

CREATIVITÀ DEL GIUDICE E PROCESSO DEL LAVORO

SOMMARIO: 1. Il giudice del lavoro tra «diritto» e «pregiudizi». – 2. La certezza del diritto e la «giurisprudenza creativa». – 3. La certezza del diritto, il processo «giusto» e la sua «ragionevole durata». – 4. I principi regolatori del «giusto processo». – 5. La crisi del processo come crisi delle persone che operano nel processo. – 6. La sottoposizione alla legge quale garanzia della terzietà ed imparzialità del giudice. – 7. La «giurisprudenza creativa», l'interpretazione «abrogativa» della norma e la sovrapposizione del potere giudiziario a quello legislativo.

1. – In una introduzione (datata 1° aprile 2000) al suo manuale di diritto privato – che come precisa l'Autore ha una platea di lettori comprensiva di laureati candidati ai concorsi e anche di qualche professionista e magistrato – uno dei più illustri civilisti del nostro tempo affermava di avere svolto con la sua opera una ricognizione in settori di diritto privato, non frequentati abitualmente, con letture «proficue» di diritto commerciale e «deludenti» di quel diritto del lavoro, un tempo affidato alle cure di illustri giuristi «ed ora per lo più infarcito di chiacchiere, che alimentano un diritto reso bastardo da un legislatore inadeguato e da una giurisprudenza anarchica». E lo stesso studioso, in una successiva introduzione ad altra edizione dello stesso manuale (datata 18 giugno 2007), dopo avere rimarcato un deplorabile desiderio di notorietà, riscontrabile non solo tra i giudici penali ma rinvenibile anche tra quelli civili, ha poi aggiunto che i giudici del lavoro dovrebbero riscattarsi da deplorabili pregiudizi ideologici «che hanno reso ingovernabile questa materia, con ripercussioni gravissime sul mercato» (1).

In relazione a tali severi giudizi, espressi nelle richiamate introduzioni, di recente è stato osservato che non può negarsi che anche nell'opinione pubblica non sono di certo pochi coloro che attualmente ritengono che il diritto del lavoro sia effettivamente contrassegnato da un «legislatore inadeguato», da una «giurisprudenza anarchica» e da «pronunziati giurisprudenziali» fortemente condizionati da pregiudizi ideologici, ed è stato anche aggiunto che però «tutto ciò non deve indurre a chiusure corporative volte a respingere, con risposte sommariamente liquidatorie, le suddette critiche ma deve sollecitare tutti coloro che operano nell'area giuslavoristica, e prima di tutti i giudici, a chiedersi perché le sud-

(1) Cfr., in tali sensi, F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli 2009.

dette critiche hanno ottenuto credito – e non importa in che misura – nella realtà fattuale» (2).

Si impone pertanto una generale ed utile riflessione sia al fine di garantire al diritto del lavoro una scientificità, che per essere vera e compiuta non può che risultare libera da ogni condizionamento di qualsiasi natura proprio per rispetto ad un settore dell'ordinamento giuridico che «non è stato mai nichilista» ma che – come è stato rimarcato da un illustre studioso di recente scomparso – «è sempre stato valorista», cioè volto a perseguire valori di fondo, quale quello della libertà e della dignità del lavoro (3); e sia al fine di potere pure nel futuro «credere che la disciplina giuslavoristica possa meritare profondamente quell'appellativo che un nostro pensoso civilista Vittorio Polacco, dava al diritto commerciale, e cioè di essere il vero bersagliere del diritto privato» (4).

Certo nella materia in esame la ricerca di «riferimenti valoriali» non è di certo agevole in ragione di un complessivo assetto ordinamentale che – come di recente è stato osservato – è caratterizzato da un «diritto senza verità», in cui «i valori sono presentati, con varietà di sfumature ed accenti, come qualcosa che vale, e vale di per sé e sovrasta le volontà umane e si fa giudice di esse», ed in cui inoltre la verità (tecnica, giuridica, teologica) coincide con la verità del singolo nel suo compiersi e determinarsi (5).

Considerazioni queste che, a prescindere dalla loro condivisione, hanno però l'inevitabile merito di evidenziare con il supporto di profonde argomentazioni il pericolo, quantomeno astratto, che una produzione legale come quella attuale – per la sua frequente lacunosità, mancanza di chiarezza e, non di rado, indecifrabile ambiguità – possa agevolare in chi è chiamato istituzionalmente ad applicare la legge percorsi interpretativi in qualche misura condizionati da opzioni culturali con pregiudizievoli ricadute sul piano della credibilità della magistratura tutta e con conseguenze talvolta gravi ed imprevedibili per la intera collettività.

