

PAOLO MORO

IL DIRITTO COME PROCESSO

1. La crisi del diritto - 2. Il diritto in crisi - 3. Il diritto come processo - 4. Il giudizio come problema - 5. Il giusto processo. a) La contestazione. b) Il contraddittorio. c) La prova. d) La giurisdizione - 6. Conclusioni. Dalla biblioteca al foro.

1. La crisi del diritto.

L'epoca contemporanea, che molti definiscono postmoderna, è l'età della crisi.

L'uomo odierno vive una condizione di smarrimento, esito inevitabile della fiducia riposta dalla cultura moderna nella ragione strumentale della scienza e nella presunta indipendenza dell'individuo, in un'epoca tuttora caratterizzata dalla secolarizzazione⁽¹⁾.

Nel postmoderno abita l'incredulo ai grandi racconti della civiltà occidentale, che ha smarrito il proprio centro di gravità permanente e che cerca di tener ferma soltanto una verità instabile, che si mostra nella singola situazione storica e che cambia nel tempo. La ragione è debole e non può garantire la fondatezza di un principio uniforme⁽²⁾, ma può soltanto esprimere molteplici culture e frammentati punti di vista che conducono alla pretesa relativistica di eguagliare ogni opinione e alla conseguenza nichilistica di disgregare e deresponsabilizzare l'individuo.

L'ordine del mondo, ridotto alla rappresentazione del dato, si manifesta nell'informatizzazione telematica, che ha provocato una radicale esteriorizzazione del sapere rispetto al sapiente⁽³⁾ e ha condotto al tecnicismo cibernetico e burocratico delle istituzioni⁽⁴⁾, con conseguente scomparsa dell'individualità e deresponsabilizzazione della persona in ogni campo dell'esperienza sociale.

I principali sintomi di questa crisi del sapere, caratterizzato dalla verità situazionale e dalla frantumazione culturale, costituiscono fenomeni del tutto evidenti anche nel diritto.

Lo spaesamento teorico e il disorientamento pratico, causato dalla perdita di unità e di centralità statutale del diritto, ha condotto al nichilismo giuridico⁽⁵⁾ e al prevalere negli studi giuridici e nelle professioni forensi di una mentalità relativistica e utilitaristica.

Prevale così la soluzione contingente dei casi controversi proposti dall'esperienza sociale attraverso l'opera occasionale del legislatore (che emana sempre più diffusamente leggi-provvedimento), del giudice (la cui giurisprudenza si cristallizza come repertorio di massime) e del giurista (che appare incapace di andare oltre l'interpretazione della norma positiva o l'analisi della decisione giudiziale).

La frammentazione del diritto in molteplici settori disciplinari privi di comunicazione tra loro ha trasformato la specializzazione in tecnicismo, assolutizzando l'efficienza e l'utilità della decisione giuridica del legislatore o del giudice, sempre più

⁽¹⁾ Cfr. AA.VV., *Filosofia del diritto e secolarizzazione. Percorsi, profili, itinerari*, a cura di L. Palazzani, Studium, Roma, 2011.

⁽²⁾ Cfr. G. VATTIMO – P.A. ROVATTI (a cura di), *Il pensiero debole*, Feltrinelli, Milano, 1983.

⁽³⁾ Cfr. J.-F. LYOTARD, *La condizione postmoderna. Rapporto sul sapere*, Feltrinelli, Milano, 1985, p. 12.

⁽⁴⁾ Cfr. J.-F. LYOTARD, *La condizione postmoderna. Rapporto sul sapere*, Feltrinelli, Milano, 1985, p. 35.

⁽⁵⁾ Cfr. N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Laterza, Roma-Bari, 2004.

minuziose e disordinate, perché destinate a risolvere questioni particolari e contingenti. Il diritto è stato così abbandonato al potere legislativo e giudiziario, riducendo lo studioso ad un mero compilatore di giurisprudenza e l'avvocato ad un mestierante del foro, mero conoscitore dei formalismi procedurali e degli usi giudiziari⁽⁶⁾.

Questo atteggiamento superficiale ha condotto ad un «diritto inesistente», ossia alla perdita d'identità del diritto vigente, che i giuristi pratici spesso presuppongono di conoscere operando nel proprio mondo professionale senza bisogno di scoprirlo⁽⁷⁾. Infatti, è evidente che nell'epoca contemporanea il diritto non è identificabile con la sovranità statale o con la codificazione positiva, essendo ampiamente sconfinato negli ordinamenti giuridici sovranazionali, come quello comunitario europeo, e transnazionali o, meglio, trasversali, come la *lex mercatoria* prodotta da contratti e arbitrati coordinati dalle migliori *law firms*⁽⁸⁾.

Accentuando la riduzione del diritto a rappresentazione esteriore del dato, l'informatizzazione ha ridotto il giurista telematico ad un automa della norma o ad un estensore della giurisprudenza, perché utilizza il proprio sapere tecnico, basato sulla congettura e sulla programmazione, per interpretare o elaborare il diritto vigente attraverso l'utilizzo di basi di dati («giuritecnica») o del linguaggio informatico («legimatica») o di sistemi decisionali esperti («giuscibernetica»)⁽⁹⁾.

2. Il diritto in crisi.

Eppure, l'epoca attuale è tempo di tragedia ma è anche tempo di grazia, perché il nulla che avanza e che smarrisce impone di ripensare il principio che permane e che orienta. È vero che il postmoderno ha ridotto il soggetto ad un punto che registra accadimenti e riproduce superficialmente dati, ma è altrettanto vero che lo ha anche ridefinito come una coscienza che percepisce la discontinuità della crisi e dell'errore, conducendolo al nichilismo secolarizzato ma anche all'esigenza del suo superamento critico.

Invero, si può fondatamente obiettare che la crisi non è solo l'indizio del disagio della cultura occidentale e dell'esperienza giuridica, ma ne appare l'elemento costitutivo.

Basta riflettere sulla felice ambiguità del termine greco *krísis*, che indica «forza che distingue», ma anche «lite giudiziaria» e «sentenza».

Il termine trova la propria radice nel verbo greco *krínein*, il quale presenta un significato ambivalente: da un lato, la locuzione allude all'idea di frantumazione, sgretolamento e deriva dall'indoeuropeo *sqerei* (da cui i termini «scorie», «avanzi»), presente nell'espressione ellenica *skoríen poieîn*, che vuol dire «mandare in rovina»; dall'altro lato, il verbo indica specificamente il «dire giustizia» e significa propriamente «giudicare distinguendo», ossia unificare ciò che opponendosi si disgiunge.

Dunque, la crisi indica la frantumazione di un'unità originaria, i cui elementi costitutivi sono destinati ad estinguersi, perdendosi nello spazio e nel tempo e disgregando la totalità da cui provengono⁽¹⁰⁾ ma allude anche ad una struttura ineliminabile della so-

⁽⁶⁾ Cfr. F. CAVALLA, *Retorica giudiziale, logica e verità*, in *Retorica, processo, verità*, FrancoAngeli, Milano, 2007, p. 84.

⁽⁷⁾ Cfr. M. JORI, *Del diritto inesistente. Saggio di metagiurisprudenza descrittiva*, Edizioni Ets, Pisa 2010.

⁽⁸⁾ Cfr. M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Laterza, Roma-Bari, 2007.

⁽⁹⁾ Cfr. AA.VV., *Etica, informatica, diritto*, FrancoAngeli, Milano, 2008.

⁽¹⁰⁾ Cfr. L. WITTGENSTEIN, *Pensieri diversi*, Adelphi, Milano, 1988, p. 26 e sg.

cialità, presente in ogni luogo ed in ogni momento della storia e dell'esperienza umana, costituendo la forma specifica del diritto⁽¹¹⁾.

