

Giudizio Mediazione Conversione Francesco Gentile e la filosofia della controversia

Antonio Punzi

Università LUISS Guido Carli

Abstract: Judgment Mediation Conversion. Francesco Gentile and the Philosophy of Litigation

The essay focuses on Francesco Gentile's philosophy of litigation, starting from Capograssi's and Opocher's legacy. The possibility of ascertain the truth in legal adjudication has been questioned following the fall of the legicentric paradigm, and the consequent rise of ADR: these major events challenged the current assumptions in the theory of litigation, but Francesco Gentile's idea of truth as "conversion" might still play a prominent role in understanding the inter-subjective meaning of truth in dispute-setting.

Keywords: Judgment, Mediation, Truth in adjudication, Litigation.

Sommario: 1. Processo, verità, persuasione: la lezione di Capograssi – 2. Il processo e la verità (con la minuscola): l'intuizione di Opocher – 3. Dal processo al giudizio: il senso di Satta per la controversia – 4. Crisi della mitologia giurisdizionalista e giustizia dei privati – 5. Dalla verità processuale alla verità intersoggettiva: la mediazione della controversia come opera di "conversione".

In diversi passaggi della sua tenace, pluridecennale riflessione sulle moderne geometrie legali¹, e sulla dicotomia privato/pubblico ad esse sottesa, Francesco Gentile si sofferma sui profili filosofici del processo e della controversia.

Ciò, evidentemente, non sorprende, se solo si rammenta la sua familiarità con gli studi di Capograssi e il diretto contatto con il magistero di Enrico Opocher; eppure fornisce l'occasione, non solo per interrogarsi sull'effettivo ascendente di questi due maestri sulla filosofia della controversia di Gentile², ma anche per chiedersi quanto l'idea della processualità del diritto possa considerarsi oggi attuale e quale significato essa assuma nel quadro delle più recenti trasformazioni del diritto.

1. Processo, verità, persuasione: la lezione di Capograssi

¹ Sulle geometrie legali, a titolo esemplificativo, vedi F. Gentile, *Filosofia del diritto. Le lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*, Padova, 2006, Cedam, parte II. Sulla dicotomia tra privato e pubblico, Id. *Intelligenza politica e ragion di stato*, Padova, 1983, Cedam, p. 7 ss., 57 ss. e 223 ss.

² Sul dichiarato debito della filosofia del processo di Gentile nei confronti del pensiero di Capograssi e di Opocher, vedi *Filosofia del diritto*, cit., p. 223; vedi anche *Ricordo di Enrico Opocher*, Venezia, 2006, Istituto veneto di scienze, lettere ed arti.

L'attenzione di Capograssi verso la dimensione processuale del diritto³, prima che testimoniata da molti suoi scritti, si direbbe consequenziale alla sua lettura della vita centrata sull'azione⁴. La propensione, sua propria, ad osservare la vita nel concreto lo induce ad interrogare filosoficamente il processo e, più in generale, la parabola che, dal sorgere del conflitto attraverso la sua articolazione in forma di controversia, giunge fino alla formulazione del giudizio.

La posta in gioco nel processo è alta: non si tratta solo di addomesticare le forze in contrasto mediante procedure, bensì di cercare la verità. Una verità ri-costruita, eppure non fittizia; una verità fallibile, ma pur sempre verità umana, la migliore possibile *iuxta alligata et probata*⁵. La stessa scelta dei confliggenti di presentarsi al cospetto di un terzo imparziale presuppone – si direbbe alla stregua di un'implicazione pragmatica – la fiducia nella possibilità di giungere alla verità⁶.

Proprio questa faticosa e talora drammatica tensione verso la verità fa emergere, in Capograssi, il valore del processo come opera di riflessione, di cooperazione, di persuasione. Nel processo anzitutto si riflette: l'esperienza arresta il flusso degli eventi, torna sui suoi passi, si mette a ripensare al vissuto. Magnifica la sua definizione del processo come “la vera e sola ricerca del tempo perduto che fa l'esperienza pratica”⁷.

Questo “rivivere il vissuto”, d'altronde, può essere ambientato solo in un orizzonte condiviso. E ciò non solo perché quel vissuto ha contrapposto gli interessi, diviso gli animi e dunque chiede che siano tutti convocati a rappresentare ed argomentare le rispettive doglianze: è la stessa ricerca del vero ad esigere il contributo di molti⁸. Il processo assume così valore esemplare della condizione umana: il nodo della pluralità dei punti di vista non può essere tagliato con un atto di nuda volontà – *stat pro ratione voluntas* – bensì impone di mettersi alla ricerca del vero coinvolgendo una pluralità di attori⁹. Questi, nell'esperienza giuridica, sono le parti con i rispettivi difensori, i testimoni, il giudice con i suoi periti ed ausiliari; per tacere di altri – la dottrina che ha ragionato e le corti che hanno pronunciato sul bene della vita

³ Su cui vedi anzitutto E. Fazzalari, “Capograssi e la realtà del processo”, in F. Mercadante (a cura di), *Due convegni su Giuseppe Capograssi*, Milano, 1990, Giuffrè, p. 369 ss.

