

Pierlorenzo Diso

LA FORMAZIONE *POST LAUREAM* DELL'AVVOCATO: DALLA "NOZIONE" ALLA "QUESTIONE"*

Sommario: 1. Premessa. - 2. La formazione universitaria. - 2.1. Lo studio tradizionale del diritto nell'università. - 2.1.1. La nozione giuridica. - 2.2. Nuove prassi nell'insegnamento universitario del diritto. - 3. La formazione *post lauream* dell'avvocato. - 3.1. Il ruolo dell'avvocato tra cultura e tecnica: sapere, saper fare e saper essere. - 3.2. Il problema giuridico: lite, causa, controversia. - 3.3. La soluzione di problemi (*problem solving*) come abilità forense. - 4. L'argomentazione giuridica: spunti ricostruttivi di teoria del ragionamento giuridico. - 4.1. La logica giuridica. - 4.1.1. Logica e retorica. - 4.1.2. Metodo induttivo e deduttivo. - 4.1.3. Fonti, interpretazione e applicazione delle norme giuridiche. - 4.1.4. Il procedimento dialettico tesi/antitesi/sintesi. - 4.1.5. La struttura della decisione. - 4.2. Prova ed altri elementi di giudizio sul fatto. - 4.2.1. Allegazioni e prove. - 4.2.2. Le fonti di prova e il procedimento di acquisizione probatoria. - 4.2.3. Prove precostituite e prove costituenti. - 4.2.4. Prove dirette e contrarie. - 4.2.5. Prove legali e prove liberamente apprezzabili. - 4.2.6. Prove e argomenti di prova. - 4.2.7. Prove specifiche e prove indiziarie. - 4.2.8. Prove logiche e prove storiche. - 4.2.9. Prove atipiche ed illecite. - 4.2.10. Altri elementi di giudizio: fatti notori, massime d'esperienza, valutazioni tecniche, richiesta di informazioni alla pubblica amministrazione, ispezioni. - 5. La giurisprudenza e la creazione del diritto. - 5.1. L'importanza del precedente giurisprudenziale nell'argomentazione difensiva. - 5.2. Il paradigma del diritto vivente. - 5.3. La formula dell'esperienza giuridica. - 5.4. Il ruolo dei valori. - 5.5. Tecniche di argomentazione giurisprudenziale: il bilanciamento dei valori come tecnica argomentativa-creativa. - 5.6. Interpretazione evolutiva e sovrainterpretazione. - 6. Conclusioni.

* Pubblicato in www.judicium.it il 2 ottobre 2014.

1. PREMESSA

Nel passaggio dalla formazione universitaria di base alla formazione *post lauream* dell'avvocato, l'adeguamento alle esigenze operative insite nell'attività professionale forense implica la necessità di acquisire una *forma mentis* nuova e diversa rispetto a quella forgiatasi nell'università prevalentemente mediante lo studio di manuali e solo in via residuale con l'analisi di casi pratici.

Possiamo sintetizzare quanto sopra detto definendolo come passaggio dalla "nozione" alla "questione" che, involgendo anche il fatto, genera la dicotomia *quaestio facti/quaestio juris*.

Scopo del presente articolo è esaminare in maniera essenziale i principali *snodi critici* di tale passaggio, prendendo le mosse dalla formazione universitaria per poi delineare i tratti caratteristici salienti della formazione *post lauream* dell'avvocato, anche con riferimento alla teoria dell'argomentazione e alla creazione giurisprudenziale del diritto.

2. LA FORMAZIONE UNIVERSITARIA

2.1. Lo studio tradizionale del diritto nell'Università

Lo studio del diritto nell'Università è di tipo scientifico, basato sul metodo formale logico-deduttivo, e muove dai principi (o dal sistema) per arrivare poi agli istituti e alle norme.

Il sapere giuridico universitario è di tipo definitorio in quanto deve dare, attraverso le nozioni, certezze conoscitive. Pertanto l'apprendimento del diritto si articola secondo la scansione norma/istituto/sistema finalizzata alla conoscenza complessiva dell'ordinamento.

Suo scopo fondamentale è «trasmettere ai giovani il patrimonio sapienziale accumulato dai giuristi, ma anche di insegnare alcune importanti "abilità", quali ad esempio quelle per la comprensione, interpretazione e redazione di un testo giuridico; perché, ancora, l'università, alla missione tradizionale della formazione scientifica di base del giurista, ha assunto anche quella della sua formazione per la professione»¹.

¹ Così G. VESPERINI, "Studiare a Giurisprudenza" secondo il Professor Vesperini: il variegato mondo del corso di laurea in legge, in www.controcampus.it, 9 agosto 2012.

Lo studente che, non limitandosi all'apprendimento del dato positivo, voglia incamminarsi su un percorso di scandaglio critico-riflessivo del fenomeno giuridico deve costantemente interrogarsi sul fondamento razionale delle norme (c.d. *ratio legis*), che ne giustifica l'esistenza all'interno del sistema, secondo i parametri della storicità e dell'effettività.

Si è detto che la «storicità non può e non deve significare erudizione ma al contrario salvezza conoscitiva. Se si vuole mettere in luce un solido tessuto ordinamentale, che, in modo sotterraneo e non sempre percettibile, ordina il fluire delle norme, le individualità e i dettagli non devono mai essere studiati in quanto tali, ma come parte integrante di una complessità da rivelare, problematizzati su grandi domande, che il presente suggerisce e sollecita»².

Il diritto è in costante divenire sotto la spinta dei mutamenti socio-economici ed anche dei progressi scientifico-tecnologici, sicché alcune norme positive cadono in desuetudine (o disapplicazione), mentre ormai gran parte dello *jus quo utimur* in settori chiave della civile convivenza viene forgiato dalla giurisprudenza sotto la spinta delle esigenze di carattere pratico-decisionale e, in certi casi, anche di orientamenti di carattere *lato sensu* politico.

