

L'interpretazione della norma nella collaborazione processuale. Tramonto del monopolio del giudice?*

È sempre con un certo disagio che prendo la parola nei convegni dei giudici o dei giuristi. Il diritto è innanzi tutto e soprattutto un'arte e pertanto per ben comprenderlo bisogna rivolgersi a coloro che la praticano, che ne conoscono e applicano le regole, e che sono – come diceva Aristotele - il “diritto animato” [Viola, *Il diritto come pratica sociale*, Jaca Book 1990]. Se il governo della legge è ben preferibile al governo degli uomini, questa legge non può diventare diritto senza gli uomini e senza la loro abilità virtuosa [Viola, *Rule of law. Il governo della legge ieri ed oggi*, Giappichelli 2011]. Sono, dunque, pienamente consapevole che da studioso di filosofia e teoria del diritto non ho nulla da insegnare a coloro che fanno il diritto. L'unica cosa che posso comunicare è qualche riflessione sull'evoluzione del diritto contemporaneo da un osservatorio molto distaccato e remoto qual è quello in cui mi trovo e che, se non permette di vedere ciò che in concreto veramente conta, almeno permette di percepire gli orientamenti più generali del nostro tempo. È quindi in punta di piedi che mi accingo a questo compito.

Poiché il diritto è – come tutti sanno – un prodotto culturale, il suo assetto dipende dal paradigma dominante e la sua evoluzione nello stato normale si articola mediante una penetrazione sempre più conseguente degli orientamenti del paradigma nei luoghi significativi della pratica del diritto [i concetti di “paradigma” e di “scienza normale” elaborati da Thomas S. Kuhn per l'analisi della struttura delle rivoluzioni scientifiche sono applicati al processo civile da C. Nitsch, *Il giudice e la legge*, Giuffrè 2012, 27-31. Cfr. anche M. Cappelletti, *Processo e ideologie*, Il Mulino 1969, ha notato che vi sono sempre condizionamenti storici, sociali e culturali che influenzano la pratica del diritto e quindi anche il modo d'intendere il processo].

* Bozza della relazione per il Convegno “La costruzione della decisione. Norme e prassi della collaborazione tra gli attori del processo” (Firenze, 18-19 aprile 2016).

Quando il paradigma dominante entra in crisi, si verifica un processo opposto di lento smantellamento del modo consolidato d'intendere e di praticare le procedure giuridiche in vista di un nuovo paradigma culturale che tuttavia è ancora in uno stato nebuloso ed incerto. Credo che sia proprio questa la situazione in cui oggi ci troviamo. È a tutti noto che il vecchio paradigma codicistico non regge più, ma le sue propaggini sono ancora presenti nella pratica del diritto, come la luce di una stella che ormai non esiste più. Il fatto che a valle s'intravedano disagi e nuove prospettive è il segno evidente del farsi strada di un nuovo paradigma, che grossolanamente possiamo designare come il paradigma costituzionalistico. È qui superfluo elencare le caratteristiche del modello codicistico: primato della legge intesa come prodotto già compiuto, logicismo nell'applicazione della legge, neutralizzazione della discrezionalità del giudice come ideale da perseguire, terzietà ed imparzialità del giudice intese come necessariamente garantite solo dalla separatezza del suo ruolo processuale. Si tratta ovviamente di un modello verticistico che riflette un modo ben preciso di concepire il ruolo dell'autorità nel diritto. L'autorità del giudice è vista come una propaggine di quella del legislatore.

Questo paradigma è definitivamente tramontato. Questo è un giudizio di fatto prima ancora che una valutazione su ciò che è bene o male. Ma è chiaro che la causa prima di questa crisi risiede nella legge, nel modo di porsi della legge. Quando si parla della c.d. solitudine del giudice, si vuole dire proprio questo. Il giudice è solo non tanto o non soltanto perché è distante o separato dalle parti, ma perché è stato abbandonato dal legislatore o, meglio, dalla legge. Il mitico giudice "bocca della legge", a parte gli aspetti caricaturali, non era da questo punto di vista solo, il suo monopolio era in realtà quello stesso della legge. Da questo punto di vista la solitudine del giudice è il risultato del venir meno del vecchio paradigma senza che sia ben chiaro quale sia il nuovo. Ora ci sono segni inequivocabili di nuove prospettive per quanto ancora vaghe e confuse.

