

VERSO UN PROCESSO «GIUSTO»: UNA PRO- POSTA DI PERCORSO.

di *Andrea Giordano**

SOMMARIO: 1. Introduzione. Dal diritto senza centro al diritto a «due fuochi» - 2. *Segue*. Verso un processo «giusto» - 3. Riflessioni conclusive.

1.- Come l'uomo, anche il diritto ha perso il suo centro¹. Lo smarrimento dei punti cardinali e la conseguente, abissale, solitudine della volontà normativa hanno ridotto il diritto a mera tecnica². Le norme sono, piuttosto, «nomo-dotti»³, tubi destinati a incanalare checchessia contenuto; il legislatore traduce in articoli ciò che più gli piace, in assoluto in quanto sciolto da ogni vincolo.

Tutto ciò è il presupposto, e non l'oggetto, dell'analisi di Ottavio De Bertolis, che, in un recente lavoro⁴, predilige la parte costruttiva, tendendo alla rifondazione del diritto vigente sulle basi della lezione tomistica⁵.

Relazione tenuta in seno al convegno svoltosi presso la Pontificia Università Lateranense in data 18 novembre 2011.

* Avvocato in Roma, dottore di ricerca in Diritto processuale civile presso l'Università La Sapienza di Roma

¹ Si richiama F. Nietzsche, *Frammenti postumi 1885-1887*, in *Opere*, VIII, I, a cura di G. Colli-M. Montinari, Milano, 1975, 114, per cui «l'uomo scivola dal centro verso una x».

² Cfr. N. Irti, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2004, spec. 18 s. e Id., *Il salvagente della forma*, Roma-Bari, 2007, spec. 45 e s., nonché già N. Irti - E. Severino, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, 2001, *passim*. Sul tema, si rinvia anche allo scambio di battute tra O. De Bertolis, *Il nichilismo giuridico*, in *La civiltà cattolica*, 2005, III, 399 e N. Irti, *In dialogo su «Nichilismo giuridico»*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 2006, 4. Più in generale, sul nichilismo normativo, cfr. P. Monateri, «Correct our Watches by the public Clocks». *L'assenza di fondamento dell'interpretazione del diritto*, in J. Derida - G. Vattimo, *Diritto, giustizia, interpretazione*, Roma-Bari, 1998, 204 e A. Donati, *Giuspositivismo e nichilismo giuridico*, in *Vita notarile*, 2008, 1201. Cfr. altresì J. Stick, *Can Nihilism be pragmatic?*, in *Harvard Law Review*, 1986-1987, 332.

³ Ancora N. Irti, *Nichilismo giuridico*, cit., 47.

⁴ O. De Bertolis, *L'ellisse giuridica. Un percorso nella filosofia del diritto tra classico e moderno*, Padova, 2011.

⁵ Secondo il metodo impiegato in O. De Bertolis, *Il diritto in San Tommaso D'Aquino. Un'indagine filosofica*, Torino, 2001, *passim* ed in O. De Bertolis - F. Todescan, *Tommaso*

Come da tradizionale sistematica, il *merito* dell'analisi filosofico-giuridica è preceduto da notazioni di *metodo*.

Due sono i principi cui è improntata l'indagine: «l'autorità non fa la verità di un'affermazione»⁶ e «la verità non cambia a seconda di chi parla»⁷. Che l'autorità sia l'«ultima delle prove» è la quintessenza del ragionare autentico, libero dai condizionamenti ideologici e insensibile agli interessi contingenti. Che, poi, da tutti si possa imparare è il predicato dell'onestà intellettuale, la condizione di possibilità del dialogo, la chiave di un'impostazione anti-dogmatica. L'unica autorità è la verità, e di questa può essere depositario chiunque. Non esiste «una» verità su cui solo alcuni hanno l'esclusiva: «la» verità è patrimonio di tutti e l'apertura all'altro consente di ricostruirla, componendo, nella sintesi del dialogo, gli argomenti propri con quelli altrui⁸.

