

Cinzia Gamba

# L'altro volto

Le funzioni del contraddittorio e  
l'articolo 101, comma 2, c.p.c.

C. GAMBÀ L'ALTRO VOLTO



€ 38,00



CACUCCI  EDITORE  
BARI





Cinzia Gamba

# L'altro volto

Le funzioni del contraddittorio e  
l'articolo 101, comma 2, c.p.c.

CACUCCI  EDITORE  
BARI

---

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

---

© 2018 Cacucci Editore – Bari

Via Nicolai, 39 – 70122 Bari – Tel. 080/5214220

<http://www.cacuccieditore.it> e-mail: [info@cacucci.it](mailto:info@cacucci.it)

Ai sensi della legge sui diritti d'Autore e del codice civile è vietata la riproduzione di questo libro o di parte di esso con qualsiasi mezzo, elettronico, meccanico, per mezzo di fotocopie, microfilms, registrazioni o altro, senza il consenso dell'autore e dell'editore.

*Ai nemici*

“Ritengo che non si arriverà mai a niente di perfetto, di giusto e di affatto libero, in materia di organizzazione politica e sociale, ma che occorra vivere e lottare come se si fosse convinti di arrivarci. Considero il potere, non già alcunché di diabolico, ma di ottuso e avversario della vera libertà dell'uomo. Sono tuttavia indotto a lottare perché, all'interno del potere, si abbiano ricambi, possibilità di alternative, novità, una migliore organizzazione della giustizia, una libertà sempre più ampia”.

(L. Sciascia, *La Sicilia come metafora*, Milano, 1979)



## INDICE

### CAPITOLO I

#### **L'elaborazione tradizionale e la regola dell'attuazione del contraddittorio su questioni. *Audiatur et altera pars***

1.	Considerazioni introduttive	1
2.	Il principio del contraddittorio nel quadro delle garanzie del «giusto processo»	4
3.	Il giusto processo e la garanzia del contraddittorio dell'art. 111 cost. Dimensione garantista e antiformalistica del principio nell'elaborazione dottrinale	8
4.	La lettura tradizionale garantistica e il carattere dell'effettività. Il principio del contraddittorio tra il principio dispositivo e il diritto di azione e di difesa	12
5.	Il giudice e il principio del contraddittorio. Il problema delle sentenze «della terza via» e il novellato art. 101 comma 2 c.p.c. La tesi garantista elaborata da Denti e sviluppata dalla scuola di Pavia	18
6.	(Segue): le «sentenze a sorpresa» e le tesi antiformalistiche o sostanzialistiche	26
7.	Sentenze della terza via e sanzioni collegate alla violazione del contraddittorio. Il contrasto interpretativo	31
8.	Considerazioni generali sulla lettura conoscitiva del principio del contraddittorio nelle tesi tradizionali	40

### CAPITOLO II

#### **Il contraddittorio come metodo conoscitivo nell'ambito della dimensione epistemica del processo. La costruzione del fatto**

1.	Il processo come contesto epistemico e la funzione conoscitiva del contraddittorio come metodo-strumento di ricerca della verità. Considerazioni introduttive	45
2.	Il contesto processuale e le condizioni della conoscenza	51



3.	I processi conoscitivi, la fase di scoperta e il carattere “contrastivo” delle inferenze ampliative. L’abduzione e la fase di costruzione delle ipotesi sul fatto nel processo	59
4.	Il contraddittorio nella “fase di scoperta”: metodo-strumento di semplificazione e di ricerca attiva nell’accertamento del fatto. Le inferenze ampliative, le dinamiche contrastive e il collegamento tra la dimensione interna e quella esterna al processo	71
5.	Le prove e la costruzione delle ipotesi in fase di scoperta. Il valore conoscitivo del contraddittorio nella valutazione delle prove, in fase di costruzione delle ipotesi sul fatto	80
6.	Inference to the best explanation, abduzione selettiva e induzione eliminativa in fase di giustificazione	83
7.	La funzione epistemica del contraddittorio nella fase di giustificazione delle ipotesi. Il contraddittorio come metodo di valutazione razionale delle prove	96

### CAPITOLO III

## **La funzione argomentativa del contraddittorio. L’attuazione del contraddittorio su questioni e la costruzione della regola giuridica di decisione della controversia. Il rapporto tra il fatto e il diritto**