⁴ “Non v'ha dubbio che il problema dell'azione, l'azione dell'uomo che realizza se stesso e così il mondo, sia il tema della filosofia di Capograssi” (F. Tessitore, *Capograssi e il collettivismo dell'azione*, in *Contributi alla storia e alla teoria dello storicismo*, Roma, 2000, Edizioni di storia e letteratura, V, § 16). Sul punto v. anche G. Zaccaria, *Esperienza giuridica, dialettica storia in Giuseppe Capograssi*, Padova 1976, Cedam, p. 108 ss.

⁵ Scrive Capograssi: “la verità legale non significa una verità finta e presunta per necessità pratica, ma in sostanza è la verità che si trova seguendo la via dell'obiettività. La verità legale è la verità umana, cioè la verità che gli uomini trovano procedendo umanamente alla ricerca, con le possibilità e i metodi che sono propri della condizione umana” (G. Capograssi, “Giudizio processo scienza verità”, in *Opere*, vol. V, Milano, 1959, Giuffrè, p. 66).

⁶ Sempre Capograssi: “il processo suppone la verità, l'idea di verità, che la verità valga, che la verità deve essere ricercata, che la verità deve essere obbedita: suppone che si creda alla verità” (Ivi, p. 73).

⁷ Ivi, p. 58.

⁸ “Intervengono tutti nella procedura, perché solo attraverso l'intervento di tutti si può realizzare questo reintegrare come presente il passato: tutti sono necessari perché solo la collaborazione di tutti può ricomporre quello che non è più” (*Ibidem*).

⁹ Sulla presenza di questo motivo capogrossiano in Gentile, vedi ad es. F. Gentile, *Filosofia del diritto*, cit., p. 224. Proprio dialogando con il pensiero di Gentile, scrive Romano: “La ricerca della giustizia è la ricerca della verità nella condizione di finitudine dell'individuo, che si manifesta con l'ascolto rispettoso di tutte le persone ed esige così il riconoscimento universale ed incondizionato di ogni essere umano” (B. Romano, “Giudizio giuridico e principio di uguaglianza”, in *L'Ircocervo. Rivista elettronica italiana di metodologia giuridica, teoria generale del diritto e dottrina dello stato*, 2014, p. 28).

controverso – formalmente assenti eppure richiamati nella prospettazione e decisione della controversia.

Di questa tensione del processo verso la verità – a dispetto di ogni metafisica ingenua come di ogni comodo scetticismo – va comunque fornita una giustificazione: bisogna esibire il modo in cui una pluralità di soggetti e parti può condividere la ricerca del vero, ragionando, argomentando, persuadendosi a vicenda. E ciò, agli occhi del pensatore sulmonese, tanto più è essenziale dopo la seconda guerra mondiale, quando si è manifestato appieno il volto del totalitarismo, la cui essenza non è solo la riduzione dell'uomo ad entità priva di valore, “astratto paradigma di forze”¹⁰, ma la trasformazione del linguaggio in veicolo di manipolazione delle coscienze.

Capograssi coglie il punto con la consueta lucidità: l'ambiguità (non solo del diritto, ma) del mondo contemporaneo sta anzitutto in ciò, che, in una condizione umana sempre più connotata dalla comunicazione (il *linguistic-hermeneutic turn* è alle porte), la parola può farsi tramite tanto di disumanizzazione – come nella propaganda, che incide sulle “labili e capricciose credenze degli uomini” per mettere nelle loro teste questa o quella ideologia” e così “trasformare l'individuo”¹¹ – quanto di salvaguardia e tutela della dialogica del consorzio umano.

Proprio negli individui che hanno sofferto la sopraffazione e la dittatura, infatti, Capograssi coglie, accanto a bisogni effimeri e potenzialmente autodistruttivi, un fondamentale bisogno di persuasione¹². Acquisita coscienza del proprio valore, l'uomo contemporaneo non si accontenta più dell'argomento di autorità, ma vuole che di ogni obbligo vengano esibite le ragioni. E ciò soprattutto nell'esperienza giuridica, in cui il momento autoritativo è ineludibile, eppure, “anche quando c'è distacco tra volontà che comanda e volontà che obbedisce, la volontà che obbedisce obbedisce perché si persuade del giudizio di valore implicito nella volontà che comanda”¹³.

Non a caso, quella in cui scrive l'ultimo Capograssi è l'epoca di fioritura del pluralismo caratteristico delle democrazie costituzionali. In esse l'*ordo ordinans* è governato dal principio dell'*unità nella pluralità* e “il comune pensare è prima di tutto un comune ricercare sotto la forma della disputa del contrasto e della lotta, e insieme un comune accettare un comune accordarsi sopra un minimo o sopra un massimo di cose accettate e consentite, e un comune sforzo per realizzarlo e tradurlo in effettiva realtà”¹⁴.