Infatti, il diritto è soprattutto sapere della crisi, perché costituisce quel sapere particolare che studia la crisi generata dalla controversia tra opposte pretese nell'esperienza sociale e la logica della sua soluzione organizzata attraverso la formulazione della regola e del giudizio. È questa la struttura costitutiva della giustizia, che manifesta la natura sociale del diritto: come ricorda anche Cicerone, *ubi societas ibi ius*⁽¹²⁾.

In generale, nel suo concetto giuridico, «controversia» è qualsiasi contrasto di volontà soggettive si manifesti nella vita sociale, costellata di molteplici ed articolate pretese individuali che si contrappongono in uno stato di costante ed ineliminabile opposizione.

Ogni tentativo effettuato da qualunque potere di cancellare il disaccordo di opinioni contrapposte e di eliminare le differenze soggettive, che si mostrano nell'articolarsi dell'esperienza sociale nel loro naturale e imprescindibile distinguersi di pretese opposte, costituisce sempre un atto d'implicita o esplicita violenza.

Invero, la controversia tra opposte posizioni non è una circostanza contingente ed evitabile della vita umana, ma ne è un inconfutabile aspetto e, pertanto, è innegabile. Percependo l'esperienza come articolata diversità di posizioni intersoggettive, ciascun soggetto non può prescindere da questa situazione esistenziale perché non può sopprimere né ignorare l'opposizione di una diversa pretesa soggettiva senza cadere in insuperabili contraddizioni logiche e pratiche.

Sul piano logico, sopprimere l'opposizione significa ritenere assolutamente valida ed esclusiva la propria posizione, mentre ignorare l'opposizione significa considerare del tutto indifferente non soltanto la propria, ma qualsiasi altra pretesa. Queste tesi rappresentano due posizioni estreme e confutabili che presumono, da un lato, la capacità umana di conoscere esaustivamente la verità (il dogmatismo); dall'altro, l'irrelevanza di ogni discorso sulla verità (lo scetticismo)⁽¹³⁾.

Quanto al primo assunto, il dogmatico ammette che la ragione sia in grado di conoscere la verità con un giudizio indimostrabile e contraddittorio: indimostrabile, perché dovrebbe essere fondato su un'ulteriore criterio di verità il quale, a sua volta, avrebbe necessità di un'ulteriore fondamento e così via, all'infinito; contraddittorio, perché presuppone che l'intero dell'essere, identificabile con la verità, sia razionalmente conoscibile e dominabile come un oggetto, ma dimentica che nell'intero si trova quantomeno anche il soggetto che sta svolgendo questa attività conoscitiva.

Quanto al secondo enunciato, negando assolutamente l'esistenza di qualunque verità, lo scettico attribuisce a questa negazione un giudizio di valore (e, dunque, di verità) con l'assunzione implicita di una posizione intrinsecamente dogmatica e, perciò, indimostrabile e contraddittoria: dire che la verità non esiste significa assumere tale asserzione come vera o, quantomeno, come premessa indiscussa di ogni ragionamento.

⁽¹¹⁾ Cfr. G. CAPOGRASSI, *L'ambiguità del diritto contemporaneo*, in *Opere*, V, Giuffrè, Milano, 1959.

⁽¹²⁾ Cfr. M.T. CICERONE, *De legibus*, 1,42.

⁽¹³⁾ Sulle contraddittorietà del dogmatismo e dello scetticismo nonché sulla necessaria ricerca della verità come fondamento dell'esperienza etica e giuridica, cfr. F. CAVALLA, *Sul fondamento delle norme etiche*, in AA.VV., *Problemi di etica: fondazione, norme, orientamenti*, Gregoriana, Padova, 1990, p. 148 e sg.; ID., *Scientia, sapientia ed esperienza sociale. I. La ricerca della verità come fondamento del pensiero giuridico-politico di S. Agostino*, Cedam, Padova, 1974, p. 19 e sg.; ID., *La prospettiva processuale del diritto. Saggio sul pensiero di Enrico Opocher*, Cedam, Padova, 1991, p. 16 e sg.

Sul piano pratico, poi, colui che non intende riconoscere il valore di una diversa posizione soggettiva o vi resta indifferente mostra inevitabilmente un atteggiamento esplicitamente o implicitamente violento, che non sopporta chi contrasta la propria volontà individuale perché la ostacola oppure perché appare per essa comunque irrilevante. Ne consegue che la controversia si perde nell'arbitrio perché l'opponente deve o può essere eliminato con la forza, sospinta attivamente dal dogmatico (che vuole togliere la differenza) oppure tollerata passivamente dallo scettico (che resta noncurante alla differenza).

Pertanto, poiché è contraddittorio sia sopprimere che ignorare le opposizioni, ogni soggetto autenticamente consapevole della propria e dell'altrui finitezza deve così riconoscere l'inconfutabilità del differenziarsi della propria dall'altrui pretesa: di conseguenza, la disputa mostra il suo irrefutabile valore quando permane nell'incessante e pacifica discussione che, instaurandosi tra posizioni diverse, diviene il necessario strumento del cammino verso la verità, che nella sua essenza costituisce lo svelamento di ciò che è innegabile e che è insita in questo stesso procedere.

Si può così riscoprire il senso dimenticato della giustizia processuale, che vaglia la contesa non per sopprimerla né per restarvi indifferente, ma per impedire che traligni nella violenza promuovendo un inesausto e intelligente ricercare da parte dei partecipanti alla disputa (fra i quali anche il terzo giudicante) ciò che diversifica e ciò che accomuna il perenne ed ineluttabile differenziarsi delle contrastanti espressioni soggettive. Questa tensione collegante, che si mostra precipuamente nell'attività giudiziale, costituisce l'essenza della controversia: il processo è la via necessaria che le parti devono seguire per far valere o contestare le reciproche pretese di fronte al terzo, che deve emanare il proprio giudizio dopo aver ascoltato nel contraddittorio le tesi opposte.

Come si riscontra anche e soprattutto nella quotidiana esperienza della giustizia amministrata nelle aule dei Tribunali, a riprova che la più radicale speculazione filosofica è intrinseca all'immediatezza della vita sociale, l'intangibile armonia di contrastanti differenze destinate a ordinarsi in un'inesauribile e sempre problematica azione processuale, nella quale hanno l'opportunità di manifestarsi e combinarsi insieme infinite pretese e contestazioni, è comprensibile soltanto avvertendo i conflitti accettabili e ineliminabili come condizione normale dell'umanità, con conseguente ripensamento del valore e della funzione della legislazione e della giurisdizione nella società contemporanea⁽¹⁴⁾.

3. Il diritto come processo.

Fondata sulla inevitabile presenza del disputare nella realtà e sul superamento critico di una concezione normocentrica, la quale conduce a considerare la scienza giuridica come tecnica di produzione di regole⁽¹⁵⁾, si presenta come meglio difendibile nella riflessione teoretica e nell'esperienza pratica una prospettiva processuale, secondo cui momento specifico ed irrinunciabile del diritto è la controversia giudiziale, che si manifesta come fenomeno ontologicamente (anche se non cronologicamente) originario ri-

⁽¹⁴⁾ È noto che la giustizia intesa come procedura dialogica è riaffiorata in forma «debole» nel relativismo politico contemporaneo: cfr. J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, 1971. Sulle nuove esigenze di giustizia procedurale nella cultura postmoderna, cfr. F. D'AGOSTINO, *Etica pubblica e giustizia procedurale*, in *Iustitia*, 1995, 3, p. 204 e sg.

⁽¹⁵⁾ Sull'inevitabile adeguazione della norma di legge alla potenza suprema della tecnica nella tradizione occidentale, cfr. E. SEVERINO, *Téchne-Nomos: l'inevitabile subordinazione del diritto alla tecnica*, in *A.A.VV., Nuove frontiere del diritto. Dialoghi su giustizia e verità*, Dedalo, Bari, 2001, p. 15 e sg.

spetto alla regola legale la quale, appunto, soltanto nel processo trova la propria applicazione e interpretazione⁽¹⁶⁾.

