipue* p. 918.

cipio admisible en la lógica procesal antigua y, de hecho, esta técnica interpretativa se consagra en un preciso *status legalis*: la llamada *ratiocinatio*;¹⁵

- En los juicios romanos, tanto civiles como penales, la decisión del litigio no se confía a jueces profesionales y la sentencia adoptada no prevé ninguna obligación de motivación. Esto significa que el perfil, por así decirlo, de la sollicitación “empática” de la argumentación jurídica, la llamada “moción de los afectos” (*permotio adfectus*), puede desempeñar un papel más incisivo de lo que debería ser el caso en la fisiología de la práctica judicial moderna.

Tales diferencias “estructurales” significativas, sin embargo, no impiden, en mi humilde opinión, *mutatis mutandis*, que muchos aspectos de la preceptiva oratoria puedan ser provechosamente revitalizados y puestos en valor por los juristas actuales, principalmente por los abogados en formación

3.- La búsqueda de argumentos jurídicos concluyentes y la doctrina del *status causae*: Esquema:

Aquí me gustaría centrarme en un aspecto concreto de la *inventio*, el que permite al orador identificar la cuestión fundamental que merece ser debatida y los distintos argumentos que pueden invocarse a favor o en contra de una determinada argumentación jurídica.

Me refiero a la doctrina comúnmente denominada *constitutio causae* o *status causae*, entendida correctamente, según la feliz definición

15 Véase R. Martini, *Antica retorica*, cit., p. 76, p. 83 y ss. Para un examen exhaustivo de la reflexión romana sobre la interpretación del Derecho penal en esta perspectiva específica, véase, por todos, M. Scognamiglio, *Nullum crimen sine lege. Origini storiche del divieto di analogia in materia criminale*, Brunolibri Editore, Salerno, 2009, *praecipue* p. 74 ss.

de Remo Martini, como «el nudo de la controversia, el aspecto sobresaliente en torno al cual gira toda la cuestión y que surge de un enfrentamiento entre afirmaciones»,¹⁶ cuya división canónica prevé cuatro estados racionales (*coniectura, definitio, qualitas* y *translatio*) y cuatro jurídicos (*scriptum/voluntas, leges contrariae, ratiocinatio* y *ambiguitas*).

En particular, trataré de dialogar a distancia con mi querido Amigo y Colega Gerardo Lozano Alarcón sobre el tema de la hermenéutica de los contratos, proponiendo leer ciertos Principios Unidroit en el “prisma” del *status causae* jurídico que contrasta el sentido literal de lo escrito por las partes (*scriptum*) con su intención real (*voluntas*).

4.- Hermenéutica contractual e identificación de la intención común de las partes:

El capítulo cuarto de los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales está dedicado, como es bien sabido, a la interpretación y se abre con dos artículos fundamentales:

Artículo 4.1

(Intención de las partes)

(1) El contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes.

(2) Si dicha intención no puede establecerse, el contrato se interpretará conforme al significado que le habrían dado en circunstancias similares personas razonables de la misma condición que las partes.

16 Así, R. Martini, *Antica retorica*, cit., p. 44: «... il concetto di *status causae*, da intendersi, nonostante qualche discrepanza negli autori, come il nocciolo della controversia, l'aspetto saliente intorno a cui ruota tutta la questione e che nasce da una contrapposizione di affermazioni».

Artículo 4.2

(Interpretación de declaraciones y otros actos)

(1) *Las declaraciones y otros actos de una parte se interpretarán conforme a la intención de esa parte, siempre que la otra parte la haya conocido o no la haya podido ignorar.*

(2) *Si el párrafo precedente no es aplicable, tales declaraciones y actos deberán interpretarse conforme al significado que le hubiera atribuido en circunstancias similares una persona razonable de la misma condición que la otra parte.*

En ambos artículos citados, el primer punto de referencia para la interpretación tanto del contrato como de la declaración negocial y los demás actos es la “intención” y sólo cuando ésta no pueda ser constatada parece que puede aplicarse el canon subsidiario del «significado que le hubiera atribuido en circunstancias similares una persona razonable», que debe evaluarse a la luz del parámetro del *homo eiusdem conditionis ac professionis* es decir, el “hombre medio” situado en su esfera social y profesional en el momento en que se alcanzó el acuerdo.