Tutto ciò trova massima espressione nello strumento del ragionare tomistico, la *quaestio*, che, a differenza del trattato, rifiuta le conclusioni desunte *more geometrico* da principi posti. Analogamente alla giostra medievale, la *quaestio* fa corrispondere a singole domande più argomenti, favorevoli e contrari, dialetticamente contrapposti. La *Summa* dell'Aquinate bandisce le risposte preconfezionate: ai pregiudizi ideologici preferisce i giudizi soppesati, capaci di trarre, anche dagli argomenti contrari, ciò che è universalmente valido⁹.

Dal metodo al merito il passaggio è immediato. Il rifiuto degli argomenti *ab auctoritate* ed il favore per una conoscenza che si sviluppa «dal basso», attraverso i luoghi del confutare dialettico, hanno riflesso sull'atteggiarsi del diritto e sulle sue interazioni con la legge.

Insegna, del resto, l'Aquinate – attraverso la lettura, condivisibile, che ne

D'Aquino, Padova, 2003.

⁶ *Summa theologiae*, I^a, q. 1, a. 8, ad 2, su cui O. De bertolis, *L'ellisse giuridica*, cit., 13.

⁷ *Expositio super Iob*, XIII, 19, su cui O. De Bertolis, *op. ult. cit.*, 15.

⁸ *Cfr.*, in merito, A. Campodonico, *Integritas. Metafisica ed etica in San Tommaso*, Fiesole, 1996, 22. Sul tema, *cfr.* anche R. Lucas Lucas, *Orizzonte verticale. Senso e significato della persona umana*, Torino, 2007, 157.

⁹ Così, O. De Bertolis, *L'ellisse giuridica*, cit., 17: «(...) San Tommaso, con la struttura stessa del suo ragionamento, che è la *quaestio*, ci avvia a un vero sforzo intellettuale, superando facili barriere e preclusioni mentali, invitandoci a oltrepassare le diversità, per poter imparare da altri. Il che, oltre e prima di essere una lezione di umiltà, è una lezione di verità, cioè di onestà intellettuale (...).» *Cfr.* anche E. Agazzi, *Il messaggio di San Tommaso d'Aquino e la razionalità scientifica del nostro tempo*, in *Atti del Congresso internazionale San Tommaso d'Aquino e la razionalità scientifica del nostro tempo*, in *Atti del Congresso internazionale San Tommaso d'Aquino nel VII centenario*, vol. IX, Napoli, 1974, 61.

fornisce l'Autore¹⁰ – che l'esperienza giuridica non si risolve nella legge: questa presuppone il diritto, che è l'oggetto stesso della giustizia¹¹, quel «dare a ciascuno il suo» tramandato dal Digesto¹². Se può esservi diritto senza legge, non è vero il contrario: la *lex*¹³ si fonda su un «giusto» anteriore ed oggettivo, radicato nella realtà delle cose e consonante con il comune sentire¹⁴. Vi è un «ordine» giuridico che nasce e cresce insieme ai consociati¹⁵, esprimendone l'identità e i valori costitutivi: come il fondamento della scienza non è scientifico, così la legge non può fondarsi su se stessa, ma deve, piuttosto, presupporre un diritto che la interfacci con l'*ethos*¹⁶.

Il rifiuto del dogmatismo nel metodo d'indagine ha risonanza nella proporzione, quasi aritmetica, per cui *lex* sta a *ius* come *ratio* sta ad *intellectus*¹⁷. Se l'autorità è l'ultima delle prove, legge e ragione non bastano a se stesse: hanno, rispettivamente, bisogno di un diritto e di un'intelligenza che diano loro senso e significato. Non sono i ragionamenti misura delle cose, ma, piuttosto, le cose misura dei ragionamenti¹⁸: per essere giusta, la regola non può

¹⁰ Cfr. O. De Bertolis, *L'ellisse*, cit., 23 s.

¹¹ *Summa theol.*, I^a- II^a, q. 57, a. 11.

¹² D. 1.1.10, «*iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique [tribuendi]*». In merito, cfr. le notevoli riflessioni di C. J. Errázuriz, *Il diritto e la giustizia nella Chiesa*, Milano, 2000, 93 s.