2.1.1. La nozione giuridica

La nozione giuridica, oggetto dello studio universitario, comprende tre elementi fondamentali: 1) Terminologia; 2) Definizione o concetto; 3) Meccanismo. Il primo livello di comprensione del fenomeno giuridico è, dunque, quello terminologico, ossia del linguaggio specialistico. Il manuale istituzionale di diritto privato, in genere il primo ad essere affrontato, presenta una terminologia che è assai lontana dal linguaggio comune. Un valido ausilio deriva dalla conoscenza della lingua latina che è alla base di gran parte della terminologia specialistica del diritto e, in particolare, del diritto civile. L'etimologia latina (e, in alcuni casi, greca, come per i termini *sinallagma*, *ipoteca*, *anticresi* etc.) può rivelarsi fondamentale anche per la comprensione dei concetti giuridici più complessi. Ma ciò non basta. Dopo il livello terminologico e il livello concet-

² Così B. SORDI, *Le materie storiche: la storia del diritto medievale e moderno*, in *Studiare a Giurisprudenza*, Bologna, 2008, p. 150.

tuale, vi è il livello ultimo di comprensione del fenomeno giuridico, rappresentato dal meccanismo di operatività e di effettività delle norme con il necessario riferimento ai casi pratici. Già attraverso gli esempi portati dai manuali o illustrati a lezione inizia a formarsi nello studente la capacità di applicare le regole del diritto a problemi pratici, all'insegna del motto *longum iter est per praecepta, breve et efficax per exempla* (Seneca). A questo scopo molto utili risultano essere, a margine della lezione tradizionale, anche le esercitazioni su casi pratici o i seminari su temi d'attualità.

2.2. Nuove prassi nell'insegnamento universitario del diritto

La formazione universitaria oggi appare ormai orientata verso una prospettiva di attenzione non solo alla formazione teorica, ma anche a quella professionale. Per attutire il distacco tra teoria e prassi la dottrina più attenta e sensibile alle esigenze della formazione, riprendendo una tradizione che risale alla «Crestomazia di casi giuridici in uso accademico» (1884) di Emanuele Gianturco, ha iniziato ad affiancare al tradizionale manuale anche raccolte di esercizi modellati su un approccio di tipo casistico e problematico. Sostiene Pietro Trimarchi che «il diritto non possa venire appreso senza un impegno attivo dello studente nell'applicazione delle regole giuridiche a casi di varia natura e complessità (lavoro sui casi pratici). Casi espressi in termini concreti e specifici, che consentano allo studente di esercitarsi ad ordinare e qualificare giuridicamente i fatti e ad applicarvi le regole giuridiche, anche combinandole variamente tra loro; non invece quesiti formulati in termini generali e astratti (massime giurisprudenziali in forma interrogativa), che possano costituire uno stimolo ad approfondimenti ulteriori, piuttosto che esercizi per la migliore comprensione e il consolidamento delle nozioni già incontrate. L'esercitazione sui casi pratici costituisce perciò un momento necessario in qualsiasi seria preparazione giuridica»³. Più cauto si dimostra, invece, Pietro Rescigno, secondo il quale «può ... positivamente apprezzarsi il tentativo di integrare i manuali a mezzo di "esercitazioni" su casi, secondo un modello proprio di altre aree culturali. Non ho ritenuto, peraltro, di adeguarmi all'esempio per due ragioni: penso che alla

³ P. TRIMARCHI, *Esercizi di diritto privato*, Prefazione, Milano, 1982.

parola dell'insegnante debba riservarsi, in modo vivo e diretto, la funzione di percorrere la "casistica" più attuale: e rimane in me l'impressione che i "casi" dei libri, anche quando (con adattamenti e mutilazioni) traducano fatti decisi dai giudici conservano un carattere artificioso che ricorda certe rubriche dei periodici di enigmistica»⁴. A livello innovativo e sperimentale si pone l'analisi e la discussione di casi di studio per interagire con gli studenti (c.d. *case method*), in aggiunta al tradizionale approccio frontale in una prospettiva che tende a colmare il consistente divario che divide la teoria dalla prassi del diritto⁵. Resta inteso che, a prescindere dalla metodologia dell'insegnamento, l'efficacia del processo di apprendimento è condizionata anche da fattori empirici, come, ad esempio, la dimensione dell'ateneo, con la conseguente possibilità di stabilire un proficuo contatto diretto con i membri del corpo docente. Per raggiungere tale obiettivo, a partire dai primi anni '80 del secolo scorso, nell'università pubblica si è puntato al decongestionamento dei grandi atenei metropolitani, quali l'Università di Roma - La Sapienza, l'Università Statale di Milano e l'Università di Napoli - Federico II, con l'istituzione della Seconda Università di Roma - Tor Vergata, dell'Università di Milano - Bicocca e della Seconda Università di Napoli - SUN, dove il processo di apprendimento è agevolato, oltre che dalla valentia dei docenti, anche dal numero dei discenti relativamente inferiore a quello dei grandi atenei tradizionali. Ad iniziativa di enti privati, sono state anche costituite e implementate, quale offerta formativa complementare rispetto a quella statale, facoltà giuridiche presso la Luiss, la Lumsa, l'Università Europea ed altre. Non bisogna, però, dimenticare che lo studio non ha solo valenza pratica immediata ed individuale, né la scuola serve solo «ad assecondare gli interessi dei singoli, le loro ambizioni di carriera e di guadagno economico creando sbocchi di lavoro»: «se non c'è la scuola non c'è la nazione e viceversa»⁶. Come dire che l'apporto dato al bene comune è l'ultimo e definitivo parametro di riferimento di ogni meritocrazia scolastica e universitaria.

⁴ P. RESCIGNO, *Manuale di diritto privato, Introduzione*, Napoli, 1986.

⁵ Cfr. intervista al prof. Giulio Vesperini, ordinario di diritto amministrativo presso l'Università della Tuscia in www.ontuscia.it del 31 luglio 2013.

⁶ Cfr. A. SCOTTO DI LUZIO, *Chi ha ucciso il liceo classico?*, in *Avvenire*, 3 settembre 2013, p. 19.

3. LA FORMAZIONE *POST LAUREAM* DELL'AVVOCATO

3.1. Il ruolo dell'avvocato tra cultura e tecnica: sapere, saper fare e saper essere

L'illustre maestro del diritto Francesco Carnelutti, che ha vissuto e operato nel secolo scorso, sosteneva che «il tirocinio [forense] ... dovrebbe, appunto, fornire al discente quella somma di cognizioni e di esperienze, che si riferiscono non tanto al sapere quanto al saper fare; insomma insegnargli ad applicare le regole che costituiscono il sapere; gli si presenta il caso e gli si mostra come si fa; ... naturalmente non ha da essere un caso qualunque, ma scelto e preparato; fra l'altro, requisiti di un buon tirocinio sono l'ordine e la completezza delle esperienze. Non si sbaglia dicendo ... che questa è la forma di insegnamento più difficile e più alta; qui occorre al maestro non soltanto il sapere, ma il saper fare e così far bene e insieme scoprire e mostrare le ragioni del ben fare, il che esige un compiuto dominio della scienza e dell'arte ...»⁷.