Se trata, al fin y al cabo, de la misma elección realizada con respecto a la interpretación del contrato por los PECL¹⁷ y con respecto a las decla-

17 Artículo 5:101: Reglas generales de interpretación. (1) Los contratos se interpretarán conforme a la intención común de las partes, incluso cuando dicha interpretación no coincida con el tenor literal de las palabras utilizadas. (2) Si se demuestra que una parte buscó dar un sentido particular al contrato y que la otra parte no podía ignorar dicha intención en el momento de celebrarlo, el contrato deberá interpretarse en el sentido dado por la primera. (3) Si la intención de las partes no pudiera juzgarse conforme a los apartados (1) y (2), el contrato se interpretará en el sentido que normalmente le daría toda persona razonable de igual condición que las partes, en caso de encontrarse en idénticas circunstancias [Trad. por el Profesor Dr. Fernando Martínez Sanz, representante español en la Comisión de Derecho europeo de los contratos]. Véase también DCFR, II.-8:101: Normas generales. (1) Los contratos se interpretarán de conformidad con la intención común

raciones y la conducta de cada parte por la Convención de Viena sobre Compraventa de 1980.¹⁸

El orden operativo adoptado para la formulación de estos dos artículos de los principios parece, por tanto, sugerir al intérprete una sucesión lógica a seguir, aunque no siempre sea fácil distinguir claramente, desde un punto de vista cronológico, los dos momentos (subjeto y objetivo) tomados en consideración.¹⁹ Sólo cuando subsiste la duda, en efecto, el intérprete parece autorizado a recurrir al criterio de la “razonabilidad”

de las partes, incluso cuando ésta no coincida con el significado literal de las palabras utilizadas. (2) Si una parte quiso dar un sentido determinado al contrato o a una cláusula o término del mismo y en el momento de la celebración del acuerdo la otra parte conocía o es razonable suponer que conocía esta intención, el contrato deberá interpretarse en el sentido dado por la primera. (3) El contrato se interpretará de la forma que normalmente lo haría una persona razonable: (a) si no se puede determinar la intención de las partes de acuerdo con lo dispuesto en los dos apartados anteriores; o (b) si la cuestión surge respecto a una persona que no es parte del contrato o que por ley no tiene mejor derecho que si lo fuera, y que razonablemente y de buena fe confió en el significado aparente del contrato [Trad. coordinada por Carmen Jerez Delgado].

18 Artículo 8: 1) A los efectos de la presente Convención, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme a su intención cuando la otra parte haya conocido o no haya podido ignorar cuál era esa intención. 2) Si el párrafo precedente no fuere aplicable, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme al sentido que les habría dado en igual situación una persona razonable de la misma condición que la otra parte. 3) Para determinar la intención de una parte o el sentido que habría dado una persona razonable deberán tenerse debidamente en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso, en particular las negociaciones, cualesquiera prácticas que las partes hubieran establecido entre ellas, los usos y el comportamiento ulterior de las partes.

19 Cf. F. Carocchia, *L'interpretazione del contratto. Il modello dei Principi UNIDROIT per i contratti commerciali internazionali nel confronto con le esperienze nazionali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, p. 54 y ss.

para alcanzar el resultado perseguido: atribuir un sentido a un contrato que, de otro modo, carecería de él.

También la arquitectura normativa del Código Civil italiano de 1942,²⁰ aún vigente sobre el punto en su formulación original, prevé un primer “grupo” de disposiciones, constituido por los arts. 1362-1365, preordenado -mediante el uso de criterios diferentes y concurrentes- a la búsqueda de la “intención común” de las partes contratantes. Estas reglas se denominan mayoritariamente criterios de “interpretación subjetiva”, frente a los de “interpretación objetiva” (que podemos leer en el ‘paquete’ de los arts. 1367-1371 del Código Civil), cuya aplicación es «puramente eventual porque depende de la persistencia de un estado de incertidumbre que ha demostrado ser tal que da lugar a una situación de duda que de otro modo (si no es mediante la aplicación de tales normas) no puede superarse y es en ese sentido ejemplar».²¹ En la economía del presente estudio, no pretendo detenerme -sin embargo- sobre el principio general de equidad y buena fe consagrado en el art. 1366 del Código Civil, que prevé una prueba objetiva muy especial, ineludible y, por así decirlo, de “segundo nivel”, a la que someter «la operación, ya interpretada a la luz de los arts. 1362-1365 y, eventualmente, de alguno de los cánones de los arts. 1367-1371 y que salió indemne de la resolución

20 Sobre las razones por las que la autorreferencialidad de los Principios de UNIDROIT, prevista en el art. 1.6, no impide una comparación fructífera con las ideas ofrecidas por los distintos ordenamientos jurídicos nacionales, véase *op. ult. cit.*, 14 y ss.

21 Así, L. Bigliuzzi Geri, *L'interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 125: «... puramente eventuale perché dipendente dal persistere di uno stato di incertezza rivelatosi tale da provocare una situazione di dubbio non altrimenti (se non tramite appunto l'applicazione di tali regole) superabile ed in tal senso esemplare».

sobre la validez *stricto iure*, así definida porque se realizó a la luz de normas formales de Derecho estricto ...».²²

Limitemos nuestro análisis a la disposición inicial del capítulo contractual dedicado a la interpretación del contrato:

Artículo 1362

(Intención de los contratantes)

Al interpretar el contrato hay que investigar cuál era la intención común de las partes y no limitarse al significado literal de las palabras.

