

Una teoria deliberativa della giurisdizione?

ENGLISH TITLE

A Deliberative Theory of Judicial Activity?

ABSTRACT

The constitutional principle of due process implies an emphasis on the adversarial methodology. In the context of Italian legal doctrine and adjudication this paper considers the hypothesis according to which the interpretation of legal norms must be understood as a form of public deliberation. On the basis of this, the idea that law as a social practice is a special case of a cooperative activity is confirmed.

KEYWORDS

Due Process – Legal Interpretation – Public Deliberation – Adjudication – Law as Social Practice.

1. IL CAMBIAMENTO DI PARADIGMA

Il diritto è innanzi tutto e soprattutto un'arte e pertanto per ben comprenderlo bisogna rivolgersi a coloro che la praticano, che ne conoscono e applicano le regole, e che sono – come diceva Aristotele – il «diritto animato», cosa che Tommaso d'Aquino spiegava così: «nam iudex debet esse quasi quoddam iustum animatum, ut scilicet mens eius totaliter a iustitia possideatur»¹. Se il governo della legge è ben preferibile al governo degli uomini, questa legge non può diventare diritto senza gli uomini e senza la loro abilità virtuosa². Ma non si tratta di una virtù privata in quanto dipende dalla partecipazione consapevole ad una procedura pubblica, che in linea di principio metta il giudice nelle condizioni migliori per giudicare con imparzialità. Questa procedura a sua volta dipende dal modo d'intendere il diritto in generale, perché solo all'inter-

1. In *Decem Libros Ethicorum Aristotelis ad Nicomachum Expositio*, v, lectio vi, n. 955. Cfr. anche *Summa theologiae*, II-II, q. 58, a. 1 ad 5m, in cui si pone la differenza tra il giudice, che è il diritto animato, e il principe, che è il custode del diritto.

2. Cfr. F. Viola, 2011, cap. 1.

no di un orizzonte culturale determinato si può andare alla ricerca delle sue condizioni più soddisfacenti di praticabilità. Qui vorrei mostrare la progressiva espansione della deliberazione all'interno della pratica giuridica contemporanea, cosa che rientra nello spirito dei principi del *rule of law*. Altrove ho già cercato di mostrarlo per quanto riguarda la scienza giuridica³ ed ora è opportuno prendere in considerazione anche la giurisdizione.

Poiché il diritto è – come tutti sanno – un prodotto culturale, il suo assetto dipende dal paradigma dominante e la sua evoluzione nello stato normale si articola mediante una penetrazione sempre più conseguente degli orientamenti del paradigma nei luoghi significativi della pratica del diritto⁴. Cappelletti ha notato che vi sono sempre condizionamenti storici, sociali e culturali che influenzano la pratica del diritto e quindi anche il modo d'intendere il processo⁵.

Quando il paradigma dominante entra in crisi, si verifica un processo opposto di lento smantellamento del modo consolidato d'intendere e di praticare le procedure giuridiche in vista di un nuovo paradigma culturale, che tuttavia è ancora in uno stato nebuloso ed incerto. Credo che sia proprio questa la situazione in cui oggi ci troviamo. È a tutti noto che il vecchio paradigma codicistico non regge più, ma le sue propaggini sono ancora presenti nella pratica del diritto, come la luce di una stella che ormai non esiste più. Il fatto che a valle s'intravedano disagi e nuove prospettive è il segno evidente del farsi strada di un nuovo paradigma, che grossolanamente possiamo designare come il paradigma costituzionalistico.

È qui superfluo elencare le caratteristiche del modello codicistico: primato della legge intesa come prodotto già compiuto, logicismo nell'applicazione della legge, neutralizzazione della discrezionalità del giudice come ideale da perseguire, terzietà ed imparzialità del giudice intese come necessariamente garantite solo dalla separatezza del suo ruolo processuale. Si tratta ovviamente di un modello verticistico che riflette un modo ben preciso di concepire il ruolo dell'autorità nel diritto⁶. L'autorità del giudice è vista come una propaggine di quella del legislatore, come la sua *longa manus*.

Questo paradigma è definitivamente tramontato. Questo è un giudizio di fatto prima ancora che una valutazione su ciò che è bene o male. Ma è chiaro che la causa prima di questa crisi risiede nella legge, nel modo di porsi della legge. Quando si parla della cosiddetta solitudine del giudice⁷, si vuole dire

3. F. Viola, 2015.

4. I concetti di "paradigma" e di "scienza normale", elaborati da Thomas S. Kuhn per l'analisi della struttura delle rivoluzioni scientifiche, sono applicati al processo civile da C. Nitsch, 2012, 27-31.

5. M. Cappelletti, 1969.

6. Per i modi diversi di concepire l'autorità del giudice rinvio a F. Viola, 1987, 167-202.

7. V. Nitrato Izzo, 2006.

proprio questo. Il giudice è solo non tanto o non soltanto perché è distante o separato dalle parti, ma perché è stato abbandonato dal legislatore o, meglio, dalla legge. Il mitico giudice “bocca della legge”, a parte gli aspetti caricaturali, non era da questo punto di vista solo; il suo monopolio era in realtà quello stesso della legge. Da questo punto di vista la solitudine del giudice è il risultato del venir meno del vecchio paradigma senza che sia ben chiaro quale sia il nuovo. Ora ci sono segni inequivocabili di nuove prospettive per quanto ancora vaghe e confuse.

2. LE SENTENZE DELLA TERZA VIA

Ora io non voglio, perché non posso per difetto di competenza, discutere la reale portata della riforma costituzionale del giusto processo e dei suoi effetti sull'art. 101 del codice di procedura civile con l'allargamento del principio del contraddittorio alle questioni rilevate o rilevabili d'ufficio, nonché la travagliata giurisprudenza della Corte di Cassazione a proposito della nullità delle cosiddette sentenze della terza via.