Queste parole si rivelano più che mai calzanti alla situazione attuale della professione forense.

Il maestro friulano formulava acute osservazioni raffrontando l'essere e il dover essere del tirocinio forense, non senza tracciare la strada per il superamento dei rilevati inconvenienti.

La distinzione carneluttiana tra "sapere" e "saper fare" è stata ripresa in chiave di attualità da un autore⁸ e rielaborata come dicotomia tra sapere e abilità (saper fare), cui si aggiunge la competenza (saper essere).

3.2. Il problema giuridico: lite, causa, controversia

Alla base di ogni questione giuridica che abbia un risvolto pratico, vi è un conflitto di interessi tra due o più soggetti ovvero un illecito o un abuso commesso da un soggetto in danno di un'altro che da luogo a una lite o causa o controversia. In ogni caso la lite o causa o controversia (nozioni attinenti alla sociologia del diritto, almeno prima della formale litispendenza) per la sua in-

⁷ CARNELUTTI, *Clinica del diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 1935, pp. 169-175.

⁸ G. PASCUZZI, *Giuristi si diventa*, Bologna, 2013.

trinseca carica di criticità deve trovare una soluzione; ed ecco che il ragionamento giuridico ha la sua finalità pratica nella necessità di dirimere liti o controversie insorte tra consociati per la violazione del diritto oggettivo o di diritti soggettivi altrui o l'abuso di diritti propri.

3.3. La soluzione di problemi (*problem solving*) come abilità forense

Nella professione e, quindi, nel tirocinio che ne rappresenta la porta d'ingresso, si parte dal caso pratico e, quindi, dal problema. Si è detto che «non c'è nulla nel diritto che non sia servito a risolvere un problema»⁹. La questione giuridica sottende un "problema", generalmente posto nella forma di un interrogativo cui dare una risposta. Dal problema alla soluzione si perviene, come risultato, attraverso l'argomentazione o scelta degli argomenti. Naturalmente si tratta di argomenti di carattere giuridico che presuppongono, dopo l'individuazione del problema, un lavoro di ricerca, comprensione e applicazione della regola finalizzata alla soluzione del caso concreto.

4. L'ARGOMENTAZIONE GIURIDICA: SPUNTI RICOSTRUTTIVI DI TEORIA DEL RAGIONAMENTO GIURIDICO

4.1. La logica giuridica

4.1.1. Logica e retorica

Il metodo di soluzione del problema viene tratto dalla logica. L'argomentazione può essere logico-deduttiva, cioè pervenire alla soluzione mediante la dimostrazione di una unica soluzione possibile o dialettico-retorica, cioè attraverso la persuasione derivante dal convincimento maturato in ordine ad una scelta da operare tra diverse possibili opzioni delle quali solo una viene percepita come giusta o, quanto meno, come la più giusta e/o vicina al vero.

Il primo modo di argomentare esprime la tendenza formalistica, il secondo la tendenza antiformalistica del ragionamento giuridico; possiamo dire che, in sede di ricostruzione teorica del diritto, vi è

⁹ Così BIN-PITRUZZELLA, *Diritto Pubblico, Introduzione*, Torino, 2002.

la tendenza ad adottare procedimenti di tipo formale e sistematico, mentre la dialettica processuale tende ad essere aperta e problematica, ponendosi tale problematicità quale condizione necessaria per la ricerca del vero.

«Anche l'avvocato e il giudice, come l'uomo normale, fanno affidamento sull'intuizione, sul senso dell'equità per assumere decisioni corrette, non sul calcolo o su regole esclusivamente formali»¹⁰.

Questo modo di procedere non sillogistico-deduttivo, ma argomentativo e intuitivo e, quindi controvertibile, era proprio dei giureconsulti romani i cui pareri e responsi, filtrati attraverso le maglie dei secoli, hanno costituito e costituiscono il modello su cui si è forgiato il pensiero giuridico occidentale¹¹.

Bisogna, però, fare attenzione a non cadere nell'equivoco del relativismo: una verità raggiunta per via argomentativa non equivale necessariamente a una verità relativa o "debole", ma, riflettendo comunque sul piano logico una distinzione tra vero e falso, è anch'essa espressione di razionalità. Una verità raggiunta per via di testimonianza non è meno credibile di una verità raggiunta per via di sperimentazione.

4.1.2. Metodo induttivo e deduttivo

All'avvocato viene sottoposta una "questione" da valutare dal punto di vista giuridico secondo un metodo induttivo che parte dal fatto per risalire al diritto.

Non è quindi il sillogismo di tipo deduttivo la metodologia di ragionamento del giurista pratico, ma il metodo induttivo che muove dal particolare del caso concreto e risale alla norma applicabile generale e astratta.

Il filosofo napoletano Giambattista Vico nella sua dissertazione *De nostri temporis studiorum ratione*¹² avvertiva che «... chi s'avvia non già alla fisica e alla meccanica ma si prepara alla vita politica, o per il foro o per il senato o per il pulpito, non indugi, né da fanciullo né dopo, in questi insegnamenti condotti secondo il

¹⁰ Così A. CATTANI, *Recensione di: Giovanni Pascuzzi. Giuristi si diventa. Come riconoscere e apprendere le abilità proprie delle professioni legali*, Bologna, 2008, in *Gli oratori del giorno. Rassegna mensile d'eloquenza*, 2009, p. 63.

¹¹ Sul ruolo del diritto romano nella storia europea, cfr. P. STEIN, *Il diritto romano nella storia europea*, Milano, 2001.

¹² G. VICO, *De nostri temporis studiorum ratione*, Napoli, 1708, cap. VII.

metodo cartesiano. Per contrario apprenda la geometria attraverso le figure con la ragione intuitiva, coltivi la topica e disputi, col libero modo di discutere in un senso e nell'opposto, intorno a ogni problema della natura, dell'uomo e dello stato, per accogliere nelle questioni ciò che è più probabile e verisimile ...».