Ora io non voglio, perché non posso per difetto di competenza, discutere la reale portata della riforma costituzionale del giusto processo e dei suoi effetti sull'art. 101 del codice di procedura civile con l'allargamento del principio del contraddittorio alle questioni rilevate o rivelabili d'ufficio, nonché la travagliata giurisprudenza della Corte di Cassazione a proposito della nullità della c.d. sentenze della terza via. Su questo tema c'è già un'ampia letteratura con posizioni ampiamente diversificate, che vanno dall'estremo tentativo di ristabilire la normalizzazione a quello pure estremo di sottolineare lo sconvolgimento degli assetti tradizionali del processo. Dal punto di vista dei principi del giusto processo, che non è stato certamente inventato dalla riforma costituzionale, a me sembra del tutto superfluo e ridondante chiedersi se le questioni di puro diritto (*quaestiones iuris*) possano o meno essere incluse tra quelle rilevabili d'ufficio, accanto a quelle pregiudiziali e preliminari in senso tecnico o alle eccezioni operanti *ipso jure* che diano luogo a mera pregiudizialità logica o alla prospettazione di circostanze di fatto rilevanti ai fini della decisione, e, quindi, come tali da sottoporre a contraddittorio. Non capisco come si possa in linea di principio escludere (Cass. civ., sez. un., 30 sett. 2009, n. 20935) come causa di nullità della sentenza le questioni di puro diritto sottratte al contraddittorio, a differenza delle questioni di fatto o di natura mista, mentre al contempo si nota l'indiscussa violazione deontologica da parte del giudicante, persino se si tratta di un dovere "funzionale". Facendo appello al senso comune dell'incompetente, a me sembra che una decisione a sorpresa del giudice relativamente all'interpretazione della norma sia un modo fondamentalmente sbagliato o deviante d'intendere il sacrosanto principio *iura novit curia* e il brocardo *da mihi factum, dabo tibi ius*. A me sembra che sia spesso ben difficile stabilire *ex post* che l'omissione del contraddittorio su questioni di fatto, miste o di puro diritto sia o sia stata influente ai fini della decisione finale, proprio perché questo è il contraddittorio stesso, in quanto metodo basilare per arrivare alla verità processuale, che dovrebbe evidenziarlo.

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

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

1.L'obiettivo del processo non è soltanto quello di risolvere i casi concreti sulla base di regole giuridiche, ma è anche quello di costruire la regola del caso concreto. Da questo punto di vista le c.d. questioni di puro diritto preparano il materiale normativo da cui deve essere tratta la regola del caso concreto, ma questa preparazione già è mirata alla soluzione del caso e da esso condizionata. L'interpretazione della norma non è un'operazione separata dalla sua applicazione, come invece riteneva la "scienza normale" del diritto [ad esempio, la netta differenziazione fra interpretazione e applicazione era per Pietro Calamandrei un punto fermo: cfr. *La genesi logica della sentenza civile*, in Riv. crit. sc. soc., I, 1914, 251]. Com'è noto, il pensiero ermeneutico insiste sulla tesi che non v'è vera e propria interpretazione giuridica se non in un contesto applicativo.

«Legge e diritto non sono la stessa cosa. Essi non sono però solo occasionalmente differenti l'uno dall'altro. La loro è anzi una differenza ontologica, essenziale. Legge e diritto stanno fra loro come la potenza all'atto, come la possibilità alla realtà. La legge non è ancora la realtà del diritto, è solo un grado, certamente necessario, del cammino verso la realizzazione del diritto. La legge è una norma generale per la molteplicità di casi *possibili*, il diritto invece decide su una situazione *reale* qui e ora» [Kaufmann, 157].

Il diritto non è conoscenza di norme astratte, ma risposte concrete a finalità pratiche. L'iniziativa proviene, dunque, dal caso concreto e dalla sua richiesta di giustizia. Il caso concreto interpella l'ordinamento giuridico e ne provoca una risposta. La ricostruzione della configurazione del caso concreto a sua volta non è meramente fattuale ma già normativamente mirata. Non ci si limita a perlustrare i fatti, a presentarli in tutti i loro aspetti rilevanti e nella loro verità storica in modo che il giudice possa decidere solo *iuxta alligata et probata*. Voglio dire che la formazione della regola del caso concreto appartiene a tutti gli effetti al *thema decidendum* del processo in quanto potenzialmente forma parte del *petitum* e della *causa petendi* [Gentili, *Contraddittorio e giusta decisione nel processo civile*, in *Audiatur et altera pars*]. Pertanto, tutto ciò che contribuisce alla formazione della regola del caso concreto e, quindi, in primo luogo la stessa interpretazione della legge, deve essere oggetto del dibattito processuale. Dunque, non dalla legge al fatto ma dal fatto (o, meglio, dal caso) al diritto attraverso la legge.