Sono chiamate sentenze “a sorpresa”, “solitarie” o della “terza via” quelle pronunce nelle quali il giudice decide sulla base di questioni rilevate d'ufficio e sulle quali tra le parti non c'è stato alcun confronto processuale. Il fenomeno ricorre, in sostanza, quando il giudice, nel decidere una controversia, sovrappone al dibattito processuale una questione che non è stata mai sottoposta al controllo e alla discussione delle parti, non tenendo conto così non solo del principio del contraddittorio, ma anche del diritto alla difesa.

Su questo tema c'è già un'ampia letteratura con posizioni ampiamente diversificate, che vanno dall'estremo tentativo di ristabilire la normalizzazione a quello, pure estremo, di sottolineare lo sconvolgimento degli assetti tradizionali del processo⁸. Dal punto di vista dei principi del giusto processo, che non è stato certamente inventato dalla riforma costituzionale, a me sembra del tutto superfluo e ridondante chiedersi se le questioni di puro diritto (*quaestiones iuris*) possano o meno essere incluse tra quelle rilevabili d'ufficio, accanto a quelle pregiudiziali e preliminari in senso tecnico o alle eccezioni operanti *ipso jure*, che diano luogo a mera pregiudizialità logica o alla prospettazione di

8. La tematica è stata per anni oggetto di dibattito sia in dottrina che in giurisprudenza, con riferimento alle implicazioni che la garanzia costituzionale del giusto processo, e in particolare della ragionevole durata e del contraddittorio (ex art. 111 Cost.), pone in relazione alle decisioni “a sorpresa”. In questo dibattito, orientato su due posizioni contrastanti, definite dalla stessa dottrina “rigoriste” (o “garantiste”) e “sostanzialiste”, è intervenuto il legislatore con la cosiddetta “miniriforma” di cui alla legge del 18 giugno 2009, n. 69, e in particolare con l'introduzione di un secondo comma all'art. 101 c.p.c., sanzionando con la nullità queste sentenze di “terza via”. Per una ricostruzione del dibattito cfr. P. Sommaggio, 2007, che però tende a raffigurare il contraddittorio più alla luce della ragione teoretica che della ragione pratica, come si dovrebbe.

circostanze di fatto rilevanti ai fini della decisione, e, quindi, come tali da sottoporre a contraddittorio.

Non capisco come si possa in linea di principio escludere (Cass. civ., sez. un., 30 sett. 2009, n. 20935⁹) come causa di nullità della sentenza le questioni di puro diritto sottratte al contraddittorio, a differenza delle questioni di fatto o di natura mista, mentre al contempo si nota l'indiscussa violazione deontologica da parte del giudicante, persino se di tratta di un dovere "funzionale". Facendo appello al senso comune dell'incompetente, a me sembra che una decisione a sorpresa del giudice relativamente all'interpretazione della norma sia un modo fondamentalmente sbagliato o deviante d'intendere il sacrosanto principio *iura novit curia* e il brocardo *da mihi factum, dabo tibi ius*. A me sembra che sia spesso ben difficile stabilire *ex post* che l'omissione del contraddittorio su questioni di fatto, miste o di puro diritto (pur ammesso che una netta distinzione tra tali questioni sia possibile) sia o non sia stata influente ai fini della decisione finale, proprio perché questo è il contraddittorio stesso, in quanto metodo basilare per arrivare alla verità processuale, che dovrebbe evidenziarlo.

Il fatto che si sia sviluppata una problematica del genere è un esempio istruttivo delle modalità dell'evoluzione del diritto. Il diritto non parte dalla ragione naturale¹⁰, che di per sé sarebbe contraria alle sorprese del giudice, ma parte sempre da se stesso, cioè dai paradigmi che esso stesso ha generato per superarli dall'interno e con le sue proprie risorse. In questo caso si tratta di correggere una mentalità verticistica, che ha dominato il processo, per indirizzarlo verso una struttura più orizzontale, quale si addice al suo carattere accusatorio. Il diritto lotta sempre contro se stesso. La problematica attuale dell'interpretazione della norma spinge in questa direzione.

Questa considerazione è spesso dimenticata anche quando si osservano i rapporti tra diritto e morale. Anche quando il diritto recepisce valori morali, cosa inevitabile, li sottopone ad una rielaborazione interna da parte della ragione giuridica attraverso un processo d'incorporazione, che è anche una forma di metabolizzazione dei valori morali. Se la tesi della separazione tra diritto e morale è contro l'evidenza dei fatti, anche la tesi della connessione è

9. Questa sentenza, pur collocandosi in linea con l'orientamento predicativo della validità delle sentenze di "terza via", pone rilevanti distinguo, tanto da potersi considerare una sorta di sintesi dei due orientamenti principali. Affermando che «il principio della tassatività delle nullità non trova applicazione per le nullità extraformali qual è appunto quella derivante dalla violazione del principio del contraddittorio», il collegio sottolinea il nodo problematico ancora aperto sulla nullità, infettibile o meno, della sentenza a causa dell'omessa indicazione di questione rilevabile d'ufficio, ritenendo infine che, ferma restando la violazione da parte del giudicante, la nullità processuale non possa essere sempre predicata *ipso facto*.

10. E qui viene in mente la "ragione artificiale" del diritto che Edward Coke opponeva alla ragione naturale di Giacomo I nel famoso *Twelfth Report*.

inaccettabile se non tiene conto della trasformazione della morale da parte del diritto. In questo senso la concezione di Lon Fuller di una moralità interna del diritto assume un senso ancora più pregnante e contenutistico.