In chiave di attualità, si è recentemente affermato che «... rileggendo talune pagine dell'odierno festeggiato (G. Giacobbe) ritornano alla mente ammonitrici le parole che Perelman, nel suo celebre trattato sull'argomentazione, ha dedicato alla rivitalizzazione della topica, riaffermando una concezione antiformalistica della logica giuridica che rivaluta il primato del "problema" e del "caso" sul "sistema"»¹³.

4.1.3. Fonti, interpretazione e applicazione delle norme giuridiche

Come sopra detto, per dare soluzione ad un problema giuridico, dopo averlo enucleato dalla realtà fattuale, bisogna prima rinvenire nel sistema le norme che regolano quella particolare fattispecie per poi applicarle, traendone le conseguenze di carattere pratico.

Questa fase è articolata in tre momenti: 1) momento ricognitivo, in cui si pone il problema del ritrovamento delle norme che regolano una determinata fattispecie concreta; 2) momento interpretativo, in cui si pone il problema dell'attribuzione di senso - significato di quelle stesse norme; 3) momento applicativo in cui si pone il problema della determinazione degli effetti - conseguenze dell'applicazione delle norme alla fattispecie concreta.

Momento centrale è l'interpretazione della norma, cioè la verifica della sua attinenza o meno al caso in esame. Naturalmente è ben raro che una fattispecie sia regolata da una sola norma: molto spesso sono più le norme applicabili, cioè vi è un complesso di norme applicabili (normativa applicabile), con stratificazioni a vari livelli ordinamentali e, quindi, necessità di stabilire una gerarchia tra le fonti e risolvere eventuali problemi di lacune e/o antinomie.

Interpretare, cioè attribuire significato ad un enunciato normativo, è essenzialmente argomentare: è per via delle argomenta-

¹³ Così N. LIPARI, *Dottrina e giurisprudenza in una interessante esperienza applicativa*, in *Giust. civ.*, 2012, II, p. 197.

zioni che se ne traggono che una norma acquista significato e viene ad essere applicata in funzione regolamentativa a casi concreti.

L'interpretazione delle norme giuridiche, peraltro, lungi dall'essere, per così dire, libera è, invece, vincolata da precisi criteri posti a livello legale (art. 12 disp. prel. c.c.). L'interprete è tenuto a scandagliare prima il significato letterale delle parole secondo la connessione di esse, a muoversi, cioè, su un piano testuale e solo in un secondo momento laddove sorgano problemi di "oscurità" di significato o, più verosimilmente, vengano individuate a livello logico lacune, antinomie, duplicazioni etc., potrà attingere a criteri extratestuali di interpretazione per i quali si è coniata la definizione di "argomenti interpretativi".

Il giudice, mentre in ossequio al c.d. principio dispositivo (fatti salvi i limitati poteri di iniziativa istruttoria riconosciutigli dalla legge) è obbligato a «prendere in considerazione i fatti rilevanti per la decisione solo se filtrati dall'attività assertiva delle parti»¹⁴, in base al noto principio *iura novit curia* è libero nella individuazione del diritto applicabile al fatto.

4.1.4. Il procedimento dialettico tesi/antitesi/sintesi

Il ragionamento del giurista pratico ha il suo luogo naturale nel processo mediante l'esercizio della dialettica che mira a convincere il giudicante della verità della tesi sostenuta da una parte, confutando quella avversaria. «In definitiva, il contraddittorio è l'elemento di differenziazione tra procedimento e processo. Dove non c'è contraddittorio non c'è processo. Dove non c'è processo non c'è giurisdizione»¹⁵. Peraltro, il processo non è l'unico mezzo per risolvere le insorte controversie, stante la ormai larga diffusione delle c.d. ADR (alternative dispute *resolution*), ma è quello che certamente esalta maggiormente il momento argomentativo-interpretativo secondo una logica controversiale. Prendendo come modello il processo ordinario di cognizione, l'atto introduttivo del giudizio (atto di citazione o ricorso) si pone come la tesi del procedimento dialettico, la comparsa (o memoria) di costituzione e risposta del convenuto come l'antitesi e la decisione finale del

¹⁴ Così B. SASSANI, *Lineamenti del processo civile italiano*, Milano, 2011, p. 223.

¹⁵ Così N. PICARDI, *Manuale del processo civile*, Milano, 2006, p. 209.

giudice (sentenza), assunta a seguito delle risultanze del sub-procedimento istruttorio/probatorio, come la sintesi.

4.1.5. La struttura della decisione

Il processo ha la sua naturale conclusione nella decisione finale sul merito della controversia, salvi i casi in cui si arresta ad una decisione sul rito, che sancisca, ad esempio, la inammissibilità della domanda attorea, senza pervenire ad una decisione sul merito. L'atto conclusivo del processo, che in genere è la sentenza, si struttura in diverse parti: 1) Intestazione e narrativa; 2) Motivazione; 3) Dispositivo. All'interno della narrativa, sono rinvenibili le contrapposte tesi giuridico-fattuali dell'attore e del convenuto. Nella motivazione rileva la distinzione tra *ratio decidendi* ed *obiter dictum*: «la ratio decidendi è il principio di diritto adottato dal giudice per definire la causa in relazione al contenuto di una domanda (ovvero il criterio di decisione adottato dal giudice in relazione al caso sottopostogli)»¹⁶, mentre gli *obiter dicta* «sono costituiti dall'insieme delle argomentazioni da cui il giudice ha tratto il proprio convincimento ivi comprese le questioni preliminari e collaterali che egli ha creduto opportuno esaminare onde giungere alla decisione di ciò che forma il vero oggetto della controversia»¹⁷. Il dispositivo contiene la soluzione del conflitto tra contrapposte tesi.

4.2. Prova ed altri elementi di giudizio sul fatto

4.2.1. Allegazioni e prove

Nell'ottica processuale, le allegazioni di parte riguardo ai fatti di causa hanno bisogno di essere sostenute da prove che, sostanziandosi di dati obiettivi, producano il convincimento di chi deve prendere posizione, decidendola, su una determinata controversia.

L'art. 2697, comma 1, c.c. pone la fondamentale regola dell'onere della prova per cui «Chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento», mentre, al comma 2, si stabilisce che «Chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda».

¹⁶ Così G. PASCUZZI, *op. cit.*, p. 77.

