Diritto moderno
e interpretazione classica
13

Il Diritto come Processo

Princìpi, regole e brocardi per la formazione critica del giurista

a cura di
Paolo Moro

contributi di
Marco Cossutta, Paolo Doria,
Massimo Miglietta, Letizia Mingardo, Paolo Moro,
Federico Reggio, Daniele Velo Dalbrenta

Filosofia del Diritto

FrancoAngeli

Diritto moderno e interpretazione classica
Collana diretta da Francesco Cavalla

Il progetto editoriale, significativamente denominato “Diritto moderno e interpretazione classica”, muove dalla convinzione fondamentale secondo la quale ancor oggi – quando l’esperienza giuridica presenta una moltiplicazione, spesso confusa, di norme, dottrine, posizioni – non sia possibile svolgere una critica autentica all’attività del legislatore e dell’interprete senza ricorrere a quei principi risalenti che hanno costituito la formazione del diritto in Occidente. Sono i principi che concernono la coerenza o la contraddittorietà tra i detti, la ragione deduttiva e dialettica, i limiti della conoscenza e del potere; sono i principi che diciamo classici non già, e non tanto, perché prodotti in una determinata epoca, quanto perché capaci di rivelare la loro attuale efficacia in ogni momento storico e segnatamente in quello presente. Continuando dunque un sapere antico, i testi del “progetto” tenteranno di distinguere “il troppo e il vano” di fronte a nuove tesi e nuovi problemi.
In particolare, in alcuni saggi appartenenti alla serie *Principî di filosofia forense*, si cercherà di dare una versione organica, corredata di opportuni riferimenti culturali, della filosofia che gli attori del processo producono implicitamente nello sforzo di addivenire, attraverso il contraddittorio, a una conclusione vera per tutti.

Il secondo volume di questo progetto editoriale è stato pubblicato nella collana di *Filosofia*:
495.191 Daniele Velo Dalbrenta, *Brocardica. Una introduzione allo studio e all’uso dei brocardi*

Comitato scientifico:
Francesco Cavalla (Università di Padova), Amedeo G. Conte (Università di Pavia), Francesco D’Agostino (Università “Tor Vergata” di Roma), Mario Jori (Università degli Studi di Milano), Maurizio Manzin (Università di Trento), Bruno Montanari (Università di Catania), Paolo Moro (Università di Padova, sede di Treviso), Francesca Zanuso (Università di Verona)

Il comitato assicura attraverso un processo di peer review la validità scientifica dei volumi pubblicati

Il Diritto come Processo

Princìpi, regole e brocardi per la formazione critica del giurista

a cura di
Paolo Moro

contributi di
Marco Cossutta, Paolo Doria,
Massimo Miglietta, Letizia Mingardo, Paolo Moro,
Federico Reggio, Daniele Velo Dalbrenta

FrancoAngeli

Questo libro costituisce la pubblicazione degli atti del convegno *Il diritto come processo* svoltosi a Pordenone il 20 dicembre 2011 e organizzato dal CERMEG Friuli-Venezia Giulia con il contributo della Regione Friuli-Venezia Giulia ai sensi della legge regionale n. 3/1998.

Copyright © 2012 by FrancoAngeli s.r.l., Milano, Italy

L'opera, comprese tutte le sue parti, è tutelata dalla legge sul diritto d'autore. L'Utente nel momento in cui effettua il download dell'opera accetta tutte le condizioni della licenza d'uso dell'opera previste e comunicate sul sito www.francoangeli.it.