In questo contesto mi limiterò ad accennare a tre questioni di carattere generale che esigerebbero ben più approfonditi sviluppi: 1. qual è il posto dell'interpretazione della norma all'interno del processo?; 2. in che senso il metodo del contraddittorio è adatto alla ricerca dell'interpretazione della norma?; 3. che forma di collaborazione è richiesta fra i soggetti del processo? Si può configurare propriamente come una forma di cooperazione?

3. L'INTERPRETAZIONE DELLA NORMA NEL PROCESSO

L'obiettivo del processo non è soltanto quello di risolvere i casi concreti sulla base di regole giuridiche, ma prima ancora quello di costruire la regola del caso concreto. Da questo punto di vista le cosiddette questioni di puro diritto preparano il materiale normativo da cui deve essere tratta la regola del caso concreto, ma questa preparazione già è mirata alla soluzione del caso e da esso condizionata. L'interpretazione della norma non è un'operazione separata dalla sua applicazione, come invece riteneva la "scienza normale" del diritto. Ad esempio, la netta differenziazione fra interpretazione e applicazione era per Pietro Calamandrei un punto fermo¹¹. Com'è noto, il pensiero ermeneutico insiste invece sulla tesi che non v'è vera e propria interpretazione giuridica se non in un contesto applicativo o, almeno, in vista del momento applicativo in cui la legge raggiunge il suo fine, cioè diventa diritto.

«Legge e diritto non sono la stessa cosa. Essi non sono però solo occasionalmente differenti l'uno dall'altro. La loro è anzi una differenza ontologica, essenziale. Legge e diritto stanno fra loro come la potenza all'atto, come la possibilità alla realtà. La legge non è ancora la realtà del diritto, è solo un grado, certamente necessario, del cammino verso la realizzazione del diritto. La legge è una norma generale per la molteplicità di casi *possibili*, il diritto invece decide su una situazione *reale* qui e ora»¹².

Il diritto non è conoscenza di norme astratte, ma risposte concrete a finalità pratiche. L'iniziativa proviene, dunque, dal caso concreto e dalla sua richiesta di giustizia. Il caso concreto interpella l'ordinamento giuridico e ne provoca una risposta. La ricostruzione della configurazione del caso concreto a sua volta non è meramente fattuale, ma già normativamente mirata. Non ci si limita a perlustrare i fatti, a presentarli in tutti i loro aspetti rilevanti e nella loro verità storica in modo che il giudice possa decidere solo *iuxta alligata et probata*. Voglio dire che la formazione della regola del caso concreto appartie-

11. P. Calamandrei, 1965.

12. A. Kaufmann, 1977, 157.

ne a tutti gli effetti al *thema decidendum* del processo in quanto potenzialmente forma parte del *petitum* e della *causa petendi*¹³. Pertanto, tutto ciò che contribuisce alla formazione della regola del caso concreto e, quindi, in primo luogo la stessa interpretazione della legge, deve essere oggetto del dibattito processuale.

Dunque, non dalla legge al fatto ma dal fatto (o, meglio, dal caso, che non è mero fatto ma una richiesta di qualificazione normativa di un evento) al diritto attraverso la legge. Il “caso”, a differenza della “situazione”, porta in sé un’esigenza di oggettivazione, di spersonalizzazione e di generalizzazione che lo mette in relazione con la regola¹⁴. Dal punto di vista del caso è impossibile fare una netta distinzione tra questioni di fatto e di diritto, cosa invece che è possibile dal punto di vista del mero fatto.

Nella storia del pensiero giuridico si sono prospettate tre modalità di rapporto fra la regola e il caso concreto: la regola come già compiutamente formata prima del caso concreto; la regola che si forma in presenza del caso concreto e in relazione a questo; e la regola che s’individua dopo che il caso concreto è stato risolto sul piano giuridico, in quanto saranno le decisioni future a dirci quale regola allora è stata effettivamente applicata. In effetti il tempo del diritto abbraccia il passato, il presente e il futuro, perché lo scopo del diritto è dare continuità alla vita sociale. Il *civil law* privilegia il passato e il *common law* il futuro. Ma il tempo del processo è quello del presente, il qui ed ora della giustizia del caso concreto perché la decisione è un’azione. Cosa già notata da Benedetto Croce: «Il diritto non è la legge, che dorme nel codice; ma la legge *a cui si pone mano*, e che cessa così di essere alcunché di generale, e diventa un’azione individuale»¹⁵.

È necessario anche accennare ad almeno un’altra considerazione che rende oggi ancor più pressante quest’istanza di collaborazione nella ricerca della regola di diritto. Questa considerazione è tratta dal processo di costituzionalizzazione del diritto.

Infatti, se consideriamo che ogni regola giuridica è costituita da tre elementi (una descrizione del comportamento, una qualificazione normativa di detto comportamento e una giustificazione della restrizione della libertà umana), dobbiamo riconoscere che il parametro costituzionale ha enfatizzato l’importanza del terzo aspetto, cioè delle ragioni che giustificano la regola. Queste ragioni, che spesso sono implicite (ma non per questo meno presenti o meno rilevanti), rinviano ad altre ragioni più fondamentali, stratificandosi in più livelli di giustificazione. Non si tratta ovviamente molto spesso di ragioni incontrovertibili o assolute, ma di ragioni probabili e controvertibili, frutto di

13. Cfr. A. Gentili, 2008.

14. Sulla differenza tra caso e situazione rinvio a R. Guardini (1962), trad. it. 1977, 19-27.

15. B. Croce, 1907, 41.

scelte opinabili, di ragioni per agire in un modo e non in un altro, di ragioni pratiche. Tuttavia, è proprio la rilevanza delle ragioni nell'interpretazione della norma che è causa della sua strutturale indeterminatezza, sicché la relazione tra il caso singolo e la fattispecie astratta non deve essere considerata nella fase applicativa come prioritaria, ma come parassitaria della prioritaria relazione tra le ragioni della regola e le richieste di giustizia che provengono dal caso e che a loro volta devono essere trasformate o tradotte esse pure in "ragioni giuridiche". L'attività interpretativa non può evitare di prendere in considerazione un confronto di ragioni.

