

PAOLO SOMMAGGIO\*

## *La centralità del contraddittorio nell'esperienza giuridica* Prime riflessioni per una teoria radicale

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. La questione: la sentenza n. 14637/01. Il contrasto giurisprudenziale – 3. Il contraddittorio: il dato normativo – 4. Il contraddittorio: la dottrina – 5. Per una fondazione rigorosa del contraddittorio – 6. Prima conseguenza. Il problema dell'argomento «terzo» nel ragionamento del giudice – 7. Seconda conseguenza. La rivalutazione del ruolo delle parti processuali – 8. Terza conseguenza. L'urgenza metodologica – 9. Osservazioni conclusive

*Iudex iuxta alligata et probata iudicare debet*

### 1. *Introduzione*

Incomincerò queste prime riflessioni presentando per sommi capi un caso che è stato oggetto di una importante pronuncia della Suprema Corte di Cassazione, la n. 14637/01, che colpisce le cd. sentenze “della terza via”, ed accennerò brevemente al recente contrasto dottrinale e giurisprudenziale cui questo tema ha dato origine<sup>1</sup>.

Successivamente cercherò di ampliare il raggio della mia riflessione, portando il ragionamento su di un tema fondamentale come la lesione del cd. ‘principio del contraddittorio, tanto in relazione alle dirette conseguenze che questo contrasto comporta, quanto alle considerazioni di ordine logico-filosofico che lo stesso può dischiudere<sup>2</sup>.

\* Università degli Studi di Trento.

<sup>1</sup> Sono chiamate sentenze “della terza via” quelle pronunce nelle quali il giudice decide in base a questioni rilevate d'ufficio non indicate alle parti nella fase del contraddittorio. La Suprema Corte ha fissato e ribadito, con una serie di tre decisioni, una massima che sancisce la nullità di queste particolari sentenze dette anche ‘a sorpresa’. Dalla prima sentenza Cass. Civ. , I, 21 novembre 2001, n. 14637 si giunge, passando per la pronuncia della II sezione n. 15705 del 27 luglio 2005 (che invece ritiene valida o quantomeno non nulla la sentenza ‘della terza via’), alla statuizione della III sezione n. 16577 del 5 agosto 2005 ove si ribadisce la nullità quando la questione non sollevata avrebbe comportato nuovi sviluppi della lite. Questa tendenza viene definitivamente confermata dalla sentenza della III sezione, 31 ottobre 2005, n. 21108.

<sup>2</sup> Questo lavoro rappresenta un ampliamento di un intervento tenuto durante le Gior-

Premetto che la specifica analisi tecnico-giuridica, non provenendo da uno specialista della materia, potrà apparire, agli occhi di un esperto, eccessivamente semplificata. A mia difesa porto solamente l'intenzione di considerare questa nuova tendenza sorta a seguito delle pronunce che avremo modo di vedere, come una esemplificazione, considerata in termini volutamente generici, del modo in cui nella giurisprudenza contemporanea cominci a godere di nuova considerazione (nei termini concreti di una reazione da parte dell'ordinamento) la lesione di uno dei principi più importanti della realtà giuridica: il contraddittorio tra le parti nel processo. Un aumento di stima che costituirà l'oggetto privilegiato della nostra riflessione.

Questa nuova considerazione appare giustificata dal forte mutamento culturale in atto, il quale pone in crisi la tradizionale concezione normocentrica<sup>3</sup>, sinora considerata di riferimento, la quale riconosceva il primato, nell'esperienza giuridica, alla sola legge, riducendo il giudizio a nulla più che un'intima relazione intercorrente tra il testo normativo e il magistrato, che, solo, poteva trarre l'interpretazione ritenuta consona (applicabile) al caso<sup>4</sup>. Secondo questa concezione il processo, e con esso il contraddittorio, avrebbe un valore puramente pleonastico e non invece fondativo.

Questa impostazione viene messa in discussione proprio dalla sentenza n. 14637/01, la quale, pertanto, a parere di molti conterrebbe bagliori 'rivoluzionari'.

Per la prima volta, infatti, il Supremo Collegio statuirebbe serie conseguenze giuridiche contro una pronuncia che palesemente avesse leso il principio del contraddittorio: la nullità, ovvero l'inesistenza per l'ordinamento.

Detto in altri termini, solamente a patto di considerare secondo una nuova luce il dovere dei magistrati di attenersi al rispetto del contraddittorio, non potendovi più prescindere, il processo sarà in grado di esprimere la propria intima natura controversiale e, perciò, razionalmente garantita.

Quali considerazioni teoretiche potrebbe dischiudere questa nuova considerazione del contraddittorio costituirà, seppure in maniera non

nate Tridentine di Retorica nel giugno 2004 presso l'Università degli studi di Trento. Evento organizzato dal Cermeg, Centro di Ricerche sulla Metodologia giuridica ([www.cermeg.it](http://www.cermeg.it)).

<sup>3</sup> Normocentrica o normativista è ogni concezione che pretende di esaurire il fenomeno giuridico nella statuizione positiva di un legislatore. Altri preferisce definire questa prospettiva legolatrica.

<sup>4</sup> Chiarificatore di questa prospettiva è Giovanni Fiandaca. L'illustre autore, in diverse sue opere, pone l'accento sul tramonto della legge come unico termine di riferimento nella attività del giudice; attività che, perciò, cesserebbe di avere un carattere strettamente interpretativo per assumerne uno creativo-suppletivo: essa infatti si arricchirebbe dell'inserimento di elementi extranormativi derivanti dall'*ethos* di ciascun singolo magistrato con il rischio di cadere in un soggettivismo fuori controllo. Si veda G. FIANDACA, *Il diritto penale tra legge e giudice*, Cedam, Padova 2002 in particolare le pp. 17-18, 34, 39 e 61.

siderazione del contraddittorio costituirà, seppure in maniera non esaustiva, l'oggetto del presente lavoro.

## 2. *La questione: la sentenza n. 14637/01. Il contrasto giurisprudenziale*

In breve la questione da cui prende le mosse la Suprema Corte nella prima sentenza che esamineremo riguarda questa vicenda: un contrasto sorto tra il Comune e la Provincia di Urbino<sup>5</sup>. Il Comune aveva proposto opposizione avverso una ordinanza-ingiunzione della Provincia, sostenendo motivi di fatto e violazioni di norme relative al procedimento amministrativo. L'autorità giudicante aveva accolto l'opposizione ma non per i motivi sostenuti dal Comune di Urbino, optando invece per un nuovo argomento, rilevato d'ufficio e sollevato, per la prima volta, solo in sede decisoria: la insussistenza, in capo alla Provincia, del potere sanzionatorio.

Il tema è uno di quei tipici casi 'di scuola' per i quali una questione rilevata d'ufficio è introdotta in una causa "a sorpresa" solamente durante la fase decisoria e perciò, necessariamente, essa non è stata sottoposta al contraddittorio tra le parti.

L'importanza di questa sentenza è evidente: è infatti una delle prime volte che la giurisprudenza decide di provvedere in maniera netta nei confronti di una palese violazione del contraddittorio, ossia decide la sorte di una pronuncia in cui il suddetto principio è stato leso. Statuendone la nullità. Una chiara nota di Francesco P. Luiso, cui farò diretto riferimento in più punti nel corso delle pagine che seguono, delucida magistralmente la questione. In termini altrettanto chiari si pone in ideale contraddittorio Sergio Chiarloni il quale non riconosce alla sentenza in oggetto tutto quel valore di cambiamento radicale che cercheremo, invece, di mettere in evidenza<sup>6</sup>.

Il problema è, infatti, molto complesso e delicato. Anzi, è tra quei problemi che si possono considerare come preminenti per l'ordinamento,

<sup>5</sup> La sentenza è la seguente: Corte di Cassazione – Sez. I – 21 novembre 2001 n. 14637 – Pres. Criscuolo – Est. Berruti – P.M. Velardi (concl. Conf.) – Amm. prov. Pesaro e Urbino (avv. Sbrano) c. Com. Urbino.

<sup>6</sup> Una compiuta analisi della vicenda unita a stimolanti riflessioni circa la sua portata è rinvenibile in F.P. LUISO, *Questioni rilevate d'ufficio e contraddittorio: una sentenza "rivoluzionaria"?* (Nota adesiva), in «Giust. Civ.», (2002), I, pp. 1611-1615 già apparso in «Judicium» (rivista on-line); [www.judicium.it](http://www.judicium.it). L'autore ha già frequentato il tema del contraddittorio in F. P. LUISO, *Principio del contraddittorio ed efficacia della sentenza verso terzi*, Giuffrè, Milano 1981, in particolare le pp. 1-35. La medesima sentenza è commentata (Nota critica) anche in S. CHIARLONI, *La sentenza «della terza via» in cassazione: un altro caso di formalismo delle garanzie?*, «Giur. It.», (2002), I, pp. 1362-1365.

perché vertente su una questione fondamentale.

Stigmatizzare la violazione del contraddittorio è un atto sul quale tutti sembravano e sembrano d'accordo, ma nessuno, prima della sentenza in oggetto, aveva ancora avanzato una concreta soluzione al problema (sul piano, per intendersi, della sua concreta sanzionabilità).

Infatti, sostiene Luiso, proprio la giurisprudenza aveva rifiutato di trarre dirette conseguenze dalla (pur incontestabile) violazione del principio del contraddittorio, che si realizza ogni qual volta il giudice fonda la sua decisione su questioni rilevate d'ufficio e non sottoposte alla discussione delle parti.

D'altro canto, afferma l'autore, la dottrina sino ad oggi sembrava concorde sul fatto che una qualche conseguenza vi debba essere alla palese violazione del contraddittorio nelle vicende processuali; le differenze emergerebbero, invece, su quale dovrebbe essere detta conseguenza.

Alcuni, infatti, riterrebbero la sentenza nulla; altri, pur auspicando un intervento del legislatore, affermano che allo stato non sarebbe possibile utilizzare questa sanzione; altri ancora ritengono ingiustificato colpire di radicale nullità l'atto<sup>7</sup>.

Innanzitutto l'estensore della nota si chiede se sia condivisibile il fatto che una decisione fondata su di una questione rilevabile d'ufficio e non segnalata alle parti, integri la violazione, o meno, del contraddittorio. Tuttavia, mentre Luiso propende per una risposta positiva alla domanda<sup>8</sup>, Chiarloni nel proprio lavoro opta invece per una risposta negativa<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> Riporto succintamente gli autori indicati da Luiso, rimandando per un approfondimento alla lettura dell'intera nota riportata nel lavoro di LUISO, *Questioni*, cit. p. 1612, n. 4. A favore della nullità della sentenza si attestano: Denti, Ferri, Montesano-Arieta, Tarzia, Civinini. Ritiene auspicabile tale sanzione *de iure condendo*, Taruffo. La dottrina che invece non ritiene legittimo il ricorso al rimedio della nullità si attesterebbe sulle posizioni di Chiarloni.

<sup>8</sup> Indipendentemente dalla natura delle questioni rilevabili d'ufficio, siano esse di puro diritto o di altro tipo (ossia che abbiano o meno ricadute sulla allegazione dei fatti, o sulla proposizione di nuove domande), Luiso è fermo nel sostenere questo concetto: «ritenere che la decisione 'solitaria' non produca la lesione del contraddittorio perché esse [le questioni rilevate d'ufficio] sono pur sempre conoscibili dalle parti è argomento che prova troppo: in tale direzione, si potrebbero eliminare le comparse conclusionali e le repliche (con le quali non si può ampliare la *quaestio facti*), oppure eliminare, in cassazione, le memorie e la discussione orale» cfr. LUISO, *Questioni*, cit. p. 1614.

<sup>9</sup> Chiarloni risponde a questa tesi in questi termini: «Ora, sia pure implicita, troviamo qui una prima ovvia ammissione, anche se proseguendo il discorso Luiso tenta di scrollarsela di dosso, ma con argomenti debolissimi e non bisognosi di confutazione [Nota 6: Non serve dire che il mio argomento prova troppo, perché alla sua stregua si potrebbero abolire le comparse conclusionali nei giudizi di merito e la discussione orale e le memorie in cassazione. Le comparse conclusionali sono sostituibili dalla discussione orale e infatti non esistono nel processo del lavoro e nel processo davanti a giudice monocratico con fase decisoria esclusivamente orale. E

Infatti quest'ultimo pone come premessa del proprio ragionamento che la sentenza "della terza soluzione" (o "della terza via") «non viola il principio del contraddittorio, bensì il principio di collaborazione tra i soggetti del processo e non si può ritenere di per sé nulla»<sup>10</sup>. Secondo questa impostazione, dunque, pur esistendo una stringente dovere del giudice di obbedire alla norma contenuta nell'art. 183, 3° comma che gli impone di indicare alle parti le «questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione», la sanzione per questo mancato comportamento non può essere la nullità della pronuncia.

Le ragioni di questo limite sono spiegabili in questi termini: da un lato la questione rilevabile d'ufficio apparterebbe già al materiale della causa, anche se non esplicitata; dall'altro lato non avrebbe senso parlare di nullità della sentenza poiché o la questione, pur non sottoposta al contraddittorio, è stata "correttamente decisa", oppure la sentenza, dato che non è stata correttamente decisa, è viziata per altri motivi che prescindono dal contraddittorio.

Il non aver stimolato il contraddittorio potrebbe al più assumere un rilievo deontologico per il giudice, ma di sicuro la sentenza da lui pronunciata non sarebbe nulla. Il diverso orientamento, sostenuto dalla sentenza n. 14637/01, sarebbe secondo Chiarloni in contrasto con il principio di economia e soprattutto con esigenze di giustizia<sup>11</sup>. Per colpire con la nullità la sentenza che abbia pronunciato su una questione rilevata d'ufficio, su cui le parti non sono state adeguatamente "stimolate dal giudice", dunque non è sufficiente la lesione del principio di collaborazione da parte del giudice, ma occorre anche qualcosa in più: occorrerà che la violazione del diritto di difesa che si invoca venga allegata e dimostrata al giudice del gravame<sup>12</sup>.

Tuttavia, sostiene di contro Luiso (e non ci sembra di poter trovare argomenti tali da confutare questa posizione), il rilievo d'ufficio ante

un processo esclusivamente di legittimità a confini rigorosamente definiti potrebbe benissimo articolarsi, senza lesione del contraddittorio, in due soli atti introduttivi di parte (tre, nel caso di proposizione di un ricorso incidentale): nei casi "angusti" la sentenza della "terza via", pur avendo violato un preciso dovere del giudice di stimolare il contraddittorio delle parti sulla questione, è perfettamente valida», CHIARLONI, *La sentenza «della terza via»*, cit. p. 1364.

<sup>10</sup> Cfr. CHIARLONI, *La sentenza «della terza via»*, cit. p. 1363.

<sup>11</sup> Cfr. CHIARLONI, *La sentenza «della terza via»*, cit. p. 1364.

<sup>12</sup> Cfr. CHIARLONI, *La sentenza «della terza via»*, cit. p. 1364: «Ma allora capiamo subito che, nei casi in cui la nullità deve venire dichiarata, ciò non dipende soltanto dalla violazione del principio di collaborazione commessa dal giudice non chiedendo alle parti di trattare la questione che ha rilevato d'ufficio. Ci vuole qualcosa di più. Nel linguaggio della dogmatica giuridica, la nullità sarà frutto di una fattispecie complessa. Dal rilievo "solitario" che ha portato alla sentenza della terza via deve conseguire una violazione del diritto di difesa del soccombente. Non solo: occorre anche che questa violazione venga allegata e dimostrata al giudice dell'impugnazione». Questa opinione concorda con quella del Fazzalari di cui si dirà più oltre, vedi § 4.

decisione potrebbe stimolare l'allegazione di ulteriori fatti od atti rilevanti ed inoltre potrebbe anche portare a domande nuove che resterebbero, in caso contrario, del tutto precluse.

Il contrasto tra gli autori che hanno commentato questa pronuncia, perciò, individua il punto centrale della questione proprio nel contraddittorio tra le parti, seppure in relazione allo specifico problema delle questioni rilevabili d'ufficio.

Ciò che mi preme evidenziare, quindi, è l'aspetto di novità di questa vicenda: ritengo infatti che il frutto migliore della pronuncia della Suprema Corte sia costituito proprio dal rilievo della centralità del contraddittorio nel processo e, di conseguenza, nel ragionamento giuridico come sembrerebbe emergere anche dalla nota adesiva di Luiso che, non a caso, chiama la pronuncia della Cassazione "rivoluzionaria". È, questa, una rivoluzione, certo ancora in una fase 'embrionale', che potrebbe trasformare il modo consueto di concepire il processo. Alla luce di questa trasfigurazione sarebbe impossibile per un giudice, nel nostro ordinamento, giungere ad una decisione costituita da una pronuncia svincolata dall'esito del contraddittorio tra le parti.

Se contrasti dottrinari possono nascere con riguardo alle questioni rilevabili d'ufficio introdotte dopo il contraddittorio (negato secondo Luiso, non stimolato secondo Chiarloni) ritengo che entrambi questi illustri autori, ciascuno nella propria prospettiva, possano dirsi in accordo nello stigmatizzare il comportamento del giudice che o non tenga conto o non stimoli adeguatamente il contraddittorio.

Che l'argomento sia spinoso ma in grado di denunciare la vitalità e profondità del tema è evidente a considerare il contrasto giurisprudenziale sorto proprio in occasione di pronunce più recenti.

Il contrasto si è verificato tra la seconda e la terza sezione della Suprema Corte nel corso dell'anno 2005.

Il 27 luglio 2005, n. 15705 la seconda sezione statuisce la validità della sentenza che ha pronunciato su una questione d'ufficio non segnalata alle parti sulla base della assenza di una previsione *ex lege* di nullità.

Otto giorni dopo la terza sezione (n. 16577 del 5 agosto 2005) stabilisce che, invece, la mancata indicazione da parte del giudice, di una questione sollevata d'ufficio che comporti nuovi sviluppi della lite non presi in considerazione dalle parti, determina la nullità della sentenza per violazione del diritto di difesa delle parti.

La prima pronuncia sostiene che non sia nulla la sentenza che decide il merito della controversia in base ad una questione rilevabile d'ufficio e non prospettata dal giudice alle parti nel corso del processo<sup>13</sup>. Il motivo dirimente

<sup>13</sup> Cass., sez. II civ., 27 luglio 2005, n. 15705.

riposa sulla attestazione da parte della Corte che non possa essere pronunciata la nullità se la medesima non è comminata dalla legge: una disposizione consimile manca nella formulazione dell'art. 183 c.p.c. come sanzione della omessa indicazione alle parti delle questioni rilevabili d'ufficio<sup>14</sup>.