In questa concezione, la controversia tra una pretesa e un'opposta contestazione concretizza la realtà dell'ordinamento quando si organizza giuridicamente nel processo che, per sua intrinseca struttura, impone alle parti contendenti la discussione mediata e razionalmente controllata delle reciproche posizioni contrarie, offrendo a ciascuna di esse la facoltà non soltanto di affermare la propria tesi, ma anche e soprattutto di contraddire l'avversario in una lite destinata per espressa richiesta dei disputanti ad una composizione giudiziale⁽¹⁷⁾.

La prospettiva processuale giunge così a connettere il diritto al tessuto autentico dell'esistenza sociale nel suo continuo divenire di posizioni soggettive contrastanti e, dunque, suscettibili di affrontarsi in una controversia organizzata e regolata avanti ad un terzo giudicante⁽¹⁸⁾. L'ordinamento giuridico acquista così il proprio significato e la propria validità soltanto in quanto si possa comprendere ed attuare l'esperienza del giudizio processuale⁽¹⁹⁾.

In questa visione speculativa si perviene ad interpretare nell'ottica del processo gli elementi costitutivi di qualsiasi esperienza giuridica: la norma, l'azione, il giudizio.

1) La *norma*, data la sua applicabilità tendenzialmente universale a casi differenti, assume un significato giuridico non tanto quando regola una condotta applicabile a una classe indeterminata di soggetti, bensì quando consente che la controversia si organizzi e si determini nel processo e quando viene in quel momento interpretata dalle parti e dal giudice nella discussione giudiziale: pertanto, il processo viene diacronicamente dopo, ma sincronicamente prima della norma indicata dai partecipanti al processo come pertinente al fatto controverso.

Le leggi non sono premesse indiscutibili da adattare al caso concreto, sempre parzialmente o completamente impreveduto, che ha originato la controversia, poiché l'uso di una logica formale dell'applicazione deduttiva - invalso nell'orientamento analitico della giurisprudenza - tende a produrre un risultato giudiziale non tanto inesatto, ma piuttosto parziale e, dunque, ingiusto: se fondata solo sulla conformità della norma al fatto, la decisione finale del giudice è astratta, perché è simile ad una dimostrazione ma-

⁽¹⁶⁾ Sulla necessaria realtà del processo nell'esperienza giuridica, cfr. G. CAPOGRASSI, *Giudizio, processo, scienza, verità* (1950), in *Opere*, V, Giuffrè, Milano, 1959, p. 57.

⁽¹⁷⁾ «Il rapporto tra diritto e processo trova le ragioni fondamentali della sua indissolubilità nel fatto che il processo muove sempre da una controversia ed approda inevitabilmente ad un giudizio. Affermare la processualità del diritto [...] significa [...] riconoscere che il diritto è in funzione alla possibilità di controversie che debbono essere definite da un giudizio». Cfr. E. OPOCHER, *Lezioni di filosofia del diritto*, Cedam, Padova, 1983, p. 293.

⁽¹⁸⁾ «La «soluzione» della controversia (...) segna il passaggio da uno stato iniziale, dove non sono dette, ad uno stato successivo, dove vengono invece esplicitate, le condizioni per le quali tesi opposte possono coesistere senza che l'una debba necessariamente annientare l'altra. Si comprende, allora, innanzitutto, che la soluzione della controversia può venire esplicitata soltanto da uno che non sia parte della medesima e così non allarghi ulteriormente il conflitto con il suo dire». Cfr. F. CAVALLA, *La prospettiva processuale del diritto. Saggio sul pensiero di Enrico Opocher*, Cedam, Padova, 1991, p. 43-44.

⁽¹⁹⁾ «Il diritto fa la sua apparizione soltanto nel momento del giudizio, quando cioè sorge l'esigenza di valutare l'azione che si è compiuta, e di affermare in ordine ad essa l'ordinamento, nel momento cioè della giurisdizione, o, per esprimersi con il legislatore o col linguaggio comune, della giustizia. L'ordinamento, in altri termini, si identifica col giudizio». Cfr. S. SATTA, *Giurisdizione (nozioni generali)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XIX, Giuffrè, Milano, 1970, p. 223.

tematica, ed è arbitraria, perché trascura il vaglio delle opposizioni che si presentano nella controversia e, quindi, la comunicazione dialogica che il processo assicura⁽²⁰⁾.

Nella logica della pratica forense, dove affiorano costantemente una pluralità di possibili interpretazioni della questione controversa, la norma positiva è soltanto uno (non l'unico) degli argomenti che sostengono una pretesa o una contestazione, una domanda o un'eccezione e che, alla fine, giustificano il provvedimento giurisdizionale destinato a trovare la soluzione del problema disputato nella lite quando consentono l'esame e la mediazione delle opposizioni fatte valere dalle parti antagoniste⁽²¹⁾.

2) L'*azione* umana è giuridicamente rilevante e, quindi, può dirsi tipica non tanto quando è rappresentata astrattamente da una fattispecie normativa applicabile a una classe indeterminata di condotte, ma quando si mostra nell'opposizione di contrapposte volontà soggettive che, instaurando la controversia, costituiscono una fattispecie concreta, rappresentata (cioè: raccontata) nella fase istruttoria del processo dalle prove testimoniali e documentali.

Il fatto non è un elemento virtuale descritto dal legislatore che intende prevedere e prevenire il contrasto che potrebbe svilupparsi nella lite, ma è un aspetto della quotidiana e complessa realtà del mondo umano che ritrova nel processo la memoria della sua natura conflittuale di evento generatore di opposte contestazioni destinate a ritrovare una via di soluzione nel processo.

Ragionando sul fatto controverso, le parti ed il giudice dovranno così tener conto che il singolo ed impreveduto caso non può essere inquadrato nello schema della norma come l'applicazione della tessera in un mosaico di proporzioni prestabilite, ma si ritrova nella ricerca e nella raccolta delle prove che connota la tensione collegante del dibattito processuale che si sprigiona tra pretesa e contestazione, tra domanda ed eccezione, tra accusa e difesa.

3) Infine, il *giudizio* non è soltanto la decisione conclusiva del giudice, produttiva di norme particolari e valide per il singolo caso concreto, ma è l'insieme degli atti compiuti dalle parti e dal giudice che, trovando uno scopo comune, sono coordinati e diretti all'emanazione del provvedimento finale, che è sentenza quando stabilisce la misura delle opposte pretese fatte valere dalle parti, riconoscendo a ciascuno dei disputanti ciò che gli spetta.

Il giudizio è così un atto complesso, poiché implica la necessaria partecipazione dell'azione delle parti in opposizione e del giudice terzo, e può dirsi sinonimo non tanto di «sentenza», che si riduce al momento conclusivo e che rispecchia l'aspetto statico dell'esperienza giuridica, ma di «processo», che contiene in sé dinamicamente tutte le fasi della discussione sulla controversia.

In questa prospettiva, lo scopo del processo non si ritrova in un evento esterno ad esso, come l'applicazione della norma o l'accertamento del fatto, ma si mostra nel suo stesso proporsi come unione di atti aventi rilevanza costantemente relazionale che, nelle opposte pretese fatte valere dalle parti, appare la via necessaria perché la controversia trovi un equilibrio e, dunque, un intervento di composizione.

⁽²⁰⁾ Sulla difficoltà del pensiero scientifico di afferrare la realtà del processo, cfr. G. CAPOGRASSI, *Intorno al processo (ricordando Giuseppe Chiovenda)* (1938), in *Opere*, IV, Giuffrè, Milano, 1959, p. 156 e sg.

⁽²¹⁾ Sul recupero dell'attività processuale del giurista come *ars combinatoria*, nella quale il dato legale è soltanto uno degli argomenti da valorizzare nella discussione giudiziale, cfr. U. VINCENTI, *Lezioni di Metodologia della scienza giuridica*, Cedam, Padova, 1997, p. 110 e sg. (in specie, p. 121).