Indice

Parte prima
Il diritto come processo

Presentazione
di *Paolo Moro* pag. 7

Il diritto come processo. Una prospettiva critica per il giurista contemporaneo
di *Paolo Moro* » 9

«Determinare infine la regola attraverso la quale stabilire ciò che è vero e ciò che è falso». I giuristi romani e la formazione della *regula iuris*
di *Massimo Miglietta* » 37

Le irrinunciabili ragioni del giurista. Note introduttive su storia e attualità dei brocardi
di *Daniele Velo Dalbrenta* » 69

Intorno a processo, dialettica, fonti del diritto. Per un ripensamento delle tradizionali categorie della positività del diritto
di *Marco Cossutta* » 91

Il metodo giuridico e la tecnica difensiva. La strategia processuale dell'avvocato civilista
di *Paolo Doria* » 125

Parte seconda
Princìpi, regole e brocardi nel processo

Princìpi, regole e brocardi nel processo. Riferimenti culturali e metodologici per il giurista europeo
di *Letizia Mingardo* e *Federico Reggio* pag. 157

Il principio processuale della contestazione » 163
Actor dicitur qui prius ad iudicium provocavit, p. 163 – Reus est is cuius de re agitur, p. 163 – Actio nihil aliud est quam ius persequendi in iudicio quod sibi debetur, p. 166 – Nullo actore nullus iudex, p. 169 – Vigilantibus non dormientibus iura succurrunt, p. 171 – Sero venientibus ossa, p. 171 – Quae temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum, p. 171 – Actor venire debet instructior quam reus, p. 175 – Bis de eadem re ne sit actio, p. 177 – Cogitationis poenam nemo patitur, p. 179

Il principio processuale del contraddittorio » 182
Audiatur et altera pars, p. 182 – Cuique defensio tribuenda, p. 185 – Processus est actus trium personarum actoris rei iudicis in iudicio contendentium, p. 188 – Nemo iudex in causa propria, p. 191 – Nemo testis in causa propria, p. 194 – Nec ultra nec extra petita, p. 197 – Iuxta alligata et probata, p. 197

Il principio processuale della prova » 201
Onus probandi incumbit ei qui dicit, p. 201 – Actore non probante reus absolvitur, p. 201 – In dubio pro reo, p. 204 – Quae singula non probant coniuncta probant, p. 207 – Notoria non sunt probanda, p. 209 – Nemo tenetur se detegere, p. 211 – Apud bonum iudicem bona argumenta plus quam testes valent, p. 215

Il principio processuale della giurisdizione » 217
Ex facto oritur ius, p. 217 – Da mihi factum dabo tibi ius, p. 217 – Iura novit curia, p. 217 – Nulla poena sine judicio, p. 221 – Nullum crimen sine lege, nulla poena sine crimine, p. 224 – Res iudicata pro veritate accipitur, p. 227 – Transactio est instar rei iudicatae, p. 230 – Nulla executio sine titulo, p. 233 – Summum ius summa iniuria, p. 236

Gli autori » 239

Presentazione

Il diritto come processo. All'esposizione di questa idea, teoretica e pratica ad un tempo, è dedicata la prima parte del presente lavoro collettaneo, nel quale gli Autori tentano il superamento critico di una concezione esclusivamente «normocentrica» del diritto presentando come meglio difendibile nella scienza giuridica e nell'esperienza pratica una visione giudiziale, secondo cui momento specifico ed irrinunciabile dell'esperienza giuridica è la controversia che si organizza nel processo.

Il libro nasce per elaborare temi e problemi suscitati dalla prospettiva processuale del diritto, sviluppata dalla scuola patavina di Filosofia del Diritto e dagli studiosi del Centro di Ricerche sulla Metodologia Giuridica (CERMEG), per tracciare il percorso di un'idea tuttora feconda.

I cinque saggi della prima parte presentano non soltanto una concezione critica per il giurista contemporaneo, ma anche intendono rilevare il suo percorso storico, avviato dalla riflessione filosofica dei Greci e proseguito nella metodologia casistica dei Romani fino all'intensa rielaborazione della giurisprudenza medievale, e la sua attualità culturale, del tutto evidente nel ripensamento della teoria delle fonti e della positività del diritto nonché nel recupero della formazione retorica del professionista forense.