1.	Il principio <i>iura novit curia</i> tra la libertà del giudice e le esigenze di salvaguardia del contraddittorio. L’art. 113 c.p.c., il quadro normativo e l’interpretazione tradizionale	107
2.	La lettura “retorico-dialettica” della regola di attuazione del contraddittorio su questioni rilevate d’ufficio nell’elaborazione tradizionale. Considerazioni generali e rinvio	114
3.	Da una concezione “dialettico-retorica” a una concezione argomentativa del contraddittorio. La costruzione delle premesse della decisione secondo una concezione legale-razionale della decisione giudiziaria	121
4.	Il parametro della giustizia e della razionalità della decisione in rapporto alle scelte interpretative. La costruzione argomentativa della decisione	126
5.	Le teorie dell’interpretazione di riferimento. Premesse teoriche di inquadramento	141

6. Ipotesi di costruzione in chiave “argomentativa” della ratio che informa la regola di attuazione del contraddittorio secondo lo sviluppo del ragionamento decisorio in chiave dinamica ed epistemica. Profili generali 146

I SEZIONE. LA STRUTTURA CONTRASTIVA DEL RAGIONAMENTO INFERENZIALE  
CONDOTTO DAL GIUDICE

7. L’attuazione del contraddittorio sulle questioni di diritto come strumento idoneo ad accrescere la qualità argomentativa della costruzione della premessa maggiore della decisione. Il profilo dinamico dello sviluppo del ragionamento decisorio, basato su meccanismi inferenziali di confronto 151
8. L’articolazione del ragionamento del giudice nella scelta dei metodi interpretativi. La costruzione di buone ragioni sul piano dell’articolazione del ragionamento decisorio. Il contraddittorio come strumento di conoscenza in funzione della costruzione della più corretta regola giuridica di decisione della controversia 153
9. Il carattere contrastivo del ragionamento del giudice in fase di preparazione delle premesse della decisione. La formulazione di ipotesi e la scelta basata sul confronto 156
10. La “presupposizione” e il ruolo dell’abduzione giuridica nella costruzione delle premesse in diritto della decisione 167
11. Il modello abduttivo e la costruzione delle premesse della decisione. Il carattere contrastivo del modello di ragionamento. Specificazioni e rinvio 175

II SEZIONE. IL CONFRONTO TRA REALTÀ ESTERNA E GLI ELEMENTI EMERSI  
NEL PROCESSO. L’ATTUAZIONE DEL CONTRADDITTORIO COME ELEMENTO  
DI INTERROGAZIONE CONTINUA DEL TESTO NORMATIVO FUNZIONALE  
ALL’EVOLUZIONE CREATIVA DELLA GIURISPRUDENZA

12. Considerazioni introduttive 178
13. Il testo normativo nella dimensione della semiotica interpretativa. Il contraddittorio come strumento di interrogazione continua del testo normativo e di salvaguardia della “polisemia” del testo normativo 179
14. La costruzione dinamica della regola giuridica di decisione della controversia. Il carattere contrastivo dell’elemento inferenziale nell’attività interpretativa 185
15. I segnali che giungono dalla realtà e che modellano l’evoluzione del diritto: l’attuazione del contraddittorio come supporto. L’avanzamento creativo della elaborazione giurisprudenziale 190

## CAPITOLO IV

**L'attuazione del contraddittorio e le scelte interpretative e valutative nella costruzione della regola di decisione della controversia. Il processo e il contesto pluralistico di discussione sulle scelte interpretative nel quadro di una dimensione "comunicativa" e razionale. I parametri di decisione**

1. La costruzione della regola concreta di decisione della controversia. L'attuazione del contraddittorio come elemento di una giusta procedura in prospettiva argomentativa 199
2. Lo scopo della tutela dei diritti e la funzione della regola di attuazione del contraddittorio. Osservazioni generali 202
3. Le scelte valutative compiute dal giudice in sede di decisione e i parametri valutativi 206
4. Segue. Le scelte valutative compiute dal giudice in sede di decisione. I parametri valutativi e il pluralismo delle scelte interpretative. Il conflitto dei valori di riferimento: cenni ad alcune teorie filosofico politiche 211

**I. SEZIONE. L'ATTUAZIONE DEL CONTRADDITTORIO SULLE QUESTIONI DI DIRITTO IN CHIAVE ARGOMENTATIVA E IL MODELLO DELIBERATIVO DI DECISIONE**