Nella riflessione di Capograssi in tema di persuasione, peraltro, vi è un passaggio che, se ci si limita ai termini tradizionali della riflessione sulla processualità del diritto, può creare un problema. La persuasione cui allude Capograssi, infatti, non si ferma all'esteriore manifestazione del consenso, ma scava nel profondo, raggiunge l'intima convinzione, si fa tramite di chiarificazione del sé. L'intera realtà, a ben vedere, “si compone pur sempre di individui e di coscienze” e “persuadere una coscienza” “è già una parte della realtà salvata”¹⁵.

Si tratta di un punto di particolare rilievo, pur nei limiti della presente indagine:

¹⁰ G. Capograssi, “Il diritto dopo la catastrofe”, in *Opere*, cit., vol. V, p. 155.

¹¹ Id., “Incertezze sull'individuo”, *ivi*, pp. 460-461.

¹² Sui bisogni dell'individuo capogrossiano, vedi per tutti F. Mercadante, “Fiat aequalitas. L'individuo tra diritti e bisogni”, in *Due convegni su Giuseppe Capograssi*, cit., p. 1177-1239.

¹³ Id., “Ambiguità del diritto contemporaneo”, *ivi*, pp. 406-407. La centralità della persuasione appare conseguente ad una filosofia dell'esperienza giuridica che valorizza la dimensione processuale, in specie considerato l'intreccio, nella sentenza, tra dispositivo e motivazione. Sull'essenzialità della motivazione come giustificazione, vedi A. Incampo, *Metafisica del processo. Idee per una critica della regione giuridica*, Bari, 2010, Cacucci, spec. i, 1, 3.

¹⁴ Id., “L'esperienza in concreto”, in *Opere*, cit., vol. III, p. 220.

¹⁵ Id., “Appunti sull'esperienza giuridica”, *ivi*, p. 402.

l'esperienza giuridica può davvero ospitare e rendere possibile una persuasione intesa quasi alla stregua di una conversione? Forse che, attraverso e al di là della ricerca della verità nel processo, nella stessa controversia è in gioco un valore più profondo?

2. Il processo e la verità (con la minuscola): l'intuizione di Opocher

L'idea della processualità del diritto e soprattutto del processo come proiettato alla scoperta della verità è chiaramente avvertita da Enrico Opocher ed in varie forme approfondita dalla sua Scuola¹⁶. Di più: la tesi assume una funzione definitoria della specificità dello stile padovano rispetto ai coevi orientamenti giusfilosofici.

Proprio facendo leva sulla processualità del diritto, infatti, Opocher afferma il diritto come valore e così prende le distanze dallo scetticismo positivistico senza scivolare tra le braccia del giusnaturalismo. Il processo si presenta così come il nodo fondamentale dell'esperienza giuridica¹⁷: “Il diritto vale come valore perché fa valere” e fa valere proprio attraverso “la possibilità della lite, del processo e del giudizio”¹⁸.

Questo far valere, d'altronde, si realizza secondo un'idea di giustizia. Non si tratta di una giustizia intesa in senso formale e legalistico, dove la decisione della controversia è per definizione già implicita nella fattispecie astratta e dunque lo *ius dicere* deve pedissequamente conformarsi al suo dettato testuale. Non si tratta neanche di una giustizia in senso ideologico, in cui, all'opposto, la decisione è discrezionale appannaggio di un potere che, nel dare realtà all'ideale, fa spregio di ogni certezza e garanzia. Per Opocher il diritto ha valore perché attua un'idea di giustizia come riconoscimento della verità. Non si tratta certo

della Verità con la v maiuscola, come gli innumerevoli cacciatori di affermazioni metafisiche potrebbero sospettare. Il diritto, in ciò umanissimo dei valori, non ha proprio nessuna verità metafisica da scoprire. Ciò che gli interessa sono le piccole, quotidiane verità degli accadimenti, ciò che è avvenuto, che avviene e che potrà avvenire, nelle vicende degli uomini e, dunque, della loro storia. E, da questo punto di vista, è ben possibile constatare come tutta la esperienza giuridica si sviluppi come un grande e talvolta drammatico dialogo su queste piccole verità. Un dialogo la cui posta è, in caso di lite, l'aver avuto ragione o l'aver avuto torto¹⁹.

Le felici intuizioni di Opocher sulla processualità del diritto sollevano alcune

¹⁶ Sulle forme assunte dalla tesi sulla processualità del diritto nella scuola giusfilosofica padovana, v. G. Zaccaria, “Una filosofia dell'interpretazione giuridica: l'applicazione del diritto in Giuseppe Capograssi”, in *Arte dell'interpretazione*, Padova, 1990, Cedam p. 256; F. Cavalla, *La prospettiva processuale del diritto. Saggio sul pensiero di Enrico Opocher*, Padova, 1991, Cedam; Id., *L'origine e il diritto*, Padova, 2017, Cedam, parte III; P. Sommaggio, *Contraddittorio giudizio mediazione. La danza del demone mediano*, Milano, 2012, Franco Angeli. Con specifico riferimento all'influenza della tesi capograssiana sul pensiero di Gentile, vedi M. Cossutta, “Intorno a diritto e potere. Note sul pensiero giuridico di Francesco Gentile”, in M. Ayuso Torres (a cura di), *Dalla geometria legale-statalistica alla riscoperta del diritto e della politica*, Madrid, 2006, Pons, p. 248 ss.