(2) In questi sensi G. Vidiri, *Il contributo della Corte di cassazione all'evoluzione del diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.* 2010, I, 27.

(3) In tali termini un frammento di un saggio di M. Dell'Olio richiamato da P. Grossi, *La grande avventura giuslavoristica*, in *Riv. it. dir. lav.* 2009, I, 30 s.

(4) Così P. Grossi, *op. cit.*, 31.

(5) Cfr. in argomento N. Irti, *Diritto senza verità*, Roma-Bari 2011, secondo il quale l'eclissi di tutti i valori, metafisici e terreni, finisce per consegnare il diritto alla decisione individuale. L'autore completa così la trilogia iniziata con *Il nichilismo giuridico*, Roma-Bari 2004, in cui aveva evidenziato come ad un abbandono dei presupposti religiosi che, per secoli avevano accompagnato il diritto, guardandolo dall'alto e proteggendolo, si era poi accompagnato il declino dei fondamenti più moderni, di quei surrogati terreni – lo Stato, l'unità dei codici, la sovranità territoriale – a cui il giurista si era aggrappato «con l'energia o l'ingenuità della speranza». Opera questa seguita da *Il salvagente della forma*, Roma-Bari 2005, in cui lo studioso aveva ravvisato nei congegni procedurali un rifugio all'indifferenza dei contenuti, apparendogli la forma «un rifugio contro il caos estremo» in quanto «se i contenuti sono labili e mutevoli, introdotti da una maggioranza politica e discacciati dall'altra; se nessuna norma ha garanzia di stabilità e tutte giungono dal nulla e possono tornare nel nulla, ecco che la forma porge l'illusione della durata» (cfr. in tali termini la Prefazione a *Diritto senza verità cit.*, p. X).

2. – In una opera risalente nel tempo, ma tuttora di estrema attualità, si sono definite «minacce di fatto» contro il principio della certezza del diritto pecche e vizi verificatisi in passato, individuati poi specificatamente nella oscurità della norma, nella sua lacunosità, nella mancanza di semplicità, nella instabilità, nella molteplicità delle disposizioni in cui essa può articolarsi, nella pluralità delle leggi, ed, infine, nella difficoltà e nella lunghezza dei giudizi. E nella stessa ottica – è stato poi evidenziato – come rispetto a tali minacce si presentino molto più pericolose quelle teorie che si propongono proprio di scalzare il suddetto principio perché considerato un «disvalore» nella esperienza giuridica e nel mondo sociale; si è altresì rammentato come la scuola del diritto libero «miri preterintenzionalmente a infrangere la certezza del diritto ed ad annichilire di fatto il sentimento della legalità» (6); e si è, infine, trovato un comune denominatore a tutte tali correnti teoriche nel disconoscimento della funzione propria del diritto sul presupposto che la norma «è attuata di volta in volta dal giudice nell'atto stesso in cui egli la crea», ed è, quindi, «mezzo per raggiungere un fine» (7).

In dissenso con quanti nel passato – ed anche come si è detto nel presente – hanno lamentato, con argomentazioni articolate e con *iter* motivazionali differenti, un diritto senza valori o un diritto consegnato alla libera decisione del giudice, è stato obiettato che «analogamente alla concezione della scienza, secondo la quale essa introduce la certezza nella conoscenza, ben può dirsi che il diritto con la sua norma introduce la certezza nella vita sociale garantendo la qualifica dei comportamenti possibili» (8); ed ancora – con efficacia espositiva – è stato rilevato che «la scienza giuridica deve mirare soltanto a sapere quale è il diritto non a crearlo», perché «solo quando il giurista abbia la coscienza di questo suo limite e non tenti di sovrapporsi al dato positivo che trova dinanzi a sé, l'opera sua è benefica per il diritto» (9).

(6) In questi sensi F. Lopez De Oñate, *La certezza del diritto*, ora anche in un volume della collana *Civiltà del diritto*, diretta da F. Mercadante, Milano 1968, 81.