La prospettiva del processo deve essere tenuta presente non soltanto quando s'instaura effettivamente il giudizio, ma anche nella fase stragiudiziale in cui l'analisi del caso porta alla sua risoluzione pratica, spesso attraverso la redazione di un atto scritto, la cui giuridica rilevanza è data solo in previsione di un eventuale dibattito forense tra le parti interessate.

Tuttavia, la natura tragica dell'autentica azione umana, continuamente obbligata a scegliere tra più alternative, si riscopre specificamente nel processo: è questo il fenomeno originario dell'ordinamento giuridico che, per impedire che la violenza permanga nel conflitto intersoggettivo (la cui comparsa non è affatto accidentale o contingente), impone di affrontare la disputa in un contrastato ma comune percorso compiuto da coloro che vi possono e vi debbono partecipare.

4. Il giudizio come problema.

La formazione del giudizio non è una meta né tantomeno un arresto definitivo, ma custodisce un mistero che trascende le opposte pretese delle parti e la stessa volontà del giudice, chiamato ad amministrare l'incontro delle contestazioni reciproche in un sentiero comune⁽²²⁾. Perciò, quando si cristallizza nel provvedimento conclusivo di una sua fase, il giudizio non ha portata decisoria assoluta perché non può averla, in quanto semplice tappa di un perenne itinerario di ricerca di ciò che è innegabile nelle diverse opposizioni soggettive.

Infatti, la sentenza che risolve la questione giudiziaria non è mai conclusiva, ma costituisce una risoluzione provvisoria sul piano logico, come dimostra la possibilità dell'impugnazione, e problematica sul piano pratico, come documenta la forza esecutiva del provvedimento.

Dal punto di vista logico, è indubbio che il giudizio si pone come un problema sempre aperto e suscettibile di ulteriore rinnovo della discussione. La sentenza risolve la disputa tra le opposte posizioni con l'indicazione di una misura, che si mostra il riconoscimento di ciò che è necessario attribuire alle rispettive ragioni delle parti rispettando l'obbligo assunto nei confronti delle medesime, che è quello di pronunciare un verdetto in un equo processo⁽²³⁾.

Dunque, la sentenza del giudice può dirsi autenticamente giudizio non quando essa applica la lettera della legge oppure quando acquista la cosiddetta «autorità» del giudicato in quanto irrevocabile, ma quando coglie la propria problematica finitezza nella medietà, cioè nell'equilibrato riscontro di ciò che accomuna le divergenti tesi fatte valere dalle parti e che, dunque, è innegabile nel contesto della controversia. L'atto del giudicare si presenta essenzialmente come atto limitato e riformabile di mediazione che, per sua stessa natura, si qualifica nella ripartizione di ciò che distingue le opposte pretese controverse e nel riconoscimento del processo di tensione unificante che le accomuna⁽²⁴⁾.

Peraltro, anche quando è paralizzata dalla forza del giudicato (la cui immodificabilità distingue in tal modo la decisione giudiziaria dalla legge o dall'atto amministrativo), la decisione del giudice è sempre rivedibile, nei modi e nei termini previsti dalla stessa legge processuale. Infatti, la possibilità di rimettere in questione la sentenza pas-

⁽²²⁾ Cfr. S. SATTÀ, *Il mistero del processo*, Adelphi, Milano, 1994.

⁽²³⁾ Cfr. F. GENTILE, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, Cedam, Padova, 2000, p. 50.

⁽²⁴⁾ Cfr. P. RICOEUR, *L'atto del giudicare*, in *Il Giusto*, SEI, Torino, 1998, p. 164.

sata in giudicato e, dunque, irrevocabile è garantita anche nel nostro ordinamento processuale dal sistema delle impugnazioni straordinarie: sono applicabili senza limiti di tempo, anche se soltanto in taluni casi particolari, la revocazione ex art. 396 c.p.c. e l'opposizione di terzo ex art. 404 c.p.c. nel processo civile, nonché la revisione della condanna ex art. 629 c.p.p. nel processo penale.

Attribuire la caratteristica della *medietas* all'attività giurisdizionale significa non solo rimarcare la limitatezza del giudicato, che risolve solo problematicamente la controversia e non è mai veramente definitivo, restando sempre aperta la possibilità di discuterlo, ma anche rilevare che la misura del provvedimento giurisdizionale richiede l'opportunità che la sentenza ricerchi gli aspetti comuni e, dunque, incontestabili nelle opposte e reciproche domande ed eccezioni sollevate dalle parti in causa, accettando che il processo abbia un'inevitabile struttura dialogica, insopprimibile e indisponibile anche per il giudice.

Dal punto di vista pratico, l'efficacia esecutiva della sentenza, che implica l'attuazione della pretesa o della contestazione fatta valere dalle parti, è l'elemento che caratterizza nella sua essenza l'intero svolgimento del processo che, inconfutabilmente, sarebbe svuotato di senso se tale efficacia non venisse assegnata al provvedimento giurisdizionale.

Invero, è inoppugnabile che il momento determinante dell'esperienza giuridica sia raggiunto quando il responso del giudicante acquista (nei tempi e nei modi stabiliti) un effetto pratico di attuabilità, giacché la concreta riparazione dell'offesa e l'effettivo riequilibrio della situazione controversa sono gli autentici scopi che le parti perseguono con l'azione giudiziale la quale, come testimonia la prassi forense, non è diretta né ad un'astratta applicazione della legge positiva né ad un'abulica discussione sul principio teorico della giustizia, ma all'esecuzione della sentenza (sia essa di accoglimento o di rigetto, di condanna o di assoluzione, di accertamento o di annullamento).

Epperò, l'effetto esecutivo della sentenza non è la soluzione definitiva del caso, ma l'apertura di nuovi problemi che possono rimetterlo in discussione, giacché è appunto da tale effetto pratico che discendono le conseguenze giuridiche davvero rilevanti per ogni soggetto coinvolto (l'inizio o la cessazione della detenzione nel diritto penale; l'espropriazione o l'estinzione del pignoramento nel diritto civile).

L'esecuzione della decisione non è una mera fase amministrativa che consegue all'esito del giudizio di cognizione e non resta esclusa dalla struttura del processo, come se il giudice dovesse abbandonare la competenza a dirigere l'utilizzo del titolo avendo già prestato assenso all'uso incontrollato della forza che si sprigiona dalla pronuncia finale. Invero, l'attuabilità concreta non è semplicemente l'effetto coercitivo del provvedimento giurisdizionale, ma rappresenta la fase critica del processo ed è la caratteristica che manifesta più propriamente e più problematicamente l'attività giurisdizionale.

Nella realizzabilità concreta delle pretese fatte valere dalle parti si conserva nel suo manifestarsi il dibattito processuale, soprattutto quando l'efficacia esecutiva viene anticipata rispetto alla formazione del giudicato per esigenze prevalentemente cautelari. Pertanto, l'esecuzione della sentenza è la massima espressione dell'ordinamento giuridico⁽²⁵⁾ ed è processo, presentandosi come un insieme complesso di atti che, pur diversa-

⁽²⁵⁾ Cfr. S. SATTA, *Giurisdizione (nozioni generali)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XIX, Giuffrè, Milano, 1970, p. 227.

mente dalla precedente fase di cognizione, include necessariamente la salvaguardia della contestazione, del contraddittorio, della prova e della giurisdizione.