¹⁷ “Secondo la prospettiva che abbiamo detto processuale il nodo fondamentale dell'esperienza giuridica viene individuato nel momento culminante del processo, vale a dire nel giudizio del giudice [...] perché la possibilità del processo e del giudizio condiziona logicamente tanto la posizione della norma quanto l'azione del soggetto in quanto giuridica” (E. Opocher, *Lezioni di filosofia del diritto*, Padova, 1983, Cedam, p. 296).

¹⁸ Ivi, p. 307.

¹⁹ Ivi, p. 311.

questioni di rilievo nella presente trattazione. Anzitutto: che nel processo sia anzitutto oggetto di accertamento la verità dei fatti, dunque la verità con la minuscola, è fuor di dubbio. Ma è solo questa la posta in gioco? In quel ritrovarsi delle parti nella controversia, nel loro mettersi a ragionare e a “pensare in comune”, cui faceva riferimento Capograssi, non c’è forse un valore ulteriore, che si esprime *anche* nel processo, eppure lo trascende? L’odierna, innegabile e drammatica, crisi del processo quale impatto ha sulla tesi della processualità del diritto?

3. Dal processo al giudizio: il senso di Satta per la controversia

La crisi del processo sembra trovare una suggestiva chiave di lettura proprio se la si iscrive nell’architettura teoretica della filosofia del diritto di Francesco Gentile. A ben vedere, infatti, tale crisi è figlia del dualismo logico tra privato e pubblico da lui sempre stigmatizzato, dunque della contrapposizione tra l’unicità del privato, egoista e insindacabile giudice delle proprie azioni, e l’assolutezza del pubblico, che al cospetto di monadi irrelazionate, sorde e aggressive assume le forme di un potere statale illimitato.

Nell’economia e nello sviluppo del suo pensiero, non è casuale l’attenzione di Gentile verso la declinazione propriamente giuridica del conflitto, verso la controversia come orizzonte in cui i differenti si relazionano dialetticamente, vanno anzitutto alla ricerca di ciò che li accomuna come premessa per l’attribuzione a ciascuno del suo. Emblematico, in tal senso, il saggio *La controversia alle radici dell’esperienza giuridica*²⁰. Le parole non sono a caso: controversia, non più processo.

Come non è a caso che, nella nota XIII di *Intelligenza politica e ragion di stato*, intitolata “Equivoci e paradossi della giustizia politicizzata”²¹, Gentile si soffermi su un dettaglio, piccolo ma significativo: una breve notizia, vergata dalla penna fine e tagliente di Salvatore Satta, a commento di una sentenza emessa da un pretore milanese negli anni delle contestazioni studentesche²².

Il rinvio alle due scarse paginette di Satta sembrano offrire una chiave di lettura dell’approccio di Gentile non solo al processo, ma al problema più generale dell’interpretazione e applicazione della legge. Nella sua prospettiva, infatti, la critica alla geometria legale non coglie il bersaglio se giocata solo sul registro dell’annosa, e

²⁰ F. Gentile, “La controversia alle radici dell’esperienza giuridica”, in P. Perlingeri (a cura di), *Soggetti e norma. Individuo e società*, Napoli, 1987, ESI, pp. 141-152, spec. p. 151.

²¹ F. Gentile, *Intelligenza politica e ragion di stato*, cit. pp. 207-221. Sulla critica di Gentile alla politicizzazione della giustizia, vedi A.M. Scerbo, “Un dialogo del tempo passato: il ‘mio’ Francesco Gentile”, in *L’Ircocervo. Rivista elettronica italiana di metodologia giuridica, teoria generale del diritto e dottrina dello stato*, 3/2015, p. 14.

²² La notizia *Ait praetor* venne pubblicata su una piccola (grande) Rivista, i *Quaderni del diritto e del processo civile*, III, 1970, pp. 171-172. La storia, benché nota, merita di essere richiamata giacché ha ad oggetto un tema di perdurante attualità. Nel 1970 un pretore milanese aveva assolto alcuni studenti che avevano occupato l’università Bocconi dall’imputazione di “invasione arbitraria di edificio altrui” ex art. 633 c.p. e di “interruzione di pubblico servizio” ex art. 340 c.p. La pronuncia per Satta è l’occasione per censurare l’uso rivoluzionario della giustizia: il pretore, infatti, motivò l’assoluzione, quanto al 633 c.p. facendo uso dell’argomento, invero debolissimo, eppure ripresentatosi spesso anche nella giurisprudenza successiva, secondo cui “le occupazioni studentesche delle sedi universitarie non possono mai essere considerate arbitrarie” giacché “le università appartengono anche agli studenti, anzi sopra tutto agli studenti”. Quanto al 340 c.p., l’assoluzione fu motivata argomentando che l’interruzione del servizio “aveva tra l’altro lo scopo che gli esami si svolgessero con commissioni regolari” e dunque “gli studenti non hanno agito illecitamente, ma hanno invece operato per una più completa attuazione della legge”.