Il contrasto con la sentenza sopra trattata (la 14637/01) è evidente. Tuttavia gli argomenti di quest'ultima non vengono espressamente contestati perché ci si rifugia dietro l'assenza di un formale riferimento normativo.

L'altra sentenza del 2005, invece, conferma ed approfondisce la linea giurisprudenziale inaugurata nel 2001<sup>15</sup>.

Questa sentenza sostiene che la mancata segnalazione da parte del giudice di una questione sollevata d'ufficio e che comporti nuovi sviluppi della lite, non presi in considerazione dalle parti, determina la nullità della sentenza per violazione del diritto di difesa delle parti, private dell'esercizio del contraddittorio<sup>16</sup>.

Il ragionamento della Corte è il seguente:

- 1) posto che esiste l'art. 183 comma 3 (il quale impone al giudice un dovere di collaborazione);
- 2) che questo dovere è volto a garantire il principio del contraddittorio (principio che il giudice deve far osservare ed osservare lui stesso segnalando le questioni rilevabili d'ufficio);
- 3) il giudice dovrà pertanto evitare di esporre le parti a decisioni 'a sorpresa' o 'della terza via' solitariamente adottate perché
- 4) questi principi, secondo la Corte, sono da rispettare durante tutta la durata del processo «essendo intrinseco al corretto svolgimento di un giusto processo il principio del contraddittorio (art.111 Cost.)»<sup>17</sup>.

Da queste premesse la Corte trae le seguenti conclusioni:

<sup>14</sup> Cfr. «Riv. Dir. Proc.», (2006), p. 748.

<sup>15</sup> Cass., sez. III civ., 5 agosto 2005, n. 16577. La linea è enunciata dalla sentenza stessa: «Questa Corte ha avuto modo di statuire che è nulla la sentenza che si fonda su di una questione rilevata d'ufficio e non sottoposta dal giudice al contraddittorio delle parti (sent. n. 14637/01). A tale principio il Collegio ritiene uniformarsi per le seguenti ragioni». Cfr. «Riv. Dir. Proc.», (2006), p. 748.

<sup>16</sup> Cfr. «Riv. Dir. Proc.», (2006), p. 749. «Il giudice che ritenga di decidere la lite in base ad una questione rilevata d'ufficio, senza averla previamente sottoposta alle parti al fine di provocare su di essa il contraddittorio e consentire lo svolgimento delle opportune difese in relazione al mutato quadro della materia del giudizio, deve astenersi dal decidere solitariamente e procedere alla segnalazione della questione che intende rilevare d'ufficio, riaprendo su di essa il dibattito e dando spazio alle consequenziali attività».

<sup>17</sup> Cfr. «Riv. Dir. Proc.», (2006), p. 749.

«La violazione del dovere di collaborazione, integrata dalla mancata segnalazione delle questioni che il giudice ritiene di sollevare d'ufficio, determina, nel caso in cui si tratti di questioni che aprono nuovi sviluppi della lite non presi in considerazione dalle parti, modificando il quadro fattuale, nullità della sentenza per avere violato il diritto di difesa delle parti (art. 24 Cost.), privando dell'esercizio del contraddittorio, con le connesse facoltà di modificare domande ed eccezioni, allegare fatti nuovi e formulare richieste istruttorie, sulla questione che ha condotto alla decisione solitaria»<sup>18</sup>.

Le due sentenze che abbiamo introdotto (una contraria ed una a favore della nullità delle pronunce 'della terza via') sono autorevolmente commentate da due illustri autori (Eduardo F. Ricci e Luigi Paolo Comoglio), i quali prendono posizione contro la motivazione della prima sentenza, rilevando il fatto che essa non terrebbe conto che il principio della tassatività riguarda le nullità cd "formali" e non anche le nullità cd "extraformali". Difatti «...la nullità discendente dall'avvenuta violazione del principio del contraddittorio come garanzia fondamentale è (almeno in linea di massima) "extraformale"»<sup>19</sup>.

Vediamo adesso, con riguardo alla seconda delle due pronunce, quali commenti i due illustri autori hanno formulato.

Ricci parte da queste premesse:

- a) posto che la mancata segnalazione alle parti di questioni rilevabili d'ufficio da parte del giudice non individua lesione del contraddittorio, ma violazione di un dovere di collaborazione;
- b) che il dovere di collaborazione non è il principio del contraddittorio inteso come una garanzia (come invece riterrebbe secondo Ricci la Suprema Corte nella sentenza 16577/05<sup>20</sup>);
- c) che, riprendendo il pensiero di Chiarloni, il principio di collaborazione e quello del contraddittorio come garanzia operano su due piani differenti;
- d) se ne può dedurre che: la lesione del solo principio di collaborazione, come per Chiarloni, non comporta, di per sé, la nullità della sentenza.

<sup>18</sup> Cfr. «Riv. Dir. Proc.», (2006), p. 749.

<sup>19</sup> Cfr. Nota adesiva, seppure critica del ragionamento sottostante, E. RICCI, *La sentenza «della terza via» e il contraddittorio*, in «Riv. Dir. Proc.», (2006), p. 750-751. Ricci sostiene che il punto dolente sia invece un altro: esso si sostanzia nel domandarsi se la mancata segnalazione di questioni rilevabili d'ufficio da parte del giudice violi o meno il principio del contraddittorio. La risposta negativa convince l'autore più di una risposta positiva. Cfr. *Ibidem*.

<sup>20</sup> «Anche se la sentenza n. 16577/2005 sembra unificare il principio del contraddittorio come garanzia e il principio di collaborazione, come se l'uno e l'altro fossero espressione di una medesima regola di fondo, è infatti chiaro che si tratta di regole differenti, non confondibili l'una con l'altra», cfr. RICCI, *La sentenza «della terza via»* cit., p. 752.



Aggiunge poi Ricci che la sua diffidenza di fondo per atteggiamenti o interpretazioni di tipo ‘collaborativo’ mal si concilia con la descrizione delle dinamiche processuali, più vicine ad una prospettiva che vede l’equilibrio di forze contrapposte come elemento primario.

Secondo Ricci infatti l’art. 183 comma 3° esprime il principio del contraddittorio ma non sotto le forme del diritto alla difesa. Semmai: «Il contraddittorio è anche lo strumento, mediante il quale – attraverso la composizione dialettica tra tesi diverse – si persegue il fine di una decisione fondata sulla più plausibile ricostruzione dei fatti e su una corretta diagnosi *in iure*; ed in tanto il contraddittorio adempie la sua funzione in quanto le parti esercitino effettivamente la loro facoltà di interloquire.

Avendo di mira la giustizia della futura decisione, il contraddittorio come garanzia non basta più: occorre che le parti si avvalgano delle loro facoltà; e proprio per questo la legge prevede che il giudice, prima di rassegnarsi ad affrontare e risolvere da solo la questione rilevabile d’ufficio, faccia il possibile per stimolare il dibattito»<sup>21</sup>.

In questo modo la sanzione della nullità, qualora il giudice non stimolasse il contraddittorio sulle questioni rilevabili d’ufficio, sarebbe certamente eccessiva perché non assisteremmo ad una lesione del contraddittorio inteso come garanzia di difesa ma del contraddittorio inteso come strumento per giungere ad una più plausibile ricostruzione dei fatti e una corretta diagnosi *de iure*. Uno strumento logico di conoscenza<sup>22</sup>. A questo punto si tratta insomma di valutare solamente se il giudice abbia risolto in modo “erroneo” oppure correttamente la questione rilevabile d’ufficio. Nel primo caso «il rimedio va trovato unicamente nei mezzi, con i quali si fa valere l’ingiustizia della sentenza»<sup>23</sup>; nel secondo caso, invece, «vuol dire che la mancanza di dibattito tra le parti non ha provocato alcuna conseguenza e la sentenza merita di essere tenuta ferma»<sup>24</sup>.

La nota di Comoglio, critica nei confronti della prima sentenza (la n. 15705/05) sia nel merito che nella motivazione (con argomenti analoghi a quelli del Ricci), appare invece adesiva rispetto alle argomentazioni proposte dalla Corte nella seconda sentenza del 2005 (la n. 16577/05). Augurandosi infatti che questo possa essere l’orientamento di un eventuale intervento delle Sezioni Unite, prende ad esaminare la pronuncia.

Il divieto delle sentenze “a sorpresa”, impone un preciso dovere del giudice, secondo Comoglio, «di provocare preventivamente il contraddittorio pieno

<sup>21</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 752.

<sup>22</sup> Vedremo che questo punto si rivela fondamentale per il seguito della proposta che qui si presenta.

<sup>23</sup> *Ibidem*.

<sup>24</sup> *Ibidem*.

delle parti su ogni questione, di fatto o di diritto, avente incidenza decisoria, che egli ritenga di rilevare d'ufficio, riservandosi poi di porla a fondamento della successiva sua pronuncia»<sup>25</sup>. A supporto di questa indicazione che l'autore definisce tesi 'garantistica', i motivi adottati sono di varia natura: innanzitutto esperienze comparatistiche (in special modo tedesche ed austriache), in secondo luogo la riforma dell'art. 384 comma 3° c.p.c. che impone, per il caso in cui la Corte di Cassazione nel decidere del merito ritenga di porre a fondamento della propria decisione una questione rileva d'ufficio, che debba essere assegnato alle parti ed al p.m. termine per il deposito di osservazioni sulla questione medesima. Inoltre Comoglio non ritiene risolutivi né l'argomento che richiama il principio della collaborazione processuale né l'argomento che si rifà ad una duplicità di fini istituzionali del contraddittorio (sui quali peraltro egli concorda con Ricci), secondo cui il contraddittorio per un verso costituirebbe il «punto di equilibrio delle garanzie offensive e difensive delle parti»<sup>26</sup>, per altro verso «lo strumento d'elezione per l'accertamento dialettico della verità dei fatti controversi e, quindi, per il conseguimento di un "giusto" processo»<sup>27</sup>.

La questione, secondo l'autore, si risolve sul piano costituzionale del dovere di imparzialità che incombe sulla autorità giudicante. Nell'esercizio dei suoi poteri, il giudice non può pensarsi legato ad un dovere istituzionale di intervenire attraverso "correttivi", ogni volta che si accorga di errori difensivi delle parti, posto che simili interventi andrebbero sicuramente a vantaggio di una parte e a svantaggio dell'altra. Comoglio dunque propende per un richiamo al principio costituzionale di legalità, il quale impone di rilevare immediatamente e di sottoporre al vaglio dialettico delle parti una questione rilevabile d'ufficio<sup>28</sup>.

Questo potere-dovere scaturisce direttamente dalle norme costituzionali agli artt. 101 comma 1° e 111 commi 1-2 ed impone il rilievo e l'indicazione immediata alle parti delle questioni rilevate d'ufficio affinché esse diventino oggetto del loro contraddittorio. Dunque il rilievo alle parti, lungi dall'indicare una opportunità sanzionabile sul piano deontologico, diviene nella prospettiva di Comoglio un obbligo necessitato e che comporterebbe, in caso di mancato rispetto, la nullità della pronuncia come un esito necessario.

In questo contrasto giunge un'ultima sentenza della terza sezione la quale conferma le precedenti individuando un orientamento giurisprudenziale che va prevalentemente nella direzione di colpire le "sentenze della

<sup>25</sup> Così in L. P. COMOGLIO, «Terza via» e processo «giusto», in «Riv. Dir. Proc.», (2006), p. 755-762, qui p. 758.

<sup>26</sup> COMOGLIO, «Terza via», cit., p. 759.

<sup>27</sup> COMOGLIO, «Terza via», cit., p. 760.

<sup>28</sup> COMOGLIO, «Terza via», cit., p. 761.

terza via” in maniera molto determinata. Il fatto che il giudice, omettendo la segnalazione alle parti, violi il dovere di collaborazione comporta la nullità della sentenza per violazione del diritto di difesa delle parti, private dell’esercizio del contraddittorio. La sentenza in parola è la n. 21108 del 31 ottobre 2005. Richiamandosi ai precedenti che abbiamo sopra esaminato (n. 14637/01 e n. 16577/05), e ricordando il terzo comma dell’art. 183 c.p.c. che statuisce un dovere di collaborazione con le parti ed è volto a garantire il principio del contraddittorio che governa il processo, la Corte precisa che il giudice deve segnalare le questioni «susceptive di rilievo officioso» per consentire che su di esse si apra la discussione e siano perciò consentite alle parti nuove attività processuali onde evitare di esporle a soluzioni “della terza via” o “a sorpresa” solitariamente adottate<sup>29</sup>.

Questo perché secondo la Cassazione sarebbe intrinseco al corretto svolgimento di un giusto processo il principio del contraddittorio. Secondo Claudio Consolo, estensore di un brillante commento alla predetta sentenza, «la violazione deontologica, se si decide in base a questioni non previamente (all’udienza dell’art. 183 o , se emerse, o capite dopo, anche in seguito) sottoposte alle parti, vi è sempre; la nullità processuale, tuttavia, secondo i principi, ricorrerà spesso, tuttavia non sempre»<sup>30</sup>. Consolo sostiene infatti che solamente nei casi in cui le questioni rilevabili d’ufficio siano di fatto o miste di fatto e di diritto, la parte soccombente può lamentarsi che la violazione di quel dovere deontologico le ha nuociuto limitando il suo diritto di difesa. In questo l’illustre autore concorda con Chiarloni nel riconoscere che non basta lamentare il mancato rilievo del giudice, ma occorre «in più che la risoluzione della questione abbia determinato, grazie alla particolarità del caso concreto, l’apertura a sviluppi della lite fino a quel momento non presi in considerazione dalle parti»<sup>31</sup>.

La violazione del dovere di collaborazione, dunque, coinciderà con la violazione del principio del contraddittorio solo in contesti particolari e «bisognosi di puntualizzazione». Secondo Consolo, dunque, di queste tre sentenze, solo due si baserebbero su argomenti persuasivi. Una, la n. 16577 del 2005, sarebbe troppo radicale e perciò non condivisibile.

Tutti gli autori e le Corti sino a qui presentati, credo, basino le loro opinioni sopra il riconoscimento di una particolare posizione del contraddittorio nel processo: una posizione centrale, tanto da potersi affermare che non vi è processo senza contraddittorio.

Purtroppo però né la Cassazione, né gli autori affrontati propongono una spiegazione dei motivi logici di questa centralità, e delle sue conse-

<sup>29</sup> Si veda «Corr. Giur.», (2006), p. 507.

<sup>30</sup> C. CONSOLO, *Questioni rilevabili d’ufficio e decisioni della terza via: conseguenze*, in «Corr. Giur.», (2006), p. 508.

<sup>31</sup> CONSOLO, *Questioni*, cit., p. 509.

guenze, ma si limitano ad attestarne la presenza nel dibattito processuale.

Nelle pagine che seguono cercheremo dunque di riflettere su quel ‘pudore’ che tanto la dottrina quanto la giurisprudenza patiscono. Entrambe infatti, pur riconoscendo l’importanza del contraddittorio, stentano tuttavia a trovare argomenti atti a giustificarne la natura imprescindibile e a trarre tutte le conseguenze che la sua violazione implicherebbe.

Questa lacuna comporta, purtroppo, il considerare normale nella prassi giudiziale che il giudice possa ritenersi del tutto svincolato dalla operazione logico-controversiale compiuta delle parti e possa porre come premessa al proprio ragionamento un argomento diverso da quanto effettivamente discusso. E la vicenda delle sentenze “della terza via” ne è un esempio evidente.

Lo stesso Luiso, ma come lui anche gli altri, si limita a segnalare che un principio del contraddittorio esiste e addirittura troverebbe dimora prima che nell’ordinamento in un pre-giuridico «senso comune», che tuttavia non ne caratterizza fondativamente la natura.

La particolarità delle tre decisioni richiamate, quelle che colpiscono con la nullità le “sentenze a sorpresa”, consiste nel fatto che la Suprema Corte, pur nella carenza di giustificazione razionale cui abbiamo or ora accennato, abbia comunque ritenuto oramai improcrastinabile sanzionare gravemente il comportamento di quel giudice che costruisce la propria pronuncia su di una questione rilevabile d’ufficio non sottoposta al vaglio controversiale.

Ciò che, per il momento, ci sentiamo di sottoscrivere anche per i motivi che verranno di seguito dibattuti è che: «il principio del contraddittorio ha significato non solo perché garantisce alle parti di addurre in giudizio tutto ciò che il giudice non può rilevare d’ufficio, ma anche perché esso costituisce una esplicazione del postulato (del resto di comune esperienza), che una questione discussa è decisa meglio di una questione solitariamente affrontata. Solo affermando che il giudice è in grado di decidere ugualmente bene sia nell’uno che nell’altro caso si potrebbero minimizzare le conseguenze negative della decisione non supportata dal contraddittorio: ma allora tanto varrebbe riscrivere gli artt. 24 e 111 Cost.»<sup>32</sup>.

Sofferriamo per un attimo l’attenzione su questo punto che può essere considerato determinante. Quale è la natura del postulato che Luiso chiama in causa?

Detto in altri termini: perché la decisione su di una questione sarebbe preferibile (decisa meglio) se discussa rispetto ad una decisione assunta in modo solitario e giustificata solamente in termini monologici?

Una cosa è certa: tutti, credo, siano d’accordo con quanto sostenuto da Luiso, tanto che ciò può essere considerato un vero e proprio endoxon (o

<sup>32</sup> Cfr. LUISO, *Questione rilevabile*, cit., p. 1614.

luogo comune) diffuso nell'ambiente giuridico; il difficile viene quando si tenta di comprendere fondatamente il perché tutti si trovino d'accordo sopra questo *locus* che si presenta, perciò, difficilmente contestabile<sup>33</sup>.

È molto difficile infatti trovare un giurista, ma anche un semplice *quivis de populo*, che neghi sensatamente la considerazione che un simile postulato trovi asilo nel nostro ordinamento. Quando però si comincia ad indagare sul suo contenuto e sul perché esso sia da preferire (posto che esistano altri criteri simili), cominciano a sorgere le questioni più disparate.

Nelle pagine che seguono vorrei, perciò, riflettere sul portato generale delle pronunce presentate. Esse, infatti, possono essere considerate come l'esemplificazione di un preciso (e, certamente, talmente risalente da sembrare nuovo) modo di concepire il rilievo del contraddittorio all'interno del processo e, quindi, del potere delle parti e del giudice.

### 3. *Il dato normativo*

Con ingiustificata certezza, i più ritengono che il significato dell'espressione 'contraddittorio' sia certo e faccia riferimento per lo più o al cd. principio di uguaglianza delle parti oppure ad una garanzia del diritto di difesa dell'individuo, che si collocherebbe quindi tra i diritti inviolabili dell'uomo.