Di conseguenza i confini tra attività interpretativa e attività argomentativa diventano estremamente sottili fino al punto da scomparire del tutto. Oggi la dimensione argomentativa ha assunto proporzioni di grande rilievo all'interno del processo d'interpretazione della norma, oscurando i tradizionali metodi interpretativi. Ma ciò non significa che l'interprete sia liberato dal vincolo della regola, perché l'argomentazione e la ragionevolezza hanno i loro controlli interni che non bisogna sottovalutare. Tuttavia, quanto più il diritto diviene incerto tanto più il giudice non deve essere lasciato solo nel processo della sua concretizzazione.

Se le cose stanno così o in questi termini, allora non bisogna nascondersi i rischi che questo mutamento di paradigma nell'interpretazione della legge porta con sé. Se nel processo di determinazione della regola l'elemento-base diventa quello delle "ragioni" su cui la legge poggia, allora non basta più che la regola provenga da organi competenti, non basta più la validità formale, non basta più la correttezza procedurale. Occorre che la regola sia ragionevole: ragionevole è la norma che risponde alle esigenze del caso valutate alla luce dei principi costituzionali; irragionevole è la norma che rompe questo rapporto di congruenza. Oltre queste condizioni sostanziali di "legittimità", ci sono quelle formali di "legalità" senza cui non si potrebbe a rigore parlare di "diritto".

Sul piano strutturale la legalità implica l'esigenza della *generalizzazione*, cioè della costruzione di categorie di casi. La regola che si trae dal caso concreto deve essere applicabile e valevole per tutti i casi simili. Proprio la generalizzazione è diventata oggi uno scoglio difficile da superare nel regime del pluralismo. Questo è restio ad accettare la generalità, poiché avanza l'esigenza della giustizia del caso particolare, cioè della particolarità¹⁶. La generalità rischia di costruire categorie ognuna delle quali contiene un solo caso, quello sulla cui base la stessa categoria è costruita. Per questo giustamente si parla di crisi della fattispecie¹⁷.

Questo è un punto molto delicato che è necessario affrontare a viso aperto, perché senza la generalità la legalità si dissolve. E tuttavia la generalità è in

16. Cfr. F. Viola, 2007.

17. N. Irti, 2014.

pericolo proprio per l'evoluzione del concetto di eguaglianza su cui ovviamente si basa. È stato più volte notato che nello sviluppo storico di questo concetto s'è prodotta una dissociazione tra un'eguaglianza intesa come generalità del precetto legislativo e un'eguaglianza configurata come giustificabilità della discriminazione e quindi come ragionevolezza¹⁸. Oggi il problema centrale è quello della tipicizzazione di questi giudizi di ragionevolezza, compito questo non solo dottrinale ma soprattutto giurisprudenziale¹⁹.

In conclusione, voglio dire che, se la formazione della regola del caso concreto è oggetto del dibattito processuale, allora anche le questioni di puro diritto, che ne costituiscono un fattore di grande rilievo, non possono essere intese come di esclusiva prerogativa del giudice²⁰.

4. IL CONTRADDITTORIO COME METODO INTERPRETATIVO

Abbiamo già alcuni elementi per affrontare la questione se il contraddittorio sia un metodo adatto per meglio articolare l'interpretazione delle norme, fermo restando che la decisione finale spetta al giudice il quale ovviamente deve essere ben distinto dal mediatore o dall'arbitro. Tuttavia la crescita del ricorso a metodi alternativi di soluzione dei conflitti è indubbiamente il sintomo di esigenze culturali a cui il diritto deve farsi attento e che riguardano tra l'altro anche l'interpretazione della norma. Il principio "iura novit curia" legittima e obbliga il giudice a ricercare la corretta impostazione giuridica, ma non di nascosto²¹. Il giudice deve dire quello che pensa. Ciò vale non solo per le questioni di diritto che conducono a diversi effetti decisori, ma anche previamente per quelle che implicino una diversa qualificazione della fattispecie.

Se gettiamo anche solo uno sguardo alle teorie dell'interpretazione giuridica elaborate a partire dall'epoca della codificazione napoleonica, ci accorgiamo facilmente che sono tutte basate sul presupposto implicito che l'attività interpretativa abbia un carattere monologico e non già dialogico. Il giudice, come il giurista, interpreta le norme in solitudine e non già attraverso una procedura controversiale. Anche se la corte decide pure a maggioranza sulle questioni d'interpretazione, tuttavia non è parte dell'autorappresentazione della corte che debba fare così, mentre lo è del potere legislativo. Più in generale, anche se una corte è concepita come una istituzione di contrapposizione (*adversarial institution*), all'esterno si presenta come un giudice *super partes* che decide alla luce dell'imparzialità. Non così il potere legislativo, in cui la parzialità è apertamente dichiarata. E questo lo si capisce bene, perché l'inter-

18. Cfr. G. Scaccia, 2000, 46.

19. Cfr., tra gli altri, G. Scaccia, 2011.

20. Cfr. M. Gradi, 2010.

21. C. Consolo, 2010, 361.

pretazione è concepita come cognitiva di un significato preesistente e quindi non può avere una portata deliberativa, poiché non è una scelta ma è un atto cognitivo di tipo teoretico. L'alternativa appare essere soltanto la creatività del giudice, che è la bestia nera dello Stato di diritto. Ma il contraddittorio è tipicamente un metodo deliberativo il cui fine è una scelta, per quanto supportata da elementi cognitivi di diritto e di fatto. Per questo, e per tante altre ragioni, che qui non posso esplorare, il contraddittorio non è stato ritenuto un metodo adatto per l'interpretazione della norma.