invero assai equivoca, disputa tra formalismo e antiformalismo. Non a caso Gentile trova ispirazione nel *capograssiano* Satta, feroce critico del formalismo – dal giurista sassarese definita “scimmia dell’esperienza” – ma parimenti censore di un antiformalismo ad uso rivoluzionario, che si fa scudo dell’art. 101 cost - “la giustizia è amministrata nel nome del popolo” - per conferire surrettiziamente al giudice il potere di ridisegnare il quadro normativo prima di rendere la sentenza²³.

Per Satta, dunque, la questione centrale di una filosofia della controversia non sta nello scegliere tra certezza legale e creatività giurisprudenziale, ma nello spostare l’attenzione dal processo al giudizio²⁴. “Il processo non è altro che giudizio e formazione di giudizio”²⁵. E a sua volta il giudizio è un momento eterno dello spirito in cui il fluire dell’azione si ferma a ricercare la sua giusta misura: giudicare non è solo decidere e condannare, ma condurre l’uomo sulla via dell’interrogazione e della responsabilità. La vita stessa “non è altro che l’immenso fluire dell’azione umana”, che però “deve arrestarsi se non vuole diventare un torrente folle che tutto travolga e sommerga: l’azione si ripiega su sé stessa e si sottopone al giudizio”²⁶.

²³ La critica di Satta al formalismo non assume mai i toni di una critica alla codificazione in quanto tale né si traduce in una contrapposizione tra la mera esegesi del servile giurista di ieri e la creatività del giurista di oggi. “Il formalismo non deve essere confuso con il principio di legalità che è del tutto fuori questione e tanto meno la critica del formalismo può essere svolta sotto il segno della vaga aspirazione a una giustizia sostanziale, in ribellione aperta o larvata alla volontà della legge. Queste cose possono aver valore *de jure condendo*, ma non hanno per il giurista alcun attuale valore” (S. Satta, *Il mistero del processo*, Milano, 1994, Adelphi, p. 86). La stessa scienza giuridica nata dal *code civil*, d’altronde, “non aveva nulla di astratto e di irrealistico, come né astratta né irrealistico era l’identificazione del diritto col codice, perché ben si ammetteva un progresso e una evoluzione degli istituti giuridici codificati, sotto la spinta delle mutabili esigenze della vita, ma sempre nell’orbita stessa del codice e dei principi in esso raccolti, e soprattutto al di fuori di ogni arbitrio di legislatore” (ivi, p. 116).

²⁴ Tale superamento, nella riflessione sull’interpretazione ed applicazione della legge, della contrapposizione tra formalismo e antiformalismo si coglie nitidamente anche in Gentile. Vedi, quanto al formalismo, F. Gentile, *Filosofia del diritto*, cit., p. 216 ss.; quanto all’antiformalismo, la già citata nota XIII di *Intelligenza politica e ragion di stato*. La critica al formalismo si iscrive, evidentemente, nella più generale critica di Gentile al dualismo pubblico/privato tipico del razionalismo moderno: “La fiducia senza riserve nella deduzione legale, dominante dall’avvento del Code Civil, con cui a partire dal 1804 Napoleone Bonaparte ha diffuso in Europa l’illuminismo, ma sarebbe più corretto dire il giacobinismo, giuridico, ha portato a concepire l’ordinamento come il risultato del sovrapporsi di un ordine virtuale, quello della volontà pubblica di cui le leggi sono o sarebbero espressione, sul disordine reale, quello delle volontà private anarchicamente accavallatisi”. D’altronde, “a duecento anni di distanza, la fiducia nella deduzione legale sembra essere incappata in una crisi profonda”. “Tutto ciò ha fatto riaffiorare dall’oblio in cui era stato relegato il procedere dell’ordinamento per confronto delle ragioni dei litiganti” (F. Gentile, “Clinica del diritto”, in *L’Ircocervo. Rivista elettronica italiana di metodologia giuridica, teoria generale del diritto e dottrina dello Stato*, IV, 1/2004, pp. 1-2). Quanto, invece, alla critica nei confronti di una politicizzazione della giustizia nascosta sotto un metodo antiformalistico, essa non ha impedito che nel tempo (ad es. in *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*) Gentile abbia vieppiù valorizzato l’idea della necessaria interpretazione ed applicazione delle leggi nel quadro della c.d. legalità costituzionale. Su ciò, vedi P. Perlingieri, “Francesco Gentile e la legalità costituzionale. Dalla diffidenza alla piena sintonia”, in *L’Ircocervo. Rivista elettronica italiana di metodologia giuridica, teoria generale del diritto e dottrina dello Stato*, 2014, p. 47 ss.