Nella storia del pensiero giuridico si sono prospettate tre modalità di rapporto fra la regola e il caso concreto: la regola come già compiutamente formata prima del caso concreto, la regola che si forma in presenza del caso concreto e in relazione a questo, e la regola che s'individua dopo che il caso concreto è stato risolto sul piano giuridico (saranno le decisioni future a dirci quale regola allora è stata effettivamente applicata). In effetti il tempo del diritto abbraccia il passato, il presente e il

futuro, perché lo scopo del diritto è dare continuità alla vita sociale. Ma il tempo del processo è quello del presente, il qui ed ora della giustizia del caso concreto perché la decisione è un'azione. Cosa già notata da Benedetto Croce: «Il diritto non è la legge, che dorme nel codice; ma la legge *a cui si pone mano*, e che cessa così di essere alcunché di generale, e diventa un'azione individuale» [*Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia*, in AAP, 37, n. 8 (1907), 41].

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

Infatti, se consideriamo che ogni regola giuridica è costituita da tre elementi (una descrizione del comportamento, una qualificazione normativa di detto comportamento e una giustificazione della restrizione della libertà umana), dobbiamo riconoscere che il parametro costituzionale ha enfatizzato l'importanza del terzo aspetto, cioè delle ragioni che giustificano la regola. Queste ragioni, che spesso sono implicite (ma non per questo meno presenti o meno rilevanti), rinviano ad altre ragioni più fondamentali, stratificandosi in più livelli di giustificazione. Non si tratta ovviamente molto spesso di ragioni incontrovertibili o assolute, ma di ragioni probabili e controvertibili, frutto di scelte opinabili, di ragioni per agire in un modo e non in un altro, di ragioni pratiche. Tuttavia, è proprio la rilevanza delle ragioni nell'interpretazione della norma che è causa della sua strutturale indeterminatezza, sicché la relazione tra il caso singolo e la fattispecie astratta non deve essere considerata nella fase applicativa come prioritaria, ma come parassitaria della prioritaria relazione tra le ragioni della regola e le richieste di giustizia che provengono dal caso e che a loro volta devono essere trasformate o tradotte esse pure in "ragioni". Di conseguenza i confini tra attività interpretativa e attività argomentativa diventano estremamente sottili fino al punto da scomparire del

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

Se le cose stanno così o in questi termini, allora non bisogna nascondersi i rischi che questo mutamento di paradigma nell'interpretazione della legge porta con sé. Se nel processo di determinazione della regola l'elemento-base diventa quello delle "ragioni" su cui la legge poggia, allora non basta più che la regola provenga da organi competenti, non basta più la validità formale, non basta più la correttezza procedurale. Occorre che la regola sia ragionevole: ragionevole è la norma che risponde alle esigenze del caso valutate alla luce dei principi costituzionali; irragionevole è la norma che rompe questo rapporto di congruenza. Oltre queste condizioni sostanziali di "legittimità", ci sono quelle formali di "legalità" senza cui non si potrebbe a rigore parlare di "diritto". Sul piano strutturale la legalità implica l'esigenza della *generalizzazione*, cioè della costruzione di categorie di casi. La regola che si trae dal caso concreto deve essere applicabile e valevole per tutti i casi simili. Proprio la generalizzazione è diventata oggi uno scoglio difficile da superare nel regime del pluralismo. Questo è restio ad accettare la generalità, poiché avanza l'esigenza della giustizia del caso particolare, cioè della particolarità. La generalità rischia di costruire categorie ognuna delle quali contiene un solo caso, quello sulla cui base la stessa categoria è costruita. Per questo giustamente si parla di crisi della fattispecie [Irti]. Questo è un punto molto delicato che è necessario affrontare a viso aperto, perché senza la generalità la legalità si dissolve. E tuttavia la generalità è in pericolo proprio per l'evoluzione del concetto di eguaglianza su cui ovviamente si

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

In conclusione, voglio dire che la formazione della regola del caso concreto, che è compito interno del processo, non permette d'intendere le questioni di puro diritto come un'esclusiva prerogativa del giudice [M. Gradi, *Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della "terza via"*, in Riv. dir. proc., 2010, 826-848].