¹⁷ Così G. PASCUZZI, *op. cit.*, p. 77.

Quanto sancito a livello legislativo comporta che «La prova dei fatti che costituiscono il fondamento del diritto fatto valere - fatti c.d. "costitutivi" - spetta dunque a colui che fa valere il diritto in giudizio cioè all'attore, soggetto tenuto ... ad indicare (e quindi a dedurre nel processo) il fatto costitutivo (o i fatti costitutivi, se più) del diritto di cui chiede il riconoscimento. Se, al momento della decisione, al giudice non risulta provato il fatto costitutivo, egli è tenuto a rigettare la domanda.

A sua volta, la prova dei fatti idonei a produrre il rigetto della domanda, è onere di colui che li ha dedotti in giudizio, cioè del convenuto: con tali fatti - la cui deduzione dà luogo a quella forma di difesa chiamata "eccezione di merito" - il convenuto oppone al fatto costitutivo una circostanza che gli impedisce di produrre gli effetti pretesi, ovvero deduce fatti a cui conseguono l'estinzione o la modificazione del diritto stesso (si parla di fatti impeditivi, estintivi o modificativi). Se al momento della decisione al giudice non risulta provato il fatto dedotto, egli è tenuto a rigettare l'eccezione che su tale fatto si fonda»¹⁸.

Il successivo art. 2698 c.c. commina la sanzione della nullità ai patti «con i quali è invertito ovvero è modificato l'onere della prova», qualora si controverta in tema di diritti indisponibili ovvero qualora «l'inversione o la modificazione ha per effetto di rendere a una delle parti eccessivamente difficile l'esercizio del diritto».

«Ne segue che l'inversione (o modificazione) convenzionale dell'onere è possibile tutte le volte che il diritto controverso è un diritto disponibile e dall'inversione non derivano particolari difficoltà per la parte che viene gravata dell'onere; spetterà al giudice valutare in concreto (e con valutazione evidentemente caratterizzata da sostanziale discrezionalità) se dal patto deriva una difficoltà eccessiva di prova»¹⁹.

L'art. 115, comma 1, c.p.c. impone al giudice di «porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti»²⁰.

«L'obbligo del giudice di prendere in considerazione i fatti rilevanti per la decisione solo se filtrati dall'attività assertiva delle parti (c.d. principio dispositivo) si manifesta ... anche nel divieto di procedere al loro accertamento se non attraverso le fonti di

¹⁸ Così SASSANI, *op. cit.*, p. 228-229.

¹⁹ Così SASSANI, *op. cit.*, p. 233.

²⁰ Così SASSANI, *op. cit.*, p. 223.

prova specificamente proposte dalle parti. Questa situazione va sotto il nome di divieto di scienza privata del giudice»²¹.

Il tema dell'onere della prova si riconnette, sul piano filosofico, alla distinzione tra i due possibili modelli dell'ordine isonomico e dell'ordine asimmetrico, visti anche come due opposti modelli di "incivilimento"²².

Tra la fase introduttiva e quella decisoria del processo, si pone, pertanto, la fase istruttoria/probatoria, che ha lo scopo di raccogliere le prove ed ogni altro elemento di giudizio, ivi comprese le valutazioni tecniche, da porre a base della decisione finale.

In relazione al c.d. *thema probandum*, il giudice deve compiere una duplice valutazione, dovendo discernere se il mezzo di prova sia ammissibile e il fatto da provare sia rilevante²³. «La regola del previo giudizio di ammissibilità e rilevanza ha, quindi, il suo rilievo precipuo per le prove costituenti, cioè per le procedure probatorie da svolgersi nel corso del processo»²⁴.

Una volta esauritasi la fase di assunzione dei mezzi istruttori, «il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento, salvo che la legge disponga altrimenti» (art. 116 c.p.c.) e deve dare conto di tale valutazione nella motivazione della sentenza.

4.2.2. Le fonti di prova e il procedimento di acquisizione probatoria

La distinzione tra mezzo o fonte di prova e procedimento di acquisizione probatoria viene consacrata a livello normativo anche da una scissione a livello codicistico, per cui i mezzi di prova sono disciplinati nel Codice Civile agli artt. 2697-2739, mentre il procedimento di acquisizione probatoria trova la sua disciplina nel Codice di Procedura Civile agli artt. 191-266. Con l'espressione mezzo o fonte di prova «si allude al fatto rappresentativo (es. testimonianza) al quale il codice dà rilievo», mentre il procedimento di acquisizione probatoria è «inteso come strumento modale attraverso il quale la prova viene acquisita al processo, che possiamo

²¹ Così SASSANI, *op. cit.*, p. 223.

²² Sul punto A. GIULIANI, *Prova in generale (filosofia del diritto)*, in *Enc. dir.*, p. 519.

²³ Cfr. SASSANI, *op. cit.*, p. 211.

²⁴ Così SASSANI, *op. cit.*, p. 213.

definire istruzione probatoria»²⁵. Peraltro il procedimento di acquisizione probatoria è solo eventuale: se i fatti sono pacifici, non contestati, provati documentalmente o notori non vi è alcuna necessità di procedere a istruzione probatoria, ma si decide allo stato degli atti.

4.2.3. Prove precostituite e prove costituende

Posto che il fatto viene modellato in modo da sussumerlo sotto la specie del diritto astratto per farne derivare conseguenze pratiche favorevoli al proprio assistito, le prove possono essere precostituite (es. prove documentali) o costituende (es. prove testimoniali) a seconda che esistano indipendentemente dal processo e vengano ad esso acquisite tramite produzione in giudizio ovvero vengano formate nel corso del processo²⁶.

4.2.4. Prove dirette e contrarie

La distinzione tra prove dirette e prove contrarie all'interno delle prove costituende (prova testimoniale) si basa sul seguente elemento: le prime sono volte a dimostrare l'esistenza del fatto, le prove contrarie a negare l'esistenza del fatto²⁷. Se la controparte ha chiesto di provare in negativo, la prova contraria consisterà nella prova positiva del fatto²⁸.