Le cose invece non stanno proprio in questi termini, in quanto anche il contraddittorio patisce una vaghezza di cui occorre specificare i limiti concettuali<sup>34</sup>.

Ma procediamo con ordine e proviamo ad indagare se il dato normativo permette di chiarire la natura e l'estensione dell'*endoxon* 'contraddittorio'<sup>35</sup>.

Il termine 'contraddittorio', è presente:

<sup>33</sup> Mutuo la definizione di *endoxon*, o luogo comune, da Francesco Cavalla il quale così rilegge la tradizione aristotelica: «In ogni contesto sociale vigono idee, convinzioni, premesse che i più accettano e, generalmente, non mettono in discussione. Si tratta dei così detti "luoghi comuni" che già Aristotele definiva come le opinioni notevoli professate dai più, o dai più autorevoli (e quindi alla fine sempre dai più) in un determinato ambiente (Cfr. *Soph. El.*, 2, 165 b, 1-7)», F. CAVALLA, *Retorica giudiziale, logica e verità*, in F. CAVALLA (a cura di), *Retorica, processo e verità*, Cedam, Padova 2005.

<sup>34</sup> Sul tema della 'vaghezza' del testo normativo si veda C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme: un'analisi del linguaggio giuridico*, Giuffrè, Milano 1990; si veda inoltre M. MANZIN – P. SOMMAGGIO (a cura di), *Interpretazione giuridica e retorica forense. Il problema della vaghezza del linguaggio nella ricerca della verità processuale*, Giuffrè, Milano 2006.

<sup>35</sup> Una chiara ed interessante disamina sull'uso degli *éndoxa* nella realtà giuridica si ritrova in G. AZZONI, *Éndoxa e fonti del diritto*, in G.A. FERRARI – M. MANZIN, *La retorica fra scienza e professione forense. Questioni di metodo*, Giuffrè, Milano 2004, pp. 123-155.

- a) nella Dichiarazione Universale dei diritti dell'Uomo<sup>36</sup>;
- b) nella Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali<sup>37</sup>;
- c) nel Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici<sup>38</sup>;
- d) nella nostra Carta Costituzionale<sup>39</sup>.

In particolare nella Costituzione Italiana la presenza del contraddittorio nel processo viene espressamente sancita all'art.111<sup>40</sup>.

Eppure, seguendo il dato strettamente cronologico, tale termine è stato inserito nella legge ordinaria (codice di procedura civile) ben prima che nella Costituzione, ove fa ingresso, con esplicita formulazione anche in materia di formazione della prova<sup>41</sup>, soltanto con l'entrata in vigore della legge di riforma costituzionale n. 2 del 23 novembre 1999, relativa all'inserimento dei principi del cd. «giusto processo»<sup>42</sup>.

<sup>36</sup> La 'Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo' è stata approvata dalla Assemblea Generale delle Nazioni Unite a New York il 10 dicembre 1948. Le direttive che attengono al processo ed al contraddittorio sono la n. 10 e la n. 11.

<sup>37</sup> La 'Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali' è stata adottata a Roma il 4 novembre 1950 e resa esecutiva con L. 4 agosto 1955 n. 848 pubblicata in G.U. il 24 settembre 1955 n. 221, ed è entrata in vigore per l'Italia il 26 ottobre 1955. L'art. 6 della Convenzione tratta il tema del contraddittorio e del processo equo.

<sup>38</sup> Il 'Patto Internazionale relativo ai diritti civili e politici' è stato adottato a New York il 16 dicembre 1966, reso esecutivo con L. 25 ottobre 1977 n. 881, pubblicata in G.U. 7 dicembre 1977 n. 333 Supl.ord., ed entrata in vigore per l'Italia il 15 dicembre 1978. Gli articoli 14 e 15 trattano il tema del contraddittorio.

<sup>39</sup> Art. 24 ed art. 111 Costituzione.

<sup>40</sup> Art. 111 Cost. commi II, IV, V. L'art. 111 così recita: «La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata...»

<sup>41</sup> La disciplina della prova è prevista, solamente, per il processo penale *ex art. 111 commi III e IV*: «Nel processo penale, la legge assicura che la persona accusata di un reato sia, nel più breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico; disponga del tempo e delle condizioni necessari per preparare la sua difesa; abbia la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore; sia assistita da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata nel processo. Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova. La colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore».

<sup>42</sup> Il tema della riforma costituzionale del cd «giusto processo» apre una serie di considera-

Nell'ordinamento giuridico italiano il contraddittorio viene contemplato tanto nel sistema di diritto processuale civile quanto in quello di procedura penale<sup>43</sup>.

Per quanto riguarda la disciplina del processo civile, esso è collocato nel Libro I, Titolo IV del Codice di rito, inserito tra le norme che regolano "L'esercizio dell'azione", e viene enunciato nell'articolo 101 c.p.c.<sup>44</sup>

Per quanto riguarda il processo penale, invece, manca una espressa statuizione che contempra il contraddittorio, ma la sua sussistenza può essere ricavata dal complesso delle norme che regolano la partecipazione e l'intervento dell'imputato nel processo oltre che, ovviamente, dalle disposizioni sulla formazione della prova<sup>45</sup>. A quest'ultimo proposito merita una menzione il comma 5° del novellato art. 111 Cost. che assicura la garanzia della riserva di legge ai «casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio», precisando che ciò può avvenire solo «per consenso dell'imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita».

Il processo penale rappresenta tuttavia l'ambito di esercizio della giurisdizione in cui il contraddittorio in condizioni di parità tra le parti risulta di più difficile realizzazione, perché è il più evidente luogo di conflitto tra principio di autorità e principio di libertà. Non è un caso infatti se ben tre dei cinque nuovi commi introdotti con la novella costituzionale del 1999 sono dedicati in via esclusiva al processo penale<sup>46</sup>.

zioni che, pur interessanti, preferiamo non affrontare data la natura del presente lavoro. Tuttavia per una disamina del tema si rimanda a S. CHIARLONI, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il processo civile*, in AA.VV., *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il processo civile*, Franco Angeli, Milano 2001. Per quanto riguarda l'esame della innovazione costituzionale nella prospettiva penalistica si veda P. FERRUA, *Il giusto processo*, Zanichelli, Bologna 2005; ed anche C. CONTI, *Le due anime del contraddittorio nel nuovo art. 111 Cost.*, in «Diritto penale e processo» (2002), p. 197 e ss. Si veda infine anche A. DESIDERIO, *Il giusto processo tra riforma della costituzione e principi*, Dissertazione di dottorato, depositata presso l'Università di Padova 2005.

<sup>43</sup> Curiosamente il Digesto Italiano diretto dal Lucchini (1926) se da un lato contempla la voce *Contraddittorio*, dall'altro ne rimanda il contenuto alle voci *Camera di Consiglio (civile)* e *Dibattimento*.

<sup>44</sup> L'art. 101 c.p.c. così recita: (*Principio del contraddittorio*) «Il giudice, salvo che la legge disponga altrimenti, non può statuire sopra alcuna domanda, se la parte contro la quale è proposta non è stata regolarmente citata e non è comparsa».

<sup>45</sup> Si veda a titolo esemplificativo, tra gli altri: G. MARTINETTO, voce *Contraddittorio* in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino 1957, pp. 458-461.

<sup>46</sup> Dopo la riforma costituzionale dell'art. 111 della Cost. si è introdotta la nuova legge 1 marzo 2001 n. 63 titolata "Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale in materia di formazione e valutazione della prova in attuazione della legge costituzionale di riforma dell'articolo 111 della Costituzione".

Da una breve analisi condotta sugli articoli del codice di procedura civile abrogato e relativi al principio in esame, emergono i seguenti rilievi: l'art. 38 c.p.c. abr.<sup>47</sup>, senza menzionare espressamente il contraddittorio, sembra porre l'accento sulla tempestiva possibilità di difesa della parte nei cui confronti sia stata proposta la domanda giudiziale, prescrivendo che a tale scopo essa venga previamente «sentita» o «debitamente citata» sin dall'inizio del processo; inoltre, la carenza di «contraddittore» o di «contraddittorio», in accezione formale, affiora talvolta come elemento di differenziazione tra la giurisdizione contenziosa e quella volontaria e la contrapposizione tra sentenze «in contraddittorio» e sentenze «in contumacia» conferisce rilevanza al fatto che il *vocatus* sia o non sia attivamente presente in giudizio, per “contraddire” con efficacia alla domanda dell'attore e farsi personalmente «sentire» dal giudice.

Dopo l'entrata in vigore del codice di procedura civile del 1940, si è progressivamente rafforzata l'idea che il contraddittorio si debba intendere quale struttura dialettica del processo, giungendo ad affermare che il processo giurisdizionale costituirebbe proprio l'organizzazione giuridica del contraddittorio: «il processo è il contraddittorio nel suo svolgersi»<sup>48</sup>.

Nel codice di procedura civile vigente, sul piano formale, il fatto che la parte contro cui la domanda è proposta sia stata regolarmente citata o sia comparsa, al di fuori dei casi in cui la legge disponga diversamente, è condizione essenziale di validità della pronuncia decisoria con cui il giudice statuisce sulla domanda.

Sempre nel codice in vigore, le garanzie formali della *vocatio in ius* introduttiva sono state riprodotte pressoché inalterate nell'art. 101 c.p.c., che si è arricchito dell'appropriato *nomen iuris* che nel codice anteriore mancava (la rubrica della norma recita infatti 'principio del contraddittorio').

Questi testi normativi sembrerebbero indicare che la dialettica processuale costituisca un punto imprescindibile dell'intero fenomeno giuridico-processuale.

La possibilità di contestare, infatti, deve essere garantita non solo nei confronti delle iniziative e degli atti della controparte ma anche nei confronti di quelli del giudice, soprattutto quando egli eserciti poteri di impulso istruttorio, in deroga al principio dispositivo della causa e in relazione al poterdovere di rilevare anche d'ufficio numerose questioni ed eccezioni.

Il dato normativo sembra dunque confermare l'impressione ricavabi-

<sup>47</sup> Art. 38 c.p.c. del 1865 ora abrogato: «Non si può statuire sopra alcuna domanda se non sentita o debitamente citata la parte contro cui si è proposta, eccettuati i casi determinati dalla legge».

<sup>48</sup> Si veda quanto sostiene il Monteleone a proposito del rapporto tra giurisdizione e contraddittorio in G. MONTELEONE, *Manuale di Diritto processuale civile, I. Disposizioni generali. I processi di cognizione di primo grado. Le impugnazioni*, Padova 2007, p. 19.



le dalla lettura della nota del Luiso: il contraddittorio rappresenta un luogo decisamente comune, ossia previsto in ogni tipologia processuale.

E tuttavia, se questo appare «ovvio», come dicevamo, quando si tenta di spiegare i motivi che giustificano la attestata importanza, incominciano i problemi. La dottrina sul punto sembra oscillare tra diversi orientamenti, senza prendere una posizione definita. Vediamone, per sommi capi, alcuni.

#### 4. *Il contraddittorio: la dottrina*

La dottrina, come vedremo, non spiega le ragioni per le quali il contraddittorio sarebbe il mezzo preferito dal legislatore per garantire la risoluzione delle controversie e ritiene 'ovvio' considerarlo un postulato fondamentale: un presupposto indefettibile dell'ordinamento.

Conseguenza di questo dogmatismo, che non giustifica né il contenuto né la struttura ineliminabile (e perciò necessaria) del contraddittorio, è che la tutela giurisdizionale dei diritti controversi per essere corretta, deve semplicemente rispettare, secondo la dottrina, la regolarità formale del confronto dialettico, soprattutto nella fase di assunzione delle prove e nell'accertamento dei fatti oggetto di giudizio.

Il contraddittorio viene così presentato come l'espressione di un valore immanente all'essenza stessa del giudizio legittimo: ciò senza di cui il processo non potrebbe essere compiuto<sup>49</sup>. Ma al di là di questo omaggio, poco si afferma sulla sua specificità.

Vediamo nel dettaglio alcune tra le opinioni dottrinali più rappresentative senza alcuna pretesa di esaustività.

Dall'indagine condotta su alcuni scritti di Satta si evince che secondo l'illustre giurista l'art. 101 c.p.c. disciplinerebbe il contraddittorio da un punto di vista esclusivamente formale, in quanto la previsione si preoccupa solamente che venga citata la parte contro la quale si propone la domanda, senza alcun riferimento ad aspetti sostanziali<sup>50</sup>.

<sup>49</sup> Secondo il Monteleone, tra gli altri, pur presentandosi in modalità formali diverse, il contraddittorio non può mai mancare; nel caso mancasse o fosse una finzione, ivi mancherebbero giurisdizione, giudizio e processo. Cfr. G. MONTELEONE, *Note sui rapporti tra giurisdizione e legge nello Stato di diritto*, in «Riv. Trim. dir. proc. civ.», (1987), pp.12-15.

<sup>50</sup> Cfr. S. SATTA – C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, Padova 2000, p. 145. Anche il Liebman sembra orientato verso questa posizione di 'garanzia formale' seppure con una precisazione importante: «Il principio del contraddittorio deve essere rispettato non solo formalmente, ma sostanzialmente, in modo che a entrambe le parti sia garantita la possibilità di svolgere pienamente la difesa delle proprie ragioni e devono considerarsi incostituzionali le norme che non lo rispettano»; cfr. E.T. LIEBMAN, *Manuale di Diritto processuale civile*, Milano 1957, p. 229.

È pur vero che il contraddittorio 'formale' si rivela indiscutibilmente necessario per la costituzione del processo, ma esso rivestirebbe unicamente il carattere di una apparenza da salvare in quanto ritenuta 'esteticamente' condivisibile dai più (e dunque per questo preferita dal legislatore) e tuttavia non possiederebbe, invece, caratteristiche intrinseche di preferibilità. E, comunque, non potrebbe in alcun modo costituire una sorta di vincolo alla attività dell'organo giudicante.

Si opterebbe dunque per il confronto dialettico solamente per il suo valore tradizionalmente 'scenico', ossia per il fatto che si preferisce vedere di fronte al giudice entrambe le parti piuttosto che una sola, ritenendo perciò il processo come una sorta di 'sacra' rappresentazione, ove tutti devono partecipare in omaggio al principio di uguaglianza formale preferito nei sistemi giuridici occidentali ad impostazione democratica.

Approfondendo ulteriormente proprio questa linea di interpretazione socio-politica, Proto Pisani fa emergere come il portato formale e sostanziale del contraddittorio sia sorretto da ragioni eminentemente politiche<sup>51</sup>: l'autore ricorda infatti che secondo la dottrina classica, formatasi nei primi anni del Novecento, il contenuto necessario e sufficiente del principio del contraddittorio consisteva solamente nel porre la controparte nella possibilità di contestare.

Questa impostazione, infatti, aveva lo scopo di garantire da un lato, secondo il Carnelutti, l'equilibrio delle parti<sup>52</sup>; dall'altro lato, secondo il Calamandrei, lo sfruttamento del libero scontro tra le parti per mettere il giudice nelle migliori condizioni possibili per decidere, e realizzare in tal modo l'interesse pubblico alla giusta composizione della lite. Proto Pisani propone una decisa critica a questa concezione in quanto essa costituirebbe il portato della ideologia liberale-individualistica. Il liberalismo moderno, infatti, presupponeva inopinatamente la fragile utopia secondo cui l'eguaglianza formale si potesse tramutare nell'eguaglianza sostanziale (delle parti). E dunque che il rispetto della regolare instaurazione formale del contraddittorio nelle forme normativamente previste costituirebbe la prima garanzia di giustizia sostanziale<sup>53</sup>.

Nasì, al contrario, spezza questa identificazione tra la dimensione formale e sostanziale del contraddittorio, riconoscendo la prima nel rispet-

<sup>51</sup> A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli 2006, pp. 200-203.

<sup>52</sup> Si veda quanto riportato in PROTO PISANI, *Lezioni*, cit., p. 201. In questo luogo l'Autore richiama il pensiero di Carnelutti e di Calamandrei. Le opere di riferimento specificamente citate sono: F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli 1958; P. CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, Padova 1941.

<sup>53</sup> Acutamente il Proto Pisani spiega che una siffatta concezione concentra il proprio interesse per il contraddittorio solamente nella fase iniziale del processo, senza preoccuparsi che esso si realizzi effettivamente durante tutto lo svolgimento del processo.

to della prescrizione di certe forme affinché il processo si possa dire regolarmente instaurato e identificando la seconda nella chiamata in giudizio dell'altera pars<sup>54</sup>. A questo riguardo devono essere presi in considerazione, secondo questo autore, i seguenti articoli del codice di procedura civile: l'art.164 c.p.c. e, con accezione più generale, l'art.156 c.p.c.<sup>55</sup>, dalla cui formulazione emerge come nell'ordinamento sia accolto un criterio generale di valutazione, per cui la regola della forma come requisito per la validità dell'atto cede sempre innanzi al concreto raggiungimento dello scopo dell'atto stesso. Con questa prospettiva si passa a considerare il contraddittorio non più in termini latamente politici ma eminentemente giuridici, ossia come criterio di attuazione della giustizia sostanziale.

In questi termini il contraddittorio assumerebbe la portata di un 'principio' fondamentale rispetto alla funzione di oggettiva attuazione della giustizia nella quale si riassume lo scopo del processo e che Capograssi indica come «il complesso di condizioni che fanno giudizio un giudizio»<sup>56</sup>.

Fazzalari propone invece una diversa lettura del contraddittorio, basata sulla distinzione tra processo e procedimento<sup>57</sup>. Il processo sarebbe infatti una species del genus procedimento<sup>58</sup>: esso si caratterizzerebbe per il fatto di essere (in quanto procedimento) una sequenza di norme ciascuna delle quali regola una condotta che avrebbe come presupposto del proprio operare il compimento di una attività regolata da un'altra norma della serie. A questo procedimento sono abilitati a partecipare coloro nella cui sfera giuridica l'atto finale sarà destinato a produrre effetti. Nella peculiarità del contraddittorio, che viene definito «la struttura dialettica del procedimento», è agevole reperire la caratteristica strutturale del processo.

Dunque quei particolari tipi di procedimento che si giovano di una struttura che prevede un contraddittorio, si definiscono processi<sup>59</sup>.

<sup>54</sup> A. NASI, voce *Contraddittorio* (*Diritto proc. civ.*), in *Enciclopedia del Diritto*, IX, Milano 1986, pp.720-728.

<sup>55</sup> L'art. 156 c.p.c. così recita: (*Rilevanza della nullità*) «Non può essere pronunciata la nullità per inosservanza di forme di alcun atto del processo, se la nullità non è comminata dalla legge. Può tuttavia essere pronunciata quando l'atto manca dei requisiti formali indispensabili per il raggiungimento dello scopo. La nullità non può mai essere pronunciata, se l'atto ha raggiunto lo scopo a cui è destinato».