2. Abbiamo già alcuni elementi per affrontare la questione se il contraddittorio sia un metodo adatto per meglio articolare l'interpretazione delle norme, fermo restando che la decisione finale spetta al giudice il quale ovviamente deve restare ben distinto dal mediatore o dall'arbitro. Tuttavia la crescita del ricorso a metodi alternativi di soluzione dei conflitti è indubbiamente il sintomo di esigenze culturali a cui il diritto deve farsi attento e che riguardano tra l'altro anche l'interpretazione della norma. Il principio "iura novit curia" legittima e obbliga il giudice a ricercare la corretta impostazione giuridica, ma non di nascosto [C. Consolo, *Le Sezioni unite sulla causalità del vizio nelle sentenze della terza via: a proposito della nullità, indubbia ma peculiare poiché sanabile allorché emerga l'assenza in concreto di scopo del contraddittorio eliso*, in "Corriere giuridico", 3/2010, 361]. Il giudice deve dire quello che pensa. Ciò vale non solo per le questioni di diritto che conducono a diversi effetti decisorii, ma anche previamente per quelle che implicano una diversa qualificazione della fattispecie.

Se gettiamo anche solo uno sguardo alle teorie dell'interpretazione giuridica elaborate a partire dall'epoca della codificazione napoleonica, ci accorgiamo facilmente che sono tutte basate sul presupposto implicito che l'attività interpretativa abbia un carattere monologico e non già dialogico. Il giurista e il giudice interpretano le norme in solitudine e non già attraverso una procedura controversiale. Anche se la corte decide pure a maggioranza sulle questioni d'interpretazione, tuttavia non è parte dell'autorappresentazione della corte che debba fare così, mentre lo è del potere legislativo. Più in generale, anche se una corte è concepita come una istituzione di contrapposizione (*adversarial institution*), all'esterno si presenta come un giudice *super partes* che decide alla luce dell'imparzialità. Non così il potere legislativo, in cui la parzialità è apertamente dichiarata. E questo lo si capisce bene, perché l'interpretazione è concepita come cognitiva di un significato preesistente e quindi non può avere una portata deliberativa poiché non è una scelta. L'alternativa appare essere soltanto la creatività del giudice che è la bestia nera dello Stato di diritto. Ma il contraddittorio è tipicamente un metodo deliberativo il cui fine è una scelta per quanto supportata da elementi cognitivi di diritto e di fatto. Per questo, e per tante altre ragioni, che qui non posso esplorare, il contraddittorio non è stato ritenuto un metodo adatto per l'interpretazione della norma.

Prima di accennare al progressivo mutamento di questa radicata convinzione, è necessario precisare che per una concezione adeguata del ruolo e della funzione del contraddittorio non bisogna tenere separati i suoi due aspetti fondamentali, cioè quello oggettivo della ricerca della verità processuale e quello soggettivo di garanzia di difesa delle parti in posizione di parità [C. Graziosi, *La terza via e il giudice programmato: spunti sistemici*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2011, fasc. 2]. Infatti, le parti nel presentare le loro ragioni non intendono soltanto difendere interessi "di parte" ma accettano di sottoporsi alla verifica dell'oggettività di queste ragioni,

partecipando ad una procedura comune. Enfatizzare troppo o esclusivamente l'aspetto soggettivo conduce a vedere soltanto la dimensione conflittuale fino al limite estremo di una difesa delle parti persino nei confronti del giudice stesso. Enfatizzare troppo o esclusivamente l'aspetto oggettivo può indurre a non cogliere pienamente il significato della partecipazione delle parti. Questa in ultima istanza è fondata su un principio morale, che è anche alla base dell'idea di democrazia [M. Cappelletti, *Processo e democrazia*, 1954]. Questo principio in termini molto generali si può esprimere così: appartiene al bene di una persona che essa lo scelga liberamente o almeno che a questa decisione essa liberamente partecipi. Pertanto, una decisione è giusta non solo perché lo è materialmente, ma solo quando lo è anche formalmente, cioè quando vi abbiano in qualche modo partecipato tutti coloro che sono interessati ad essa e da essa (*quod omnes tangit ab omnibus comprobetur*). Un processo non può essere giusto se non è anche un "giusto processo". Questa è l'idea che sostiene il "giusto processo" ed è alla base della controversa nullità delle sentenze della terza via.