Para determinar la intención común de las partes, debe evaluarse su conducta general incluso después de la celebración del contrato.

En esta perspectiva, “la intención común de las partes” es presentada por el legislador italiano no como un criterio hermenéutico, sino como el objeto mismo de la interpretación: puede derivarse del significado literal de las palabras, pero también de ulteriores “signos externos”, expresivos de la intención común, como el comportamiento (anterior, coetáneo o posterior) de las partes contratantes a que se refiere el párrafo segundo de la disposición examinada.

En el panorama italiano podemos registrar una actitud diametralmente opuesta de la jurisprudencia tradicional y de la doctrina mayoritaria. La orientación jurisprudencial surgida desde la aprobación del Código Civil de 1942 y consolidada en las cinco décadas siguientes reconoce una relación de subsidiariedad, no sólo entre todos los cánones de interpretación previstos en los arts. 1362-1371, sino también entre los previstos en los párrafos primero y segundo de la citada disposición inicial. A esta perspectiva del derecho de los tribunales se contrapone

22 *Op. ult. cit.*, p. 125 y s.: «il negozio, già interpretato alla stregua degli artt. 1362-1365 e, eventualmente, di uno o di altro dei canoni di cui agli artt. 1367-1371 ed uscito indenne dal giudizio di validità *stricto iure*, così definito perché condotto alla stregua di regole formali di stretto diritto ...».

la dogmática de quienes -desde distintas perspectivas- llegan a excluir cualquier gradación jerárquica,²³ al menos entre las normas del primer “grupo” (arts. 1362-1365), que estarían llamadas todas y en su conjunto a contribuir a la identificación de la “intención común de las partes”.

Sin embargo, existe una tendencia en la jurisprudencia reciente a superar el cuestionable recurso al ambiguo y contradictorio adagio *in claris non fit interpretatio* (“no se interpreta donde hay claridad”), por un lado, propugnando un nuevo principio jerárquico según el cual los criterios de interpretación subjetivos y globales prevalecen sobre los supletorios, a los que el juez no puede recurrir si los primeros son suficientes a los efectos de la decisión,²⁴ y, por otro, subrayando que «el sentido de las declaraciones negociales no es un *prius*, sino el resultado de un proceso interpretativo, que no puede detenerse en el reconocimiento del contenido literal de las palabras, sino que debe extenderse a la consideración de todos los demás elementos, textuales y extratextuales, indicados por el legislador, incluso cuando las expresiones parecen en sí mismas “claras” sin necesidad de ulteriores interpretaciones, ya que una expresión *prima facie* clara puede dejar de parecerlo cuando se vincula a otras expresiones contenidas en la misma declaración o puestas en relación con el comportamiento global de las partes».²⁵

23 Sobre este punto véase A. Scalisi, *La comune interpretazione dei contraenti. Dall'interpretazione letterale del contratto all'interpretazione secondo buona fede*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 5 y ss.

24 Véase Cass. civ., sec. I, 20 de octubre de 2021, n° 29250.

25 El texto original es el siguiente: «il significato delle dichiarazioni negoziali non è un *prius*, ma l'esito di un processo interpretativo, il quale non può arrestarsi alla ricognizione del tenore letterale delle parole, ma deve estendersi alla considerazione di tutti gli ulteriori elementi, testuali ed extratextuali, indicati dal legislatore, anche quando le espressioni appaiano di per sé “chiarie” e non bisognose di approfondimenti interpretativi, dal momento che un'espressione *prima facie* chiara può non apparire più tale, se collegata ad altre espressioni contenute nella stessa dichiarazione o posta in relazione al comportamento complessivo delle parti». Véase Cass. civ., sec. III, 9

Estas orientaciones hacen, en mi opinión, más actual que nunca el redescubrimiento de los preceptos oratorios relativos a la oposición entre *scriptum* y *voluntas* y la profundización de los diferentes argumentos que pueden utilizarse en los lados opuestos de este *status* legal. Los diversos “tópicos” desarrollados al respecto pueden, en efecto, constituir una ayuda válida para el intérprete moderno y, ante todo, para el jurista alternativamente empeñado en sostener o refutar (en ambos casos, con razones) la suficiencia y la congruencia del “sentido literal de las palabras” empleadas en el texto del instrumento de negociación en discusión.