(7) Per una penetrante riflessione su tale assunto vedi F. Lopez De Oñate, *La certezza del diritto*, cit., 101 ss., secondo cui ricercare nell'esperienza giuridica un valore non può che essere delusivo giacché essa non è esperienza storica e nemmeno esperienza tecnica «ma semplice verità provvisoria e di fatto, che di fatto si giustifica, di volta in volta, quando viene attuata e come viene attuata» sicché «il diritto finisce per abbandonare il regno dei valori per immettersi e sprofondarsi nel regno dei fatti, anzi dei fenomeni, nel senso più massiccio della locuzione».

(8) In tali termini vedi ancora F. Lopez De Oñate, *La certezza del diritto* cit., 49, secondo cui «il diritto mostra la sua natura schiettamente umana, indissolubilmente legata al mondo degli uomini e solo ad esso: gli uomini hanno bisogno, per la sua azione presente, di potere contare sulla loro azione futura, sulla portata della propria azione futura, e dunque anche sull'azione degli altri uomini».

(9) Cfr. al riguardo P. Calamandrei, *La certezza del diritto e la responsabilità della dottrina*, pubblicato inizialmente in *Riv. dir. comm.* 1942, I, 341 ss., e più di recente anche in *La certezza del diritto*, cit., in cui alle pagine 175 e 176 – oltre le parole già riportate nel testo – si legge anche «se invece di partire dall'osservazione di ciò che è storicamente il diritto, il giurista si fabbrica per conto suo un sistema aprioristico di credute verità eterne e sul modello di esse pretende

Orbene, nel conteso socio-economico caratterizzante l'inizio del nuovo secolo, risulta doveroso soprattutto ad opera dei giuslavoristi – in ragione della tutela differenziata che merita un «diritto valoriale», volto, come si è detto, alla tutela della «persona» del lavoratore – una rivisitazione del principio della certezza del diritto al fine di soddisfare esigenze che, permanenti in ogni epoca, sono divenute ora sempre più pressanti.

E contestualmente, stante una siffatta esigenza da tutti avvertita, è altrettanto doveroso ricercare nei valori del «giusto processo» e della sua «ragionevole durata», di recente costituzionalizzati (art. 111, commi 1 e 2, Cost.), un approdo capace di alimentare speranze sulla riaffermazione del primato della legge, che allo stato appare un filo sottile su cui continua ad aggrapparsi il nostro vivere quotidiano (10).

3. – È stato evidenziato come si riscontri un reciproco e stretto collegamento tra nomofilachia, certezza del diritto e tempi del processo, non potendosi mettere in dubbio che la interdipendenza – o meglio circolarità di effetti – tra resistenza nel tempo dei pronunciati dei giudici di legittimità e riduzione del contenzioso, comporti il più agevole perseguimento del principio della «ragionevole durata del processo». Ugualmente non può negarsi che una perdurante tenuta dei suddetti pronunciati – conseguente alla doverosa osservanza dei relativi *dicta*, sino al sopraggiungere di eventi significativi che ne determinino un meditato *revirement* – contribuisca a rendere certo il diritto con conseguenze positive sia sul versante della credibilità della giustizia (11), che su quello socio-economico, perché un alto tasso di alea nella tutela dei diritti determina in settori portanti dell'economia una diminuzione degli investimenti di capitali, ponendo seri ostacoli ad ogni iniziativa imprenditoriale (12).

di riplasmare le leggi come se fossero di creta da rimettere in forma, l'opera sua inconsciamente contribuisce ad annebbiare nella coscienza il sentimento della legalità e ad aggravare sempre di più l'angoscia di questa crisi che ci travaglia».

(10) Sull'art. 111, commi 1 e 2, Cost. e tra i numerosi contributi cfr. per tutti S. Chiarloni, *Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2008, 129 ss.; V. Denti, *La giustizia civile. Lezioni introduttive* a cura di F. Cuomo Ulloa, G. Gamba, L. Passanante, F. Rota, E. Silvestri, M. Taruffo, Bologna 2004, 71 ss.; M. Bove, *Art. 111 Cost. e «giusto processo civile»*, in *Riv. dir. proc.* 2002, 479; M. Cecchetti, voce *Giusto processo (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, V, Milano 2001, 595; G. Olivieri, *La «ragionevole durata» del processo di cognizione (qualche considerazione sull'art. 111, secondo comma, Cost.)*, in *Foro it.* 2000, V, 251 ss.