La pubblicazione è arricchita da un'indagine sulle massime fondamentali – variamente definite come princìpi, regole o brocardi nella tradizione giuridica e tramandate in lingua latina dalla dottrina e dalla giurisprudenza – che riguardano il processo e che costituiscono il supporto formativo e culturale delle tesi illustrate nei saggi introduttivi.

Nella seconda parte dell'opera, infatti, si presenta una raccolta ragionata di schede dedicate appunto a princìpi, regole o brocardi di natura processuale, tratti dalla sapienza giuridica classica, al fine di offrire spunti di approfondimento e di riflessione della prospettiva teoretica esposta nella prima parte.

Per ciascuna scheda, corredata da opportuni riferimenti bibliografici, si propone un'analisi articolata secondo la 'nozione' (una definizione ed una spiegazione del principio sotteso all'enunciazione latina esaminata); le 'origini' (una lettura storica e culturale della singola nozione illustrata); le 'fonti'(un'indicazione di alcuni esempi di determinazione del principio, della regola o del brocardo all'interno del diritto positivo vigente).

Il repertorio quivi selezionato delle citazioni latine non è rivolto ad un uso estetico o filologico, ma obbedisce ad un preciso intento filosofico e, dunque, anche formativo: riassumere con efficacia un sapere di particolare importanza che, per la sua natura problematica, si mostra alla perenne attenzione critica del giurista di ogni tempo.

Ringrazio di cuore Massimo Miglietta, Daniele Velo Dalbrenta, Marco Cossutta e Paolo Doria, che hanno contribuito alla riuscita del lavoro con generosità ed impegno, ed esprimo la mia sincera riconoscenza a Letizia Mingardo e Federico Reggio, che hanno redatto con pazienza e scrupolo le ventisei schede 'brocardiche'.

Padova-Treviso, 22 gennaio 2012

P.M.

Il diritto come processo. Una prospettiva critica per il giurista contemporaneo

di *Paolo Moro*

SOMMARIO: 1. La crisi del diritto. - 2. Il diritto in crisi. - 3. Il diritto come processo. - 4. Il giudizio come problema. - 5. Processo e movimento. - 6. Il giusto processo. - 7. La cultura del giurista. - 8. 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

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.

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 statuale del diritto, ha condotto al nichilismo giuridico[5] e al prevalere negli studi scientifici 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 delle decisioni del legislatore o del giudice, sempre più 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 statuale 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].

---

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.

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.

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, che 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 socialità, presente in ogni luogo ed in ogni momento della storia e dell'esperienza umana, costituendo la forma specifica del diritto[11].

---

9. Cfr. Aa.Vv., *Etica, informatica, diritto*, FrancoAngeli, Milano, 2008.

10. Cfr. L. Wittgenstein, *Pensieri diversi*, Adelphi, Milano, 1988, p. 26 e sg.

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

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'irrilevanza 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

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.

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.

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 rispetto 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

---

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 Aa.Vv., *Nuove frontiere del diritto. Dialoghi su giustizia e verità*, Dedalo, Bari, 2001, p. 15 e sg.

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.

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 imprevisto, 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,

---

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.

ingiusto: se fondata solo sulla conformità della norma al fatto, la decisione finale del giudice è astratta, perché è simile ad una dimostrazione matematica, 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 imprevisto 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 terzo giudicante, 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

---

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).

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.

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[22].

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[23]. Perciò, quando si cristallizza nel provvedimento conclusivo di una sua fase, il giudizio non ha

22. Cfr. Aa.Vv., *Il lascito di Atena. Funzioni, strumenti ed esiti della controversia giuridica*, a cura di F. Zanuso e S. Fuselli, FrancoAngeli, Milano, 2011.

23. Cfr. S. Satta, *Il mistero del processo*, Adelphi, Milano, 1994.

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[24].

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[25].

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 passata 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

---

24. Cfr. F. Gentile, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, Cedam, Padova, 2000, p. 50.

25. Cfr. P. Ricoeur, *L'atto del giudicare*, in *Il Giusto*, SEI, Torino, 1998, p. 164.

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