5.- En los orígenes de la dicotomía entre interpretación literal e interpretación lógica: el *status causae legal scriptum/voluntas*:

Tomando como referencia la fundamental *Institutio oratoria* de Marco Fabio Quintiliano, una *summa* manualística para la formación del retórico publicada a finales del siglo I d.C., podemos señalar que el *status* en cuestión se presenta como surgido, ante todo, del posible contraste entre la “letra” y el “espíritu” de la ley:

Quint. 7.6.1: «La cuestión de escrito y voluntad es debatida con gran frecuencia por los expertos en la materia, y gran parte de las controversias jurídicas se deriva de este punto. Por tanto, no debe sorprendernos que esto ocurra también en las escuelas, donde también se simulan estas cuestiones.» ...

[*Scripti et voluntatis frequentissima inter consultos quaestio est, et pars magna controversi iuris hinc pendet. Quo minus id accidere in scholis mirum est: ibi etiam ex industria fingitur. ...*]

de junio de 2005, nº 12120; sec. II, 10 de diciembre de 2008, nº 29029; sec. III, 15 de julio de 2016, nº 14432. En el mismo sentido, véase también la más reciente Cass. civ., sec. II, 15 de septiembre de 2022, nº 27186.

Del maestro español aprendemos que se trata de una cuestión discutida a menudo entre juristas, porque de ella dependen la mayoría de las disputas legales. No es de extrañar, por tanto, que también se debatiera en las escuelas de retórica, donde se realizaban simulacros específicos sobre el tema para formar a los futuros oradores en la argumentación.

Desde el punto de vista de Quintiliano, el contraste entre la “letra” y el “espíritu” de la ley puede surgir tanto cuando existe cierta oscuridad en la ley, como cuando el texto es claro. A la luz de lo anterior, es esto último lo que más nos interesa:

Quint. 7.6.4: ... «La segunda clase surge de la evidencia: y quienes sólo se ocuparon de ella, le dieron el nombre de estado de claridad e intención. En él, una parte insiste en lo que se escribió, la otra en la intención de quienes escribieron.»

[... *Alterum genus est ex manifesto: quod qui solum viderunt, hunc statum plani et voluntatis appellarunt. In hoc altera pars scripto nititur, altera voluntate.*]

Quintiliano nos informa de que quienes tomaban esto exclusivamente en consideración, lo llamaban “estado de claridad e intención”: en esto, una parte se apoya en la evidencia del tenor literal de un texto escrito, mientras que la otra en la voluntad que animaba al escritor.

Esta posible dicotomía también se examina en el actual Código Civil italiano, en las disposiciones preliminares sobre la ley en general:

Artículo 12

(Interpretación de la ley)

Al aplicar la ley, no puede atribuírsele otro significado que el que se desprende del sentido propio de las palabras según su conexión, y de la intención del legislador.

...

Los preceptos oratorios sugieren tres formas de refutar la interpretación literal de una ley. La primera es poner de relieve, con un ejemplo, que la letra de la ley no puede cumplirse en todos los casos:

Quint. 7.6.5: «Pero a la ley escrita se le pueden oponer tres maneras: la primera, evidente en sí misma, es mostrar que la norma no siempre se puede cumplir: “que los niños den de comer a sus padres o, si no, que los encadenen”; de hecho, no se encadenará a un bebé. De aquí se pasará a otros argumentos y, en particular, a la división: “¿se encadenará a quien no haya alimentado a sus padres? ¿Quizá éste?”»

[*Sed contra scriptum tribus generibus occurritur. Unum est in quo ipso patet semper id servari non posse: “liberi parentis alant aut vinciantur”: non enim alligabitur infans. Hinc erit ad alia transitus et divisio: “num quisquis non aluerit? num hic?”*]

Si una norma legislativa establece, por ejemplo, que los hijos deberán prestar alimentos a sus padres o ser encarcelados, se dirá, por ejemplo, que un niño no puede ser encarcelado por ese motivo, y este argumento puede utilizarse para refutar que todos los que incumplan el precepto deban ser sancionados.

Otras veces, sin embargo, la controversia no surge directamente del texto de la ley, sino de su aplicación práctica al caso concreto debatido:

Quint. 7.6.6-7: (6) «La segunda se plantea en el tipo de disputas en las que no es posible extraer argumentos de la ley concreta, sino que la cuestión se refiere únicamente al objeto de la litis. “El extranjero, si escala las murallas, puede ser castigado con la pena capital. Los enemigos escalaron las murallas y fueron rechazados por un extranjero: se solicita su ejecución.” (7) Aquí no habrá dos preguntas separadas, “si alguien, si este sujeto”, porque contra la ley escrita no se puede utilizar ningún argumento más eficaz que el que es objeto de la disputa, sino que sólo valdrá preguntarse si ningún extraño podrá escalar las murallas ni siquiera para salvar la ciudad.» ...