(11) In questi precisi termini cfr. G. Vidiri, *Art. 360 bis c.p.c. e nomofilachia: verso un diritto a formazione giurisprudenziale? (considerazioni minime di un giudice del lavoro)*, in *Riv. trim. dir. lav.* 2009, 511 e nota 12.

(12) Per l'assunto che l'economia capitalistica abbia bisogno di un «diritto che si possa calcolare in modo simile ad una macchina» vedi M. Weber, *Storia economica. Linee di una storia universale dell'economia e della società*, Roma 1993, 298, e sempre sulla necessità della «calcolabilità» del diritto moderno e sulla sua razionalità e funzionalità v. Id., *Economia e società. So-*

È poi opinione universalmente condivisa che con il d.lgs. 2 febbraio 2006 n. 40 si sia inteso rafforzare – con significative innovazioni in materia di giudizio di legittimità – la funzione nomofilattica, attribuita dall'art. 65 dell'ordinamento giudiziario, cioè quella di assicurare al giudice (civile o penale) di ultima istanza «l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge», nonché di garantire «l'unità del diritto oggettivo nazionale» (13).

Ed è stato, inoltre, con riferimento alla più recente l. 18 giugno 2009, n. 69, osservato che – dopo essersi per lungo tempo evocata una riforma processuale volta a ridurre un contenzioso sempre crescente – si sia pervenuti ora ad introdurre un severo criterio selettivo con la costituzione di «una apposita sezione» ex art. 376 c.p.c. con un duplice differente beneficio: per la stessa Corte di cassazione, che non risulta più oberata da «questioni bagattellari», ed anche per l'intero sistema giustizia perché viene consentito alla suddetta Corte di concentrarsi sul suo ruolo di nomofilachia, abbreviando in tal modo i tempi della giustizia (14).

Corollario di quanto sinora esposto è che la certezza del diritto, dalla quale consegue in buona misura una riduzione dei tempi di giustizia ed alla quale è collegata la funzione nomofilattica della Cassazione – di cui l'espressione più manifesta è il disposto dell'art. 374, comma 3, c.p.c. (volto a vincolare le Sezioni semplici della Corte, nel caso in cui ritengano di non condividere un principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite, a rimettere a queste ultime, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso) (15) – assume, come è stato ribadito, una significativa portata per segnare il passaggio ad un «nuovo processo». La costituzionalizzazione di principi da porre a base del processo non può, infatti, arrestarsi sul piano evocativo per attestare chiaramente la volontà del legislatore di soddisfare l'esigenza – fortemente avvertita dalla collettività – di una più efficace tutela dei diritti da perseguire

ciologia del diritto, Torino 1980, spec. 161 e 180. Per analoga visione N. Irti, *Codice civile e società politica*, Bari 1995, 22, secondo cui occorre «una matematica delle azioni» affinché ciascun soggetto del rapporto economico sia in grado di calcolare il comportamento degli altri e di valutare vantaggi e svantaggi della scelta da operare.

(13) Con riferimento alla nomofilachia e per una ricostruzione storica delle norme che hanno preceduto l'emanazione dell'art. 65 della legge sull'ordinamento giudiziario vedi M. Taruffo, *La Corte di cassazione e la legge*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1990, 349 ss.

(14) Cfr. sul punto la Relazione sull'amministrazione della giustizia dell'anno 2009, tenuta dal Primo Presidente della Suprema Corte di cassazione, dott. Vincenzo Carbone il 30 gennaio 2009, in occasione dell'apertura dell'anno giudiziario (pubblicata in parte in *Giust. civ.* 2009, II, 181 e ss, ed *ivi*, 184 per il passo riportato nel testo).

Più in generale sul c.d. filtro vedi, per tutti, P. Vittoria, *Il filtro per l'accesso al giudizio di legittimità*, in *Il nuovo giudizio di cassazione*, a cura di G. Ianniruberto e U. Morcavallo, Milano 2010, 137 ss.