¹³ Che – come è noto – è «*ordinatio rationis ad bonum commune ab eo qui curam habet communitatis promulgata*» (*Summa theol.*, I^a- II^a, q. 90, a. 4).

¹⁴ Similmente, cfr. l'analisi di G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, 380, per cui «*la nostra epoca vede la rinascita dell'antica e mai spenta tensione tra ius e lex e che lo ius si manifesta, per l'appunto, attraverso le norme costituzionali indeterminate*».

¹⁵ Si richiama P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, 1996, spec. 31 e 54. Sul tema, cfr. anche i complementari rilievi di M. Ascheri, *Un ordine giuridico medievale per la realtà odierna?*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1996, 965. Cfr., più di recente, S. Cassese, *I Tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, 2009, *passim*. Sul concetto di ordine giuridico, con riferimento allo «spazio giuridico globale», cfr. anche N. Longobardi, *Le autorità amministrative indipendenti nel diritto globale*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2009, 875 s.

¹⁶ In questo senso, cfr. O. De Bertolis, *L'ellisse*, cit., 94, che richiama E. W. Böckenförde, *Diritto e secolarizzazione. Dallo Stato moderno all'Europa unita*, trad. it., Roma-Bari, 2007, 27.

¹⁷ E' questa la notevole sintesi di O. De Bertolis, *L'ellisse*, cit., 38: «*(...) nel pensiero tomista non solo il diritto non è appiattito sulla legge, o ridotto ad una sola dimensione, ma nemmeno la facoltà intellettuale dell'uomo è ridotta alla semplice ragione calcolante, la ratio che presiede al formarsi della legge, ma è fondata in un intellectus che ne costituisce l'intelligenza*». Sulla distinzione tra *intellectus*, l'esperienza originaria e immediata della realtà, e *ratio*, il nostro modo di conoscere il reale, v. O. De Bertolis, *Il diritto in San Tommaso D'Aquino*, cit., 13.

¹⁸ *Summa theol.*, I^a- II^a, q. 91, a. 3. Sul realismo giuridico, v., più in generale, J. Hervada, *Le radici sacramentali del diritto canonico*, trad. it. di M. del Pozzo, in *Ius Ecclesiae*, 2005, 629, e M. del

sovrapporsi alla realtà, ma deve esserne espressione. Nel metodo e nel merito, l'autorità è subordinata alla verità.

2.- Quanto Ottavio De Bertolis prospetta ha un potenziale applicativo di vastità sconfinata¹⁹. Un banco di prova lo fornisce l'esperienza processuale, in cui la dialettica tra giudice e parti riflette quella, sottesa, tra autorità e verità.

Concepire il processo quale successione di poteri ed atti²⁰, in cui il potere o l'atto successivo trovano fondamento nel potere o nell'atto precedente, può condurre all'appiattimento del profilo *funzionale* su quello *strutturale*²¹. Non di rado si sente dire che, in tanto il processo è socialmente accettabile, in quanto siano state osservate le forme prescritte dalla legge²². Altrettanto spesso si è parlato di *pure procedural justice*²³, quale «giustizia» indipendente dai risultati che produce, per, poi, definire «imperfetta» la procedura tesa all'accertamento del vero²⁴. La confusione terminologica sul termine «giusto», accentuata dalla riforma dell'articolo 111 Costituzione²⁵, ha espunto la

Pozzo, *La comprensione del realismo giuridico nel pensiero canonistico di J. Hervada*, *ivi*, 2005, 611 s.

¹⁹ Si vedano, in merito, i tre notevoli «intermezzi» di cui in O. De Bertolis, *L'ellisse*, cit., 48 s., oltre all'altrettanto profonda analisi fornita dall'A. in *Elementi di antropologia giuridica*, Napoli, 2010, 7 s.