<sup>56</sup> G. CAPOGRASSI, *Il "quid ius" e il "quid iuris" in una recente sentenza*, in *Opere*, V, Milano 1959, pp. 19 e ss..

<sup>57</sup> E. FAZZALARI, voce *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXV, Milano 1986, pp. 819-835; E. FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale*, Padova, 1996, pp.73 e ss.; in p.p. 74.

<sup>58</sup> FAZZALARI, *Istituzioni*, p. 82.

<sup>59</sup> FAZZALARI, *Istituzioni*, p. 76.

Secondo Fazzalari, quindi, c'è processo quando in una o più fasi nella formazione di un atto è contemplata la partecipazione non solo del suo autore, come sarebbe ovvio, ma anche dei destinatari dei suoi effetti in contraddittorio, cioè in modo che costoro possano svolgere tutto ciò che l'autore dell'atto deve conoscere e può tenere in considerazione<sup>60</sup>. Dunque questa prospettiva è centrata sul compito del giudice, compito per il cui svolgimento l'ordinamento prevederebbe anche la presenza 'discreta' delle parti.

Il riferimento alla struttura dialettica del particolare tipo di procedimento che è il processo permette di superare i pregressi tentativi della dottrina di definire il contraddittorio: secondo Fazzalari infatti va respinta la concezione di processo prospettata da Carnelutti, secondo cui c'è processo solo in presenza di un conflitto di interessi, o da Benvenuti<sup>61</sup>, per il quale vi è processo quando partecipi alla formazione dell'atto un soggetto portatore di un interesse distinto da quello dell'autore dell'atto.

Fazzalari afferma che il conflitto di interessi costituisce la ragione per cui la norma fa svolgere un'attività mediante contraddittorio; ma in tanto si potrà parlare di processo solo in quanto si constati l'esistenza di una struttura e di uno svolgimento genuinamente dialettici in assenza dei quali risulta vano indagare intorno ad un attuale o eventuale conflitto di interessi: dove è assente il contraddittorio, ivi non c'è processo. In questo modo la centralità del contraddittorio e la sua natura dialettica emergono in tutta la loro portata.

Centralità, tuttavia, non esente da problemi. Riprendiamo la definizione di 'processo'; secondo Fazzalari, esso: «è un procedimento in cui partecipano (sono abilitati a partecipare) coloro nella cui sfera giuridica l'atto finale è destinato a svolgere effetti: in contraddittorio, e in modo che l'autore dell'atto non possa obliterare la loro attività»<sup>62</sup>. E più oltre: «C'è, insomma, 'processo' quando in una o più fasi dell'iter di generazione di un atto è contemplata la partecipazione non solo – ed ovviamente – del suo autore, ma anche dei destinatari dei suoi effetti, in contraddittorio, in modo che costoro possano svolgere attività di cui l'autore dell'atto deve tenere conto; i cui risultati, cioè egli può disattendere ma non ignorare»<sup>63</sup>.

<sup>60</sup> *Ivi*.

<sup>61</sup> F. BENVENUTI, voce *Contraddittorio (dir. amm.)*, in *Enciclopedia diritto*, IX, pp. 738-748;

<sup>62</sup> FAZZALARI, *Istituzioni*, p. 82.

<sup>63</sup> FAZZALARI, *Istituzioni*, p. 83. La posizione di Fazzalari può essere considerata allineata alla concezione della giurisprudenza della fine degli anni sessanta. Essa è magistralmente esemplificata dalla sentenza n. 1500 del 22 giugno 1967 la cui massima così si esprime: «Il principio del contraddittorio, espressamente previsto in via generale dall'art.101 del codice di rito, può essere considerato un mezzo per la realizzazione dello scopo del processo,

Viene però da domandarsi perché, se il procedimento a struttura dialettica (il contraddittorio) ha una funzione tanto importante, diremo quasi costitutiva dato che individua il processo, per quale motivo il giudice, pur essendo obbligato a conoscerne il risultato, può non tenerne conto o addirittura disattendere ciò che è stato dalle parti posto in discussione.

Secondo questa interpretazione il giudice svolgerebbe semplicemente una pubblica funzione slegata dalla posizione cui le parti sono giunte in ragione dello scontro dialettico dei rispettivi argomenti, riducendo la loro attività anche secondo questa concezione ad una azione farsesca, o al massimo ad una azione informativa.

In questo senso, dunque, anche l'opinione di Fazzalari presenta il contraddittorio come una 'scena' (formale), la cui presenza appare da un lato necessaria per la esistenza del processo stesso, dall'altro lato del tutto pleonastica proprio perché disattendibile e, dunque, priva di un significato in grado di giustificarne la centralità e di superarne una concezione puramente estetica<sup>64</sup>.

Occorre sottolineare, tuttavia, come l'opinione del Fazzalari sia del tutto in linea con l'opinione della giurisprudenza più risalente secondo cui: non ricorre violazione di detto principio (del contraddittorio), quando l'inosservanza non abbia arrecato pregiudizio alla parte.

In tal modo il contraddittorio, sino alla sentenza con cui abbiamo aperto queste pagine, assumeva una posizione rilevante per l'ordinamento solamente nel caso in cui la sua violazione fosse stata pregiudizievole, riconoscendo indirettamente la assoluta pleonasticità (irrelevanza) dello stesso in caso di assenza di pregiudizio.

Questa concezione, dunque, seppure dotata di indubbia scaltrezza interpretativa, risulta ancora troppo legata all'aspetto formale-scenico del contraddittorio, riuscendo ad alludere al valore dello stesso, ma non a giustificarlo come metodo di indagine razionalmente garantito, in grado di reperire l'incontraddetto: l'attività speculativa del giudice rimane, in que-

ossia per garantire che l'attuazione del diritto avvenga su di un piano di parità, ed esige la formale osservanza delle norme predisposte dall'ordinamento per l'instaurazione e il successivo svolgimento del processo, in quanto siano dirette, come si desume anche dagli artt. 156 e 164, comma secondo, di detto codice, ad assicurare alle parti la possibilità di parteciparvi e di far valere in ogni momento le proprie rispettive ragioni. *Pertanto, non ricorre violazione di detto principio, quando l'inosservanza non abbia arrecato pregiudizio alla parte*». Tratto da <http://www.italgiure.giustizia.it>. (Corsivo nostro).

<sup>64</sup> Qualcosa in più che verrà chiarita nel corso delle pagine che seguono. Da una 'scena' di fronte al giudice il contraddittorio potrebbe essere considerato un vero e proprio metodo di accertamento razionalmente garantito (un ragionamento) che mira a reperire quanto vi è di innegabile nei discorsi delle parti. In questo caso l'esito del contraddittorio stesso costituirebbe materia indisponibile da parte del giudice con la conseguenze che vedremo più avanti.

sta concezione, esclusivo appannaggio della sua soggettività. Ecco che in questo modo la scena-contraddittorio, pur dovendosi svolgere, può essere del tutto disattesa comportando pronunce che nulla, o poco, hanno a che vedere con quanto sostenuto dalle parti. L'indisponibilità del contraddittorio anche da parte del giudice sarà perciò il tema del prossimo paragrafo.

È bene, a questo punto, spendere dunque alcune parole sulla posizione di Calamandrei il quale individua, nella dialettica che costituisce il fulcro del contraddittorio, un semplice gioco-spettacolo, una gara di abilità in cui il giudice premia chi sappia meglio persuaderlo, ossia stupirlo<sup>65</sup>. Per Calamandrei infatti la stessa parola parte rivelerebbe la nozione "guerresca" del processo, che da brutale scontro di impeti guerrieri è diventato "gioco sottile di ingegnosi ragionamenti" nel quale "ciascun competitore prima di fare un passo deve cercare di prevedere, con attento studio non solo della situazione giuridica ma altresì della psicologia dell'avversario e del giudice, con quali reazioni l'antagonista risponderà alla sua mossa". In un senso eminentemente negativo la "gara" evocata da Calamandrei sembra costituire il motivo per il quale il contraddittorio viene considerato preferibile dai più. Questa architettura di fondo suppone infatti che il contraddittorio, se deve servire, possa al più essere strumento di mera persuasione o di mozione affettiva del giudice ma che non sia funzionale alla risoluzione della controversia: tutte teorie che postulano, di fondo, un obbligo per il legislatore di prevedere il contraddittorio processuale (per ragioni di 'estetica giudiziale') ma che non coinvolge, limitandolo, l'arbitrio del giudice.

In altri termini, non si approfondisce il tema della non trascurabilità da parte del giudice del contraddittorio, per riconoscere allo stesso un valore che superi la dimensione suasoria e che si muova verso un pregio logico che ne determini la indisponibilità da parte del magistrato.

Qualche cenno si ritrova nella dottrina soprattutto penalistica (tra gli altri, Cavallari), che presenta lo scontro delle parti, che caratterizzerebbe la tipologia del processo accusatorio, sottolineandone proprio la natura di procedura di accertamento logico che avviene attraverso lo svolgersi dialettico di tesi contrapposte, secondo una concezione della dialettica intesa come «arte di

<sup>65</sup> È quanto il Calamandrei sostiene nello studio, destinato agli *Scritti in onore del prof. Francesco Carnelutti*, pubblicato tuttavia autonomamente in P. CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, in «Riv.dir.proc.» (1950), pp. 23-51. A questo articolo seguì in guida di risposta l'anno successivo sulla medesima rivista, F. CARNELUTTI, *Giuoco e processo*, in «Riv.dir.proc.» (1951), pp. 101-111; poi pubblicato anche in *Studi in onore di Vincenzo Arangio Ruiz*, Napoli 1953. Diverse ed interessanti considerazioni sulle precedenti opere, le quali intrattengono stretta relazione con la traduzione italiana – avvenuta nel 1946 – dell'opera *Homo Ludens* di Johan Huizinga, si possono ricavare dalla lettura di S. ANDRINI, *Huizinga et le droit: le procès et le jeu en Italie*, in «Droit et Société» (1991), pp. 25-37, in particolare p. 31.

raggiungere e cogliere il vero mediante la discussione delle opinioni»<sup>66</sup>.

Altra parte della dottrina (tra gli altri, Conti) individua due accezioni possibili del contraddittorio, una in senso soggettivo ed una in senso oggettivo. Mentre quest'ultima, che si ricava dalla lettura dell'art. 111 cost. (prima parte) comma IV, interpreterebbe il contraddittorio come metodo di conoscenza, l'accezione soggettiva (art. 111 Cost., III comma) tutelerebbe il contraddittorio come garanzia individuale<sup>67</sup>.

Infine una ulteriore prospettiva degna di nota è rappresentata da Ferrua secondo il quale l'affermazione contenuta nel comma IV dell'art.111 Cost. («Il processo penale è regolato dal contraddittorio nella formazione della prova») imporrebbe al legislatore due tipi di obblighi, tra loro strettamente connessi: l'uno positivo consistente nell'apprestare tecniche e strumenti idonei a formare le prove nel contraddittorio (in questo senso il contraddittorio funzionerebbe come principio); l'altro negativo consistente nella necessaria estromissione dal quadro decisorio delle prove non formate nel contraddittorio (in questo secondo senso il contraddittorio funzionerebbe come regola di esclusione probatoria e non più come principio)<sup>68</sup>.

Pare dunque che da una concezione formalistica, o al più suasoria, del contraddittorio, gli studi, soprattutto penalistici – ma non solo – valutino oggi la possibilità di riconoscere alla dialettica processuale maggior valore di quanto non le sia stato sinora tributato. Giungendo sino a concepire il contraddittorio come un metodo attraverso il quale il processo può approdare a decisioni, oltre che formalmente corrette, anche sostanzialmente condivisibili per effetto della loro dialogicità<sup>69</sup>. Proprio l'approfondimento di questa linea di sviluppo costituirà lo svolgersi delle pagine che seguono. In estrema sintesi l'indagine, contenuta nel prossimo paragrafo, si concentrerà a stabilire se ed in che modo il contraddittorio costituisca il metodo di conoscenza maggiormente garantito in termini di razionalità e che, perciò, non può essere disatteso dalla Autorità Giudicante.

<sup>66</sup> V. CAVALLARI, voce *Contraddittorio (diritto proc. pen.)*, in *Enciclopedia del diritto*, IX, Milano 1986, pp. 728-738.

<sup>67</sup> Si veda C. CONTI, *Le due "anime" del contraddittorio nel nuovo art. 111 Cost.*, in «Diritto penale e processo» (2000) 2, p. 197-202; sulla stessa linea si pone anche P. TONINI, *Il contraddittorio: diritto individuale e metodo di accertamento*, in «Diritto penale e processo» (2000) 10, p. 1388-1393.

<sup>68</sup> Vedi P. FERRUUA, *Il giusto processo*, Zanichelli, Bologna 2005, p. 94. Dello stesso autore si veda anche P. FERRUUA, *Contraddittorio e verità nel processo penale*, in M.BESSONE – R. GUASTINI, *Materiali per un corso di analisi della giurisprudenza*, Cedam, Padova, 1994, pp. 342-348.

<sup>69</sup> Cfr. C. CONSOLLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile. I. Profili generali*, Padova 2006, pp. 38, 43; si veda inoltre, al tomo II, p.3 ed il capitolo che attiene alla Attività giurisdizionale a p. 87 e ss.

## 5. *Per una fondazione rigorosa del contraddittorio*

Abbiamo avuto modo di notare, dal breve tratto di autori riportati, che è comune nella tradizione giuridica l'idea secondo la quale il dibattito di almeno due soggetti alla presenza di un terzo sia la componente essenziale del processo, ne costituisca insomma un elemento centrale<sup>70</sup>.

Tuttavia l'impressione che si ricava dalla lettura della dottrina è che la presenza del contraddittorio nel processo non riveste un carattere di necessità, e dunque di indisponibilità, ma che la stessa rappresenti un mero postulato, in quanto tale non discusso: questo consente che esso venga formalmente rispettato ma disatteso negli esiti.

Altra impressione che si ricava è che non vi sia comprensione profonda di quali sono le radici logiche del contraddittorio, perché di esso si parla semplicemente come del risultato delle norme vuoi di rango ordinario, vuoi di rango costituzionale che lo impongono come una forma, una scena.

Questa accezione del contraddittorio, però, risulta riduttiva in quanto non considera la dialettica processuale come una modalità di conoscenza razionalmente garantita che fornisce al giudice il materiale da cui cominciare a svolgere il proprio ragionamento, preferendo confinarla ad una sterile 'scena' prevista (nel nostro ordinamento giuridico) solamente perché, apparentemente più 'democratica'. Una sorta di omaggio formale, inutile sul piano del giudizio ma che dà l'impressione, errata, di 'condivisione' delle decisioni del giudice: esso evocherebbe, insomma, una sorta di 'partecipazione indebolita' (ma in termini logici una non-partecipazione) delle parti alla produzione della sentenza<sup>71</sup>.

Abbandonando tale atteggiamento, che forse inconsapevolmente costituisce il tratto caratteristico di quasi tutti gli scritti degli autori che abbiamo in precedenza trattato (salvo le eccezioni di cui abbiamo fatto paro-

<sup>70</sup> Lo studio della esperienza giuridica in modo particolare processuale costituisce il portato del magistero filosofico di Enrico Opocher. Sulla 'prospettiva processuale del diritto' come approccio alle strutture filosofiche profonde del fenomeno giuridico rimando interamente a F. CAVALLA, *La prospettiva processuale del diritto. Saggio sul pensiero di Enrico Opocher*, Cedam, Padova 1991. Presentando ed approfondendo l'opera del maestro padovano, Francesco Cavalla tratta in diversi punti il tema del contraddittorio e della sua intrinseca dialetticità come una procedura logica a fondamento della verità della sentenza. Si vedano in modo particolare le pp. 68-78.

<sup>71</sup> Molto vi sarebbe da dire circa l'impatto della postmodernità su strutture, come il processo, nate in epoca moderna; l'ampiezza del presente lavoro, tuttavia, impedisce un approfondimento ulteriore. Perciò, a puro titolo di suggerimento, mi sia consentito rimandare alle considerazioni già svolte in P. SOMMAGGIO, *La scomparsa di Abele. Riflessioni sul problema della persona offesa*, in F. CAVALLA – F. TODESCAN (a cura di), *Pena e Riparazione*, Cedam, Padova 2000, pp. 293-315, in particolare pp. 304-305.



la), è di basilare importanza a questo punto interrogarsi (e le pagine che seguono vogliono essere un semplice promemoria dei temi di riflessione da approfondire ulteriormente ed un rapido sguardo sulle ricadute pratiche connesse) sulla natura anche logica del contraddittorio. Il quale, indipendentemente dalla preferibilità ad esso tributata dalla dottrina, attualmente gode di una rinnovata considerazione anche tra studiosi di discipline non strettamente giuridiche. Costoro lo attestano quale miglior tecnica di conoscenza attraverso cui è possibile approdare a decisioni sostanzialmente condivise o almeno con la maggiore probabilità di risultare tali, proprio perché tengono conto di quanto effettivamente dibattuto dalle parti<sup>72</sup>.

Nella sua accezione più generale, il contraddittorio può essere inteso come un rapporto complesso che intercorre tra almeno due soggetti. Contraddire, infatti, significa dire contro e tuttavia il significato strettamente linguistico avverte che accanto e prima del contraddire (dire in contrasto), c'è bisogno anche del dire.

Occorre insomma che le parti di un dibattito presentino discorsi ed argomentazioni che possano suffragare le proprie posizioni, ma anche che contestino (neghino) le affermazioni avversarie. Entrambi i contraddittori, dunque, affermano e, contemporaneamente, entrambi negano. L'esito di questo scontro, fa emergere ciò che le parti non possono negare, pena la contraddizione con i loro assunti di partenza. Allora possiamo dire che la idoneità del contraddittorio a far emergere l'innegabile è consentito dal principio di non contraddizione.