4.2.5. Prove legali e prove liberamente apprezzabili

L'art. 116, comma 1, c.p.c., stabilendo che il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento, salvo che la legge disponga altrimenti, pone la fondamentale distinzione fra prova liberamente apprezzabile dal giudice e prova legale, in rapporto di regola ad eccezione, disegnando una vera e propria graduatoria²⁹. «Le prove libere sono apprezzate dal giudice, secondo criteri di logica, buon senso e comune esperienza nel motivarne l'attendibilità; le prove legali, invece, si collocano al più alto livello, in quanto vincolano il giudice, che non può disattenderle o liberamente apprezzarle in combinazione con le altre risultanze sullo

²⁵ Così PICARDI, *op. cit.*, p. 279.

²⁶ Così PICARDI, *op. cit.*, p. 286.

²⁷ Così PICARDI, *op. cit.*, p. 287.

²⁸ Così SASSANI, *op. cit.*, p. 214.

²⁹ Così PICARDI, *op. cit.*, p. 289.

stesso fatto»³⁰. «Sono prove legali, per es., la confessione e il giuramento, così come l'atto pubblico fa prova legale di quanto dichiarato dal pubblico ufficiale redigente ... Sono questi i casi in cui la legge ha ritenuto opportuno sospendere la vigenza del principio del libero convincimento, mettendo un freno al vaglio critico del giudice»³¹.

4.2.6. Prove e argomenti di prova

Nel cpv. dell'art. 116 c.p.c. si opera l'ulteriore distinzione tra prova e argomento di prova: il giudice può desumere argomenti di prova dalle risposte che le parti gli danno in sede di interrogatorio non formale, dal loro rifiuto ingiustificato di consentire alle ispezioni che egli ha ordinate e, in generale, dal contegno tenuto dalle parti stesse nel processo. «Gli argomenti di prova sono utilizzati dal giudice soltanto per integrare o corroborare le prove rimesse al suo prudente apprezzamento»³². «In altre parole, un argomento di prova non vale di per sé quale prova, ma funge quale elemento di interpretazione e di integrazione di distinti risultati istruttori, cioè, di prove in senso proprio»³³, per cui «mentre contegno, risposta ad interrogatorio libero e rifiuto di soggiacere ad ispezione in sé presi non potrebbero mai giustificare la convinzione del giudice in ordine al fatto da provare - non potrebbero cioè mai dar luogo da soli ad una conclusione istruttoria - essi possono legittimamente fungere da elementi di valutazione del risultato delle prove in senso proprio, cioè dei mezzi di prova considerati dalla legge»³⁴.

4.2.7. Prove specifiche e prove indiziarie

«Le prove specifiche attengono al fatto primario, ossia a quello che riguarda la fattispecie di cui si discute (ad es. scritto che documenta il contratto), mentre quelle indiziarie attengono ad un fatto diverso che presuppone, o esclude, il fatto primario»³⁵.

A differenza dell'argomento di prova, «la prova indiziaria può essere, di per sé sufficiente a fondare il convincimento del giudizio,

³⁰ PICARDI, *op. cit.*, p. 289.

³¹ SASSANI, *op. cit.*, p. 226-227.

³² PICARDI, *op. cit.*, p. 289.

³³ SASSANI, *op. cit.*, p. 226.

³⁴ SASSANI, *op. cit.*, p. 226.

³⁵ PICARDI, *op. cit.*, p. 286.

in quanto si tratta di una vera prova, anche se non è una prova specifica non riguardando il fatto primario»³⁶.

4.2.8. Prove logiche e prove storiche

Tra le prove logiche (o critiche) rientrano le presunzioni semplici (art. 2727 c.c.) che consistono in un procedimento logico attraverso il quale il giudice, in base alle regole di comune esperienza, risale dal fatto noto (indizio) al fatto ignoto da provare³⁷. «La legge consente al giudice di utilizzare il predetto procedimento logico, purché gli indizi, i fatti noti, siano gravi, precisi e concordanti (art. 2729, comma 1, c.c.), dotati, cioè di un alto grado di probabilità»³⁸. La base di partenza del ragionamento presuntivo, l'indizio, può essere qualsiasi fatto o circostanza provati in giudizio, oppure un fatto notorio o un fatto pacifico, ma non un fatto che a sua volta sia il risultato di un ragionamento presuntivo. «Ragionando in via presuntiva il giudice può dunque giustificare argomentativamente che la sussistenza di un fatto è resa plausibile dalla prova avutasi, nel processo, di un altro fatto»³⁹.

«Le prove storiche (o rappresentative) sono le dichiarazioni e i documenti che descrivono al giudice il fatto che deve essere accertato»⁴⁰.

4.2.9. Prove atipiche ed illecite

Si discute se nel processo civile possano trovare ingresso le c.d. prove atipiche o innominate, cioè prove non specificamente disciplinate dalla legge (es. atto di notorietà proveniente da terzi; verbale di polizia giudiziaria, prova raccolta in un diverso processo, anche penale; perizia stragiudiziale). «La giurisprudenza oscilla tra il riconoscimento di un valore meramente indiziario (= presunzioni semplici ex art. 2727 c.c.), l'efficacia di argomenti di prova, ai sensi dell'art. 116, comma 2 (sovente richiamando l'art. 310, comma 3, che si occupa dell'efficacia delle prove raccolte nel processo estinto) e la valutazione di efficacia di volta in volta rimessa al prudente apprezzamento del giudice (art. 116, comma 1)»⁴¹.

³⁶ PICARDI, *op. cit.*, p. 310.

³⁷ PICARDI, *op. cit.*, p. 310.

³⁸ PICARDI, *op. cit.*, p. 310.

³⁹ Così SASSANI, *op. cit.*, p. 237.

⁴⁰ M. SCAPARONE, *Le fasi del procedimento probatorio*, in *Quaderni CSM*, 98 4.

⁴¹ Così SASSANI, *op. cit.*, p. 275-276.

Sembra preferibile, tra le varie e opposte opzioni, la soluzione intermedia secondo la quale «la prova atipica va considerata, anche in punto di efficacia, come indizio. La sua efficacia sarebbe, quindi, quella di una vera e propria prova presuntiva»⁴². È da escludere categoricamente che possano essere utilizzate prove atipiche illegittime (testimonianze assunte in violazione del contraddittorio) o prove illecite (intercettazioni telefoniche in violazione della privacy).

4.2.10. Altri elementi di giudizio: fatti notori, massime d'esperienza, valutazioni tecniche, richiesta di informazioni alla pubblica amministrazione, ispezioni

Non solo le prove vengono poste dal giudice a base del giudizio; egli può far ricorso anche ad altri elementi, quali i fatti notori, le massime o regole di esperienza, le valutazioni tecniche operate da tecnici e/o esperti della materia, le informazioni richieste alla Pubblica Amministrazione, le ispezioni.