²⁰ Così, le note definizioni di E. Fazzalari, *Note in tema di diritto e processo*, Milano, 1957, 110 s. e Id., voce *Processo (teoria generale)*, in *Novis. Dig. it.*, XIII, Torino, 1966, 1075 s., nonché F. Carnelutti, *Diritto e processo*, Napoli, 1958, 17. Cfr. anche F. Cordero, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino, 1957, 29.

²¹ Sul rapporto tra struttura e funzione, cfr. F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, 11 s.

²² V. N. Luhmann, *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, Milano, 1995, spec. 75 e 115. Interessante è anche l'analisi sociologica di A. Garapon, *Del giudicare. Saggio sul rituale giudiziario*, tr. it., Milano, 2007, 8.

²³ Cfr. J. Rawls, *A theory of justice*, Cambridge (Mas.), 1971, 83.

²⁴ Sulle difficoltà nell'accertamento del vero, in sede processuale, cfr. G. Carofiglio, *L'arte del dubbio*, Palermo, 2007, 13, che ricorda il sempre attuale «Rashomon» di A. Kurosawa. Cfr. anche F. Dürrenmatt, *Il giudice e il suo boia*, tr. it., Milano, 1996.

²⁵ Si vedano, *ex multis*, S. Chiarloni, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 453, Id., *Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2008, 129, e G. Monteleone, *Il processo civile alla luce dell'art. 111 Cost.*, in *Giust. civ.*, 2001, 523. Sull'ambiguità del concetto di «giusto processo», tra nozione comunitaria, nozione conforme all'art. 111 e nozione antecedente alla legge cost. 23 novembre 1999, n. 2, G. Costantino, *Il giusto processo*, in *Fall.*, n. 3/2002, 244. Altrettanto problematica è la definizione di «ragionevole», che l'articolo 111 lega a «durata»: in merito, l'interessante contributo di E. M. Catalano, *Il concetto di ragionevolezza tra lessico e cultura del processo penale*, in *Diritto penale e processo*, n. 1/2011, 85 s.

garanzia di verità²⁶ dai cardini del processo «dovuto»²⁷. Basterebbero, insomma, la stretta osservanza delle norme processuali, il rispetto della parità delle armi, la corretta instaurazione del contraddittorio, l'imparzialità – formalmente intesa – del giudice, per garantire una tutela piena ed effettiva.

Se, diversamente, si inquadra l'esperienza giuridica in un'ellisse a due fuochi – *ius* e *lex*, per l'appunto²⁸ –, il rito e le sue forme, da fini in sé, divengono mezzi, strumentali rispetto alla decisione giusta. Intendendosi per «giusto» ciò che è conforme alle norme in diritto e consonante con i fatti accertati e provati²⁹, le garanzie «puramente» processuali divengono *in sé* irrilevanti³⁰: il contraddittorio, la parità dei contendenti, l'imparzialità del giudice sono *struttura* – con atteggiarsi analogo alla *quaestio* tomistica –, mentre la *funzione* è esterna alla griglia del rito, e fa leva sull'ordine effettivo delle cose³¹.

3.- Il diritto è rappresentazione, arte, simbolo³². Rappresenta una realtà

²⁶ L'espressione è di L. Ferrajoli, *L'etica della giurisdizione penale*, in *Questione giustizia*, 1999, 489.

²⁷ La versione anglosassone parla in termini di «*due*», «dovuto», e non di «giusto». Una più letterale traduzione del termine, nella legge costituzionale n. 2/1999, cit., avrebbe evitato molti equivoci.

²⁸ Questa è l'efficace metafora di O. De Bertolis, *L'ellisse*, cit., 113.

²⁹ In questo senso, l'opera di M. Taruffo, che più ha contribuito, tra i processualisti, allo studio della «garanzia di verità». Cfr., in particolare, M. Taruffo, *Idee per una teoria della decisione giusta*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, 315, oltre a Id., *Il controllo della razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica*, in M. Bessone (a cura di), *L'attività del giudice*, Torino, 1997, 139 e, più di recente, la notevole sintesi di Id., *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma-Bari, 2009, 32 s. Cfr. anche l'analisi di A. Carratta, *Prova e convincimento del giudice nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 36 e di S. Chiarloni, *Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione*, cit., 129 s.