Tornando ora all'interpretazione della norma, è noto a tutti che non di rado essa può dar luogo ad alternative tutte legittime, cioè a più di una risposta corretta. Pertanto la scelta del giudice, per quanto motivata anche in considerazione del caso concreto da decidere, ha un aspetto discrezionale ineliminabile. È sempre stato così. Si può pensare che quanto più ragioni o argomenti il giudice abbia presente tanto più si può controllare questa discrezionalità. In questo senso il contraddittorio aiuta ad evidenziare e a rendere trasparenti tutti gli elementi necessari per una decisione giusta. Ma oggi la situazione è ancor più complessa in ragione del mutamento della legge a causa del paradigma costituzionale. Come ha notato, Mauro Cappelletti [N. Trocker, *Processo e costituzione nell'opera di Mauro Cappelletti civilprocessualista (elementi di una moderna "teoria" del processo)*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2015, fasc. 2, 427] la pregiudiziale costituzionale ribalta il principio che vuole il giudice

soggetto alla legge. Infatti il giudice è chiamato a considerare la legge non solo come atto qualificante la concreta fattispecie dedotta nel processo, ma anche come atto qualificato da una norma superiore e come tale soggetto a verifica di conformità con i principi costituzionali. Con ciò stesso si accresce la responsabilità del giudice nei confronti della società tutt'intera.

Quando la società è governata da convinzioni morali ampiamente condivise, le scelte del giudice sono più facilmente prevedibili e le sorprese limitate. Ma quando la società è segnata dal pluralismo a tutto spiano, come lo è la società contemporanea, allora è inevitabile che la discrezionalità del giudice aumenti a dismisura, specie quando si tratta della tutela dei diritti fondamentali. La causa – come al solito – proviene dal legislatore, che si lamenta dell'attivismo giudiziario dopo averlo apertamente provocato. La legge arriva al giudice sempre più chiaramente come un prodotto semilavorato e a volte mal lavorato. Altro che significato preesistente! Il processo deliberativo, che è interno alla produzione della legge, non arriva ad una sua chiara definizione con il risultato che esso lascia traccia nella fase dell'interpretazione della legge. Diventa difficile tracciare una distinzione netta fra deliberazione politica, che è *adversial*, ed emanazione della legge, che dovrebbe essere univoca [cfr. J. Waldron, *Law and Disagreement*]. Il giudice si trova a proseguire una deliberazione non conclusa o non definitivamente chiusa con queste differenze: il giudice non ha quella legittimazione politica del legislatore e decide solo in relazione al caso particolare, anche se nella prospettiva della sua generalizzazione a casi simili. Come già s'è detto, interpretazione e argomentazione diventano indistinguibili. Ma l'argomentazione, a differenza dell'interpretazione, è per definizione dialogica.

Qui si apre un problema delicatissimo a cui posso solo accennare, cioè quello del rilievo morale delle scelte interpretative del giudice data la stretta correlazione fra la struttura dei diritti fondamentali e la forma della loro tutela processuale. La

preoccupazione che il giudice possa fare valere le proprie e personali convinzioni morali ha condotto ad affrontare tale problema in modo che giudico fuorviante [per un esempio rigorosamente legalistico di etica del giudice cfr. Guastini, *Etica del giudice*: «L'etica del giudice non è materia di filosofia morale: è materia di dogmatica o, se si preferisce, di scienza giuridica», 207]. In realtà la morale del giudice ha un carattere particolare in quanto è già contaminata dal diritto ed è quindi eteronoma. È un ibrido di sensibilità morale e giuridica. In questo senso non è del tutto imprevedibile. Mentre la deliberazione politica del legislatore è più libera da vincoli normativi al di fuori di quelli costituzionali, anche se spesso condizionata da interessi di partito che ne abbassano la qualità morale, la deliberazione giuridica si esercita all'interno di un complesso universo normativo a cui bisogna render conto [J. Waldron, *Judges as moral reasoners*]. Il fatto è che l'aver escluso che l'interpretazione delle norme sia un'attività deliberativa, e quindi dialogica, ha condotto a prestare una scarsa attenzione alle modalità della deliberazione giuridica in quanto ben distinta da quella politica e tuttavia comprendente anch'essa la dimensione puramente normativa e non solo quella fattuale.