Si noti che, nell'ordinamento italiano vigente, mentre l'esecuzione forzata civile è espressamente prevista come *processo* (come indica il titolo del libro terzo del codice di procedura civile), in cui sono imposti come regola il contraddittorio (per esempio, cfr. art. 485 c.p.c.) e la facoltà di opposizione in un dibattito giurisdizionale (cfr. art. 615 c.p.c. e sg.), l'esecuzione penale è disciplinata come *procedimento* (art. 666 c.p.p.), in cui sono depotenziate le garanzie giurisdizionali del dibattimento, e assume un carattere formalmente amministrativo, costituendo il territorio ove domina incontrastato il pubblico ministero, al quale la sentenza penale - che si limita ad accertare il reato - conferisce una sostanziale autorizzazione ad attuare l'irrogazione della pena, con specifico riferimento a quella detentiva (cfr. art. 656 c.p.p.).

5. Il giusto processo.

Dunque, ripensare il diritto nel suo fondamento originario significa ripensare il processo.

Nella sua essenza, il processo è attività, come allude l'etimologia del termine, che deriva dal latino *processus*, participio passato di *procedere* (un composto di *pro* e *cedere*) che significa propriamente «andare avanti», «muoversi», «progredire» e che presuppone un dinamismo coordinato che non è diretto ad un risultato esterno all'azione, ma ad un fine continuamente raggiunto nel suo stesso proporsi.

Si tratta un modello di azione che riproduce nel divenire dell'esperienza umana un fenomeno simile al metabolismo dell'organismo vitale, che non è organizzazione meccanica di un ordine astratto da districare e descrivere con la misura e la quantità, ma è continuo mutamento della soggettività esistenziale, che è soprattutto finalità interiore, ossia risolutezza ed impulso alla vita continuamente presente nella sua stessa imminenza attiva⁽²⁶⁾

Per Aristotele, la vita non è un movimento produttivo che si dirige verso uno scopo esterno al proprio costituirsi e che ha un termine di arresto (*poiesis*), essendo destinata a perire, ma è un processo che ha il suo fine nel suo stesso proporsi e che, dunque, si realizza in ogni istante del movimento attivo (*praxis*), custodendosi nella durata⁽²⁷⁾.

In senso giuridico, il processo è un insieme di atti ai quali sono chiamati a partecipare necessariamente di fronte ad un terzo giudicante coloro che sostengono posizioni opposte tra loro, perché fondate su fatti controversi, al fine di pervenire alla soluzione della lite con l'esecuzione di un provvedimento conclusivo che tenga conto delle pretese e delle contestazioni sollevate da tutti i disputanti⁽²⁸⁾.

Questa definizione, che consente di individuare nel processo il metodo di organizzazione giuridica della controversia, contiene in sé quattro principi innegabili che co-

⁽²⁶⁾ Cfr. H. JONAS, *Dio è un matematico? Sul senso del metabolismo*, Il Melangolo, Genova, 1995, p. 58.

⁽²⁷⁾ «Il movimento in cui è presente il fine è anche *praxis*»: cfr. ARISTOTELE, *Metafisica*, IX, 6, 1048 b 22-23, II. Testo greco con traduzione a fronte, a cura di G. Reale, Vita e Pensiero, Milano, 1993, p. 410-411. Sulla vita come *praxis* nel pensiero aristotelico, cfr. F. CHIEREGHIN, *Vita e buona vita. Note al concetto classico di vita*, in AA.VV., *La vita: realtà e valore*, Gregoriana, Padova, 1990, p. 47 e sg.

⁽²⁸⁾ Sulla definizione di «processo» e sulla circostanza che la struttura dialettica del medesimo sia informata al principio del contraddittorio, cfr. E. FAZZALARI, *Procedimento (teoria generale)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXV, Giuffrè, Milano, 1986, p. 827.

stituiscono le ineliminabili attività del processo e che concorrono a definirne i fondamenti concettuali: tali principi sono la contestazione; il contraddittorio; la prova; la giurisdizione.

Contestazione, contraddittorio, prova e giurisdizione rappresentano il paradigma giuridico del cosiddetto «giusto processo» o anche «equo processo» (nell'espressione anglosassone: *due process of law*), la cui validità appare oggi ampiamente riconosciuta nel diritto vigente e che costituisce la base del garantismo⁽²⁹⁾.

Invero, l'espressione «giusto processo» è tautologica, poiché ogni attività giurisdizionale deve essere qualificata dalla giustizia⁽³⁰⁾ e deve sostanziarsi quantomeno nei quattro principi che ne distinguono la struttura giuridica: tuttavia, le qualifiche di «giusto» oppure «equo», assegnate al processo da plurime fonti nell'ordinamento contemporaneo, sono un indice dell'esigenza di ripensare i fondamenti culturali di questo momento originario dell'esperienza giuridica.

Il giusto processo assume la funzione di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, scongiurando la violenza dell'offesa ma anche quella della vendetta: il diritto nasce per impedire che i consociati vengano alle armi (*ne cives ad arma veniant*), che devono cedere all'opera svolta dagli avvocati nei processi (*cedant arma togae*)⁽³¹⁾. Infatti, i primi tutori dei diritti dell'uomo nell'epoca contemporanea sono gli avvocati, che agiscono in giudizio per difendere di fronte ai giudici le libertà di chiunque, sia esso offeso o accusato, attore o convenuto, nel necessario rispetto del giusto processo⁽³²⁾.

Gli elementi costitutivi del giusto processo, che appare l'autentico elemento unificante dell'esperienza giuridica, si esibiscono nell'azione giudiziale come aspetti distinti di una medesima realtà e possono essere compresi soltanto in una visione unitaria, essendo costantemente presenti in ogni fase della discussione processuale e in ciascun ramo del diritto vigente.

a) La contestazione.

La **contestazione** della lite (*litis contestatio*) è l'iniziativa giudiziaria che si attua con la comunicazione, effettuata a colui che viene convenuto (*reus*) avanti al terzo giudicante, dell'esistenza di una controversia e della volontà di risolverla a mezzo di una istanza di parte che, in forme variamente prestabilite dall'ordinamento, dà impulso al processo.

Nel nostro ordinamento, la contestazione coincide parzialmente con il diritto costituzionale di azione tutelato dall'art. 24 della Carta repubblicana ed è altresì un onere indispensabile (*nemo iudex sine actore*) che si realizza con la domanda giudiziale nella causa civile (art. 99 c.p.c.); la formulazione dell'imputazione nel processo penale (art.

⁽²⁹⁾ Secondo la dottrina del diritto penale minimo, il processo è utile alla tutela dei diritti fondamentali quando in esso vengono rispettati quattro assiomi: *nulla poena sine iudicio*, *nullum iudicium sine accusatione*, *nulla accusatio sine probatione* e *nulla probatio sine defensione*: cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 1996, p. 69. Sulla teoria del diritto penale minimo come reazione all'esperienza contemporanea, cfr. F. CAVALLA, *Pena e riparazione. Oltre la concezione liberale dello stato: per una teoria radicale della pena*, in AA.VV., *Pena e riparazione*, Cultura moderna e interpretazione classica, 2, a cura di F. Cavalla e F. Todescan, Cedam, Padova, 2000, p. 76 e sg.

⁽³⁰⁾ Cfr. N. TROCKER, *Il valore costituzionale del "giusto processo"*, in AA.VV., *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, Atti del convegno dell'Elba (9-10 giugno 2000), a cura di M.G. Civinini e C.M. Verardi, Franco Angeli, Milano, 2001, p. 42.

⁽³¹⁾ Cfr. M.T. CICERONE, *De officiis*, I, 77.

⁽³²⁾ Cfr. G. ALPA, A. MARIANI MARINI, a cura di, *I diritti umani e fondamentali nella formazione dell'avvocato europeo*, Plus, Pisa, 2010.

405 c.p.p.); l'impugnativa dell'atto della pubblica amministrazione nel giudizio amministrativo (art. 19 l. TAR e art. 35 t.u. Cons. St.) e in quello tributario.

L'art. 24 della Costituzione stabilisce che:

«Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi. La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento».