5. La tutela dei diritti che presuppone la risoluzione del conflitto di interessi, di scelte valutative e di valori in sede di interpretazione. L'adesione ad un modello procedurale imperfetto, in funzione dell'accettazione di un modello razionale di decisione giudiziaria 219
6. Il valore del pluralismo e la necessità del confronto nella complessità delle scelte interpretative. Verso un inquadramento dell'attività giurisdizionale secondo i modelli deliberativi 224
7. La gestione dei conflitti di valori. L'agire strategico, l'agire comunicativo e la "situazione discorsiva ideale". I riflessi sul contesto processuale in vista della configurazione di una giusta procedura idonea a porre le basi per la migliore gestione dei conflitti di valori 229
8. Agire strategico e agire comunicativo come i due aspetti dell'attività processuale nel campo delle attività di interpretazione 237
9. La posizione e ruolo delle parti nel processo in relazione alle questioni di diritto. Il contraddittorio nella prospettiva dell'agire strategico 241

10. I rapporti tra il giudice e le parti. Il contraddittorio e l'agire comunicativo in ambito processuale. L'uso strategico dell'argomentazione 247
11. Pluralismo, ermeneutica e attività decisoria. L'esercizio del potere giurisdizionale in forma comunicativa secondo i caratteri della democrazia deliberativa. La funzione del confronto nella elaborazione argomentativa delle ragioni che supportano le ipotesi 258
- II. SEZIONE. I PARAMETRI ESTERNI DI GIUSTIZIA DELLA DECISIONE  
L'ATTUAZIONE DEL CONTRADDITTORIO SU QUESTIONI DI DIRITTO.  
IL CONTESTO, L'EMERSIONE DEL CONFLITTO SOCIALE-ECONOMICO SOTTESO  
ALLA CONTROVERSIA, IL PRECEDENTE
12. La qualità della decisione in chiave argomentativa e il contesto della controversia. Il discorso giurisprudenziale come potenziale discorso di appropriazione di poteri 268
13. L'attivazione del contraddittorio sulla questione di diritto in funzione conoscitiva del "contesto" che fa da sfondo alla controversia 273
14. L'attuazione del contraddittorio e le dinamiche di potere che informano la controversia. La convergenza tra il piano della corretta decisione informata a parametri di giustizia e l'effettività della difesa alla base dell'attuazione del contraddittorio sulle questioni di diritto 277
15. Attuazione del contraddittorio sulle questioni di diritto funzionale alla emersione delle linee di potere. La funzione argomentativa che si salda con l'effettività della tutela nel quadro dell'art. 101, c. 2, c.p.c. 281

## CAPITOLO V

**Una lettura in chiave conoscitiva e argomentativa della regola di attuazione del contraddittorio di cui all'art. 101, comma 2, c.p.c.**

1. La costruzione del caso e la funzione conoscitiva della regola di attuazione del contraddittorio. Sintesi e rinvio 287
2. Iura novit curia e la funzione argomentativa della regola di attuazione del contraddittorio 288
3. I presupposti di applicazione dell'art. 101 comma 2, c.p.c. in un'ottica conoscitiva, comunicativa e argomentativa. L'attuazione del contraddittorio su questioni rilevate d'ufficio come "punto Aleph" del processo 294

4.	Uno sguardo d'insieme sull'elaborazione giurisprudenziale. La lettura "dialettico-retorica" della regola di attuazione del contraddittorio	304
5.	La prospettiva procedurale pura in relazione al contraddittorio su questioni di diritto proveniente dalla giurisprudenza della Corte EDU	312
6.	La regola di attuazione del contraddittorio, la funzione conoscitiva in generale e i principi generali del processo	317
7.	L'art. 101 comma 2 c.p.c. e i rapporti tra il giudice e le parti. L'inidoneità del contraddittorio "puro" per la corretta costruzione delle premesse della decisione	321
8.	Segue: linee di interpretazione dell'art. 101 comma 2 c.p.c. L'attuazione del contraddittorio e il collegamento con la dimensione esterna al processo. Gli sviluppi legati al modello di fatto complesso nonché al modello complesso di fatto	325
9.	La ratio del nuovo comma 2 dell'art. 101 c.p.c. e la sua collocazione sistematica come norma di chiusura	337
10.	La sanzione dell'invalidità e i rimedi esperibili	339
	Bibliografia	349