[(6) *Secundum tale genus controversiarum in quo nullum argumentum est quod ex lege ipsa peti possit, sed de eo tantum de quo lis est quaerendum est. “Peregrinus si murum escenderit capite puniatur. Cum hostes murum escendissent, peregrinus eos depulit: petitur ad supplicium”.* (7) *Non erunt hic separatae*

quaestiones: “an quisquis, an hic”, quia nullum potest adferri argumentum contra scriptum vehementius eo quod in lite est, sed hoc tantum, an ne servandae quidem civitatis causa. ...]

Si una norma prohíbe a los extranjeros escalar las murallas de la ciudad, ¿debe sancionarse también al extranjero que ha contravenido el precepto para repeler a los enemigos que han escalado la muralla, salvando así la ciudad? A diferencia del caso anterior, aquí no habrá que plantearse dos preguntas distintas:

“¿quizás todo extranjero que haya escalado las murallas de la ciudad sea ejecutado?” y “¿tal vez él?”

El propio hecho objeto de la controversia es el mejor argumento contra la letra del precepto, y el orador deberá combatirlo apelando a la equidad y al “espíritu” de la disposición legislativa en cuestión. También podrá invocar otros ejemplos del mismo tipo, siguiendo el ejemplo de la estrategia argumentativa adoptada por Marco Tulio Cicerón en su defensa de Aulo Caecina:

Quint. 7.6.7: ... «Por tanto, habrá que librar una batalla basada en la equidad y la intención del legislador. Sin embargo, puede ocurrir que citemos ejemplos de otras leyes, de los que se desprende que no siempre es posible observar el escrito, como hizo Cicerón en defensa de Cecina.»

[... Ergo aequitate et voluntate pugnandum. Fieri tamen potest ut ex aliis legibus exempla ducamus, per quae appareat semper stari scripto non posse, ut Cicero pro Caecina fecit.]

El tercer modo refutativo del *scriptum* puede ponerse en práctica cuando en las propias palabras de la ley encontramos un punto que nos permite demostrar que la intención del legislador era otra:

Quint. 7.6.8: «La tercera se produce cuando en las propias palabras de la ley encontramos algún elemento a través del cual podemos probar que el legislador tenía una intención diferente, como en esta disputa: “quien sea sorprendido con el hierro por la noche, que sea encarcelado; el magistrado hizo encadenar a un hombre al que se encontró en posesión de un anillo de hierro”. En este caso, dado que el término “sorprendido” se encuentra en la

ley, también parece bastante explícito que la disposición de la ley no se refiere a otra cosa que no sea el hierro dañino.»

[*Tertium cum in ipsis verbis legis reperimus aliquid per quod probemus aliud legum latorem voluisse, ut in hac controversia: “qui nocte cum ferro deprensus fuerit, alligetur: cum anulo ferreo inventum magistratus alligavit”; hic, quia est verbum in lege “deprensus”, satis etiam significatum videtur non contineri lege nisi noxium ferrum.*]

Quintiliano formula, a este respecto, una disputa a modo de ejemplo: «quien sea sorprendido con un el hierro por la noche, que sea encarcelado». Un hombre es sorprendido por la noche con un anillo de hierro y es encarcelado por el magistrado. El hecho de que la ley se refiera a una persona que es “sorprendida” (*deprensus*) deja bastante claro que el legislador pretendía referirse exclusivamente a un hierro capaz de herir a las personas.

El manual prosigue con una consideración interesante: mientras que quien pretenda aprovecharse del “espíritu” de la ley tendrá que infirmar su letra siempre que sea posible, no se exigirá lo mismo a quien desee proponer una interpretación literal. De hecho, este último puede justificadamente tratar de aprovecharse también de los argumentos voluntaristas:

Quint. 7.6.9: «Pero, al igual que quien se apoya en la intención del legislador tendrá que infirmar, tantas veces como pueda, el escrito, quien defiende el escrito también intentará ayudarse remitiéndose a la intención.»

[*Sed ut qui voluntate nitetur scriptum quotiens poterit infirmare debet, ita qui scriptum tuebitur adiuvare se etiam voluntate temptabit. ...*]

Este es el momento en que el autor abandona las ejemplificaciones vinculadas al texto de una ley y desplaza su atención al contexto de la negociación, fijándose en las disposiciones testamentarias:

Quint. 7.6.9-10: (9) ... «En los testamentos, también puede ocurrir que la voluntad sea evidente sin que exista ningún escrito al respecto, como en la causa Curiana, en la que surgió la famosa disputa entre Lucio Craso y Sce-

vola. (10) El heredero sería sustituido en caso de que el hijo nacido a título póstumo falleciera antes de dejar la tutela. Como el niño no había nacido, los parientes más próximos reclamaban los bienes para sí.» ...