In generale, come si è preliminarmente avvertito, l'iniziativa processuale si formalizza in un'attività di contestazione non solo nei confronti di un'avversa pretesa (sia nel processo civile che in quello penale), ma anche attraverso l'impugnazione di un atto della pubblica amministrazione (come avviene nella giurisdizione amministrativa o in quella tributaria) oppure della stessa sentenza non ancora coperta dalla forza del giudicato (nei casi più comuni dell'appello e del ricorso per cassazione).

Dunque, l'inizio di ogni attività non solo giudiziale, ma generalmente giuridica, è fondato sempre su un radicale mettere in questione e costituisce un onere al quale ogni offeso od accusato non può mai sottrarsi, a pena di esercitare l'arbitrio della vendetta o di restare indifferente all'altrui sopruso con condotte che, in entrambi i casi, appaiono comunque forme di esplicita o implicita violenza. Il domandare e il rispondere nel processo sono sempre una contestazione che qualifica la contrapposizione processuale e che, in ogni stato e grado del giudizio, non può interrompersi senza accompagnarsi al rischio della soccombenza.

È questo il compito autenticamente critico del giurista ed appare insopprimibile, poiché di fronte alla violazione di un equilibrio che genera la lite, la dissidenza denuncia l'esigenza di un riassetto della situazione turbata e manifesta l'inevitabile differenza intersoggettiva che caratterizza l'esperienza del mondo umano. Manifestando la strutturale indigenza di ogni dire e di ogni agire, il domandare criticamente il fondamento di ogni affermazione e di ogni negazione si estende anche e primariamente alla contestazione processuale, che esterna la controversia giudiziale e svela la parzialità di qualsiasi pretesa opposta impedendo l'esercizio di una volontà incondizionata e implicitamente violenta nel percorso giudiziale che, necessariamente, le parti e il giudice sono chiamati a compiere.

Infatti, le domande e le eccezioni delle parti definiscono la controversia, limitando la trattazione e l'istruzione ai fatti costitutivi oppure impeditivi o estintivi reciprocamente contestati dalle parti. Pertanto, il giudice non può pronunciare oltre le istanze dei disputanti nel processo (*extra petita vel ultra petita*) senza violare il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato e, dunque, uscendo arbitrariamente dai limiti della controversia discussa tra le parti per accertare *ex officio* una presupposta «verità» e diventando, anche in misura minima, un inquisitore⁽³³⁾.

b) Il contraddittorio.

Il **contraddittorio** (*audiatur et altera pars*) costituisce il principio orientativo essenziale di ogni processo perché, pur atteggiandosi diversamente nei vari tipi di giudizio esistenti, ne costituisce il nucleo incancellabile, che consiste nella possibilità per ogni interessato di partecipare all'attività giudiziale e di influire sull'esito finale della stessa, in condizioni di completa e reale parità delle armi.

⁽³³⁾ Sulla distinzione tra giudici e inquisitori, cfr. F. CAVALLA, *Giudici e Inquisitori*, in AA.VV., *Giudici e Inquisitori*, a cura del CIDAS, Liberilibri, Macerata, 1999, p. 16.

Il principio del contraddittorio è protetto non soltanto dall'art. 24 della Costituzione, ma anche dall'articolo 111 della Carta repubblicana che menziona espressamente il giusto processo affermando nella sua parte iniziale che:

«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».

Nell'ordinamento giuridico, il principio del contraddittorio si manifesta tipicamente nel diritto di difesa e nel dovere di informazione delle parti, che rappresentano una chiara esplicazione della facoltà di contestazione giuridica la quale, per sua stessa natura, richiede un'opposizione reciproca e leale tra i contendenti.

Il diritto di difesa ricomprende non solo la difesa formale o tecnica, che importa il patrocinio di un avvocato, ma anche e soprattutto la difesa sostanziale, che si traduce nella facoltà di agire ed eccepire in giudizio: anzi, la possibilità di difendersi dall'aggressione di beni essenziali della propria persona può ritenersi indisponibile e diviene un dovere, come confermano l'obbligatorietà dell'azione (art. 50 c.p.p.) e l'assistenza di un difensore d'ufficio (art. 97 c.p.p.) nel processo penale.

Il diritto d'informazione consiste nella possibilità per ogni parte di conoscere la natura e i motivi di ogni contestazione (domanda od eccezione) elevata dalla parte avversa, nonché di tutti gli atti e documenti depositati nel fascicolo processuale.

La difesa e l'informazione, che sono anche oneri irrinunciabili per le parti perché indisponibili (con particolare riferimento al processo penale) e costituiscono pertanto dei doveri, si ritrovano nell'obbligo costituzionale di motivazione che deve caratterizzare qualsiasi provvedimento giurisdizionale (art. 111 Cost.). La comunicazione della motivazione consente una compiuta realizzazione del diritto di contraddire soltanto se la parte interessata può controllare il processo logico seguito dal giudice nel pervenire alla soluzione della controversia al fine precipuo di esercitare l'impugnazione che (si ripete) è una manifestazione della perenne azione di contestazione che caratterizza ogni processo.

Come dimostra la prassi forense nella sua immediatezza quotidiana, soltanto quando diventa ricerca dialogica di un'equa soluzione della controversia, alla quale sono necessariamente chiamati a collaborare i disputanti e il terzo giudicante, il processo (e non la staticità della norma di legge) manifesta pienamente la sua essenza di verità in continuo ed inesausto movimento: il controvertere, il discutere e il dialogare sono manifestazioni del cammino verso una obbligata mediazione giudiziale, la cui finalità pacificatrice è insita in questo stesso procedere e rivela il dinamismo che caratterizza il vero in senso originario.

c) La prova.

La **prova** giudiziaria è definibile, nel suo significato d'uso, come la procedura di controllo logico del fondamento della contestazione che si manifesta sia nella pretesa che nella reciproca obiezione fatta valere nella lite. Con tale termine, sul piano strettamente giuridico, si indica anche il mezzo (come la testimonianza o il documento) che permette alla parte di giustificare il contrasto portato alla cognizione del terzo giudicante.

Completamento necessario dei diritti di azione e di difesa, si ritiene comunemente che nell'ordinamento italiano anche la prova dei fatti giuridicamente rilevanti costituisca un diritto costituzionalmente garantito (art. 24 e 111 Cost.) al fine di custodire il

principio del contraddittorio, che verrebbe violato se non fosse consentita alla parte la possibilità di dimostrare la sussistenza dei fatti dedotti in giudizio⁽³⁴⁾.

Alcune disposizioni particolari del codice internazionale del giusto processo confermano quanto appena illustrato.

L'articolo 6 comma 3 della *Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, firmata a Roma il 4 novembre 1950 e, divenuta diritto vigente in Italia con legge 4 agosto 1955, n. 848, stabilisce che:

«In particolare, ogni accusato ha diritto a: (...) esaminare o far esaminare i testimoni a carico ed ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico».

L'articolo 14 comma terzo del *Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici*, adottato e aperto alla firma a New York il 19 dicembre 1966, poi ratificato ed eseguito in Italia con la legge 25 ottobre 1977, n. 881 stabilisce anche che:

«Ogni individuo accusato di un reato ha diritto, in posizione di piena eguaglianza, come minimo alle seguenti garanzie: (...) a non essere costretto a deporre contro se stesso od a confessarsi colpevole».

Come si è già notato per la contestazione e il contraddittorio, si deve precisare che la prova non è soltanto un diritto, ma anche un onere (*onus probandi ei qui dicit*), sicché rappresenta un'ulteriore aspetto della via processuale che necessariamente deve essere seguita per poter validamente discutere della controversia: chi eleva un'azione o un'eccezione in un giudizio civile deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento (art. 2697 c.c.); nel processo penale, le prove sono ammesse a richiesta di parte (art. 190 c.p.p.), tenuto conto che l'imputato si presume non colpevole fino alla condanna definitiva (art. 27 Cost.).