³⁰ Per un'applicazione pratica, con riferimento al principio del contraddittorio e alle cd. decisioni della «terza via», cfr. A. Giordano, *Sull'articolo 101 c. 2 c.p.c. Un disposto recente su una questione antica*, in *Giust. civ.*, n. 3/2012, 139 s., oltre a Id., *La sentenza della «terza via» e le «vie» d'uscita. Delle sanzioni e dei rimedi avverso una «terza soluzione» del giudice civile*, in *Giur. it.*, 2009.

³¹ Per un'analoga impostazione, in relazione al processo canonico, si confrontino i rilevanti studi di J. Llobell, *La certezza morale nel processo canonico*, in *Il diritto ecclesiastico*, 1998, 758 s. e Id., *La tutela giudiziale dei diritti nella Chiesa. Il processo può essere cristiano?*, in J.J. Conn e L. Sabbarese (a cura di), *Iustitia in caritate. Miscellanea di studi in onore di Velasio De Paolis*, Città del Vaticano, 2005, 507 s.

³² Queste le notevoli definizioni di O. De Bertolis, *L'ellisse*, cit., 77 s. («il diritto come cura dell'irripetibile», 77), 80 s. («il diritto come rappresentazione», 80), 85 s. («il diritto come sapere tra i saperi», 85), 86 s. («il diritto, come l'arte, è un simbolo»), 86.

nella quale il soggetto, specchiandosi, si riconosce.

Così, il processo riflette la realtà delle cose: in tanto si giustificano i risultati che produce, in quanto coincidano – o, almeno, tendano a coincidere – con la realtà dei fatti³³.

Dirsi «contro l'etica della verità»³⁴, a favore di un «diritto senza verità»³⁵, o di un nichilismo normativo a senso unico, significa avallare regole senz'anima, dare al legislatore *carte blanche*, degradare il diritto a pura tecnica. È vero, invece, che la norma è ben più di un esercizio tecnico³⁶: anziché presupporre *oggetti*, ha di mira *soggetti* da tutelare e promuovere³⁷.

Il sistema a «due fuochi» dell'ellisse fa modulare la legge sulla base del giusto oggettivo, guardando, in prima istanza, alla persona e al suo «ordine», al fine verso il quale è «ordinata»³⁸.

Così, il diritto sostanziale garantisce la libertà e l'inviolabilità del soggetto, evitando ogni forma di dominio, disposizione o prevaricazione altrui³⁹. Solo allineandosi a ciò che la natura impone⁴⁰, la legge positiva realizza una

³³ Significativo è, del resto, il nesso tra giurisdizione ed equità che si rinviene nella fonte anonima dell'età di mezzo citata da E. Kantorowicz, *Studies in the Glossators of the roman law*, Cambridge, 1938, *Opuscola incertorum auctorum*, dist. IV [A]: «*ius, ad quod intenditur et ab altera parte contradicitur, aperte est iurisdictio, id est aequitas, super qua index potest statuere*».

³⁴ G. Zagrebelsky, *Contro l'etica di verità*, Roma-Bari, 2008. *Contra*, la rilevante sintesi di D. Marconi, *Per la verità. Relativismo e filosofia*, Torino, 2007, *passim*.

³⁵ N. Irti, *Diritto senza verità*, Roma-Bari, 2011. Per rilievi affini, v. anche A. Gentili, *Scienza giuridica e prassi forense*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2010, 203 s., spec. 232: «*abbandonare il mito della verità. Accogliere l'idea che l'uso della forza che contraddistingue il governo giuridico dei fatti è legittimo allorché chi lo subisce, quantunque renitente, non trova più un'obiezione razionale per opporsi. Ammettere che anche la più furba, la più strategica, la più cinica tesi avvocatessa, è valida, se è inconfutabile*». Cfr. anche le riflessioni di B. Cavallone, *In difesa della veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 1 s., insieme alla puntuale risposta di M. Taruffo, *Contro la veriphobia. Osservazioni sparse in risposta a Bruno Cavallone*, *ivi*, 2010, 995 s.