È noto, infatti, che l'affermazione e la negazione di alcunché costituiscono modi di estrinsecazione del ragionamento, e prima ancora del

<sup>72</sup> Dialogo, dibattito, e con divisibilità delle decisioni sono il tema delle cd. logiche del dialogo (o dialogiche) di cui si comincia a discutere dopo la crisi dei modelli monologici. Nell'ambito della filosofia della scienza Stephen Toulmin accoglie questa sfida e propone un modello per l'argomentazione generica (ma anche scientifica) che consiste nella idoneità di un enunciato a fornire le proprie ragioni in un ipotetico 'processo' o contraddittorio; tanto che nella Introduzione alla sua opera più nota, *Gli usi dell'argomentazione*, così ritiene si debba considerare la logica: «La logica (possiamo dire) è una giurisprudenza generalizzata», S. TOULMIN, *The Uses of Arguments*, Cambridge University Press 1958; trad. it. *Gli usi dell'argomentazione*, Rosenberg & Sellier, Torino 1975, pp. 5-10. Per una disamina generale di questi nuovi approcci si veda P. CANTU' – I. TESTA, *Teorie dell'argomentazione. Un'introduzione alle logiche del dialogo*, Mondadori, Milano 2006. Si aggiunga F. PIAZZA, *Linguaggio persuasione e verità. La retorica nel novecento*, Carocci, Roma 2004. Questi temi sono trattati, nel nostro paese, anche da A. CATTANI, *Forme dell'argomentare. Il ragionamento tra logica e retorica*, Ed. GB, Padova 1990; ed anche ID *La pratica dell'argomentazione e la tecnica del dibattito*, in AA.VV., *L'avvocato ed il processo. Le tecniche della difesa*, Milano 2003, pp. 177 e ss.; cfr. anche ID, *Argomentazione e dimostrazione nella scienza*, in MANZIN – SOMMAGGIO, *Interpretazione giuridica e retorica fiorentina*, cit., pp. 191-210.

linguaggio, e che tanto il ragionamento quanto il linguaggio sono garantiti da quella realtà denominata «principio di non contraddizione».

A questo punto verrebbe da chiedersi che cosa implica il principio di non contraddizione e perché possiamo dire che il contraddittorio rappresenta la sua estrinsecazione, nella realtà giuridica, più evidente.

L'autore che più ha riflettuto in termini rigorosi sopra questo fenomeno è, certamente, Francesco Cavalla. Egli, in un articolo risalente e sulla scorta anche degli studi di Enrico Berti, ha individuato la possibilità di fondare la logica giudiziaria proprio sul detto principio<sup>73</sup>. Certo non si pretende qui di presentare tutti gli argomenti che permettono di investigare teoreticamente sul rapporto tra principio di non contraddizione e contraddittorio nel processo, ma semplicemente constatare, attraverso l'ausilio di fecondi studi (cui peraltro si rimanda integralmente), come il contraddittorio possa essere considerato preferibile non solamente perché è un endoxon diffuso, o socialmente pacificante, ma altresì perché sarebbe l'unico mezzo di accertamento conoscitivo giustificabile in termini razionali.

La garanzia che il contraddittorio possa costituire quel principio che sovrintende il ragionamento giuridico è tratta proprio dal principio di non contraddizione.

Il principio di non contraddizione è considerato da Aristotele il primo tra gli assiomi, pur non ricevendo la qualifica di un assioma<sup>74</sup>. Cavalla, nel suo lavoro, sottolinea come la natura di principio di questa realtà non riposi nell'enunciato di non contraddizione (il quale verrebbe in questo modo considerato a sua volta un postulato), ma come esso si completi, o meglio si manifesti, solamente quando venga svolta la sua prova confutatoria. L'enunciato di cui trattiamo si ritrova nel IV libro della Metafisica ed è espresso da Aristotele in questi termini: «è impossibile che la stessa

<sup>73</sup> Si veda infatti F. CAVALLA, *Della possibilità di fondare la logica giudiziaria sulla struttura del principio di non contraddizione. Saggio introduttivo*, in «Verifiche» XII (1983) 1, pp. 5-30. Il seguito di questo primo lavoro riprende ed approfondisce le tematiche relative allo scontro dialettico inteso come un metodo di ricerca della verità, intesa come ciò che viene attestato come non ciò che non si contraddice, in un determinato contesto: il processo; si veda perciò anche F. CAVALLA, *A proposito della ricerca della verità nel processo*, in «Verifiche» XIII (1984), pp. 469-514.

<sup>74</sup> Enrico Berti, nelle sue opere, tratta diffusamente del principio di non contraddizione, con particolare riguardo alla formulazione aristotelica, si veda ad es. E. BERTI, *Il principio di non contraddizione come criterio supremo di significanza nella metafisica aristotelica*, «Rendiconti dell'Acc. Naz. Dei Lincei» cl. Sc. Mor., (1966), pp. 224-252, rist. in ID., *Studi aristotelici*, Japadre, L'Aquila. Per una approfondita disamina del tema della contraddizione e della sua fondazione in Aristotele, rimando a E. BERTI, *Contraddizione e dialettica negli antichi e nei moderni*, l'Epos, Palermo s.d. ma 1987.

cosa appartenga e contemporaneamente non appartenga alla stessa cosa e sotto il medesimo riguardo»<sup>75</sup>.

Se questo fosse il principio di non contraddizione (cioè se l'enunciato rivestisse questa qualificazione) esso non apparirebbe per nulla diverso dagli altri assiomi al cui studio Aristotele dedica il resto del IV libro. Infatti lo Stagirita ci informa che, pur non potendo dimostrare questo postulato – in quanto non potremmo farlo derivare da alcun principio che lo precede – tuttavia possiamo scoprirne l'inevitabilità attraverso l'attestazione della impossibilità di costituirsi (tanto in termini razionali quanto linguistici) della sua confutazione, manifestandosi così la prova, indiretta, della sua natura di principio<sup>76</sup>.

Il rapporto dialettico che si instaura tra l'enunciato ed il tentativo di negarlo (pure questo necessario) si infrange, esaurendosi, contro una inevitabilità radicale. Questo movimento razionale fa emergere la natura di principio di quanto è contenuto nell'enunciato proprio per il fatto di resistere alla sua negazione: questa procedura confutatoria attesta dunque la presenza di una realtà innegabile e, perciò, indisponibile da parte di chiunque<sup>77</sup>.

Il principio di non contraddizione viene considerato da Aristotele anche come ciò che permette di formulare ogni tipo di ipotesi perché esso non è, a sua volta, una ipotesi. Il principio di non contraddizione è, perciò, il principio più accertante, perché garantisce razionalmente la nostra conoscenza nel momento in cui sottopone una affermazione alla sua negazione per farne emergere (o meno) la contraddittorietà. Esso garantisce anche ogni tipo di ragionamento in quanto la possibilità di costruire una inferenza è assicurata da una connessione che deve anch'essa essere non contraddicibile.

Ed infine il principio di non contraddizione permette il discorso, la parola, in quanto assume anche la funzione di porsi quale criterio di significanza, intesa come quella condizione che assicura ad un nome un signi-

<sup>75</sup> ARISTOT., *Metaph.*, IV 3, 1005 b 19-20. Cavalla traduce l'enunciato del pne in questi termini: «è impossibile che la stessa cosa inerisca e non inerisca alla medesima cosa nel medesimo tempo e sotto il medesimo rispetto», in CAVALLA, *La prospettiva processuale*, cit., p. 70. Berti individua nell'enunciato una valenza anche ontologica e, perciò, così traduce lo stesso passo: «è impossibile che la stessa cosa appartenga e contemporaneamente non appartenga alla stessa cosa e sotto lo stesso aspetto»; e più oltre esprime attraverso la seguente formula: «è impossibile che A sia B e non sia B contemporaneamente e sotto lo stesso aspetto», BERTI, *Contraddizione e dialettica*, cit., p.103.

<sup>76</sup> Enrico Berti spiegando le affermazioni dello Stagirita così si esprime: «Dimostrare il p.d.n.c. significa commettere una petizione di principio, perché per dimostrare bisogna sempre presupporre il p.d.n.c., mentre in tal caso esso è proprio ciò che deve essere dimostrato», in BERTI, *Contraddizione e dialettica*, cit. p. 112.

<sup>77</sup> Cfr. ARISTOT., *Metaph*, IV 1006 a 28 b 11; si veda anche ARISTOT., *Metaph*, IV 1006 a 5-11.

ficato (escludendo il suo contrario)<sup>78</sup>.

È dunque il principio che permette non solo di conoscere la realtà, ma di garantire un ragionamento, in quanto allontana dal discorso possibile (discorso che vive assieme alla propria alternativa), la sua negazione, rendendolo così un discorso (un ragionamento) innegabile. Ma l'importanza di detto principio è anche più profonda: la possibilità di dire alcunché è garantita solamente dalla impossibilità di affermare e negare contemporaneamente o sotto il medesimo riguardo la medesima cosa in relazione ad un medesimo soggetto. In questo senso la profondità di questo principio appare veramente originaria (nel senso che non si può trovare alcunché che la preceda).

Senza il principio di non contraddizione, dunque, non si può affermare qualcosa e neppure negare qualcosa in maniera significativa. Non sarebbe infatti possibile comprendere il senso dei termini di un discorso in quanto essi non sarebbero in grado di allontanare da sé la loro negazione, risultando in pratica insussistente il discorso stesso<sup>79</sup>.

Il contraddittorio, dunque, non è altro se non il luogo nel quale si mette alla prova la contraddittorietà, o meno, di certe affermazioni: ciò che sussiste, in termini logici, ogni volta che si pronuncia un nome, che si costruisce un ragionamento, che si cerca di conoscere alcunché. Il contraddittorio, perciò, è quel luogo in cui una affermazione si trova, concretamente, di fronte alla propria negazione (proveniente dalla controparte) che consente di testare se essa sia sostenibile o meno.

Che cosa è affermato e negato nel contraddittorio processuale? Gli argomenti delle parti organizzati secondo un criterio che li renda comprensibili e idonei al confronto dialettico.

A questo punto risulta più agevole rispondere ad una domanda: è eliminabile il contraddittorio nella esperienza giuridica come in qualsiasi

<sup>78</sup> La cd. 'dimostrazione dialettica', che si esprime allorché qualcuno tenti di negare il p.n.d.c., non consiste dunque nell'indurre il proprio interlocutore in contraddizione, ma nel mostrare all'interlocutore che egli, nel momento in cui vuole negare il p.d.n.c., in realtà lo afferma cioè ammette quanto è discusso. È dunque sufficiente che il negatore dica qualcosa, perché, come ricorda Berti «per poter negare, deve dire qualcosa, deve significare qualcosa a se stesso e all'altro, altrimenti sarebbe come se non dicesse nulla. Ma significare qualcosa è significare qualcosa di determinato, e determinato è ciò che si distingue da tutto il resto, ossia ciò che non è la sua negazione. Dire qualcosa di determinato equivale dunque ad ammettere che una cosa non è la sua negazione, cioè ad ammettere il p.d.n.c.», BERTI, *Contraddizione e dialettica*, cit. p. 113.

<sup>79</sup> Si veda BERTI, *Il principio di non contraddizione*, cit. p. 78: «Il principio di non contraddizione non solo è innegabile, ma è la condizione stessa in virtù di cui il discorso del suo presunto negatore si può costituire; sicché tale discorso, volendo negare ciò in virtù di cui esso stesso sussiste, nega se stesso, e cioè, in quanto pretende di essere una negazione, si risolve nella dichiarazione della propria inesistenza».

altra esperienza umana dove si abbia a che fare con la conoscenza, il ragionamento, il dire? Sembra proprio di no.

Ed è l'innegabilità di questo principio, non solo l'autorità di Aristotele, o di un qualunque legislatore, ad attestare questo in termini razionali. Ma se questo principio è innegabile, non vi sono alternative all'indisponibilità dello stesso da parte anche del giudice e dell'avvocato. Pena, evidente, la contraddizione.

La concezione del 'contraddittorio-forma scenica' pretende invece, pur rendendo un formale omaggio alla presenza delle parti, che il loro dire possa essere completamente influente circa il ragionamento del giudice. Ma così si tenta di negare ciò che non può essere negato, e perciò si consente il manifestarsi di un atto di forza da parte della autorità giudicante, del tutto ingiustificato razionalmente.

In sintesi, una delle caratteristiche del principio di non contraddizione è di essere un principio necessario, ineliminabile ed imprescindibile nella comunicazione e nella conoscenza. A maggior ragione lo sarà nella struttura profonda del contraddittorio giudiziale: le parti, infatti, sono soggette ad un impegno, ad un vincolo nei confronti dei propri enunciati e non si possono sottrarre ai medesimi, ma vi sono soggetti pena la contraddizione che determinerebbe il venir meno delle loro affermazioni<sup>80</sup>.

A questo punto, constatata la innegabilità del principio di non contraddizione (e perciò del contraddittorio) in ogni esperienza di conoscenza e di comunicazione, ed a maggior ragione in quella che si svolge nel processo, possiamo cercare di trarre da questo una serie di conseguenze. Consideriamo dunque, in termini problematici, le conseguenze di quanto abbiamo sinora sostenuto. Riteniamo infatti di poter spendere qualche parola ancora su almeno tre conseguenze.

Infatti se il contraddittorio è un principio di garanzia della sostenibilità di un ragionamento e si svolge tra le parti (almeno due), non si potrà, nelle pronunce giurisprudenziali, non tenere conto dell'esito del concreto scontro dialettico, sostituendolo con quello che si può definire il cd. «argomento terzo», pena la contraddizione con le determinazioni che abbiamo appena svolto.

Ma se questo è vero, il ruolo del giurista muta radicalmente rispetto alla concezione del contraddittorio cui siamo abituati, soprattutto nel Foro.

In terzo luogo, inoltre, occorre misurarsi con l'urgenza metodologica che richiede alla parti processuale di costruire i propri ragionamenti anche

<sup>80</sup> Su questo tema, e sugli sviluppi più recenti della dialettica si veda: G. SARTOR, *Dialoghi e ragionamento giuridico: diversità dei sistemi dialettici e loro giustificazione*, in «Analisi e diritto» (2004), pp. 183-214. Ulteriori materiali di approfondimento critico sul ragionamento dialettico antico sono rinvenibili negli Atti del Convegno di Filosofia del 1990, ora in A.M. BATTEGAZZORE (a cura di), *Dimostrazione, argomentazione dialettica e argomentazione retorica nel pensiero antico*, Sagep, Genova 1993.

in funzione del vaglio dialettico dei medesimi attraverso il contraddittorio processuale. Occorre insomma riflettere sul metodo idoneo ad elaborare ed organizzare ragionamenti che non facciano solo emergere le ragioni (gli argomenti) della propria parte, ma che siano finalizzati altresì al contraddittorio; per fare questo, oltre alla scoperta di una fondazione rigorosa della retorica occorre, a nostro parere riflettere nuovamente anche sulla lezione della tradizione retorica classica.

6. *Prima conseguenza. Il problema dell'argomento 'terzo' nel ragionamento del giudice*

Il contraddittorio sembra, grazie alla sua innegabilità, il punto cruciale dal quale si dipartono una serie di conseguenze sul piano giuridico. Riflettere brevemente sopra di esse appare necessario proprio oggi che dalla giurisprudenza giunge un segnale forte di cambiamento. Oggi, infatti, è la stessa Corte di Cassazione, con la sentenza 21 novembre 2002 n. 14637 (ma anche con le successive pronunce che si pongono nella medesima prospettiva), a fornire un indizio a sostegno della tesi, che qui per sommi capi trattiamo, della centralità profonda del contraddittorio nella esperienza giuridica. Pare insomma che sia la stessa giurisprudenza ad affermare con forza il valore accertante (in termini razionali) del contraddittorio, superando quella concezione 'scenica' che sinora aveva costituito la opinione più seguita.

In sintesi: una sentenza che si basa su di un argomento non discusso dalle parti, e che perciò ignora (o meglio nega) il valore accertante del contraddittorio, viene colpita dalla nullità, ossia non esiste per l'ordinamento.

Dopo avere nel precedente paragrafo cercato di fornire alcuni suggerimenti relativi al fondamento razionale della preminenza o preferibilità del contraddittorio, vediamo, in estrema sintesi, di trattare alcune tra le conseguenze giuridiche più evidenti di questa concezione 'forte' del contraddittorio.

Le più dirette, crediamo, coinvolgono in primis il ragionamento del giudice e, perciò, la razionalità del giudizio<sup>81</sup>. Detto in altri termini il 'fuoco' della riflessione che stiamo svolgendo si sposta dalla natura del contraddittorio all'indagine su quale 'posto' occupi, o dovrebbe occupare, il contraddittorio (ed il suo esito) nel ragionamento del giudice all'interno del percorso razionale di formazione del giudicato.

Prima di vedere in estrema sintesi in quali termini ciò sia possibile,

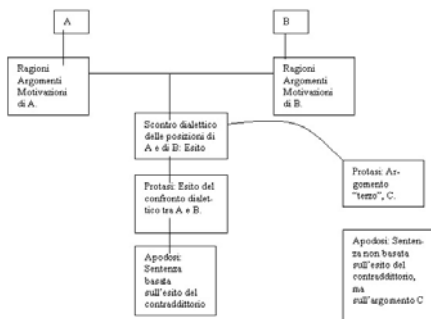
<sup>81</sup> Sul tema del ragionamento giuridico troppo vasta sarebbe una indicazione anche solo di riferimento. Tuttavia, per una ricognizione critica rimando a quanto contenuto in P. COMANDUCCI – R. GUASTINI, *L'analisi del ragionamento giuridico*, 2 Voll., Giappichelli, Torino 1987 (I) – 1989 (II).

riassumiamo brevemente i risultati sinora raggiunti.

Per le considerazioni espone in precedenza, siamo giunti a sostenere che il contraddittorio ed il suo esito logico, non possono costituire materia disponibile da parte del giudice. Parafrasando il Fazzalari si potrebbe sostenere che il giudice oggi non può ignorare e non può disattendere gli esiti del contraddittorio tra le parti. Pena la nullità delle proprie decisioni in quanto non fondate su di un principio innegabile e, perciò, condivisibile<sup>82</sup>. Questo sembra evidenziare la rigorosa fondazione del principio di non contraddizione e gli esiti pratici contenuti nelle pronunce in linea con la sentenza n. 14637/02, cui abbiamo accennato.

Cerchiamo adesso di rappresentare e chiarire i contorni della questione attraverso un esempio ed uno schema. L'esempio è di immediata reperibilità: quante volte nella prassi forense capita che l'attore A affermi le ragioni del proprio cliente (ragioni, argomenti, motivazioni di A) e che il convenuto B opponga altrettanti argomenti (ragioni, argomenti, motivazioni di B). E che il giudice dia ragione ad una delle due parti per motivi che, però, nessuna delle due ha sostenuto in contraddittorio: dà ragione, in sostanza, ad A o B per le ragioni C.

In questo esempio l'introduzione di un argomento C estraneo al dibattito delle parti fa emergere almeno due ordini di considerazioni: il primo, che in questo modo al contraddittorio non si riconosce alcun valore logico ma al più valore di drammatizzazione-informazione della vicenda; il secondo, che a dette informazioni il giudice reagisce escogitando premesse (punti di partenza/protasi) soggettive e risolve il confronto a favore di uno dei due contendenti collegando la sua protasi con le conseguenze previste dall'ordinamento, reperite in una norma di legge. Secondo questo schema:



<sup>82</sup> Si potrebbe obiettare che anche il ragionamento del giudice che disattende l'esito del contraddittorio sia garantito dalla presenza del p.n.c. presentando le caratteristiche minimali di coerenza interna tra il proprio argomento 'terzo' e una norma di legge. A questa obiezione è facile rispondere che questa non è coerenza ma autoreferenzialità del ragionamento del giudice perché il punto di partenza, soggettivo, non viene sottoposto a confutazione.