La formazione e la valutazione della prova devono essere ripensate alla luce della contestazione e del contraddittorio, giacché il dialogo processuale impone la discussione critica delle ipotesi prospettate dalle parti, delle norme interpretate, delle verbalizzazioni raccolte e dei documenti prodotti in un'incessante e continuo tentativo che tutti i soggetti partecipanti alla lite compiono non soltanto per giustificare la propria asserzione ma anche per contraddire quella avversaria.

Pertanto, nel discorso giudiziario la prova non costituisce né un'operazione matematica né una descrizione, ma mira a rendere preferibile una tesi rispetto a quella opposta ossia a togliere le opposizioni insignificanti perché contraddittorie, cioè incapaci di resistere alle confutazioni prospettate dalle parti nelle rispettive difese.

d) *La giurisdizione.*

La **giurisdizione** è la forma essenziale del processo e si identifica con l'attività impersonale svolta da un terzo per risolvere una controversia attraverso un giudizio limitato al riconoscimento di un equilibrio tra le opposte pretese fatte valere dalle parti.

⁽³⁴⁾ Sul punto la giurisprudenza costituzionale è costante. Può segnalarsi la pronuncia che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 519 comma 2 c.p.p. nella parte in cui, in caso di nuova contestazione effettuata a norma dell'art. 517 del medesimo codice, non consente al p.m. e alle parti private diverse dall'imputato di chiedere l'ammissione di nuove prove: cfr. Corte costituzionale, 20 febbraio 1995, n. 50 in *Cass. pen.* 1995, 1472; *Giur. cost.* 1995, 451; *Cons. stato* 1995, II, 237; *Dir. penale e processo* 1995, 724; *Giur. it.* 1995, I, 386; *Giust. pen.* 1995, I, 133.

La possibilità di ricorrere ad un giudice terzo per difendere la propria posizione in una controversia giuridica è un diritto umano fondamentale. L'articolo 10 della *Dichiarazione Universale dei Diritti Umani* (approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948) dice che:

«Ogni individuo ha diritto, in posizione di piena uguaglianza, ad una equa e pubblica udienza davanti ad un tribunale indipendente e imparziale, al fine della determinazione dei suoi diritti e dei suoi doveri nonché della fondatezza di ogni accusa penale che gli venga rivolta».

Nel medesimo senso dispone l'articolo 6 della *Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, la cui prima parte afferma che:

«Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale deciderà sia delle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile, sia della fondatezza di ogni accusa penale che le venga rivolta».

Il diritto alla giurisdizione è protetto anche dall'art. 24 Cost., il quale garantisce il diritto all'azione e, dunque, la possibilità di adire un giudice per ottenere la tutela della propria pretesa sostanziale, senza che questa facoltà possa essere irragionevolmente limitata dal legislatore nello spazio e nel tempo⁽³⁵⁾.

Tale possibilità non si sostanzia solo nel diritto di accesso alle Corti attraverso la contestazione iniziale della lite, ma comprende attività processuali, anche successive alla proposizione della domanda, indispensabili a rendere effettiva e concreta la tutela giurisdizionale, giacché «nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge» (art. 25 Cost.): d'altronde, ogni soggetto che intenda instaurare una controversia ha diritto che sia un giudice a determinare anche in via preliminare l'esistenza stessa delle condizioni dell'azione⁽³⁶⁾.

Anche la giurisdizione presenta in comune con gli altri elementi costitutivi della struttura del processo (la contestazione, il contraddittorio, la prova) il suo carattere di condizione necessaria per discutere e risolvere una disputa giuridicamente rilevante: dunque, il diritto alla tutela giurisdizionale è anche un onere, se non un dovere (*nemo iudex sine actore*).

L'esigenza di rivolgersi ad un giudice per reclamare concretamente la reintegrazione del proprio bene o, più in generale, della propria situazione di vantaggio è data dalla natura della controversia: la lite conferisce a tutte le posizioni soggettive che con-

⁽³⁵⁾ La giurisprudenza costituzionale ha osservato che le modalità di esercizio del fondamentale diritto alla tutela giurisdizionale non possono essere diverse in una regione rispetto al restante territorio nazionale, soprattutto quando la diversità verrebbe a tradursi in un sostanziale indebolimento della tutela stessa (cfr. Corte Costituzionale, 23 dicembre 1994, n. 438 in *Giur. cost.* 1994, fasc. 6) e che l'art. 24 comma 1 Cost. non impone una correlazione assoluta tra il sorgere del diritto e la sua azionabilità, quando ricorrano esigenze di ordine generale e superiori finalità di giustizia, ma il legislatore, tuttavia, anche se sussistono queste circostanze, è sempre tenuto ad osservare il limite imposto dall'esigenza di non rendere la tutela giurisdizionale eccessivamente difficoltosa ovvero di non differirla irrazionalmente o *sine die* (cfr. Corte Costituzionale, 22 ottobre 1990, n. 470 in *Riv. giur. polizia locale* 1993, 287).

⁽³⁶⁾ La Corte Costituzionale ha detto che «il diritto del singolo alla tutela giurisdizionale, sancito dall'art. 24 cost., esige che l'esistenza delle condizioni dell'azione non possa essere accertata se non dal giudice naturale con le garanzie del procedimento giurisdizionale» (cfr. Corte Costituzionale, 15 luglio 1992, n. 329, in *Riv. dir. internaz.* 1992, 395).

trastano tra loro una dignità di valore e richiede il controllo di tutte le ragioni di fatto e di diritto avanzate nella discussione giudiziale che soltanto l'esercizio della funzione giurisdizionale da parte di un terzo può garantire.

Per converso, il giudice non può sottrarsi all'amministrazione della controversia e alla conseguente necessità di decidere, essendo questa la ragione della sua stessa esistenza e la sua specifica funzione, a lui demandata dall'ordinamento giuridico⁽³⁷⁾. Il giudice non è un giureconsulto al quale vengono chiesti pareri motivati né è un creatore di regole applicabili a casi simili, ma è un terzo autorevole al servizio delle parti in opposizione tra loro, chiamato dalle medesime a risolvere la lite con una decisione equa.

L'indipendenza del giudice e la sua distanza dagli interessi particolari in conflitto, generalmente indicata come imparzialità o, più propriamente, terzietà, è specificamente qualificata dal concetto di impersonalità. Con tale termine si allude alla qualità del magistrato che, pur eccettuandosi dalle diverse situazioni soggettive prospettate dalle parti, si trova coinvolto in un cammino comune ed equidistante dalle medesime: questo percorso, che è anche per il terzo una necessità, è tracciato dalla via impersonale del dibattito giudiziale, al quale sono chiamati ineluttabilmente a partecipare i disputanti ed il giudicante, il quale deve limitarsi ad essere un uditore fino a quando non siano le parti a precisare le proprie conclusioni e a domandare la sentenza.

L'impersonalità nello svolgersi del processo si mostra nel discorso del giudice non tanto quando il giudizio soverchia lo scontro verbale delle parti (*super partes*), ma piuttosto quando esso consegue alla disputa tra i litiganti (*post partes*) e li costringe ad abbandonare l'assolutezza della propria posizione. Nel suo articolato movimento di posizioni contrastanti, il dibattito processuale che si conclude problematicamente con il verdetto giudiziale denuncia il limite di ciò che ha da essere incontroverso e, dunque, comune per le parti, ed interdice ogni volontà dispotica di manomettere il contesto determinato della lite per il giudice, secondo un criterio di giustizia impersonale⁽³⁸⁾.

Il giudice è un assente⁽³⁹⁾, che non deve sapere nulla e che può pronunciarsi soltanto sul contrasto circoscritto dai litiganti e avvenuto di fronte a lui, tenendo conto che le uniche regole che consentono questa attività sono quelle che vietano di oscurare alle parti in qualsiasi momento del dibattito la contestazione, il contraddittorio e la prova, ossia la possibilità di far valere la propria pretesa nell'autentico processo. Se il magistrato ostacola la contestazione reciproca dei contendenti, inibisce il contraddittorio tra i medesimi oppure ricerca *ex officio* le prove perché presume anticipatamente di sapere quale sia la vera soluzione della lite, egli perde il suo carattere impersonale e diventa despota della controversia, arbitro in causa propria e inquisitore, cioè custode di un'ortodossia che, nella condizione giuridica attuale, è quella della sovranità dello Stato moderno.