«Non vanno provati i c.d. fatti notori cioè i fatti che rientrano nella comune esperienza (art. 115, comma 2) e che costituiscono, quindi, patrimonio di conoscenza della generalità delle persone di una determinata epoca in un certo ambiente (ad es. il fatto che il 25 dicembre cade la festività di Natale)»⁴³.

«Proprio perché la conoscenza del "notorio" non è privata bensì pubblica, ponendolo a base della decisione il giudice non contravviene al "divieto di scienza privata", sancito dal comma 1 dell'art. 115»⁴⁴.

«Dal fatto notorio, vanno concettualmente distinte le cc.dd. massime di comune esperienza consistenti in generalizzazione e/o regole e/o criteri tratti dal patrimonio di conoscenze dell'uomo medio, che possono essere utilizzate dal giudice per formulare inferenze nel giudizio di fatto che altrimenti rischierebbe di essere affidato all'arbitrio soggettivo del giudice»⁴⁵. «La massima d'esperienza ... non potendosi trasformare *l'id quod plerumque accidit* nell'*id quod semper necesse*, può pertanto fungere solo da

⁴² *Codice di Procedura Civile*, a cura di N. Picardi, Milano, 2008, I, p. 831.

⁴³ Così PICARDI, *op. cit.*, p. 279.

⁴⁴ Così SASSANI, *op. cit.*, p. 224.

⁴⁵ Così L.G. PAPALEO, *Liberò convincimento del giudice tra legalità, libertà ed arbitrio*, in www.altalex.com.

premessa maggiore di un procedimento gnoseologico di cui l'elemento sotto esame costituisce la premessa minore, ma la cui conclusione si caratterizza per la sua ipoteticità congetturale carente di univocità e sempre soggetta a falsificazione. Il ragionamento costruito con l'impiego delle massime d'esperienza avrebbe quindi una struttura argomentativa in forma di sillogismo, aristotelicamente definibile come dialettico o retorico, la cui conclusione, fondata su premesse probabili, sarebbe parimenti soltanto probabile. Funzione precipua delle massime d'esperienza è dunque quella topico-euristica: esse, consentendo il ricorso ad una pluralità di prospettive ritenute significative per l'indagine, forniscono al giudice una serie di *tópoi* utilizzabili quali premesse per la soluzione dei diversi problemi che si trova a dover affrontare»⁴⁶.

Elementi di giudizio sono anche le valutazioni di ordine tecnico espresse da tecnici e/o esperti della materia in apposite relazioni dette Consulenze Tecniche d'Ufficio (CTU) le quali «pure essendo un mezzo istruttorio tipicamente ammissibile d'ufficio da[nn]o] luogo ad una procedura articolata e rispettosa del principio del contraddittorio»⁴⁷.

Fuori dei casi in cui non debba emettere un vero e proprio ordine di esibizione, il giudice può richiedere d'ufficio alla pubblica amministrazione le informazioni scritte relative ad atti e documenti dell'amministrazione stessa che è necessario acquisire al giudizio (art. 213 c.p.c.).

Il giudice può trarre elementi di conoscenza finalizzati al giudizio sui fatti della causa anche da ispezioni che può disporre sulla persona delle parti o di terzi o sulle cose in loro possesso (art. 118 c.p.c.). Come sopra detto, il giudice può desumere argomenti di prova dal rifiuto ingiustificato delle parti a consentire a dette ispezioni.

⁴⁶ Così G. UBERTIS, *I fondamenti normativi della metodologia, Il linguaggio processuale "Fonte di prova" "Elemento di prova" "Criterio" "Risultato" "Indizio" "Sospetto"*, in *Quaderni CSM*, 98 2.

⁴⁷ Così SASSANI, *op. cit.*, p. 224.

5. LA GIURISPRUDENZA E LA CREAZIONE DEL DIRITTO

5.1. L'importanza del precedente giurisprudenziale nell'argomentazione difensiva

Sostiene Pietro Perlingieri che «civil law e common law si stanno avvicinando molto, c'è un fenomeno, anche nell'Europa continentale e, quindi, in Italia, di giurisdizionalizzazione del diritto, cioè di un'attribuzione all'interprete e, in particolare, al giudice di una capacità creativa, adeguatrice che fino a qualche tempo fa, nell'epoca del positivismo legislativo e dell'illuminismo, non si consideravano possibili»⁴⁸. Se questo è vero, ne segue come corollario che diventa necessario e indispensabile conoscere la *regula juris* coniata in sede giurisprudenziale per farne applicazione al caso sottoposto all'esame dell'avvocato. «Già per il De Luca, l'interprete doveva far riferimento in ordine di importanza ai seguenti criteri: a) *receptus stylus iudicandi*, cioè a dire la giurisprudenza costante del tribunale adito o dell'istanza ad esso superiore; b) giurisprudenza costante del tribunale su casi analoghi; c) orientamento giurisprudenziale dei più alti tribunali collegiali di tutte le nazioni»⁴⁹.

5.2. Il paradigma del diritto vivente

Per "diritto vivente" deve intendersi la giurisprudenza consolidata in una serie continua di pronunce uniformi⁵⁰. Recentemente si è detto che «Il paradigma del diritto vivente, inteso come il modello comportamentale che l'enunciato è in grado di proporre una volta passato attraverso il filtro dell'interpretazione giurisprudenziale, è l'unico in grado di esprimere il modo d'essere del diritto nel tempo presente»⁵¹. Con ciò si vuol porre l'accento sull'importanza del ruolo della giurisprudenza nel calare il dato normativo in una realtà sociale complessa e in rapida evoluzione tanto che, a

⁴⁸ Dichiarazioni rese in sede di IX Congresso per l'aggiornamento giuridico-forense, Roma 20/21/22 marzo 2014.

⁴⁹ Così M. ASCHERI, *Tribunali, giuristi e istituzioni dal medioevo all'età moderna*, Bologna, 1989, p. 92, citato da PALAZZO-SASSI, *Diritto privato del mercato*, 2007, p. 27, nt. 71.

⁵⁰ La definizione di L. Mengoni è ripresa da G. PASCUZZI, *op. cit.*, p. 99.