³⁶ Così, A. Supiot, *Homo juridicus. Saggio sulla funzione antropologica del diritto*, Milano, 2006, 61 e 143, che definisce il diritto «*una tecnica di umanizzazione della tecnica*», nonché O. De Bertolis, *Elementi di antropologia giuridica*, cit., 59.

³⁷ Ancora A. Supiot, *Homo juridicus*, cit., 78 e 158 e O. De Bertolis, *L'ellisse*, cit., 69 s.

³⁸ Si veda, in argomento, E. Berti, *Il concetto di ordine naturale*, in *Studium*, 1988, spec. 509 s.

³⁹ Cfr. O. De Bertolis, *L'ellisse*, cit., 99: «*(...) l'ordinamento giuridico rifiuta che un uomo o una donna possa essere oggetto di decisioni altrui, dovendo sempre essere soggetto di decisioni proprie, in rapporto di uguaglianza con gli altri*».

⁴⁰ Si fa riferimento alla *lex naturalis*, che è partecipazione della *lex aeterna* nella creatura ragionevole (*Summa theol.*, I^a- II^a, q. 91, a. 3). Per la nozione di *lex aeterna*, quale ordine delle cose disposto dalla ragione divina, cfr. *Summa theol.*, I^a- II^a, q. 91, a. 1, ad 2, su cui O. De Bertolis, 482

dimensione del giusto⁴¹.

Da parte sua, il giudizio mira alla giusta decisione. Non è dato sopravvalutare l'economia processuale, erigendola a valore assoluto e prevalente, né promuovere «negoziamenti» del vero⁴², a scapito di ciò che giustizia impone. «Fare presto» non è «ragionevole» – nel senso di cui all'articolo 111 Cost. – se porta a «fare male»⁴³; i poteri ufficiosi non arretrano, anche nei modelli *adversarial*⁴⁴, dinanzi a quelli delle parti, ove possano supplire alle carenze probatorie, ed efficacemente vagliare la veridicità di un fatto, ancorché pacifico o «non contestato»⁴⁵. Il processo non ha valenza autonoma, ma stru-

L'ellisse, cit., 114. Per l'accezione di natura quale fine, perfezione ultima di ogni cosa, *Summa theol.*, II^a- II^a, q. 184, a. 1.

⁴¹ Così, O. De Bertolis, *L'ellisse*, cit., 174, che così sintetizza il pensiero dell'Aquinate: «(...) se le leggi sono giuste, traggono la loro vis obbligandi dalla legge eterna e obbligano in coscienza. Se sono ingiuste, bisogna distinguere. Se vanno esplicitamente contro la legge divina, non obbligano affatto; se invece la loro ingiustizia è semplice contrarietà al bene umano, quella particolare e non quella comune, ovvero (con riferimento al legislatore) se questi oltrepassa le proprie attribuzioni, oppure ancora (in relazione alla forma) se gli oneri non sono equamente distribuiti, in tali casi, essendo questi più atti di violenza che leggi, non obbligano in coscienza (...)».

⁴² Si pensi alla cd. «non contestazione» nel processo civile, su cui *amplius infra* in nota, e ai riti alternativi – primo fra tutti il patteggiamento ex art. 444 cod. proc. pen. – nel processo penale.

⁴³ Si fa riferimento alle recenti «sopravvalutazioni» del principio di ragionevole durata, a scapito del diritto di difesa e della stessa garanzia di verità. *Cfr.*, in particolare, gli ultimi orientamenti giurisprudenziali favorevoli all'ampliamento dell'ambito applicativo del giudicato implicito (ad es., in relazione all'art. 37 cod. proc. civ. – Cass. sez. un. 9-10-2008, n. 24883, in *Foro it.*, 2009, 3, I, 806) o al dimezzamento, in ogni caso, del termine di costituzione in giudizio dell'opponente nella fase di opposizione a decreto ingiuntivo (Cass. sez. un. 9-9-2010, n. 19246, in *Giust. cin.*, 2011, 1, I, 118). Desta molti dubbi – in particolare in relazione alla facoltà di spiegare domanda riconvenzionale – il nuovo procedimento sommario di cognizione ex artt. 702- *bis* e segg. cod. proc. civ.