⁽³⁷⁾ Cfr. F. D'AGOSTINO, *Contingenza delle norme e soluzione delle controversie*, in *Filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 2001, p. 123.

⁽³⁸⁾ Sul criterio di giustizia implicito nel concetto di «impersonale sopra e dopo di noi», cfr. F. CHERIGHIN, *Dall'antropologia all'etica. All'origine della domanda sull'uomo*, Guerini e Associati, Milano, 1997, p. 114.

⁽³⁹⁾ Cfr. G. CAPOGRASSI, *Giudizio, processo, scienza, verità* (1950), in *Opere*, V, Giuffrè, Milano, 1959, p. 57.

Ed è noto che, nell'ordinamento vigente, lo Stato non è essenziale per la struttura del fenomeno giurisdizionale, come dimostra (per portare soltanto un esempio) l'esistenza dell'arbitrato⁽⁴⁰⁾.

6. Conclusioni. Dalla biblioteca al foro.

Dalla prospettiva del diritto come processo consegue l'importanza, decisiva per giudici e avvocati, della fondazione classica della cultura giuridica in Occidente.

Infatti, studiare il processo come metodo critico per la soluzione del caso giuridico permette di riconsiderare la rilevanza nel dibattito giudiziale del metodo filosofico e delle logiche dell'argomentazione, fondate sulla dialettica e sulla retorica dei Greci e dei Romani⁽⁴¹⁾.

Valorizzando l'impegno del giurista in una visione processuale si recupera anche il valore scientifico e la concretezza metodologica della notissima definizione del diritto che apre il Digesto giustiniano e secondo la quale *ius est ars boni et aequi*, dovuta al giurista Giuvenzio Celso figlio e risalente al secondo secolo d.C., citata da Ulpiano anche per rimarcare l'eleganza⁽⁴²⁾.

Infine, l'interpretazione forense dell'esperienza giuridica riporta l'attenzione sull'opera raffinata della scienza giuridica e della giurisprudenza dell'età di mezzo⁽⁴³⁾, che hanno rielaborato con il nome di «brocardi» intense raccolte di enunciati regolativi di casi controversi, derivandoli specialmente dal diritto romano-giustiniano e sintetizzandoli in espressivi adagi latini, utili al giurista pratico quali punti di partenza o di sostegno di un'argomentazione giudiziale⁽⁴⁴⁾.

Negli studi di giurisprudenza e nella formazione giuridica, pertanto, la prospettiva processuale impone di ripensare criticamente la figura del giurista, chiamato a riflettere sulla sua stessa origine e ad apprendere la cultura e la tecnica, unificando l'esegesi concettuale della norma e l'analisi del fatto controverso attraverso lo studio del giudizio come metodo logico di soluzione della controversia⁽⁴⁵⁾.

Ritornare alla responsabilità del giurista come soggetto che ragiona e agisce in funzione del processo può essere un possibile rimedio alla crisi del diritto, ancor oggi

⁽⁴⁰⁾ Cfr. S. SATTA, *Giurisdizione (nozioni generali)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XIX, Giuffrè, Milano, 1970, p. 219.

⁽⁴¹⁾ Questa tesi è sviluppata da chi scrive in *La via della giustizia. Il fondamento dialettico del processo. Con l'«Apologia di Socrate» di Platone*, Libreria Al Segno Editrice, Pordenone, 2004² nonché in *Fondamenti di retorica forense. Teoria e metodo della scrittura difensiva*, Libreria Al Segno Editrice, Pordenone, 2004. La rivalutazione della retorica classica nell'esperienza forense contemporanea è stata introdotta in Italia dalla Scuola Patavina di Francesco Cavalla ed è attualmente condotta dal Centro di Ricerche sulla Metodologia Giuridica (CERMEG): cfr. M. MANZIN, *Rhetorical vs. syllogistic models of legal reasoning: the Italian experience*, Amsterdam, 7th Conference on Argumentation of the International Society for the Study of Argumentation, Amsterdam, June 29-July 2, 2010.

⁽⁴²⁾ Cfr. D. 1,1,1.

⁽⁴³⁾ Cfr. A. GIULIANI, *Osservazioni sulla procedura nel metodo dialettico: dalla tradizione aristotelica a quella medioevale*, in AA.VV., *L'educazione giuridica, VI. Modelli storici della procedura continentale, II. Profili filosofici, logici, istituzionali*, ESI, Napoli, 1994.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. D. VELO DALBRENTA, *Brocardica Un'introduzione allo studio e all'uso dei brocardi. Principi di filosofia forense*, FrancoAngeli, Milano, 2007.

⁽⁴⁵⁾ Sul problema della didattica forense ci si è soffermati in *Educazione retorica e formazione forense*, in AA.VV., *Educazione forense. Sul metodo della didattica giuridica*, Edizioni Università di Trieste, Trieste, 2011, pp. 13-22 e in *Didattica forense. La formazione retorica dell'avvocato*, Libreria Al Segno Editrice, Pordenone, 2009, pp. 120.

studiato come puro sistema oggettivo esteriore di regole e abbandonato al tecnicismo cibernetico del potere legislativo e giudiziale.

Concludendo il presente lavoro con una metafora spaziale che cerca di dar conto dell'esigenza di riportare l'attenzione sul giurista piuttosto che sul diritto, attraverso una mediazione tra concettualismo accademico e pragmatismo tecnico, non pare inopportuno affermare che il luogo ove abita il sapere giuridico non è soltanto la biblioteca, ma soprattutto il foro.

Invero, chi concepisce il diritto come norma lavora in una smisurata e infinita biblioteca, controllata dal pubblico potere, i cui volumi contengono innumerevoli leggi, regolamenti, codici, discipline e i cui scaffali vengono continuamente svuotati e riempiti da scrittori (il Legislatore, il Giudice, l'Amministratore) per soddisfare gli apparenti bisogni particolari dei lettori (i cittadini) attraverso la produzione e l'imposizione di regole utili per tali scopi.

In questa visione normocentrica, il giurista è un bibliotecario che conosce i libri e l'ordine della loro collocazione, ma che resta chiuso nell'edificio, ignaro di quel che accade nel foro e, dunque, inconsapevole dello svolgersi dell'esperienza sociale.

Tuttavia, chi pensa il diritto come processo opera da sempre nel foro, che è una piazza vocante e rumorosa posta al centro della città (quella che i Greci chiamavano *agorà* e i Romani nominavano *forum*), libera da ogni potere ed oggi rinvenibile nel vasto spazio della rete telematica⁽⁴⁶⁾, brulicante di persone che discutono tra loro senza alcuna violenza di questioni sempre nuove e controverse, cercando di ottenere soluzioni ragionevoli da colui che si dimostra autorevole.

In questa prospettiva processuale, dunque, il giurista è un esperto di discussioni, che frequenta la biblioteca ma che vive ogni giorno nel foro, immerso nel molteplice e imprevedibile articolarsi dei casi controversi che si presentano nell'esperienza sociale e che domandano di essere risolti con equo giudizio, mostrando il tratto essenziale del diritto come apertura al dialogo e struttura di pace.

⁽⁴⁶⁾ Chi scrive ha riflettuto sulla questione in *L'informatica forense. Verità e metodo*, Edizioni San Paolo, Cinisello Balsamo, 2006 nonché in *Informatica e retorica forense*, con F. Puppo, in *Tigor - Rivista di scienza della comunicazione* [<http://www.rivistatigor.scfor.units.it/>], 2, 2010, pp. 67-71.