⁵¹ N. LIPARI, *Dottrina e giurisprudenza in una interessante esperienza applicativa*, in *Giust. civ.*, cit., p. 197.

livello sociologico, lo studioso di origine polacca Zygmunt Bauman l'ha definita "liquida", ossia facile a cambiare forma.

5.3. La formula dell'esperienza giuridica

Si deve ad un raffinato giurista (romanista e storico del diritto) come Riccardo Orestano, in dialogo fecondo col filosofo del diritto abruzzese Giuseppe Capograssi, la valorizzazione della formula dell'esperienza giuridica che consente «di sussumere in un tutto unico varie problematiche, e cioè di conglobare, in ogni singola situazione, tanto la realtà dei rapporti che vi si svolgono e delle norme che su di essi vengono costruite, quanto le correlative elaborazioni delle singole scienze giuridiche»⁵². Si è anche detto che «esperienza non è l'habitus del singolo esperto, la decisione giudiziale assunta nella sua singolarità ... Esperienza è soprattutto il processo collettivo assunto nella sua globalità, il complesso delle decisioni, dei comportamenti, delle valutazioni che inducono a ritenere come doverosi certi esiti. Esperienza è, per dirla con espressione popperiana, l'oggettivazione di tutti questi interventi nel tempo»⁵³. «Non è dunque scorretto per intendere e decrittare i valori far riferimento al concetto di esperienza»⁵⁴.

5.4. Il ruolo dei valori

Visto in chiave assiologica, il fenomeno giuridico si basa su un catalogo di valori, al vertice dei quali risiede la dignità della persona umana, riferimento costante che permea dalle fondamenta tutta la costituzione italiana, mentre l'impostazione dell'ordinamento europeo è stata *ab initio* formulata in chiave economicistica, con la libertà di concorrenza quale supremo interesse da tutelare a livello politico-giudiziario, per poi virare verso la formulazione di un catalogo di "diritti umani" la cui ampiezza (o, per altri versi, restrizione) rischia di collidere con l'impianto valoriale delle costituzioni nazionali. Ma i valori sono oggetto di scelte pratiche che vanno giustificate in maniera persuasiva quanto alla loro ragionevolezza; pertanto nessuna argomentazione di carattere logico-formale, e

⁵² Cfr. R. BONINI, voce *Orestano, Riccardo*, in *Treccani.it*, Enciclopedia Italiana - V Appendice, 1993.

⁵³ Così N. LIPARI, *Diritto e valori sociali*, Roma, 2004, p. 59.

⁵⁴ N. LIPARI, *op. ult. cit.*, p. 59.

men che meno formalistico, potrà mai servire allo scopo. Nondimeno il diritto, nella sua essenza, si caratterizza quale spontanea osservanza di una regola in vista della sua conformità ad un valore; diverso è il meccanismo della osservanza coattiva o "imposta" di una regola in vista di un valore da tutelare e preservare, scelto non a livello sociale, ma dall'apparato statale politico-giudiziario e trasfuso in un enunciato normativo generale o particolare⁵⁵.

5.5. Tecniche di argomentazione giurisprudenziale: il bilanciamento dei valori come tecnica argomentativa-creativa

In presenza di più valori emergenti da fonti di pari rango formale (ad es. contenuti in diverse norme della Costituzione) si è andata sempre più affermando una tecnica di soluzione del conflitto tra valori - per così dire - di pari livello, ma di diverso contenuto, chiamata bilanciamento. Questa tecnica, però, non è mai neutrale sul piano delle opzioni valoriali: saranno le diverse inclinazioni presenti nella coscienza del giudicante a determinare la prevalenza di questo o quel valore (es. tutela della salute contro libertà d'impresa) nella complessa operazione chiamata bilanciamento. Ciò naturalmente, in assenza di un criterio o principio-guida normativamente sancito, espone al rischio, se non dell'arbitrio, quanto meno di scelte dissonanti che, compatibili con un sistema pluralistico a livello politico, non lo sono altrettanto col principio di nomofilassi.

5.6. Interpretazione evolutiva e sovrainterpretazione

Come sopra detto, per interpretazione deve intendersi l'attribuzione di significato ad un enunciato normativo. È possibile una interpretazione "evolutiva" dell'enunciato normativo «allorquando la disposizione contenga elementi descrittivi o elementi normativi suscettibili di cambiamento, sicché l'evoluzione dei primi consente - matematicamente - l'evoluzione della norma»⁵⁶. Per sovrainterpretazione deve intendersi, invece, «un insieme di tecniche argomentative attraverso le quali si manipola un testo norma-

⁵⁵ Cfr. P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Bari, 2003.

⁵⁶ Cfr. M. BETZU, *Interpretazione e sovra interpretazione dei diritti costituzionali nel cyberspazio*, in *Rivista telematica giuridica dell'associazione dei costituzionalisti*, 2012, 47, p. 3.

tivo al fine di ricavarne norme da esso non espresse. In senso stretto, è sovra-interpretazione quella in cui la norma inespressa è frutto di ragionamenti fondati su premesse dogmatiche o ideologiche, che prescindono totalmente dall'interpretazione degli enunciati»⁵⁷. È chiaro che si tratta di due fenomeni ben distinti, comportando il primo l'espansione applicativa di una norma comunque già esistente, il secondo invece la creazione di una nuova norma nell'ambito dell'ordinamento.

6. CONCLUSIONI

Da quanto sopra detto, per un verso, sul piano metodologico, emerge l'importanza centrale ed indiscussa della conoscenza delle fonti giurisprudenziali, oltre a quelle legislative e dottrinali, per la formazione *post lauream* (e permanente) dell'avvocato, ai fini di una corretta impostazione e di una proficua soluzione delle questioni giuridiche prospettate in sede di esercizio della professione. Per altro verso, sul piano assiologico, appare in tutta la sua pregnanza il ruolo della giurisprudenza, intesa come emanazione del potere giurisdizionale dello Stato, non solo nella decisione di singole controversie, ma anche, stante la centralità del momento interpretativo-applicativo quale fattore costitutivo del c.d. diritto vivente, nella costruzione e realizzazione del bene comune, funzione, sia pur *lato sensu*, politica, riverberando i suoi effetti non solo su casi singoli, ma sull'intera collettività.

⁵⁷ M. BETZU, *op. cit.*, p. 3.