(15) Per una sintesi delle diverse valutazioni sul disposto dell'art. 374, comma 3, c.p.c., con particolare riferimento alla natura del vincolo gravante sulle Sezioni semplici e per una individuazione delle conseguenze derivanti dalla diretta disapplicazione da parte delle stesse dei *dicta* delle Sezioni Unite, vedi S. Caporusso, *sub art. 374 c.p.c.*, in *La riforma del giudizio di cassazione* a cura di F. Cipriani, in *Le nuove leggi civili commentate*, Padova 2009, 234 ss.

attraverso un nuovo equilibrio tra diritto di difesa e poteri istruttori del giudice che garantisca – con un processo non più appesantito da vuoti formalismi e da inutili rigidità formali – «una risposta giudiziaria ‘giusta’ in tempi ragionevoli» (16). Si è, dunque, correttamente sintetizzato in dottrina il nesso indissolubile sussistente tra le garanzie del giusto (o equo) processo e la sua «ragionevole durata», rimarcandosi al riguardo che il «processo non può essere equo se non viene definito in un termine ragionevole» (17).

Ed ancora in tale direzione si è poi precisato: che la ragionevole durata del processo ha a che fare con la giustizia della decisione «anche perché se passa molto tempo tra l'istruzione probatoria e la decisione diminuiscono le probabilità di una corretta valutazione delle prove» (18); che, con riferimento al dato normativo, il legislatore nel prevedere quale ultimo corollario del principio del «giusto processo» la sua «ragionevole durata», ha scelto di accostare in maniera esplicita il carattere «giusto» del processo alla sua «tempestiva» definizione (19); che l'abnorme durata del processo, male endemico della giustizia italiana soprattutto per quanto riguarda il processo civile, è il più delle volte destinata a tradursi in un vero e proprio diniego di giustizia, con la violazione di un diritto azionabile solo nei riguardi dello Stato apparato, e come tale reintegrabile nella «equa riparazione» (20).

4. – Dopo più di un decennio dalla sua costituzionalizzazione, il principio in esame ha mostrato di avere una forza espansiva espressasi non solo sul versante

(16) Cfr. in tali termini G. Vidiri, *Le nullità processuali ed il giusto processo*, in *Il nuovo giudizio di cassazione*, cit., 308.

(17) Così testualmente Cass., sez. un., 3 novembre 2008 n. 26363, in *Riv. dir. proc.* 2009, 1684, con nota di L.P. Comoglio, *Abuso dei diritti di difesa e ragionevole durata del processo: un nuovo parametro per i poteri direttivi del giudice?*, che – dopo avere premesso che il diritto alla ragionevole durata del processo è stato riconosciuto dagli art 6 e 13 della Convenzione europea del 1950 (ratificata, come è noto, in Italia con la l. 4 agosto 1955 n. 848) nonché dall'art. 111, comma 2, Cost. (come integrato dalla l. cost. 23 novembre 1999 n. 3) – rileva poi come «ogni persona abbia diritto ad una equa e pubblica udienza entro un tempo ragionevole davanti ad un tribunale indipendente ed imparziale», e come spetti, nel caso di mancato rispetto di un tempo ragionevole di durata del processo, il diritto ad un equo indennizzo a seguito della legge 24 marzo 2001 n. 89 (c.d. Legge Pinto).

(18) Così, S. Chiarloni, *Giusto processo*, cit., 146.

(19) Per l'assunto che con riferimento al collegamento tra processo «giusto» e processo dalla «ragionevole durata» possa parlarsi di una «endiadi normativa» vedi G. Vidiri, *La «ragionevole» durata del processo, interventi normativi e giurisprudenza di legittimità*, in *Corriere giur.* 2008, 580.

(20) Cfr. sul punto *amplius* V. Denti, *La giustizia civile* cit. 85, secondo cui il principio di cui all'art. 111, comma 2, Cost. si sviluppa in due direzioni: da un lato sul piano tecnico, nel senso di imporre misure idonee a favorire il massimo possibile di attività ed energie nello svolgersi delle dinamiche interne al processo; dall'altro lato, su un piano più strettamente economico, nel senso di richiedere interventi idonei ad ottimizzare l'organizzazione giudiziaria e le risorse da destinare all'amministrazione della giustizia nel suo complesso.

delle innovazioni legislative di cui alle recenti novelle 2006 e 2009, ma anche su quello giurisprudenziale con una continua e perdurante rivisitazione di numerose disposizioni del codice di rito per avere il disposto dell'art. 111, comma 2, Cost. operato da «parametro di costituzionalità delle norme processuali» (21). Tutto ciò nonostante si fosse affermato autorevolmente che le modifiche del testo costituzionale non avrebbero portato sostanziali mutamenti rispetto al quadro normativo precedente per limitarsi a ribadire garanzie del processo, già ricavabili da numerose altre norme costituzionali (22); e nonostante si fosse altresì rimarcato nella stessa ottica come il nuovo testo contenesse «una indicazione programmatica dal valore meramente esortativo», essendosi in presenza di «una norma in grado di incidere poco sulla lentezza del giudizio» (23).