[(9) ... *In testamentis et illa accidunt, ut voluntas manifesta sit, scriptum nihil sit, ut in iudicio curiano, in quo nota L. Crassi et Scaevolae fuit contentio.*
(10) *Substitutus heres erat si postumus ante tutelae suae annos decessisset: non est natus: propinqui bona sibi vindicabant. ...*]

A este respecto, Quintiliano recuerda, en efecto, una famosa controversia, la llamada *causa Curiana*, citada varias veces por Cicerón a partir de *inv.* 2.122, en la que se habían enfrentado un famoso jurista, Q. Mucio Scevola, partidario de la interpretación literal, y un gran retórico, L. Licinio Craso, defensor de la voluntad espresa por el testador. Un padre de familia sin hijos había nombrado heredero en su testamento al niño cuyo nacimiento esperaba después de su propia muerte (*postumus*), previendo también la sustitución pupilar a favor de un heredero extraño en caso de fallecimiento del niño impúber y, por tanto, incapaz de otorgar testamento por estar aún bajo tutela. Sin embargo, el niño no había nacido y los familiares del testador reclamaron al sustituto los bienes de la herencia según las reglas de la sucesión legal. Si la cuestión se citaba como ejemplar para el debate en la época ciceroniana, a finales del siglo I d.C. ya no debería caber duda alguna de que la tesis voluntarista debía prevalecer en tales casos:

Quint. 7.6.10: «¿Quién podría dudar de que, en caso de que no naciera el hijo póstumo, la intención del testador era hacer heredero al sustituto en caso de fallecimiento?»

[*Quis dubitaret quin ea voluntas fuisset testantis ut is non nato filio heres esset qui mortuo? Sed hoc non scripserat.*]

Por tanto, incluso a falta de una disposición expresa en este sentido, ya no surgía duda de que, en caso de no nacer el hijo, la intención del testador era nombrar heredero a la misma persona que se beneficiaría de la sustitución pupilar.

El autor cuenta que también hubo recientemente un caso diametralmente opuesto en el que el texto escrito estaba en flagrante contradicción con las verdaderas intenciones del testador:

Quint. 7.6.11: «Recientemente se ha dado el caso contrario, es decir, que se había escrito algo que el testador evidentemente no había intencionado. Un hombre, que había dispuesto de un legado de cinco mil sestercios, modificó su testamento suprimiendo la palabra “sestercios” y añadiendo “libras de plata”, sin cambiar “cinco mil”. Sin embargo, era evidente que había querido que se entregaran “cinco libras” al legatario, ya que la cantidad de cinco mil era inaudita para un legado de plata.»

[*Id quoque quod huic contrarium est accidit nuper, ut esset scriptum quod apparet scriptorem noluisse. Qui sestertium nummum quinque milia legaverat, cum emendaret testamentum, sublatis sestertiis nummis “argenti pondo” posuit, “quinque milia” manserunt. Apparuit tamen “quinque pondo” dari voluisse, quia ille in argento legati modus et inauditus erat et incredibilis.*]

En su testamento, un hombre había dejado un legado de cinco mil sestercios y luego corrigió la disposición sustituyendo “sestercios” por “libras de plata”, pero dejando intactos “cinco mil”. Sin embargo, quedó claro que el testador había querido legar cinco libras de plata y no cinco mil, siendo este último legado inaudito e increíble.

Si Quintiliano se limita a ofrecer al lector los ejemplos que acabamos de ilustrar, en la tradición anterior también es posible encontrar una “tópica” precisa de argumentos en apoyo del *scriptum* y de la *voluntas*. Particularmente interesante, a este respecto, es la extensa lista de *loci* (“lugares”) argumentativos que puede leerse en un famoso tratado de oratoria del siglo I a.C. que ya hemos mencionado: la *Rhetorica ad Herennium*.²⁶ El texto es tan claro que hace superfluo cualquier comentario, por lo que me limito a reproducirlo en la traducción española de

26 Cf. R. MARTINI, *Antica retorica*, cit., p. 79 y ss.

Salvador Núñez,²⁷ comenzando por los lugares comunes que pueden emplearse útilmente a favor de la interpretación literal de un *scriptum*:

Rhet. ad Herenn. 2.13: «Cuando la intención del redactor parece estar en desacuerdo con las palabras del texto, si defendemos el texto escrito utilizaremos los lugares siguientes: después de la narración comenzaremos con un elogio del redactor; luego leeremos el texto y preguntaremos a nuestros adversarios si sabían que aquello estaba escrito en la ley, en el testamento, en el contrato o en el texto al que se refiere el asunto; después confrontamos lo que dice el texto con lo que nuestros adversarios afirman haber hecho y preguntaremos qué debe seguir el Juez, un documento cuidadosamente redactado o una interpretación inventada con habilidad. A continuación criticaremos y refutaremos la interpretación inventada que nuestros adversarios atribuyen al texto. Luego nos preguntaremos qué peligro habría si el legislador hubiera querido añadir eso al texto o si no habría podido ponerlo todo por escrito. Después explicaremos el significado del texto y diremos por qué el autor tenía en mente lo que había escrito; demostraremos que ese texto es claro, conciso, adecuado, completo y está redactado con una intención. Luego presentmos ejemplos de juicios que fueron juzgados de acuerdo con el texto escrito pese a que los adversarios apelaron a la interpretación e invocaron la intención del redactor. Después mostraremos los peligros que implica apartarse del texto. En este caso el lugar común va dirigido contra quien reconoce haber actuado contra los preceptos de una ley o las disposiciones de un testamento y aun así intenta justificar su acción».