Questa schematizzazione potrebbe rappresentare quello che accade nelle aule di giustizia meno raramente di quanto non si creda.

Da un lato il primo schema (sulla sinistra) è frutto di una concezione 'forte' del contraddittorio, inteso come un metodo di conoscenza razionalmente garantito, controllabile e la cui centralità costituisce un principio indisponibile: esso permette al giudice di fissare il punto di partenza (protasi) del proprio ragionare sul risultato dello scontro dialettico (l'esito del contraddittorio) che attesta ciò che le parti non negano, quindi condividono, in quel contesto.

Nel secondo schema, pure partendo dal contraddittorio, ad un certo punto si devia preferendo all'esito dello scontro dialettico sostituire una protasi, che si basa unicamente su di un argomento che non proviene dalle parti ma dal giudice stesso.

Alla luce di questa seconda struttura di ragionamento, attestatasi purtroppo nella prassi, la sentenza (o meglio le premesse da cui parte il giudice a costruire il proprio ragionamento) è frutto di una concezione 'debole' del contraddittorio in cui esso risulta inutile sul piano logico, ossia ininfluente per la costruzione della protasi (premessa/punto di partenza del ragionamento) che sarà autonomamente fondata su di un argomento soggettivo del magistrato, che le parti non hanno trattato nel loro dibattito<sup>83</sup>.

Tuttavia sembra che la Cassazione, nella sentenza esaminata, assuma per la prima volta nel nostro paese una accezione 'forte' del contraddittorio. Sostiene infatti il Supremo Collegio che l'autorità giudicante deve, a pena di nullità del proprio provvedimento, tenere conto solo di quanto controbattuto dalle parti senza introdurre argomenti ulteriori, e limitando il rinvenimento della protasi a quanto è emerso nello scontro dialettico.

Se a questo punto ci spingessimo a riflettere brevemente sui motivi atti a giustificare la prassi contraria a questa sentenza, scopriremmo che essi rappresentano gli esiti della evoluzione (o involuzione) del modo di intendere il ragionamento del giudice, che appare transitato da un modello che possiamo definire moderno ad uno postmoderno (contemporaneo)<sup>84</sup>.

Cerchiamo di individuare in prima battuta i contorni del modello di ragionamento che abbiamo chiamato, per comodità, moderno. Il ragionamento

<sup>83</sup> Argomento 'terzo' la cui emersione giungerebbe del tutto incontrollata ed incontrollabile in termini razionali: un mistero che tuttavia reggerebbe l'intero ragionamento del giudice che si sottrae dall'esame confutatorio che coinvolge unicamente il dibattito tra le parti servendo unicamente ad attestare una 'condivisibilità di facciata', e non razionalmente garantita, della decisione.

<sup>84</sup> Sul tema del rapporto tra modernità e postmodernità in relazione al fenomeno processuale, mi sia consentito rimandare a P. SOMMAGGIO, *La scomparsa di Abele. Riflessioni sul problema della persona offesa*, in F. CAVALLA – F. TODESCAN (a cura di), *Pena e Riparazione*, Cedam, Padova 2000, pp. 295-317.



del giudice, secondo l'ideale illuminista così ben espresso dal Beccaria, prevedeva l'obbligo di attenersi ad un rigido schema secondo cui la legge costituiva il punto di partenza del calcolo sillogistico<sup>85</sup>. Ad esso seguiva il fatto e le conclusioni venivano ad essere la conseguenza giuridica prevista dall'ordinamento: dal generale ed astratto al puntuale e concreto. L'opera del giudice si identificava dunque con una operazione di 'concretizzazione' della legge: un percorso obbligato nel quale non vi era spazio che per la legge, per il fatto (narrato dalle parti) e per la conclusione (già contenuta nella legge e che il giudice doveva semplicemente adattare apponendo il nome proprio del soggetto giudicato). Di contraddittorio 'forte', dunque, nemmeno l'ombra; esso doveva semmai servire ad informare il giudice circa il fatto ma il sillogismo doveva servire, negli intenti del newtoncino, come strumento di calcolo atto ad impedire ogni forma di scelta soggettiva sostituita dall'applicazione del meccanismo. Questo, infatti, era strutturato con lo scopo dichiarato di impedire l'ingresso nel processo delle passioni dei giudici. Uno strumento per garantire certezza ed uguaglianza. Ma ahimé, con quali costi<sup>86</sup>.

Oggi nessuno, crediamo, dubiti più del fatto che il modello moderno del giudice "bocca della legge" abbia esaurito il suo tempo, nel senso che ci si è resi conto che si è trattato sin dal suo sorgere di una mera utopia. Usando una metafora potremmo dire che si è preso coscienza che il giudice non è e non potrà essere uno strumento di calcolo, una protesi della norma.

<sup>85</sup> Sostiene il Milanese che «In ogni delitto si deve fare dal giudice un sillogismo perfetto: la maggiore dev'essere la legge generale, la minore l'azione conforme o no alla legge, la conseguenza la libertà o la pena. Quando il giudice sia costretto o voglia fare anche due soli sillogismi, si apre la porta alla incertezza», in C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, in *Edizione Nazionale delle Opere di Cesare Beccaria*, v. I, Milano 1984, p. 36. Per un interessante approfondimento dei temi giuridici e filosofici di Cesare Beccaria rimando a F. ZANUSO, *Utilitarismo ed umanitarismo nella concezione penale di Cesare Beccaria*, in F. CAVALLA (a cura di), *Temi e problemi di filosofia del diritto*, Cedam, Padova 1996, pp. 175-219.

<sup>86</sup> Una considerazione da fare circa questa struttura di ragionamento che tradizionalmente si definisce 'sillogismo pratico' è che essa necessariamente è sorretta da una concezione del sapere secondo cui la ragione umana può rappresentare la realtà grazie alla adozione di un metodo matematizzante che garantisca la certezza del sapere: «Ovvio presupposto è che esistano, e il giudice li conosca, un 'vero' – cioè un unico – significato normativo della legge e un 'vero' svolgimento – cioè un'unica ricostruzione obiettiva – dei fatti», cfr. S. FUSELLI, *Ragionamento giudiziale e sillogismo. Appunti in margine ad Aristotele*, in F. CAVALLA, *Retorica, processo, verità*, Cedam, Padova 2005, pp. 151-194. In quest'opera l'autore sostiene che anche in epoca contemporanea il sillogismo perfetto di Beccaria costituisce ancora il modello ideale di riferimento, temperato tuttavia dal potere del giudice di 'disposizione' sulla base di valutazioni personali di natura etico-politica: un margine di discrezionalità (arbitraria) ineliminabile, si veda *Ivi*, p. 157. La posizione discussa è quella di Luigi Ferrajoli contenuta in L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari 1996, in particolare pp. 147-160.

E veniamo perciò a considerare in maniera più analitica in che cosa consiste il ragionamento del giudice che abbiamo, per comodità definito post moderno in quanto coinvolge la nostra esperienza contemporanea discostandosi, nel modo che vedremo, dalle matrici culturali moderne.

Sulla scorta di insigni studi, il lavoro di Fiandaca tra gli altri, possiamo sostenere che oggi il rapporto tra il giudice e la legge si presenta in forma antagonistica, perché ambedue si pretendono portatori di un valore esclusivo, dice l'illustre autore di "vago sapore giusnaturalistico". Da un lato la magistratura avrebbe sviluppato una concezione della legalità "a forte vocazione etico politico pedagogica, in una dimensione autoreferenziale"<sup>87</sup>, facendo coincidere il proprio ethos personale con questa idea di legalità, ma sviluppando così un atteggiamento antidemocratico e puramente soggettivistico; dall'altro lato il legislatore, che pure sulla carta ha ancora il primato della legalità, si ripiega in una reazione "revanscista" all'atteggiamento della magistratura, tentando di limitarla con una serie di posizioni ispirate anch'esse a un giusnaturalismo secolarizzato (ad esempio il garantismo individualistico espresso nella riforma del cd. 'giusto processo').

Il ragionamento del giudice, in questo contesto, si muove secondo il seguente schema: egli, partendo asseritamente dalla legge, ma di fatto da opinioni personali che hanno la natura di criteri extralegali, giunge a reperire un riferimento normativo nel quale leggere le conseguenze previste dall'ordinamento. Detti criteri fanno parte della precomprensione che contraddistingue il fenomeno della interpretazione<sup>88</sup>.

<sup>87</sup> G. FIANDACA, *Il diritto penale tra legge e giudice*, Cedam, Padova 2002, pp. 17-18

<sup>88</sup> Il fenomeno della interpretazione del testo normativo è parte integrante della cultura giuridica e non si pretende qui di fornire alcun riferimento in ordine a questa attività della quale chiunque può attestare la diffusione e la necessità. Per un riferimento esaustivo rimando a F. VIOLA – G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di una teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Roma 1999. In questa sede però ci sembra utile ricordare alcuni momenti del tema della interpretazione V. SCIALOJA, *Sulla teoria dell'interpretazione delle leggi*, in *Scritti giuridici vari*, III, Roma 1932, pp. 46 e ss. ed inoltre R. SACCO, *Il concetto di interpretazione del diritto*, Torino 1947; G. TARELLO, *Il «problema dell'interpretazione»: una formulazione ambigua*, in «RIFD» (1966), p. 349 e ss. ed inoltre ID., *L'interpretazione della legge*, in Tratt. Cicu-Messineo, Milano 1980. È noto, peraltro che il giurista-interprete (soprattutto il giudice) diventa protagonista, attorno agli anni '70, in Italia, anche di una funzione etico-politica di completamento ed adattamento della legge (riconoscendone implicitamente il limite). Si veda sul punto G. TARELLO, *Orientamenti della magistratura e della dottrina sulla funzione politica del giurista-interprete*, in P. BARCELLONA (a cura di), *L'uso alternativo del diritto*, Roma-Bari 1973. A questo punto appare necessario sottolineare come, qualche anno più tardi, gli studi inerenti al fenomeno interpretativo riconoscano pacificamente (e perciò non solo in termini di un invito etico da parte di un gruppo di studiosi politicamente orientato) quel fenomeno per il quale, nel momento in cui l'interprete si avvicina al testo, posseggia già dentro di sé una 'anticipazione'

Si continua dunque a sostenere che il punto di partenza del ragionamento sia la norma e che, lungo la strada impiegata per giungere a concretizzare la legge, il giudice sarebbe costretto ad inserire elementi diversi dalla legge stessa perché la sua attività sarebbe una attività eminentemente ermeneutica. In questo caso l'unica differenza, rispetto al modello moderno del ragionamento, starebbe nel fatto che, a cagione dell'interpretazione, il ragionamento si 'arricchirebbe' anche di quel materiale noto con l'espressione di precomprensione, in un sistema che continua però a riconoscere ruolo predominante (e di partenza/premessa/protasi del ragionamento) alla norma e di conseguenza al rapporto intimo che con la stessa intrattiene il giudice<sup>89</sup>. Una struttura di ragionamento sostanzialmente inalterata rispetto all'impostazione illuministica, posto che il ragionamento giuridico consisterebbe sempre e solo nel concretizzare una disposizione astratta.

Ebbene, apparentemente la preminenza della legge sembra un punto fuori discussione ma, in una prospettiva postmoderna secolarizzata, questa preminenza assume un ruolo 'di copertura', di mascheramento dei reali elementi da cui discende il ragionamento del giudice. Il punto di partenza,

del significato che invece crede essere il prodotto della sua attività ermeneutica. Si crede insomma di partire da una legge per individuare il significato, magari in linea con alcune premesse etiche soggettive o sociali, ed invece proprio quegli elementi, riassumibili nel concetto della cd 'precomprensione', costituiscono il punto di partenza del ragionamento che poi viene 'ritrovato' nel testo. Detti elementi non sono di natura testuale o positiva; da questo la loro indicazione come *extralegali*. Ciò che avviene oggigiorno, in epoca postmoderna, è che questi elementi non sono espressione di valori condivisi, di una comunità interpretativa di riferimento ma (sulla scorta della crisi postmoderna di qualsivoglia orizzonte di condivisibilità) fanno parte unicamente del vissuto soggettivo ed arbitrario di ciascun magistrato: ogni giudice insomma forma una comunità ermeneutica unicamente con se stesso. In questo evidenziando la autoreferenzialità del proprio discorso. Sulla indagine specifica circa la natura di questi elementi extranormativi, pur con riguardo alla dottrina tedesca, si veda: G. ORRÙ, *I criteri extralegali di integrazione del diritto positivo nella dottrina tedesca contemporanea*, in «JUS» XXIV (1977), 298-427. Sui loro limiti vedi invece D. CANALE, *Forme del limite nell'interpretazione giudiziale*, Cedam, Padova 2003.

<sup>89</sup> È noto come, nella cultura giuridica italiana si incominci a parlare di ermeneutica e precomprensione a partire dall'opera di Joachim Hruschka e Josef Esser. Negli stessi anni, infatti entrambi lavorano al tema della individuazione del significato nella attività ermeneutica. Si veda dunque: J. HRUSCHKA, *Das Verstehen von Rechtstexten*, München 1972, trad. it. cura di De Giorgi, *La comprensione dei testi giuridici*, Camerino 1983; tuttavia l'autore di riferimento, circa il tema della precomprensione, rimane J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl im Rechtsfindung*, Frankfurt am Main 1972, trad. it a cura di Patti-Zaccaria, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, Camerino 1983. Per un approfondimento sulla questione si vedano anche G. ZACCARIA, *Ermeneutica e Giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, Milano 1984; ed il più recente G. ZACCARIA, *Precomprensione, principi e diritti nel pensiero di Josef Esser. Un confronto con Ronald Dworkin*, in «Ragion pratica», 11 (1998), pp. 137-152.

infatti, per il magistrato è, lo abbiamo visto nell'esempio, di natura extra-normativa: attinge dal serbatoio di 'precomprensione' soggettiva propria di ciascun singolo magistrato. È quello che nel nostro schema abbiamo definito 'argomento terzo'.

La struttura del ragionamento postmoderno, del giudice, è, perciò, il seguente: il giudice prima decide con un argomento terzo e poi giustifica la propria decisione cercando un collegamento con la norma che più si attaglia con le proprie assunzioni.

Ma allora il punto di partenza del suo ragionamento non è la legge: essa rappresenta semmai il suo punto di arrivo in quanto, prevedendo conseguenze per un dato comportamento, sancisce quali effetti giuridici riconoscere alla premessa.

Dunque da un punto di partenza soggettivo il giudice si muove verso la norma che indica le conseguenze previste nell'ordinamento per quella decisione (ossia dal particolare al generale). Non c'è mai, come sognavano gli illuministi, un ragionamento deduttivo che parte dalla norma e poi, passando per il fatto, conclude con la pena.

Da dove trarre la premessa le cui conseguenze, se legislativamente previste, ricadranno su una delle parti? A questo punto, dunque, sorge il problema di come si possano controllare razionalmente questi criteri extranormativi, in modo da limitare il pericolo di arbitri<sup>90</sup>.

Ecco perché abbiamo utilizzato i termini moderno-postmoderno per individuare il modello di ragionamento di riferimento contemporaneo. La modernità statuisce una superfetazione della centralità della norma nel fenomeno giuridico secondo cui il giudice sarebbe sottoposto solamente ad essa. Il fenomeno conosciuto come secolarizzazione, il quale – come è noto – erode dall'interno le categorie di pensiero lasciandole formalmente inalterate, permette di comprendere il passaggio da un modello moderno ad uno postmoderno.

In questa prospettiva è comprensibile che si continui ad affermare anche oggi che il posto centrale (e di partenza) nel ragionamento del giudice sia costituito dalla legge, sia pure con le dovute specificazioni<sup>91</sup>. Formalmente dunque le cose rimangono inalterate rispetto al modello moderno grazie a questo omaggio formale alla legge.

Invece la struttura del ragionamento muta radicalmente: è un 'movimento verso' una norma, non un 'movimento a partire da' una norma. In

<sup>90</sup> FIANDACA, *Il diritto penale*, cit., p. 61.

<sup>91</sup> Si veda a tale riguardo la interessante distinzione di Enrico Diciotto tra attività di individuazione di norme espresse e attribuzione di significato a enunciati legislativi da una parte; individuazione di norme inesprese ovvero integrazione della legge colmandone le lacune dall'altra: E. DICHIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Giappichelli, Torino 1999, in part. pp. 202-219, 323-324, 451-469, 482-493.

questo modo, perciò è pienamente legittimata quella prassi per la quale il ragionamento del giudice si costituirebbe a partire da ragioni personali (magari le più nobili) collegate ad una conseguenza giuridica normativamente prevista dall'ordinamento. Da un estremo, moderno, di astrattezza e generalità si giunge all'estremo opposto di contingenza ed incertezza.

Una siffatta concezione, che prevede il ragionamento del giudice basato su premesse soggettive e supportato solamente sul collegamento costruito per via interpretativa con una norma, risulta però insostenibile, in quanto sia la Costituzione, sia la Suprema Corte richiedono oggi, che il giudice si attenga a ciò che emerge dal contraddittorio delle parti.

Il contraddittorio inteso nel suo senso forte, per tornare al nostro schema, pone in seria difficoltà coloro che sostengono che l'attività del giudice sia una semplice attività di interpretazione normativa.

Sembrava, almeno sino alla sentenza con cui abbiamo aperto questo lavoro, che nessun vincolo razionale potesse impedire al giudice di assumere come premessa del proprio ragionamento un argomento che le parti non avessero sollevato, non tenendo conto del contraddittorio o, meglio, concependo lo stesso come una forma da rispettare o una scena cui assistere. E da questo argomento soggettivo muoversi verso la legge che più sembrava in linea con le proprie assunzioni iniziali.

Una tale concezione del ragionamento, perciò, prevede che il giudice si comporti come una protesi della norma: i suoi occhi ed orecchie. Una sorta di Golem che dice ciò che vuole, purché questo sia adeguatamente collegato alla legge. In realtà chi parla dietro alla norma non è il legislatore ma il singolo magistrato che inserisce, dietro al paravento interpretativo, le proprie concezioni etiche e la propria soggettività che vengono a costituire la protesi del suo ragionamento.