Prima di accennare al progressivo mutamento di questa radicata convinzione, è necessario precisare che, per una concezione adeguata del ruolo e della funzione del contraddittorio, non bisogna tenere separati i suoi due aspetti fondamentali, cioè quello oggettivo della ricerca della verità processuale e quello soggettivo di garanzia di difesa delle parti in posizione di parità²². Nel processo sono presenti sia l'elemento soggettivo dei diritti sia l'elemento oggettivo del diritto, entrambi collegati dall'elemento formale della procedura. Infatti, le parti nel presentare le loro ragioni non intendono soltanto difendere interessi "di parte", ma accettano di sottoporsi alla verifica dell'oggettività di queste ragioni, partecipando ad una procedura comune. Enfatizzare troppo o esclusivamente l'aspetto soggettivo conduce a vedere soltanto la dimensione conflittuale fino al limite estremo di una difesa delle parti persino nei confronti del giudice stesso. Enfatizzare troppo o esclusivamente l'aspetto oggettivo può indurre a non cogliere pienamente il significato della partecipazione delle parti. Questa in ultima istanza è fondata su un principio morale, che è anche alla base dell'idea di democrazia. Questo principio in termini molto generali si può esprimere così: appartiene al bene di una persona che essa lo scelga liberamente o almeno che a questa decisione essa liberamente partecipi. Pertanto, una decisione è giusta non solo perché lo è materialmente, ma solo quando lo è anche formalmente, cioè quando vi abbiano in qualche modo partecipato tutti coloro che sono interessati ad essa e da essa (*quod omnes tangit ab omnibus comprobetur*). Un processo non può essere giusto se non è anche un "giusto processo". Questa è l'idea che sostiene il "giusto processo" ed è alla base della controversa nullità delle sentenze della terza via.

Tornando ora all'interpretazione della norma, è appena il caso di ricordare che la concezione cognitiva di un significato preesistente compiutamente formato è ormai da tutti abbandonata e si riconosce che ogni enunciato normativo è affetto da un certo grado di indeterminatezza. Dove c'è necessità di determinare un significato, ci sono legittime alternative possibili e tra queste bisogna scegliere. Ci si aspetta che la scelta del giudice sia ragionevole, cioè che sia frutto di deliberazione. Infatti, quando ci sono più alternative possibili,

22. Cfr. C. Graziosi, 2011 e, più in generale, G. Scarselli, 2010.

quella che si sceglie deve essere supportata da buone ragioni, cioè da un'adeguata motivazione.

Secondo Aristotele nelle arti si delibera ben più che nelle scienze, perché nelle arti c'è più incertezza e indeterminazione in quanto esse riguardano cose che sorgono ad opera nostra e non sempre allo stesso modo²³. Il giudice delibera già a partire dall'interpretazione della norma, ma questo ancora non significa che questa deliberazione abbia un carattere dialogico. Al contrario la problematica della discrezionalità del giudice è segnata dal presupposto che la sua deliberazione abbia pur sempre un carattere monologico. Si può dunque pensare che l'espansione del principio del contraddittorio sia anche giustificata dall'opportunità di fornire al giudice quanto più ragioni e argomenti possibili per controllare meglio la discrezionalità interpretativa. In questo senso il contraddittorio aiuta ad evidenziare e a rendere trasparenti tutti gli elementi necessari per una decisione giusta. Ma oggi la situazione è ancor più complessa in ragione del mutamento della legge a causa del paradigma costituzionale. Come ha notato, tra altri, Mauro Cappelletti²⁴, la pregiudiziale costituzionale ribalta il principio che vuole il giudice soggetto alla legge. Infatti il giudice è chiamato a considerare la legge non solo come atto qualificante la concreta fattispecie dedotta nel processo, ma anche come atto qualificato da una norma superiore e come tale soggetto a verifica di conformità con i principi costituzionali. Con ciò stesso si accresce la responsabilità del giudice nei confronti della società tutt'intera.

Quando la società è governata da convinzioni morali ampiamente condivise, le scelte del giudice sono più facilmente prevedibili e le sorprese limitate. Ma quando la società è segnata dal pluralismo a tutto spiano, come lo è la società contemporanea, allora è inevitabile che la discrezionalità del giudice aumenti a dismisura, specie quando si tratta della tutela dei diritti fondamentali. La causa – come al solito – proviene dal legislatore, che si lamenta dell'ativismo giudiziario dopo averlo apertamente provocato. La legge arriva al giudice sempre più chiaramente come un prodotto semilavorato e a volte mal lavorato. Altro che significato preesistente! Il processo deliberativo, che è interno alla produzione della legge, non arriva ad una sua chiara definizione con il risultato che esso lascia traccia nella fase dell'interpretazione della legge, come se questa fosse una sua prosecuzione. Diventa, allora, difficile tracciare una distinzione netta fra deliberazione politica, che è *adversial*, ed emanazione della legge, che dovrebbe essere univoca²⁵. Il giudice si trova a proseguire una deliberazione non conclusa, o non definitivamente chiusa, con queste differenze: il giudice non ha la legittimazione politica del legislatore e decide solo in

23. *Etica Nicomachea*, III, 5, 1112b3-12.