[*Cum voluntas scriptoris cum scripto dissidere videbitur, si a scripto dicemus, his locis utemur: secundum narrationem primum scriptoris conlaudatione, deinde scripti recitatione, deinde percontatione scirentne idonee adversarii id scriptum fuisse in lege aut testamento aut stipulatione aut quolibet scripto quod ad eam rem pertinebit; deinde conlatione quid scriptum sit, quid adversarii se fecisse dicant: quid iudicem sequi conveniat, utrum id quod diligenter perscriptum sit, an id quod acute sit excogitatum; deinde ea sententia quae ab adversariis sit excogitata et scripto adtributa contemnetur et infirmabitur. Deinde quaeretur quid periculi fuerit si id voluisset adscribere, aut num non potuerit perscribi. Deinde a nobis sententia reperietur et causa proferetur quare*

27 *Retórica a Herenio*, introducción, traducción y notas de S. Núñez, Editorial Gredos, Madrid, 1997, p. 124 y ss.

id scriptor senserit quod scripserit; et demonstrabitur scriptum illud esse dilucide, breviter, commode, perfecte, cum ratione certa. Deinde exempla proferentur quae res, cum ab adversariis sententia et voluntas adferretur, ab scripto potius iudicatae sint. Deinde ostendetur quam periculosum sit ab scripto recedere. Locus communis est contra eum qui, cum fateatur se contra quod legibus sanctum aut testamento perscriptum sit fecisse, tamen facti quaerat defensionem].

Sigue, inmediatamente después, la enumeración paralela de los “τὸποι” (τὸποι) prescindibles para sostener la *voluntas*:

Rhet. ad Herenn. 2.14: «En defensa de la interpretación hablaremos del siguiente modo: comenzaremos por elogiar la propiedad y concisión del redactor, que escribió sólo lo necesario y consideró innecesario poner por escrito lo que podía ser comprendido sin especificarlo. Después diremos que limitarse a las palabras y a la letra y olvidar la intención es propio de leguleyos. Añadiremos que lo que está escrito es irrealizable o va contra la ley, las costumbres, la naturaleza y la equidad y que nadie pretenderá que el redactor no quiso que se cumpliera la ley en todo ello de la manera más estricta posible; por el contrario, nuestros actos son conformes a derecho. Luego mostraremos que la interpretación contraria no tiene sentido, o que es absurda, injusta, o irrealizable, o que no concuerda con las interpretaciones formuladas antes o después de ella, o que se opone al derecho común, a otras leyes generales o a otras sentencias anteriores. Después enumeraremos ejemplos de casos fallados a favor de la interpretación, en contra del sentido literal; recordaremos leyes y contratos redactados con concisión en los que se vea claramente la intención de sus redactores. El lugar común es el que se emplea contra la persona que lee un texto sin interpretar la intención del redactor».

[Ab sententia sic dicemus: primum laudabimus scriptoris commoditatem atque brevitatem, quod tantum scripserit quod necesse fuerit; illud quod sine scripto intellegi potuerit non necessario scribendum putarit. Deinde dicemus calumniatoris esse officium verba et litteras sequi, negligere voluntatem. Deinde id quod scriptum sit aut non posse fieri aut non lege, non more, non natura, non aequo et bono posse fieri, quae omnia noluisse scriptorem quam rectissime fieri nemo dicet; at ea quae a nobis facta sint iustissime facta. Deinde contrariam sententiam aut nullam esse aut stultam aut iniustam aut non posse fieri aut non constare cum superioribus et inferioribus sententiis aut cum iure communi aut cum aliis legibus communibus aut cum rebus iudicatis dissentire. Deinde exemplorum a voluntate et contra scriptum iudicatum enumerationem.]

ne, deinde legum aut stipulationum breviter exscriptarum in quibus intellegatur scriptorum voluntas et recitatione utemur et expositione. Locus communis contra eum qui scriptum recitet et scriptoris voluntatem non interpretetur].

Me parece sumamente significativo que gran parte de este patrimonio argumentativo y ejemplar, procedente de una tradición secular, pueda seguir siendo utilizado en litigios judiciales y extrajudiciales por los abogados italianos y transnacionales de hoy.