Ma posto che, almeno formalmente, la preminenza rimane alla legge, giocoforza chi ne rappresenta gli occhi, le orecchie e la bocca è libero anche nei confronti dell'esito della discussione tra le parti, libero di andare oltre le loro ragioni (argomentazioni), le quali patiscono lo svantaggio di non intrattenere con la legge un rapporto così stretto. Certo in questo modo una pronuncia vi sarà comunque, ma essa procederà dalla interiorità del giudice e dalla sua forza impositiva, non dall'esito razionale del contraddittorio.

Invece di affrontare con coraggio la questione e cominciare a mettere in crisi questo modello di ragionamento "giudice-interprete-della-legge", si preferisce omettere lo studio di come si forma la protesi nel suo ragionamento.

## 7. *Seconda conseguenza. La rivalutazione del ruolo delle parti processuali*

Il potere di scavalcare le argomentazioni delle parti, assumendo una

concezione 'debole' del contraddittorio (inserendo temi che non sono stati controbattuti e facendone il punto di partenza del proprio ragionamento) si colloca oltre ogni controllo razionale sugli argomenti posti dal giudice alla base del proprio decusum; si pensi anche al fatto che la parte vittoriosa non proporrà appello e che la parte sconfitta vedrà aggiungere le ragioni della controparte a quelle del giudice, trovandosi così di fronte a due argomentazioni che le danno torto dissuadendola dal gravame. Le cose, dunque, rischiano di venire "aggiustate" all'interno di un solo grado di giudizio.

Certo in una prospettiva di economia processuale radicale, potrebbe sembrare che queste dinamiche possano essere tollerate.

Ma non è così. Infatti che cosa si svaluta, quali sono le figure che risultano pleonastiche in questa modalità di gestione del fenomeno processuale? Le parti processuali.

Questa 'svalutazione' si è sempre nascosta, tra le altre, dietro una spiegazione 'paternalista', basata cioè su questa motivazione: «Il giudice deve (anche) difendere la parte da un legale incapace»<sup>92</sup>. E perciò sembrava corretto sul piano ideologico (politico e sociale) non esporre il cittadino al rischio di un contraddittorio che realmente 'contasse' nel ragionamento del magistrato, per il caso egli optasse per un difensore poco accorto, esso si sostituirebbe, graziosamente, il magistrato giudicante, tranquillizzandolo sul fatto che è la legge che lo protegge e non il suo legale, la cui presenza appare, in tal modo, pleonastica<sup>93</sup>.

Certo molto vi sarebbe da dire su questo modo di intendere il contraddittorio nel processo: per esempio che non tiene conto del rapporto etico e fiduciario che il professionista intrattiene con il cliente, che si nutrono dubbi sulla professionalità e sulla razionalità dei discorsi dell'avvocato e, di conseguenza, se ne svaluta il rilievo; in buona sostanza si riduce la giustificazione di questo comportamento ad un argomento che potremmo definire 'di autorità'.

Il dare ragione ad A o a B per dei motivi C (che nessuna delle due parti ha indicato nei propri atti e su cui perciò le parti non hanno svolto alcun contraddittorio) è, perciò, un argomento di autorità, anche se mascherato dietro il richiamo alla interpretazione della legge, per almeno due ordini di argomenti:

<sup>92</sup> Cfr. *supra* § 2 le considerazioni di COMOGLIO, «Terza via», cit. 761. Questa concezione inoltre riconosce al magistrato giudicante una prospettiva 'più giusta', migliore in termini anche etici rispetto al legale che, per la sua natura di parte, provoca un 'sospetto' maggiore.

<sup>93</sup> È il famoso dibattito sull'art. 358 c.p.p. secondo cui il pm esegue indagini per le determinazioni inerenti l'esercizio dell'azione penale ed anche a favore della persona sottoposta alle indagini. Se questa interpretazione può, con tutte le dovute forzature, essere applicata al diritto penale, non si comprende quale sia la sua funzione in una questione civilistica ove la parità delle parti appare uno dei punti essenziali del dibattito processuale.

- 1) le lodevoli intenzioni di assicurare una tutela maggiore nei confronti del cittadino (ma di fronte a questa paternalistica cura quale sarebbe la possibilità di sfuggire ad un abbraccio troppo stretto?);
- 2) la indipendenza del magistrato giudicante (la cd. terzietà ed il suo libero convincimento) che in questo preciso caso dovrebbe addirittura essere svincolato (libero) anche dall'esito della discussione tra le parti.

Il contraddittorio inteso in un senso così 'debole', lungi dall'essere considerato il metodo di conoscenza più fondato razionalmente e dunque punto di partenza inderogabile da parte del giudice per impostare il suo ragionamento, viene ridotto ad una semplice 'rappresentazione' socialmente pacificante ma inutile sul piano logico.

In questo modo si apre la strada, per il giudice, a rinvenire la protasi (le premesse del proprio ragionamento) in maniera autonoma ed incontrollabile, e a garantirne la validità semplicemente in ragione della propria autorità sfuggendo al vaglio dialettico. È, questo, un modo errato di concepire la terzietà del giudicante<sup>94</sup>.

L'avvocato, in questa prospettiva, viene ridotto ad una figura di contorno che al più serve come interfaccia all'organo giudicante per 'colorare' una vicenda (perché è meglio avere un filtro informativo) ma della sua argomentazione, della organizzazione dei suoi ragionamenti, anche in tema di diritto, si può non tenere conto.

Questo almeno sino al dibattito giurisprudenziale di cui abbiamo trattato nei paragrafi precedenti. Ora occorre prendere coscienza che non può più essere così.

Certo siamo ancora lontani dalla scelta, che attiene a questioni di politica del diritto, di vincolare il giudice all'esito del contraddittorio tra le parti. Tuttavia sembra che la pronuncia che abbiamo parzialmente esaminato, proceda in questa direzione (confermata, peraltro, anche dalle sentenze adesive intervenute negli anni successivi). Adesso, forse, possiamo comprenderne meglio la portata 'rivoluzionaria'.

Essa, se considerata nella giusta prospettiva, permette di riconoscere al contraddittorio un valore di garanzia razionale di cui non si può non tenere conto all'interno di un processo. In questo modo il valore di quanto le parti

<sup>94</sup> Il giudice infatti sarà 'terzo' rispetto ai soggetti che ha di fronte ma non rispetto alle loro argomentazioni. La terzietà è proprio quell'elemento che dovrebbe tutelare la struttura logica ed imprescindibile del contraddittorio, escludendo che una parte sia preferita per ragioni personali e non per ragioni logico-giuridiche. Riflette su questi aspetti M. MANZIN, *Terzietà e verità: una logica per il giudice nell'età post moderna*, «RIFD», 4 (2000), pp. 589-592. Si veda anche M. MANZIN (a cura di), *Funzione della pena e terzietà del giudice nel confronto fra teoria e prassi*, Univ. degli studi, Trento 2002.

argomentano per il tramite dei loro avvocati risulta finalmente riscoperto e, crediamo, rappresenti una forma di riscatto anche per l'intera classe forense. Questo perché dalla tendenza inaugurata dalla Suprema Corte, e dalle considerazioni svolte, risulta rivalutata la figura dell'avvocato (ed anche la sua funzione) come un protagonista (assieme al collega di controparte o al pubblico ministero) nella discussione degli argomenti che dovranno costituire la protasi della sentenza. Saranno infatti i discorsi delle parti processuali che, scontrandosi dialetticamente, daranno origine al materiale che costituirà le premesse del ragionamento decisorio.

È una forma di argine nei confronti di un potere di giudizio il quale, altrimenti, agirebbe 'd'autorità', giustificato solamente dal fatto che può permetterselo.

*Iura novit curia* si diceva (e si dice tuttora), ma questo importante brocardo è assunto non nella sua valenza culturale di conoscenza del dato normativo<sup>95</sup>, ma in quell'aspetto, terribile ed ingiustamente sottovalutato, che il magistrato 'bocca della legge' goda di un legame con la legge che gli permette, per influsso 'magico', di portare la soluzione più vera o più giusta nel caso presentato dalle parti, indipendentemente da quanto da queste sostenuto<sup>96</sup>.

Alle parti dunque, ai loro patrocinatori, veniva (e purtroppo viene ancora) lasciato solamente il potere di presentare i contorni della vicenda, il caso nelle sue linee latamente descrittive. Ecco il degrado della intera professione: limitarsi a raccontare un evento trascorso cercando al più di proporre una scena più favorevole al proprio assistito.

Nessuno, perciò, poteva entrare nel tabernacolo segreto e misterioso della Camera di consiglio che manifestava il legame tra la divinità (la norma) e colui che, solo, poteva comunicare con essa. Il processo, dunque, veniva (e purtroppo viene tuttora) ridotto ad una comunicazione di servizio su cui il giudice si limita a fornire il proprio vaticinio. Come se si trattasse di un ministro del culto che possiede un rapporto privilegiato con la divinità. Nessun altro è ammesso in questo mistero di creazione del diritto (mascherato dal fenomeno della "interpretazione") che esautora lo stesso legislatore e le parti in modo decisamente 'antidemocratico'.

Ma torniamo ancora al nuovo rilievo del contraddittorio nel giusto processo.

Ebbene oggi l'avvocato può e deve tornare a fare il proprio mestiere:

<sup>95</sup> Sulla struttura topico-retorica dei brocardi mi permetto di rinviare al bel lavoro: D. VELO DALBRENTA, *Brocardica. Una introduzione allo studio e all'uso dei brocardi*, FrancoAngeli, Milano 2007.

<sup>96</sup> Presupponendo una sola soluzione per ciascun caso, cui avrebbe accesso il magistrato per il fatto di essere tale, al modo delle più alate utopie illuministiche.



tutelare le ragioni (e sottolineiamo le ragioni) del proprio cliente; non è, quindi, solo colui che racconta al giudice come si sono svolti i fatti colorandoli più o meno artisticamente (solo perché non può fare altro), ma è l'autore di un complesso ragionamento in fatto ed in diritto di cui la sentenza non può non tenere conto, pena la nullità.

Questo ovviamente impone di riscoprire l'arte di argomentare, che è capacità di costruire ragionamenti condivisibili (anche) attraverso la confutazione.

Certo la strada che ci si apre di fronte è molto vasta e potrebbe portare a fraintendimenti. Seguendo le mode d'oltreoceano si potrebbe infatti radicalizzare questa rivoluzione del processo trasformandolo in un semplice giuoco di ruolo, una logomachia nella quale l'avvocato è colui che si sente legittimato, data l'importanza che riveste nel processo e data questa rivalutazione del contraddittorio, a sostenere ogni argomento, con il solo scopo di ottenere una adesione emotiva da parte del giudice, il quale provvederà poi a mettere ordine in una mole di "effetti speciali" fatti esplodere senza metodo, proprio perché obbligato a tenere in debito conto anche quanto le parti sostengono.

È questo, infatti, uno dei modi nei quali può essere intesa la "persuasione"<sup>97</sup>.

Tuttavia, questo modo di intendere il ragionamento dell'avvocato non si pone sulla via del superamento ma, purtroppo, riafferma l'ortodossia normocentrica e si rivela una acquiescenza all'argomento d'autorità.

<sup>97</sup> Tra gli autori che in epoca contemporanea più rappresentano la riscoperta della 'persuasione', intesa come fatto psicologico, ritengo di annoverare il Perelman. Sostenitore della cd 'Nuova retorica', egli fornì impulso agli studi di retorica in ambito giuridico. Tuttavia la sua impostazione appare ancora fortemente legata al predominio della logica formale di cui la matematica sarebbe l'esempio più emblematico. Della logica formale la retorica rappresenterebbe infatti un indebolimento che, tuttavia, ne simula gli schemi di approccio. Tanto più la retorica si 'avvicina' ai loci scientifici (cfr. le due grandi categorie nelle quali si ascrivono tutti gli argomenti: quasi logici o fondati sulla struttura del reale) tanto più essa sarà efficace presso l'uditorio; su questo tema vedi PERELMAN C., *Il campo dell'argomentazione: nuova retorica e scienze umane*, Pratiche, Parma 1979; PERELMAN C., *Il dominio retorico*, Einaudi, Torino 1981; PERELMAN C., *Logica giuridica nuova retorica*, Giuffrè, Milano 1979; PERELMAN C., *Retorica e filosofia*, De donato, Bari 1979; vedi anche PERELMAN C., *Retorica antica e nuova retorica*, Il tripode, Napoli 1988; ma soprattutto vedi l'oramai classico: PERELMAN C., *Trattato dell'argomentazione: la nuova retorica*, Einaudi, Torino 1989. La letteratura sul pensiero di Perelman è molto copiosa, tuttavia mi sia consentito rimandare a PIERETTI A., *L'argomentazione nel discorso filosofico: analisi critica del pensiero di Chaim Perelman*, Japadre, L'Aquila 1969; ed anche BOSCO N., *Perelman e il rinnovamento della retorica*, Giappichelli, Torino 1983; si veda inoltre FURNARI LUVARA' G., *Logica del preferibile. Chaim Perelman e la 'Nuova retorica'*, Rubettino, Genova 1995; oltre a GIANFOMAGGIO L., *Gli argomenti di Perelman. Dalla neutralità dello scienziato all'imparzialità del giudice*, Comunità, Milano 1973.

Fortunatamente, come abbiamo notato, sembra che le cose non siano più gravi del previsto. Invece di trasformarsi in una allegra rappresentazione, un giuoco delle parti, è invece riemerso, in tutta la sua portata, il luogo del processo come momento ineliminabile del fenomeno giuridico, nel quale si svolge il contraddittorio che è, per ragioni che non è possibile qui riportare per intero ma che abbiamo brevemente svolto poc'anzi, un metodo di conoscenza epistemologicamente fondato, e non un'occasione nella quale chi sfoggia la propria abilità nel parlare molto senza dire nulla (ossia senza argomentare) è votato al successo.

Dunque il giudice ha il compito di trarre proprio dallo scontro dialettico degli argomenti delle parti, il materiale (la protasi) per la propria decisione. Non da fuori, non da un preteso rapporto privilegiato con la legge.

Questo mutamento, tuttavia, sembra essere ancora vissuto come una forma di crisi, di perdita di certezza nella dimensione del diritto, di sfiducia nella gestione della giustizia. Si tratta dunque di reagire al senso di sconforto per una situazione che si potrebbe definire di "latenza della norma". Orfani delle certezze garantite abilmente dalla cultura di matrice illuminista, durante la quale si è vissuti nella confortante (ma quanto inesatta) certezza di un rifugio normativo ad ogni caso della vita dal quale attingere un sapere privilegiato, ci prepariamo oggi ad assistere ad una trasformazione di vaste proporzioni.

## 8. *Terza conseguenza. L'urgenza metodologica*

Il problema, dunque, si fa pressante e riguarda, in particolar modo, l'organizzazione del materiale giuridico nella sede processuale in vista del contraddittorio, organizzazione che non si risolva nella mera persuasione, intesa fattualmente come semplice forza di convincimento verso il giudicante, anche subdolo o, perché no, addirittura falso.

Senza cedere a facili sconforti verso un compito così vasto per il patrocinatore ritengo, invece, che questo cambiamento, pur radicale e profondo, possa costituire una metamorfosi della cultura giuridica ed un momento nel quale si dischiudono nuove e feconde possibilità<sup>98</sup>.

<sup>98</sup> Già da qualche tempo si discute in ambito forense sul rilievo della retorica all'interno di una struttura argomentativa del processo; uno tra i primi giuristi pratici che abbia sviluppato questa sensibilità è senza dubbio Alessandro Traversi. Vedi TRAVERSI A. (a cura di), *Arte della persuasione e processo: atti del Convegno organizzato dalla Associazione giovani avvocati di Firenze*, Giuffrè, Milano 1998 ed anche TRAVERSI A., *La difesa penale: tecniche argomentative*, Giuffrè, Milano 1999. In questi testi Traversi indaga la possibilità che la retorica, in particolar modo l'impostazione classica ciceroniana, possa essere come uno

E veniamo al cuore del nostro tema.

Si avverte la necessità di un criterio di organizzazione del pensiero che permetta di presentare le ragioni della propria parte (qualunque essa sia) e che sia finalizzato allo scontro dialettico, su cui si fonda e si caratterizza il contraddittorio, in grado di venire a capo della enorme mole di materiali ed argomenti giuridici.

Questo modello dovrebbe infatti garantire almeno un risultato, di riuscire ad esporre le ragioni della propria parte in modo che esse possano superare le obiezioni del contraddittore.

L'esito del contraddittorio, ciò che resta dello scontro degli argomenti, dovrebbe, come la farina che viene prodotta dallo stridere delle due macine, essere raccolta dal giudice. E fornire il materiale sul quale egli possa costruire la propria pronuncia. Dunque un giudice custode. Ebbene, è il prodotto dell'azione delle macine, lo scontro delle tesi dell'attore e del convenuto, della accusa e della difesa, l'esito insomma del contraddittorio, ciò che siamo soliti definire sentenza? Purtroppo no.

Se la persuasione viene considerata un semplice fenomeno psicologico che faccia spostare l'ago della bilancia a favore del proprio cliente piuttosto che dell'avversario, certamente no. Ma è effettivamente questo la persuasione?

Se decidiamo che la risposta a questo quesito sia affermativa, rischiamo di cedere le armi a quanti affermano che esiste solamente una via di ragionamento del giudice; essa parte dal suo stato emotivo e si conclude con una pronuncia che ha ritrovato un collegamento normativo.

Ma allora che senso avrebbe il contraddittorio? Esso infatti costituirebbe una inutile perdita di tempo (quante volte è il magistrato che decide quanto debba durare una arringa) perché l'avvocato-enzima non entrerebbe nella reazione chimica del ragionamento, ma al più fungerebbe da acceleratore stimolando o placando la sensibilità emotiva del giudice il quale poi, solo, sarebbe chiamato a giustificare le proprie intuizioni introducendo elementi argomentativi (anche) estranei al dibattito che si è svolto tra le parti.

Invocando l'economia processuale, e concependo la persuasione psicologica come l'unico compito dell'avvocato, il contraddittorio potrebbe dunque essere eliminato a favore di una procedura che per molti versi riaffermerebbe una struttura inquisitoria del processo, nella quale il difensore avrebbe il ruolo di un giullare che serve per provocare nel giudice alcune libere associazioni di idee e mendicare il favore della sua autorità.

Invece il compito dell'avvocato-oratore appare molto più importante

degli elementi ad elaborare strategie argomentative che possano risultare persuasive, senza tuttavia soffermarsi sulla fondazione razionale della retorica, preferendo riconoscerne unicamente il carattere di tecnica efficace. In una linea analoga si pone P. CHIASSONI, *La Giurisprudenza civile. Metodi di interpretazione e tecniche argomentative*, Giuffrè, Milano 1999.

perché egli è uno dei protagonisti del contraddittorio. Siamo realmente pronti a questo?