24. Cfr. N. Trocker, 2015, 427.

25. Per questa e altre considerazioni del genere rinvio a J. Waldron, 1999.

relazione al caso particolare, anche se nella prospettiva della sua generalizzazione a casi simili. Come già s'è detto, interpretazione e argomentazione diventano indistinguibili. Ma l'argomentazione, a differenza dell'interpretazione, è per definizione dialogica. Se l'interpretazione si fa dialogica, ciò vuol dire che diventa indistinguibile dall'argomentazione o almeno che tende ad identificarsi con essa.

Qui si apre un problema delicatissimo a cui posso solo accennare, cioè quello del rilievo morale delle scelte interpretative del giudice, data la stretta correlazione fra la struttura dei diritti fondamentali e la forma della loro tutela processuale. La preoccupazione che il giudice possa fare valere le proprie e personali convinzioni morali ha condotto ad affrontare tale problema in modo che giudico fuorviante. Emblematica è questa affermazione: «L'etica del giudice non è materia di filosofia morale: è materia di dogmatica o, se si preferisce, di scienza giuridica»²⁶. Ma questo è un *wishful thinking*, perché non si può negare il carattere morale delle decisioni giudiziarie. Tuttavia in realtà la morale del giudice ha un carattere particolare in quanto è già contaminata dal diritto ed è quindi eteronoma. È un ibrido di sensibilità morale e giuridica. In questo senso non è del tutto imprevedibile. Mentre la deliberazione politica del legislatore è più libera da vincoli normativi al di fuori di quelli costituzionali, anche se spesso condizionata da interessi di partito che ne abbassano la qualità morale, la deliberazione giuridica si esercita all'interno di un complesso universo normativo preesistente a cui bisogna render conto²⁷. Il fatto è che l'aver escluso che l'interpretazione delle norme sia un'attività deliberativa di carattere dialogico ha condotto a prestare una scarsa attenzione al modello deliberativo nell'interpretazione come attività, riservandolo alla controversia processuale in cui si confrontano interpretazioni già formate, per quanto sottoposte a giudizio.

5. DALLA COLLABORAZIONE ALLA COOPERAZIONE PROCESSUALE

Dobbiamo ora in conclusione riflettere sul senso del ruolo del giudice nel processo alla luce delle considerazioni già avanzate.

Ovviamente è già ampiamente superata l'immagine del giudice passivo sia rispetto alla norma (e al legislatore), sia rispetto allo svolgimento del contraddittorio fra le parti. Ma l'espansione del principio del contraddittorio non rende certamente il giudice superfluo. Al contrario oggi viene denunciato con preoccupazione il suo eccessivo attivismo. Ma la virtù del giudice – com'è proprio di ogni virtù – sta nel giusto mezzo. Il dovere del giudice di rispettare e far rispettare il contraddittorio in ogni fase del processo, facendosi promo-

26. R. Guastini, 1999, 207.

27. Cfr. J. Waldron, 2009.

tore e garante del contraddittorio su qualsiasi questione (di fatto o di diritto) dedotta dalle parti o rilevata d'ufficio, richiede che egli sia considerato come un soggetto agente interno alla dinamica processuale. È un soggetto del processo in quanto la sua attività non consiste unicamente o principalmente nella decisione finale, ma nel programmare il discorso processuale sia relativamente al *thema decidendum*, sia al *thema probandum*. Si tratta di mettere le parti nella migliore condizione possibile per rendere effettivo il diritto di difesa e di trovarsi nella migliore condizione possibile per decidere secondo giustizia.

La costruzione della decisione deve intendersi come costruzione della soluzione del conflitto. Per converso la confusione nel processo si traduce in una confusione nella motivazione. Quando si parla di "motivazione sintetica", non si vuol certamente indicare una motivazione insufficiente, approssimativa o incompleta. In questo senso le modalità attraverso le quali si arriva alla decisione sono tutt'uno con la decisione stessa come sua parte essenziale ed intrinseca, non già come qualcosa da gettarsi dietro le spalle. Questo spiega l'ambiguità di senso del termine "giudizio", che indica insieme il processo e la sua conclusione²⁸.

In questo consiste la differenza fra la controversia puramente dialogica e quella giudiziale: nella prima le parti non hanno un controllo terzo, ma decidono congiuntamente sia riguardo all'osservanza delle regole, sia riguardo alla conclusione²⁹. È vero che si può sostenere che il processo sia una rigorizzazione della pura e semplice controversia dialogica, ma non è questo il suo obiettivo principale, quanto piuttosto quello di ottemperare ad una condizione di socialità e di pubblicità che conferisca generalità alla decisione del caso particolare³⁰.

Il legislatore parla in generale per guidare alla soluzione dei casi particolari; il giudice parla in particolare per far valere decisioni capaci di generalizzazione. Questa differenza conferisce all'autorità politica un ruolo più volontaristico e all'autorità giuridica una dimensione più segnata dalla ragionevolezza e dalla giustificazione.