²⁵ S. Satta, *Il mistero del processo*, cit., p. 24. La stessa “ricerca della verità” “non è una caratteristica del processo, ma una esigenza imprescindibile di ogni giudizio” (Id., “Gli orientamenti pubblicistici della scienza del processo”, in *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Padova, 1980, Cedam, p. 440 e p. 184).

²⁶ Ivi, pp. 24-25. Nel sostenere tale tesi, peraltro, lo stesso Satta riconosce il suo fraterno debito verso Capograssi, in relazione al quale egli scrive: “Limpidamente egli aveva visto che la controversia non è e non si esaurisce nel conflitto di interessi e quindi nella ricerca di un’utilità, ma è essenzialmente contrasto di principi, sui principi formativi dell’esperienza; così come limpidamente aveva visto che la

Ad avviso di Satta, d'altronde, il giudizio giuridico non è prerogativa della giurisdizione, ma viene rimesso alla stessa volontà delle parti, basti pensare all'arbitrato o a istituti come la transazione, la conciliazione, il negozio di accertamento²⁷.

Ecco che, spostando l'attenzione dal processo al giudizio e valorizzando le forme non giurisdizionali di articolazione e composizione delle controversie, viene da chiedersi se l'odierna crisi del processo sia leggibile anche come crisi del giudizio o non colpisca, piuttosto, il mito del monopolio statale della giurisdizione.

4. Crisi della mitologia giurisdizionalista e giustizia dei privati

Il discorso ci riporta a Francesco Gentile sotto due profili. Anzitutto: la crisi della geometria legale si coglie non solo nella crisi del modello illuministico di certezza (oggi denunciata con la consueta finezza e perspicuità negli studi di Irti sulla crisi della fattispecie²⁸), del mito della statualità del diritto o del culto della legge. È piuttosto la crisi del monopolio statale della giurisdizione ad evidenziare l'eclissi del modello fondato sulla contrapposizione pubblico/privato.

La già richiamata – e tante volte criticata dallo stesso Gentile – mitologia moderna della legge e del potere sovrano, inteso come titolare esclusivo del diritto di regolare, giudicare e sanzionare le condotte, infatti, portava con sé una ben precisa filosofia non solo della regolazione, ma anche della giurisdizione sotto il profilo sia della soluzione delle controversie che dell'organizzazione della magistratura²⁹. È in specie nell'Europa continentale che si impone la narrazione secondo cui il diritto di ragione viene formulato solo nella legge dello Stato e l'autentica giustizia è pronunciata solo nei pubblici tribunali per bocca di giudici-funzionari legati da un sacro vincolo di fedeltà allo Stato stesso³⁰.

Non può negarsi, d'altronde, che l'assetto degli ordinamenti giuridici contemporanei presenti dei caratteri innovativi: la modalità del rendere giustizia si diversifica in una pluralità di modelli (giudiziari, paragiudiziari, arbitrali) talora disposti non secondo un'architettura piramidale, bensì in una rete con continui rimandi tra le decisioni dell'uno e dell'altro³¹. Ecco che lo *ius dicere* sembra progressivamente emanciparsi dal modello statual-giurisdizionalista e divenire una funzione diffusa nella società, situata a diversi livelli, pre-statuale come extra-statuale³². E delle tante forme di risoluzione giudiziale delle controversie, all'interno e al di fuori dello Stato, solo alcune

controversia segna l'apparire dell'intelletto riflesso nell'azione” (S. Satta, “Il giurista Capograssi”, in *Soliloqui e colloqui di un giurista*, cit., p. 440).

²⁷ *Quaderni del diritto e del processo civile*, III, 1970, p. 21. Su processo e arbitrato, indimenticato è il pionieristico lavoro di Satta, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Milano, 1931, Vita e pensiero, spec. cap. II.

²⁸ Vedi ad es. N. Irti, “La crisi della fattispecie”, in *Rivista di diritto processuale*, 2014, ora in *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, Giappichelli; “Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie”, in *Rivista di diritto civile*, 5/2014, pp. 987-991; “Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica”, in A. Carleo (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, Bologna, 2017, Il Mulino, spec. p. 19.

²⁹ Su ciò vedi N. Picardi, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, 2007, Giuffrè, p. 112 ss.

³⁰ P. Grossi, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, 2007, Laterza, p. 129 ss. V. anche N. Picardi, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, 2007, Giuffrè, p. 31.

³¹ Su ciò vedi N. Picardi, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, cit., cap. I.

³² Vedi per tutti M.R. Ferrarese, *La governance tra politica e diritto*, Bologna, 2010, Il Mulino, pp. 138 e 140.

mantengono i tradizionali caratteri della giurisdizione pubblica³³.