3. Dobbiamo ora in conclusione riflettere sul senso del ruolo del giudice nel processo alla luce delle considerazioni già avanzate. Ovviamente è già ampiamente superata l'immagine del giudice passivo sia rispetto alla norma (e al legislatore) sia rispetto allo svolgimento del contraddittorio fra le parti. Al contrario oggi viene denunciato con preoccupazione il suo eccessivo attivismo. Ma la virtù del giudice – com'è proprio di ogni virtù – sta nel giusto mezzo. Il dovere del giudice di rispettare e far rispettare il contraddittorio in ogni fase del processo, facendosi promotore e garante del contraddittorio su qualsiasi questione (di fatto o di diritto) dedotta dalle parti o rilevata d'ufficio, richiede che egli sia considerato come un soggetto agente interno alla dinamica processuale. È un soggetto del processo in quanto la sua

attività non consiste unicamente o principalmente nella decisione finale, ma nel programmare il discorso processuale sia relativamente al *thema decidendum* sia al *thema probandum*. Si tratta di mettere le parti nella migliore condizione possibile per rendere effettivo il diritto di difesa e di trovarsi nella migliore condizione possibile per decidere secondo giustizia. La costruzione della decisione deve intendersi come costruzione della soluzione del conflitto. Invece la confusione nel processo si traduce in una confusione nella motivazione. [la riforma del processo che è tuttora in corso in Parlamento (marzo 2016) e che parla di “motivazione sintetica” non può essere intesa come un auspicio di una motivazione insufficiente, approssimativa o incompleta].

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

Il principio di collaborazione ha nel diritto una portata istituzionale generale (art. 120 cost. it. e art. 4 del Trattato dell'Unione Europea). Esso riguarda tutte le istituzioni giuridiche e tutti i soggetti che partecipano alla pratica giuridica e, quindi, anche l'istituzione giudiziaria e le parti del processo [Grasso, *La collaborazione nel processo civile*, in Riv. dir. proc., 1966]. Esso si concretizza nella buona fede, nella

lealtà (termine che significativamente deriva da *legalitas*), nella correttezza, nel rispetto delle proprie funzioni e del proprio ruolo. Può essere ricondotto in ultima istanza al dovere di solidarietà ex art. 2 cost. Ma per un giusto processo questo ancora non basta.

Il contraddittorio è di per sé la messa in forma giuridica di un conflitto, che però resta tale nella sostanza, anche se al posto delle armi ci sono le parole. Il fine delle parti non è quello della ricerca della verità processuale, ma quello di far prevalere il proprio interesse, anche se concordano sui testi legali di riferimento, sul ruolo del giudice e sulle procedure processuali. Per quanto si debba chiedere alle parti di attenersi alle regole del processo in modo collaborativo, non si può ancora parlare di cooperazione in senso proprio se non per la presenza attiva del giudice, così come non c'è in senso proprio un'orchestra se non c'è il direttore d'orchestra come suo componente interno. E questa è la funzione del giudice e non quella del critico musicale che dall'esterno giudica quale orchestrale abbia suonato meglio. La cooperazione si distingue dalla mera collaborazione quando v'è una coordinazione in vista di un fine comune. Questa comunanza nel fine è conferita dalla presenza di un'autorità giuridica (art. 111 cost.: "davanti a giudice terzo e imparziale"). Questa, a differenza dell'autorità politica, ha come funzione precipua la custodia e la promozione della pratica corretta delle procedure giuridiche affinché il diritto sia realizzato al meglio. Il giudice deve saper esercitare in modo giuridico la sua autorità ed è vincolato all'impostazione del processo che ha contribuito a determinare. Questo è un punto centrale. Solo così il contraddittorio diventa un metodo di determinazione della verità processuale. Ciò significa che il ruolo del giudice nella costruzione della decisione con l'apporto delle parti è rilevante almeno quanto quello di dettare la decisione finale su cui ci si era esclusivamente concentrati.

Abbiamo detto che c'è propriamente cooperazione quando c'è un fine comune e che c'è un fine comune quando c'è un'autorità che ha questo come suo fine proprio,

mentre non è quello proprio delle parti. In tal modo le relazioni intra-processuali vengono unificate, il conflitto assume un carattere giusgenerativo e i soggetti del processo costituiscono una comunità interpretativa, per quanto contingente e provvisoria [Di Donato, *La comunità processuale*, in *Sociologia del diritto*].

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

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

Francesco Viola

(18 aprile 2016)