Nelle deliberazioni collettive occorre far ricorso ad un metodo per arrivare alla decisione finale, perché – com'è noto – purtroppo gli argomenti forti non s'impongono da sé. Questo metodo deve avere un carattere autoritativo che conferisca capacità decisionale, cioè che sia in grado di porre termine alla controversia, com'è necessario nelle questioni pratiche. Per quanto deliberativa possa o debba essere la democrazia, alla fin dei conti bisogna ricorrere al metodo della maggioranza, che non ha un valore epistemico, ma almeno assicura che la decisione sia presa con la partecipazione di tutti coloro che fanno

28. Cfr. M. Taruffo, 2000.

29. G. Damele, 2007, 121.

30. Cfr. G. Giorgio, 2015, 211-2.

parte di un'assemblea. Anche nel processo la decisione viene presa da un'autorità interna alla procedura giurisdizionale, ma in posizione di imparzialità rispetto agli altri soggetti o alle parti, e fornita di una rappresentatività non politica, ma «puramente argomentativa»³¹.

La virtù richiesta al giudice ha un carattere architettonico com'è proprio dell'autorità, ma non invasivo o sostitutivo delle prerogative delle parti, che sono gli altri soggetti del processo. Per inciso noto che questa è una delle vie per cercare di conciliare l'espansione del principio del contraddittorio, insofferente nei confronti del sistema delle preclusioni, con il principio della ragionevole durata del processo. Spetta al giudice cercare di evitare le lungaggini da cui le parti possono trarre profitto. Imparzialità non significa inattività e terzietà non significa estraneità. La trasformazione di una struttura verticistica del processo in una configurazione tendenzialmente orizzontale non significa che i soggetti del processo abbiano lo stesso ruolo. Al contrario essa consente di trasformare il principio di collaborazione nel principio di cooperazione. Ed è questo aspetto che vorrei alla fine cercare di chiarire.

Il principio di collaborazione ha nel diritto una portata istituzionale generale (art. 120 cost. it. e art. 4 del Trattato dell'Unione Europea). Esso riguarda tutte le istituzioni giuridiche e tutti i soggetti che partecipano alla pratica giuridica e, quindi, anche l'istituzione giudiziaria e le parti del processo³². Esso si concretizza nella buona fede, nella lealtà (termine che significativamente deriva da *legalitas*), nella correttezza, nel rispetto delle proprie funzioni e del proprio ruolo. Può essere ricondotto in ultima istanza al dovere di solidarietà ex art. 2 cost. Ma per un giusto processo questo ancora non basta.

Il contraddittorio è di per sé la messa in forma giuridica di un conflitto, che però resta tale nella sostanza, anche se al posto delle armi ci sono le parole. Il fine delle parti non è quello della ricerca della verità processuale, ma quello di far prevalere il proprio interesse, anche se concordano sui testi legali di riferimento, sul ruolo del giudice e sulle procedure processuali. Per quanto si debba chiedere alle parti di attenersi alle regole del processo in modo collaborativo, non si può ancora parlare di cooperazione in senso proprio se non per la presenza attiva del giudice, così come non c'è in senso proprio un'orchestra se non c'è il direttore d'orchestra come suo componente interno. E questa è la funzione del giudice e non quella del critico musicale che dall'esterno giudica quale orchestrale abbia suonato meglio. Il giudice è terzo, ma non il terzo escluso³³ né il terzo assente³⁴, ma il terzo incluso.

31. Credo che questa qualificazione che Alexy attribuisce alle corti costituzionali debba essere in qualche modo estesa a tutte le corti di giustizia. Cfr. R. Alexy, 2015, 32-34.

32. Cfr. E. Grasso, 1966.

33. Cfr. L. Alici, 2004.

34. N. Bobbio, 1989. Qui per la verità Bobbio si riferisce al diritto internazionale.

La cooperazione si distingue dalla mera collaborazione quando v'è una coordinazione in vista di un fine comune. Questa comunanza nel fine è conferita dalla presenza di un'autorità giuridica secondo quanto recita l'art. 111 cost.: «Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale». L'autorità giuridica, a differenza di quella politica, ha come funzione precipua la custodia e la promozione della pratica corretta delle procedure giuridiche, affinché il diritto sia realizzato al meglio. Il giudice deve saper esercitare in modo giuridico la sua autorità ed è vincolato all'impostazione del processo che ha contribuito a determinare. Questo è un punto centrale. Solo così il contraddittorio diventa un metodo di determinazione della verità processuale. Ciò significa che il ruolo del giudice nella costruzione della decisione, con l'apporto delle parti, è rilevante almeno quanto quello di dettare la decisione finale su cui ci si era in passato esclusivamente concentrati.

Abbiamo detto che c'è propriamente cooperazione quando c'è un fine comune e che c'è un fine comune quando c'è un'autorità che ha questo come suo fine proprio, mentre non è quello proprio delle parti. Il giudice è un'autorità proprio in quanto il suo fine istituzionale prevale su quello delle parti. In tal modo le relazioni intra-processuali vengono unificate, il conflitto assume un carattere giusgenerativo e i soggetti del processo costituiscono una comunità interpretativa, per quanto contingente e provvisoria³⁵.

Solo se la collaborazione si trasforma in cooperazione è possibile conciliare l'aspetto oggettivo del contraddittorio come metodo della ricerca della verità processuale e l'aspetto soggettivo come garanzia individuale.

Nella storia del diritto si sono presentati differenti modelli di giudice con varianti discutibili³⁶. Il *modello sociale* considera il giudice a servizio della società e delle istanze sociali largamente condivise. Ma in una società pluralistica il consenso sociale è divenuto ben difficilmente determinabile. Il *modello politico* di giudice lo considera nei casi difficili, in presenza di lacune o incertezze della legge, come un legislatore supplente. Ma in tal modo viene sottodeterminato il principio dell'irretroattività della legge e quello della separazione dei poteri. Infine, il *modello morale* di giudice, che è quello oggi più presente, lo considera come un guardiano dei diritti con indipendenza nei confronti del legislatore e anche contro l'orientamento della maggioranza. Ma ciò implica che sui diritti vi sia una risposta univoca, cosa che ancora una volta è smentita da una società pluralistica. Il nostro ordinamento, pur se in modo sofferto e travagliato, persegue, invece, un *modello giuridico* di giudice per cui ciò che conta è la giustizia del caso concreto raggiunta attraverso quella forma di cooperazione giuridica che è il giusto processo.