Sì, se siamo alla ricerca di un metodo per ragionare nel campo del giuridico.

Come esporre, allora, le proprie ragioni pur tenendo presente che non si tratta di addolcire l'animo del giudicante o di tentare di proporre una struttura di ragionamento che simuli il ragionamento scientifico monologico, ma di far emergere la forza dei propri argomenti in una necessaria ed inevitabile dinamica dialettica?

Ebbene per fare questo occorre guardare avanti, talmente avanti che occorre guardare al passato: a quando il normocentrismo non aveva ancora portato, oltre alle proprie indiscutibili garanzie, anche il proprio volto liberticida. Occorre rivolgersi alla tradizione retorica.

In una prospettiva che guarda al processo come momento fondamentale nella struttura del 'giuridico', ed al contraddittorio come elemento cardine del processo, questa arte si rivela essenziale per strutturare una forma di ragionamento più garantita rispetto alla soggettività del giudicante, vista anche la copiosa messe di leggi, leggine, circolari e così via complicate dalle innumerevoli pronunce della Suprema Corte di Cassazione e completate dalle pronunce dei Tribunali che spesso e volentieri non si coordinano in una posizione precisa.

A questa situazione occorre aggiungere quegli argomenti basati sul "buon senso", sul "senso comune", su "norme di esperienza" che, pur essendo parte integrante degli atti giuridici, tuttavia non vengono trattati in maniera formalizzata anche se, il più delle volte, sono proprio questi temi che determinano l'emergere delle decisioni.

Purtroppo, o per fortuna, la capacità di "muoversi" (di scegliere, di valutare, di soppesare) tra gli argomenti non può essere lasciata alla improvvisazione o alla semplice esperienza di chi, visto l'aumento del numero di procedimenti, non ha il tempo e neppure (a volte) la capacità di fornire al giudicante gli strumenti utili per individuare quali argomenti scegliere e come disporli: l'attività che contraddistingue il professionista preparato da ogni altro frequentatore del Foro<sup>99</sup>.

<sup>99</sup> Questo modello di ragionamento, che pone come sua protasi quei materiali che provengono esclusivamente dalla soggettività del giudice (e che prescindono dal vaglio controversiale) e che mantiene apparentemente inalterata la preminenza della legge, appare, nonostante la sua diffusione, fortemente in crisi. Per uscire da questa situazione alcuni autori si caratterizzano per una riscoperta del modello di ragionamento cd. 'topico'. Su questo concetto si veda: F. CAVALLA, voce *Topica giuridica*, in *Enciclopedia del diritto*, XLIV, pp.720-739; ed anche G. GAVAZZI, voce *Topica giuridica*, in *Novissimo Dig. it.*, p. 409; V. FROSINI, *Topica e teoria generale del diritto*, in «RIFD» (1971), p. 26; L. GIANFORMAGGIO, voce *Topica*, in *Grande Diz. enc.*, p. 906; B. NARDI, voce *Topica*, in *Enc. it.*, p. 1037. A questi studi è d'obbligo accosta-

Alla ricerca di una nuova professionalità, dunque, che possa strutturarsi secondo i principi della retorica che sono i principi di una considerazione controversiale del processo, in cui il giudice non possiede più il monopolio del ragionamento “di diritto”.

Questa abilità, purtroppo, non si insegna nei luoghi tradizionalmente dedicati alla formazione e in questi ultimi tempi è un tema che occupa, spesso a sproposito, gli scaffali delle librerie specializzate: un metodo per elaborare strategie difensive ed argomentazioni dotate di un sufficiente grado di controllabilità<sup>100</sup>.

Sembra, dunque, che la retorica e lo studio della argomentazione giudiziaria conoscano oggi una nuova stagione<sup>101</sup>. In particolare sembra farsi strada un rinnovato interesse verso i principi di un metodo che, garantendo un

re l'oramai classico T. VIEHWEG, *Topica e giurisprudenza*, Giuffrè, Milano 1962.

<sup>100</sup> Non si nasconde che il tema del metodo esigerebbe una trattazione più completa rispetto ad una semplice notazione. Tuttavia appare qui utile ricordare almeno uno dei più nuovi approcci al problema del metodo, inteso come «l'organizzazione di un insieme di proposizioni, o di esperienze rappresentabili con proposizioni, secondo un criterio per il quale le medesime riescano a produrre una conclusione *garantita*: è tale la conclusione che mostri, con le proposizioni precedenti, una connessione *necessaria* (non arbitraria, non casuale) si che, di conseguenza, chiunque accetti un certo criterio metodologico, possa anche controllarla. Controllare una conclusione significa accertare se essa sia effettivamente quella imposta dalle proposizioni che pretendono sostenerla o se vi siano, invece, una o più alternative». F. CAVALLA, *Retorica giudiziale, logica e verità*, in ID, *Retorica, processo, verità*, FrancoAngeli, Milano 2007, pp. 17-84, qui p. 18. In questo modo l'autore ritiene che il metodo del discorso giudiziale sia quel criterio che permette di stabilire il discorso giuridico 'fatto bene' da quello 'fatto male'. In questo modo la prospettiva cd. retorica, propone un modello di metodo che si pone quale ideale superamento dei tradizionali approcci al metodo, o di matrice cartesiana o di impianto baconiano. Per parte nostra abbiamo provato a costruire in termini pratici un modello metodologicamente orientato alla redazione del parere del concorso per l'abilitazione all'esame di avvocato; si veda P. SOMMAGGIO, *Leggere per intendere. Dalla lettura della traccia alla soluzione del caso*, in P. MORO (a cura di), *Metodologia della scrittura forense*, Seac, Trento 2006, pp. 36-58. Ricorda le strutte classiche anche: S.C. SAGNOTTI, *Forme e momenti del ragionare nel diritto*, Giappichelli, Torino 2005.

<sup>101</sup> Gli studi sul rapporto tra argomentazione e dialettica sembrano di due tipi: un approccio descrittivo ed uno prescrittivo. Nel primo caso vi sono una serie di raccolte di usi che esprimono le tendenze di varie forme di dibattito. Nel secondo caso si studiano gli standards regolativi per comprendere come si dovrebbe argomentare in un dato contesto, si veda per tutti D. WALTON, *The new dialectic*, Toronto 1998; cercano invece di riunificare l'approccio descrittivo e quello prescrittivo in un modello di comunicazione ideale i sostenitori della pragma-dialettica. Si veda F. H. VAN EEMEREN – R. GROOTENDORST, *Speech Acts in Argumentative Discussions. A Theoretical Model for the Analysis of Discussions Towards Solving Conflicts of Opinion*, Foris Publications, Dordrecht (N.J.) 1984; ID, *Argumentation, Communication, and Fallacies. A Pragma-Dialectical Perspective*, Lawrence Erlbaum Ass., Hillsdale (N.J.) 1992; F. VAN EEMEREN – R. GROOTENDORST – S. JACKSON – S.

un rinnovato interesse verso i principi di un metodo che, garantendo un elevato grado di controllo razionale, porti alla organizzazione del dato giuridico finalizzato al contraddittorio nelle dispute del Foro<sup>102</sup>; e che finalmente la *iuris-prudentia* sia in grado di emanciparsi dalle pastoie dello scientismo nel quale si era invischiata, alla costante ricerca di uno statuto epistemologico che, al pari delle scienze formali (o empiriche), ricevesse il plauso di una malintesa “scientificità” (come sinonimo di oggettività)<sup>103</sup>.

È indubbio, perciò, che sia in atto una grande trasformazione nella cultura giuridica che passa tanto per la formazione (sia nel momento effettivamente formativo quanto in quello altrettanto importante della selezione, complice il sempre crescente numero di coloro che si affacciano alla professione forense) quanto per la preparazione-aggiornamento del giurista (che consiste nella individuazione di un criterio discrezionale alla luce del quale stabilire chi realmente possiede le capacità di svolgere quella parti-

JACOBS, *Reconstructing Argumentative Discourse*, Univ. of Alabama Press, Tuscaloosa 1993; F. VAN EEMEREN, *A Systematic Theory of Argumentation. The Pragma-Dialectical Approach*, Cambridge University Press, Cambridge 2004.

<sup>102</sup> L'argomentazione, in ambiente giudiziario sembra essere una delle nuove frontiere degli studi giuridici, soprattutto all'estero: vedi A. J. FREELEY, *Argumentation and debate: critical thinking for reasoned decision making*, Wadsworth, Belmont 1996; H. PRAKKEN, *Logical tools for modelling legal argument: a study of defeasible reasoning in law*, Kluwer, Dordrecht 1997; H. PRAKKEN – G. SARTOR, *Logical models of legal argumentation*, Kluwer, Dordrecht 1997; R. ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica: la teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, Giuffrè, Milano 1998; E. T. FETERIS, *Fundamentals of legal argumentation: a survey of theories on the justification of judicial decisions*, Kluwer, Dordrecht 1999.

<sup>103</sup> Il controllo nella dimensione giuridica è il tema di un interessante saggio di Francesco Cavalla; vedi F. CAVALLA, *Il controllo razionale tra logica, dialettica e retorica*, in M. BASCIU (a cura di), *Diritto penale, controllo di razionalità e garanzie del cittadino*, Atti del XX Congresso Nazionale della società Italiana di Filosofia giuridica e politica, Verona 3-5 ottobre 1996, Cedam, Padova 1998. A causa del mutamento dello statuto epistemologico delle scienze formali ed empiriche oggi si guarda con sempre maggiore interesse alla retorica ed alla argomentazione anche come fondamento della razionalità delle teorie scientifiche; esse appaiono oggi caratterizzate dalla difendibilità dei propri argomenti piuttosto che da una supposta adeguatezza alla chimera della “realtà dei fatti”, si veda, tra gli altri, PERA M., *Scienza e retorica*, Laterza, Roma-Bari 1991. Conferma la crisi del modello ‘scientifico’ nelle scienze, e testimonia l'avvicinamento allo statuto epistemologico della realtà giuridica, intesa anche nella sua dimensione processuale, un recente lavoro di Vittorio Villa. L'illustre autore ha trattato questo tema in diversi suoi scritti, tuttavia, per avere un quadro d'insieme rimando a V. VILLA, *Il diritto come modello per le scienze naturali*, in «Diritto e questioni pubbliche», 5, (2005); vedi anche V. VILLA, *L'interpretazione giuridica fra teorie del significato e teorie della verità*, in MANZIN – SOMMAGGIO (a cura di), *Interpretazione giuridica e retorica forense*, cit., pp. 117- 132.

colare e faticosa missione di tutela giuridica delle ragioni del cliente).

C'è bisogno, dunque, di un criterio che permetta anche di distinguere tra coloro che "fanno bene" il loro mestiere dagli altri<sup>104</sup>.

Appare, quindi, non sufficiente volgere lo sguardo sempre e solo nella direzione del pensiero contemporaneo, e magari tributare il nostro plauso a quanti, approfittando della fertile stagione, mietono troppo facili successi.

Anche se sembra un tema nuovo, credo opportuno ricordare che della retorica giudiziaria e del metodo argomentativo (topico-retorico) si sono interessati ingegni ben più elevati di quanti oggi sembrano ammannire, mascherandole da idee originali, delle pallide riduzioni di quanto, e con ben maggiore forza, si è già sostenuto nella storia della retorica<sup>105</sup>.

## 9. Osservazioni conclusive

Siamo giunti infine a poter sostenere, grazie alle considerazioni sopra esposte, che il percorso di secolarizzazione della impostazione legolatrica (normocentrica), tanto cara al secolo dei lumi, è giunto oggi a mascherare dietro l'attività di interpretazione un arbitrario inserimento di elementi incontrollabili (soggettivi), mantenendo intatta la formale preminenza, nel ragionamento del giudice, della legge. Radicalizzando questo movimento secolarizzante, si dovrebbe avere il coraggio di togliere il velo della sottomissione del giudice alla legge, velo oramai consunto ed insudiciato dalla forza di intrusione degli intimi convincimenti del singolo magistrato. Essi guidano il reperimento di un supporto normativo che può non avere

<sup>104</sup> Non a caso il Consiglio Nazionale forense ha istituito un Centro per la formazione e l'aggiornamento professionale degli avvocati. Nell'ambito di questa iniziativa è stato recentemente pubblicato: A. MARIANI MARINI – M. PAGANELLI (a cura di), *L'avvocato e il processo. Le tecniche della difesa*, Giuffrè, Milano 2003; si veda inoltre A. MARIANI MARINI (a cura di), *Teoria e tecnica dell'argomentazione giuridica*, Giuffrè, Milano 2003.

<sup>105</sup> Troppi sono gli studi dedicati alla storia della retorica. Tra gli altri, ritengo utile ricordare almeno: R. BARTHES, *La retorica antica*, Bompiani, Milano 1993; C. BIONE, *I più antichi trattati di arte retorica*, l'Erma di Bretschneider, Roma 1965; B. GENTILI, *Retorica e storia nella cultura classica*, Pitagora, Bologna 1985; A. CAVARZERE, *Oratoria a Roma: storia di un genere pragmatico*, Carocci, Roma 2000; G. A. KENNEDY, *A new history of classical rhetoric*, Princeton University Press, Princeton 1994, P.O. KRISTELLER, *Retorica e filosofia dall'antichità al Rinascimento*, Bibliopolis, Napoli 1981; A. PLEBE, *Breve storia della retorica antica*, Laterza, Roma-Bari 1996; A. PLEBE, *Studi sulla retorica stoica*, Torino 1963; O. REBOUL, *Introduzione alla retorica*, il Mulino, Bologna 1996. Infine mi sia consentito rimandare ad un mio lavoro sul modello retorico di Marco Tullio Cicerone; P. SOMMAGGIO, *Il metodo retorico classico*, in F. CAVALLA, *Retorica, processo, verità*, FrancoAngeli 2007, pp. 101-132.

nulla a che fare con ciò che le parti hanno portato in causa. Lasciando in questo modo troppo spazio all'arbitrio soggettivo ed alla contingenza del momento.

Si dovrebbe dunque arrivare a considerare il giudice non più come l'interprete della legge, ma come colui che rileva ciò che, all'esito del contraddittorio processuale, risulta non contraddetto dalle parti. Se da un lato questa proposta sembra esasperare la prospettiva giurisprudenziale, con tutte le controindicazioni del caso sulle quali non ci si è potuto qui soffermare esaustivamente, dall'altro la stessa ha il pregio di sottoporre l'operato del giudice a un controllo razionale. Quest'ultimo infatti non potrebbe più invocare il proprio rapporto intimo con la legge, per giustificare la soluzione data al caso di specie, inevitabilmente inserendo in questa attività interpretativa incontrollabili elementi soggettivi, ma dovrebbe impostare il proprio giudizio esclusivamente a partire da quanto emerso nel contraddittorio tra le parti. In questo modo anche gli elementi extralegali, la cui presenza nell'attività giuridica risulta innegabile, sarebbero sottoposti al vaglio dialettico delle parti processuali.

Si potrebbe obiettare che in questa prospettiva il dato normativo, con il corredo di garantismo che lo accompagna, venga svalutato. In realtà esso viene esaltato poiché si ritiene che il contraddittorio debba svolgersi su ogni elemento necessario alla decisione, sia esso un elemento di fatto, un elemento di diritto o un elemento di natura extralegale.

In questo modo, premessa del ragionamento del giudice non potrà più essere la legge "forzata ad arte", ma dovrà essere l'esito del contraddittorio, con tutte le garanzie di verificabilità razionale che lo stesso comporta.

Non si intende sfuggire al rilievo per cui anche questa prospettiva sarebbe fortemente secolarizzata, anzi, che forse essa rappresenta un tentativo di esasperare il percorso di secolarizzazione del modello moderno di ragionamento giudiziale per giungere a ciò che non si può negare.

Tuttavia la riscoperta di alcune realtà innegabili fa sì che si affaccino al pensiero prospettive nuove, come la prospettiva 'forte' del contraddittorio.

Siamo fortemente convinti che la stessa presenti i seguenti vantaggi, tutt'altro che trascurabili:

- a) permettere che l'operato del giudice venga sottoposto a un controllo razionalmente garantito;
- b) limitare il fenomeno della assoluta contingenza delle pronunce giudiziali.

In questo contesto l'attività del giudice non sarà più di interpretazione della legge, ma creativa in un senso particolare: dato che ogni parte propone un percorso argomentato che va dal fatto alla norma, (quindi un percorso ascendente), l'esito dello scontro dialettico tra questi due percorsi individuerrebbe quel crocevia nel quale riposa l'incontestabilità, per le



parti, tanto del fatto quanto della norma nonché degli elementi extranormativi. Questo luogo, l'esito dello scontro dialettico di quanto sostenuto dalle parti, costituirà il punto di partenza (la protasi) da cui si muove il ragionamento del giudice, verso quella conclusione che più si avvicina a quanto è incontraddetto dalle parti.

Ebbene, in chiusura di queste pagine, auspichiamo che in un prossimo futuro gli studi filosofico-giuridici/metodologici debbano indirizzarsi alla demolizione del monopolio del processo da parte dell'organo giudicante, anche in funzione di una riscoperta del contraddittorio come unico strumento razionalmente garantito di conoscenza e momento insostituibile del giuridico.

La Cassazione, intervenuta sul punto, afferma, che l'autorità giudicante deve tenere conto in maniera determinante di quanto viene, dalle parti, controbattuto: di ciò che esse sostengono, al di là di quale delle due risulterà vittoriosa.

Il giudice, dunque, non potrà dare ragione ad una delle parti indipendentemente dalle ragioni che questa ha fornito, sino al punto di giustificare la propria decisione su argomenti che non sono stati oggetto del dibattito processuale.

I giudici dunque sono chiamati a svolgere un ruolo molto delicato: essere reali custodi del contraddittorio, la funzione forse più importante e difficile nel panorama giuridico. Contraddittorio che fonderà, necessariamente, il materiale da cui procedere per costruire una pronuncia realmente in grado di reperire l'unità nella molteplicità.

Non è lecito, invece, che l'organo giudicante si trasformi, anche involontariamente, in una costellazione di uffici che, mascherati da paterni tutori ed officianti della legge, facciano emergere, in tutto il suo disarmante abisso, il volto liberticida del potere<sup>106</sup>. *Veritas non auctoritas facit iudicium.*

<sup>106</sup> Il riferimento, una volta crollate le strutture moderne e dunque 'forti' del potere, è ad un modello, come quello contemporaneo, talmente diffuso da corrispondere a ciascun singolo magistrato nel momento in cui si riferisce solamente a se nell'atto di interpretazione. Appaiono confermate dunque le profetiche intuizioni contenute in M. FOUCAULT, *Microfisica del potere. Interventi politici*, Einaudi, Torino 1977.