In sintesi: se nello Stato di diritto moderno il cittadino si sentiva garantito solo da un giudizio esercitato da un organo che statuisse in nome del sovrano, la società postmoderna ha bisogno, se non di sostituire, di affiancare all'autorità dello Stato e alla coerenza della sua giurisdizione, l'autorevolezza della giustizia dei privati e la persuasività delle sue decisioni.

E così il discorso torna al giudizio come punto di arrivo non sempre di un processo *stricto sensu* inteso, ma più in generale di una controversia come opera intersoggettiva cui il privato partecipa non più solo come suddito in attesa di giustizia, ma come attore, pronto a rappresentare e difendere le proprie ragioni e dunque a fornire il suo contributo affinché il ragionamento pratico si concluda in una soluzione persuasiva della stessa controversia.

5. Dalla verità processuale alla verità intersoggettiva: la mediazione della controversia come opera di “conversione”

Considerato il percorso sin qui seguito, però, appare doveroso chiedersi se il superamento del modello processual-statualistico, e dunque la valorizzazione della giustizia dei privati e delle forme alternative di risoluzione delle controversie, non implichi la rinuncia alla tesi secondo cui il processo ha come scopo suo proprio la scoperta della verità.

La questione può essere formulata nei termini seguenti: le forme alternative di composizione della lite sacrificano la ricerca della verità sull'altare di una logica economicistica che privilegia la riduzione dei tempi e dei costi della controversia? O non è forse vero l'opposto, e cioè che tali forme, proprio perché coinvolgono in modo diretto le parti nell'interazione dialettica, rendono possibile un momento essenziale nella fenomenologia della controversia – il presentarsi dei confliggenti l'uno al cospetto dell'altro, mossi da opposti interessi eppure segnati da una comune umanità – che nel processo tende invece a restare sullo sfondo, se è vero che in esso sono soprattutto i difensori ad assumere un ruolo attivo e la parte resta, paradossalmente, sullo sfondo?

Uno spunto è suggerito proprio da Francesco Gentile³⁴. L'accedere alla controversia giuridica, egli scrive, implica

il coraggio di rompere con la particolarità della propria opinione per riconoscersi nella comunanza del vero; implica il coraggio di sottrarsi alla forza di gravitazione dell'egocentrismo individuale per lasciarsi attrarre dalla forza di gravitazione del bene comune. In altri termini implica una vera e propria *conversione*³⁵.

Ebbene: non era stato proprio Capograssi a parlare della persuasione come di un'opera di conversione? In che senso il ruolo della parte nella controversia ha a che

³³ Su ciò vedi N. Picardi, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, cit., p. 174 ss.

³⁴ F. Gentile, “Il processo e la conversione del conflitto”, in *L'Ircocervo. Rivista elettronica italiana di metodologia giuridica, teoria generale del diritto e dottrina dello stato*, IV, 2/2007.

³⁵ *Ibidem* [corsivo aggiunto]. La dialettica “non è soltanto né principalmente uno strumento formalistico della *disputatio*, bensì prima ancora ha un valore reale, che è originario, in quanto discerne ciò che è simile e ciò che è distinto nelle composizioni di specie multiple complesse di cose che integrano il mondo”. Così F.A. Lamas, “Dialettica e critica della geometria legale”, in *L'Ircocervo. Rivista elettronica italiana di metodologia giuridica, teoria generale del diritto e dottrina dello stato*, 2014, p. 39.

fare con la conversione? Nel riflettere sullo sforzo che le parti fanno per liberarsi dalla morsa dell'egocentrismo ed aprirsi alla ricerca di una soluzione comune, Gentile scrive che "tale disposizione al cambiamento non ha nulla a che fare con la mancanza di orientamento" propria di "una banderuola che cambia di direzione col mutare del vento". A rendere possibile la conversione "dei soggetti confliggenti nella lite" è piuttosto "la fedeltà al vero che non si presenta come un dato assodato, bensì come tracciato di una ricerca impregiudicata"³⁶.

Ecco il punto: quando le parti, che pur sono *controparti*, si incamminano su questo tracciato di ricerca – che non si sa dove porterà, giacché il vero non è prerogativa dell'uno né dell'altro né del terzo, qualunque abito questi assuma – la via della conversione è già intrapresa. Se è consentita una libera parafrasi evangelica, la *vita* della controversia è, inscindibilmente, *via* e *verità*. Si tratta di una via che coinvolge l'individuo nel profondo: "la conversione", scrive Gentile, "è e non potrebbe non essere se non personale e interiore. È il soggetto litigante che solo può superare autenticamente la lite".

Va peraltro rimarcato come, per Gentile, al fine di rendere possibile tale personalissima conversione, giochi un ruolo decisivo il giurista, il difensore, l'avvocato: "Un *paràkletos* diremmo in greco, che significa il chiamato in aiuto, l'*advocatus* latino, ma anche l'intercessore e il consolatore"³⁷. L'avvocato, dunque, è chiamato proprio attraverso l'esercizio del suo ufficio, ad attivare nello spirito del litigante un processo di interiore trasformazione.