35. Cfr. F. Di Donato, 2009.

36. Cfr. F. Viola, 1987, 218-24.

Certamente alla fin dei conti la solitudine del giudice nella decisione finale non può essere eliminata, ma la solitudine non è di per sé un male. Lo è se diventa isolamento.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- ALEX Y Robert, 2015, «Constitutional Rights, Democracy, and Representation». *Rivista di filosofia del diritto*, 4, 1: 23-36.
- ALICI Luigi, 2004, *Il terzo escluso*. San Paolo, Cinisello Balsamo.
- BOBBIO Norberto, 1989, *Il terzo assente*. Sonda, Torino.
- CALAMANDREI Pietro, 1965, «La genesi logica della sentenza civile», 1914. In *Opere giuridiche*, vol. I: 11 e ss. Morano, Napoli.
- CAPPELLETTI Mauro, 1969, *Processo e ideologie*. Il Mulino, Bologna.
- CONSOLO Claudio, 2010, «Le Sezioni unite sulla causalità del vizio nelle sentenze della terza via: a proposito della nullità, indubbia ma peculiare poiché sanabile allorché emerge l'assenza in concreto di scopo del contraddittorio eliso». *Corriere giuridico*, 3: 355-64.
- CROCE Benedetto, 1907, «Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia». *Atti della Accademia Pontoniana*, 37, 8: 3-53.
- DAMELE Giovanni, 2007, «Dialettica, retorica e argomentazione giuridica». *Analisi e diritto 2006*, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, 115-36. Giappichelli, Torino.
- DI DONATO Flora, 2009, «La comunità processuale come contesto attivo di interazione tra clienti, avvocati e giudice». *Ars interpretandi*, 14: 187-206.
- GENTILI Aurelio, 2008, «Contraddittorio e giusta decisione nel processo civile». In M. Manzin e F. Puppo (a cura di), *Audiatur et altera pars*, 249-72. Giuffrè, Milano.
- GIORGIO Giovanni, 2015, *La via del comprendere. Epistemologia del processo di diritto*. Giappichelli, Torino.
- GRADI Marco, 2010, «Il principio del contraddittorio e la nullità delle sentenze della "terza via"». *Rivista di diritto processuale*, 4: 826-48.
- GRASSO Eduardo, 1966, «La collaborazione nel processo civile». *Rivista di diritto processuale*, 21: 580-609.
- GRAZIOSI Chiara, 2011, «La terza via e il giudice programmato: spunti sistemici». *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 65, 2: 511-32.
- GUARDINI Romano, 1962, *Das Gute, das Gewissen und die Sammlung*, V ed. Matthias-Grünwald, Mainz (trad. it. *La coscienza*. Morcelliana, Brescia 1977).
- GUASTINI Riccardo, 1999, «Etica del giudice nel diritto costituzionale vigente». In *Studi in onore di Franca De Marini Avonzo*, 205-20. Giappichelli, Torino.
- IRTI Natalino, 2014, «La crisi della fattispecie», *Rivista di diritto processuale*, 69, 1: 36-44.
- KAUFMANN Arthur, 1977, «Gesetz und Recht». In *Rechtsphilosophie im Wandel. Stationen eines Weges*, 131-65. Athenäum-Verlag, Frankfurt a.M.
- NITRATO Izzo Valerio, 2006, «La solitudine del giudice globale». *Ars interpretandi*, 11: 255-63.
- NITSCH Carlo, 2012, *Il giudice e la legge*. Giuffrè, Milano.

- SCACCIA Gino, 2000, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*. Giuffrè, Milano.
- ID., 2011, «Valori e diritto giurisprudenziale». *Diritto e società*, 1: 135-57.
- SCARSELLI Giuliano (a cura di), 2010, *Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile*. ESI, Napoli.
- SOMMAGGIO Paolo, 2007, «La centralità del contraddittorio nell'esperienza giuridica. Prime riflessioni per una teoria radicale». *Diritto&Questioni pubbliche*, 7: 71-119.
- TARUFFO Michele, 2000, «Giudizio: processo e decisione». In *I metodi della giustizia civile*, a cura di M. Bessone *et al.*, 267-90. CEDAM, Padova.
- TROCKER Nicolò, 2015, «Processo e costituzione nell'opera di Mauro Cappelletti civil-processualista (elementi di una moderna "teoria" del processo)». *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 69, 2: 425-61.
- VIOLA Francesco, 1987, *Autorità e ordine del diritto*. Giappichelli, Torino.
- ID., 2007, «La legalità del caso». In *La Corte Costituzionale nella costruzione dell'ordinamento attuale. Principi fondamentali* (Atti del 2° Convegno nazionale della Società italiana degli studiosi di diritto civile, Capri, 18-20 aprile 2006), t. I, 315-27. ESI, Napoli.
- ID., 2011, *Rule of Law. Il governo della legge ieri ed oggi*. Giappichelli, Torino.
- ID., 2015, «Il diritto come arte della convivenza civile». *Rivista di Filosofia del diritto*, 4, 1: 57-74.
- WALDRON Jeremy, 1999, *Law and Disagreement*. Oxford University Press, Oxford.
- ID., 2009, «Judges as Moral Reasoners». *International Journal of Constitutional Law*, 7, 1: 2-24.