6.- Breves observaciones finales:

El artículo 43 de la Ley profesional forense italiana (Ley 247, de 31 de diciembre de 2012), en su párrafo primero, dispone que: «El aprendizaje, además de las prácticas realizadas en un despacho profesional, consiste también en la asistencia obligatoria y fructífera, durante un período no inferior a dieciocho meses, a cursos de formación con orientación profesional impartidos por órdenes y asociaciones forenses, así como por otras entidades previstas por la ley». El Reglamento de desarrollo de estas Scuole Forensi -aprobado por Decreto n° 17 del Ministerio de Justicia, de 9 de febrero de 2018- establece, en su artículo 3.2.f), que los aspirantes a abogados deberán profundizar -entre otras disciplinas- en el ámbito de la “teoría y práctica del lenguaje jurídico” y de la “argumentación forense”. A ello hay que añadir que el Decreto del Ministerio de Justicia de 2 de agosto de 2023, por el que se publicó la convocatoria del examen de habilitación para el ejercicio de la abogacía para el año 2023, al definir el temario del examen oral, dispuso expresamente -en el art. 2.7- que se valoraría la “capacidad argumentativa” del candidato y que, para la corrección de las pruebas escritas, la Commissione Esaminatrice Centrale (Junta Examinadora Central), en su verbale n° 2 de 28 de noviembre de 2023, señaló como criterio de valoración independiente la «demostración del dominio de las técnicas persuasivas.»

En mi opinión, se trata, también a la luz de lo que acabamos de exponer respecto de *loci* (“lugares”) y *exempla* (“ejemplos”) alternativamente prescindibles en favor de hermenéuticas negociales literal o lógica, de

una significativa invitación a redescubrir la retórica como *ars* al servicio de los operadores jurídicos prácticos.

Bibliografía:

- Bigliazzi Geri, L., *L'interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1994.
- Calboli, G., 'Cornifici seu incerti auctoris >Rhetorica ad C. Herennium<', I, *Prolegómenos, edición, traducción, comentario y léxico*, De Gruyter, Berlin-Boston, 2020.
- Caroccia, F., *L'interpretazione del contratto. Il modello dei Principi UNIDROIT per i contratti commerciali internazionali nel confronto con le esperienze nazionali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006.
- Cerami, P., "Honeste et libere defendere": i canoni della deontologia forense secondo Marco Tullio Cicerone, in *Iura*, 49, 1998 [publ. 2002], = en *Le radici storiche: 'ars rethorica' ed esperienza forense ciceroniana*, in Cerami, P., Di Chiara, G., Miceli, M., *Profili processualistici dell'esperienza giuridica europea. Dall'esperienza romana all'esperienza moderna*, Giappichelli, Torino, 2003.
- Cossa, G., *Reflexiones sobre la distinción entre pruebas "técnicas" y "atécnicas" en Grecia y Roma*, en *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 83, 2017.
- Martini, R., *Antica retorica giudiziaria. (Gli 'status causae')*, en *Studi Senesi*, 116, 2004 = en *Diritto@Storia*, 3, 2004.
- Mortara Garavelli, B., *Manuale di retorica*, Bompiani, Firenze-Milano, 2018.
- Padovani, T., *Diritto penale*¹⁰, Giuffrè, Milano, 2012.
- Scalisi, A., *La comune interpretazione dei contraenti. Dall'interpretazione letterale del contratto all'interpretazione secondo buona fede*, Giuffrè, Milano, 2003.
- Scognamiglio, M., 'Nullum crimen sine lege'. *Origini storiche del divieto di analogia in materia criminale*, Brunolibri Editore, Salerno, 2009.
- Stolfi, E., *Gli attrezzi del giurista. Introduzione a las prácticas discursivas del derecho*, Giappichelli, Torino, 2018.
- Stroux, J., "Summum ius, summa iniuria". *Ein Kapitel aus der Geschichte der "Interpretatio iuris"*, en *Festschrift Paul Speiser-Sarasin zum 80. Geburtstag am 16. Oktober 1926*, Basler Druck & Verlags-Anstalt, Basilea, 1926.

- Venturini, C., *Difesa e legge: un rapporto non pacifico*, en *Studi per Giovanni Nicocosa*, VIII, Giuffrè, Milano, 2007 = en *Scritti di diritto penale romano*, Procchi, F., Terreni, C. (a cura di), II, Wolters Kluwer, CEDAM, Padova, 2015.
- Venturini, C., *L'argomentazione giuridica: dalla retorica classica alla moderna argomentazione*, en *L'argomentazione e il metodo della difesa*, Mariani Marini, A., Procchi, F. (a cura di), Pacini Editore, Pisa, 2013 = en Id., *Scritti di diritto penale romano*, Procchi, F., Terreni, C. (a cura di), II, Wolters Kluwer, CEDAM, Padova, 2015.