⁴⁴ In merito, con riferimento al processo civile nordamericano, M. Damaska, *Il diritto delle prove alla deriva*, tr. it. Bologna, 2003, 113, che denuncia lo svuotamento dei poteri istruttori del giudice, nonostante la *Rule 102* delle *Federal Rules of Evidence* preveda espressamente, quale scopo dell'assunzione delle prove, «that the truth may be ascertained».

⁴⁵ E', infatti, inammissibile, nel processo civile, «dare per veri» i fatti non contestati dalla controparte, nei termini prescritti per l'espletamento delle attività difensive. *A fortiori* alla luce del nuovo articolo 115 cod. proc. civ. – per cui i fatti non contestati possono fondare la decisione del giudice –, il contegno processuale di «non contestazione» non può mai assumere la valenza di *ficta confessio* (v., tuttavia, Cass. civ. sez. un. 23-1-2002, n. 761, in *Foro it.*, 2003, I, 604) ma solo incidere sul riparto dell'onere probatorio tra le parti. Per questa impostazione, si rinvia al più compiuto lavoro sul tema, di A. Carratta, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, Milano, 1995, spec. 267 s. *Cfr.* anche Id., *A proposito dell'onere di «prendere posizione»*, in

mentale rispetto alle situazioni giuridiche sostanziali⁴⁶: solo tendendo al vero, dà a queste ultime compiuta attuazione.

Il modello della *quaestio* tomistica e la dialettica *ius/lex* si applicano, indistintamente, alle norme sostanziali e alle vicende processuali⁴⁷: entrambe hanno, nel *dialogo*⁴⁸ la forza motrice e, nel *giusto oggettivo*, la base legittimante. Il modello dell'«ellisse» lancia una sfida, anzi la più alta delle sfide: non stancarsi di preservare il processo, come l'intero sistema giuridico, dalla deriva tecnocratica, per farne, oggi come ieri, un'arte, l'arte del giusto⁴⁹.

Giur. it., 1997, I, c. 152.

⁴⁶ Si richiama G. Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Roma, 1935, 15, oltre a S. La China, voce *Norma giuridica (dir. proc. civ.)*, in *Enc. Dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 411.

⁴⁷ Per quest'ordine di idee, cfr. A. Giordano, *Dignità dell'uomo e tutela effettiva. Strumenti e garanzie dal diritto sostanziale al processo*, in *Studi senesi*, 2010, *passim*, oltre a Id., *Procreazione assistita e scelta di «non scegliere»*. Del «chiesto» e del «non pronunciato» nella recente pronuncia sulla procreazione medicalmente assistita, in *Rivista di diritto dell'economia, dei trasporti e dell'ambiente*, 2009, *passim*.

⁴⁸ Evidentemente, in seno al Parlamento per la norma e in sede di trattazione o dibattito per il processo. Cfr., sul principio del contraddittorio, per tutti, G. Calogero, *Filosofia del dialogo*, Milano, 1962, F. Benvenuti, voce *Contraddittorio (diritto amministrativo)*, in *Enc. Dir.*, IX, Milano, 1961, F. Carnelutti, *Diritto e processo*, cit., 99. Cfr., più di recente, N. Picardi, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, 2008, 247. Sulla sintesi, operata dal giudice, di istanze contrapposte, v. G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, 1992, 179 s.

⁴⁹ V. la nota definizione celsina, in D. 1.1.1: «(...) *ius est ars boni et aequi*». In merito, si veda, di recente, l'interessante scritto di F. Gallo, *Definizione celsina e dottrina pura del diritto*, in *Teoria e storia del diritto privato*, 2011. Cfr. anche D. 1.1.10. 1-2: «*Iuris praecepta haec sunt: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere. Iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*».