Orbene, questa originale e coraggiosa meditazione gentiliana sulla controversia, intesa come arena in cui può realizzarsi una conversione dei litiganti anche grazie al ruolo *paracletico* svolto dai rispettivi difensori, induce a chiedersi se, almeno per certe materie, gli strumenti di risoluzione non giurisdizionale delle controversie siano, rispetto al processo tradizionale, più idonei ad agevolare l'incontro tra le parti e la sospensione di queste a convertire la propria intenzionalità belligerante.

Si pensi, ad esempio, all'istituto della mediazione. Al di là dell'effettivo disegno sotteso alle scelte del legislatore³⁸, la presenza obbligatoria, in tale procedimento, sia delle parti che dei rispettivi difensori sembra assumere un precipuo significato proprio alla luce di quanto si è sopra osservato, dunque affinché i belligeranti possano, per dir così, convertirsi³⁹. Essi stanno certo litigando, eppure proprio grazie all'incontro *vis-à-vis* e alla sua declinazione giuridica, che implica per l'appunto l'assistenza legale, possono strappare il conflitto al regno della forza, rappresentarlo in termini di diritti e doveri, trasformarlo in controversia⁴⁰. Di più: se i confliggenti si presentano di fronte a un terzo assistiti da un avvocato è proprio per essere aiutati in ciò che da soli non sono stati capaci di fare: liberarsi dalla morsa dell'interesse al dominio, colmare il vuoto che

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ *Ibidem*. Sul punto vedi anche F. Gentile, *Filosofia del diritto*, cit., p. 214 ss. Sul ruolo dell'*advocatus*, v. anche *Sulla iuris prudentia*, Appendice a *Legalità giustizia giustificazione. Sul ruolo della filosofia del diritto nella formazione del giurista*, Napoli, 2008, ESI, pp. 106-107.

³⁸ Anzitutto D. Lgs. n. 28/2010 e D.L. n. 69/2013.

³⁹ "Il momento nel quale il litigante si rivolge al giurista, dunque, è il momento più delicato dell'ordinamento delle relazioni intersoggettive, perché è quello nel quale il recupero, sulla volontà di dominio, delle ragioni di una pretesa, o delle pretese, trasforma il conflitto in controversia" (F. Gentile, *Filosofia del diritto*, cit., p. 215).

⁴⁰ "L'ordinamento giuridico, come composizione della controversia, si realizza solo se e in quanto tra le due vedute dell'ordine determinanti il disordine si stabilisce un rapporto dialettico, nel senso della dialettica classica" (F. Gentile, *La controversia alle radici dell'esperienza giuridica*, cit., pp. 151-152). Su ciò, vedi anche F. Gentile, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, Padova, 2001, Cedam, pp. 46-47.

li divide, riavviare il dialogo, argomentare in fatto e in diritto le proprie pretese, perseguire la via di una ragionata persuasione e così ricercare una via per la composizione del conflitto⁴¹.

Ecco che le forme di risoluzione alternativa delle controversie, proprio per il più intenso e dialettico coinvolgimento delle parti, sembrano porre le condizioni perché si realizzi ciò che per Capograssi era specifico di ogni controversia: quel trovarsi l'uno di fronte all'altro che fa sì che la controversia non sia una "giustapposizione di tesi", ma un "trasformare le azioni che sembrano stabili e invece passano l'una nell'altra"⁴². Non a caso nella controversia sono le parti le "protagoniste degli interessi in gioco": a loro spetta di "reintegrare l'esperienza e reintegrarne il flusso"⁴³.

Ecco che, sul punto di congedarsi, la presente riflessione non a caso fa ritorno a Capograssi ed in specie alla sua equiparazione tra composizione processuale e composizione convenzionale della lite:

La composizione convenzionale della lite è proprio l'affermazione più piena della personalità del singolo soggetto dell'ordinamento; ed in questo senso la più piena attuazione di concreta giustizia, perché è l'ordinamento che si attua nell'affermazione di un suo valore costitutivo la singola personalità, la quale vince col suo autonomo atto di volontà la incertezza giuridica e mette in essere con questa affermazione spontaneamente l'ordinamento nel caso concreto⁴⁴.

Forse è proprio questo, per l'esperienza giuridica, il senso della tesi capograssiana secondo cui "persuadere una coscienza è già una parte della verità salvata".

⁴¹ Su ciò vedi ad es. L. Franzese, "Il principio di autocomposizione delle liti tra mediazione e processo", in *Jus*, 3 /2016, pp. 247-268.

⁴² G. Capograssi, "Intorno al processo (Ricordando Giuseppe Chiovenda)", in *Opere*, cit., IV, p. 148.

⁴³ Id., "Giudizio processo scienza verità", cit., p. 62.

⁴⁴ G. Capograssi, *Intorno al processo*, cit., p. 153, nota I.