A dimostrazione, invece, che l'emersione a livello costituzionale di esigenze avvertite dalla intera collettività è sempre destinata ad avere portata in qualche misura innovativa, inducendo il giurista ad interpretazioni adeguatissime della norma, può evidenziarsi che anche il principio del «giusto processo» ha avuto ricadute di particolare rilievo sull'attuale assetto ordinamentale, che continua però a mostrarsi per molti versi ancora influenzato dagli schemi dommatici della dottrina

(21) Tale *dictum* leggesi nelle coeve Cass., sez. un., 20 aprile 2005 n. 8202 e 8203 (pubblicate in *Giust. civ.* 2005, I, 2040, con nota di R. Giordano, *La produzione di nuovi documenti in appello nel processo ordinario e in quello del lavoro secondo le sezioni unite della Corte di cassazione*; in *Riv. dir. proc.* 2005, 1051, con nota di B. Cavallone, *Anche i documenti sono "mezzi di prova" agli effetti degli art. 345 e 437 c.p.c.*; ed in *Corriere giur.* 2005, 934, con nota di C. Cavallari, *Le Sezioni Unite restringono i limiti delle nuove prove documentali nell'appello civile, ma non le vietano*), che nel risolvere un contrasto sull'ammissibilità in appello di nuovi documenti, hanno parificato ai fini decadenziali le prove costituite e quelle costituende. Tra i più recenti arresti giurisprudenziali volti ad agevolare il perseguimento della ragionevole durata del processo vedi Cass., sez. un., 22 gennaio 2010, n. 2723, in *Riv. dir. proc.* 2011, 221, con nota di G. Fanelli, *Note sulla «sollecita» e «sostanziale» definizione del giudizio alla luce della ragionevole durata del processo e del nuovo art. 360 bis, comma 2, c.p.c.*, che ha negato la concessione di un termine per eseguire la notificazione dell'impugnazione ai litisconsorti necessari ai sensi dell'art. 331 c.p.c., qualora l'impugnazione debba essere rigettata perché palesemente infondata nel merito; Cass., sez. un., 29 aprile 2009 n. 9946, *ivi* 2010, 958, con nota di M. Gradi, *La «ragionevole durata processo» e i «risultati di semplificazione»: la pretesa inapplicabilità dell'art. 353 c.p.c. al giudizio di cassazione*, secondo cui la Corte di cassazione può decidere la causa nel merito ex art. 384, comma 2, c.p.c., senza rinviare al giudice di primo grado quando dichiara l'esistenza della giurisdizione negata dai giudici di primo e secondo grado, per offrire il principio di cui all'art. 111, comma 2, Cost., «sostegno al risultato di semplificazione processuale alla soluzione accolta».

(22) Così S. Chiarloni, *Giusto processo* cit., 10 ss., secondo cui con le modifiche introdotte al testo originario dell'art. 111 Cost. si esprime compiutamente quanto già ricavabile specialmente dall'art. 24 nella sua connessione con l'art. 3 – diritto di azione e correlata esplicitazione del pieno contraddittorio e della parità delle parti in giudizio – in un contesto in cui l'imparzialità del giudice trovava la sua fonte «nella soggezione del giudice soltanto alla legge» (art. 101 Cost.) e nella sua indipendenza ed autonomia (art. 104 Cost.).

(23) In tali termini vedi A. Andronio, *sub* art. 111, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, vol. III (artt. 101–139), Torino 2007, 2115.

processualistica del novecento, ed a risultare ancora scarsamente permeabile alle esigenze del nuovo secolo, che necessita di un processo che sia dotato, anche per il rilievo in termini economici assunto, di maggiore dinamicità e che, affrancandosi da appesantimenti burocratici e da ogni genere di formalismo, sia capace di dare compiuta e sollecita risposta alle sempre più articolate domande di giustizia.

Orbene, al di là della considerazione che il significato della parola «giusto» ha per il diritto una portata ben diversa da quella assunta a livello filosofico e/o religioso (24), è stato ritenuto che l'affermazione della nostra Carta Costituzionale, secondo cui la funzione giurisdizionale deve svolgersi secondo il modello di un giusto processo, non è affatto una inutile ovvietà per la semplice ragione che questo concetto non appartiene all'ordine delle cose (25).

Al fine di definire il «giusto processo» ne sono stati identificati quali elementi caratterizzanti: il contraddittorio delle parti in condizioni di parità, la terzietà e la imparzialità del giudice, la durata ragionevole garantita dalla legge (26); ed è stato anche rilevato come nei suoi principi regolatori non possono non farsi rientrare anche il principio della uguaglianza nonché le garanzie del diritto d'azione, della inviolabilità del diritto di difesa in ogni stato e grado del processo, del giudice naturale precostituito per legge e dell'obbligo di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali (27).

In un'ottica più generale si è, infine, rilevato che il giusto processo si caratterizza per essere vivificato da una etica interna capace di rendere scrutinabili e controllabili «la correttezza e la lealtà di chi – parti, difensori, giudice e pubblico ministero – esercita i diritti, i poteri e gli oneri di cui è titolare, sì da impedire che possano configurarsi situazioni soggettive di insindacabilità sottratte, in quanto tali,

(24) Per un'ampia ed acuta ricognizione dei vari approcci all'idea della giustizia e per una critica alla prospettiva trascendentale che di essa ha John Rawls, vedi A. Sen, *L'idea di giustizia*, Milano 2010.

(25) In questi termini vedi G. Verde, *Giustizia e garanzie nella giurisdizione civile*, in *Riv. dir. proc.* 2000, 308, che aggiunge anche che il giusto processo «è il precipitato di valori mutevoli ed è collegato a diverse ed egualmente possibili soluzioni tecniche, tra cui bisogna operare scelte secondo una scala di priorità», cui *adde*, per ulteriori riflessioni, sull'art. 111 Cost.: Id., *Profili del processo civile. I. Parte generale*, Napoli 2008, 67 ss.

(26) Cfr., al riguardo, *ex plurimis* U. Morcavallo, *Nullità processuali e potere di controllo della Corte di cassazione nella prospettiva del giusto processo*, in *Giust. civ.* 2004, II, 227; M. Cecchetti, voce *Giusto processo*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, V, Milano 2001, 605 ss., il quale osserva anche come la Costituzione, facendo riferimento alla garanzia generale del giusto processo come unica modalità di attuazione (*rectius*, esercizio) della funzione giurisdizionale, imponga all'interprete di ricostruire il significato della formula «alla luce di tutti gli altri elementi che, in base alla Costituzione nel suo insieme, costituiscono i presupposti o i corollari inscindibilmente legati all'effettività di quella garanzia» (Id., *op. cit.*, 607).

Più di recente cfr. G. Vidiri, *Le nullità processuali ed il giusto processo*, in *Il nuovo processo di cassazione* cit. 303 ss.

(27) Al riguardo, G. Reali, *sub art. 360 bis*, in *La riforma del processo di cassazione*, a cura di F. Cipriani, Padova 2009, 141.

nelle modalità del loro (positivo, mancato o rifiutato) esercizio, a qualsiasi forma di controllo, riesame e revisione impugnatoria» (28).

Ciò premesso, è utile segnalare che mentre la novella del 2006 ha perseguito le finalità sottese all'art. 111 Cost. soprattutto a livello della certezza del diritto (29), la più recente riforma del 2009 pare invece maggiormente rivolta a perseguire la finalità di rendere più «giusto» il processo tutelando maggiormente il contraddittorio ed il diritto di difesa, anche garantendo le parti da decadenze e preclusioni non giustificate perché non addebitabili a condotte inerti o negligenti (30).

Non sembra, infatti, possibile negare, ad esempio, che l'abrogazione dell'art. 184 *bis* c.p.c. e lo spostamento del suo contenuto nel secondo comma aggiunto all'art. 153 c.p.c., con l'estensione della remissione in termini anche ai poteri di impugnazione e più in generale ai poteri processuali esterni al giudizio, trovino una valida giustificazione nell'attribuire rilevanza ad impedimenti non eliminabili neanche con comportamenti improntati alla massima diligenza all'evidente fine di impedire ingiuste penalizzazioni a danno della parte che dimostri di essere stata impedita nel tempestivo esercizio dei suoi poteri da una causa ad essa non imputabile (cfr. al riguardo artt. 153 e 294 c.p.c.) o da un evento fortuito o da forza maggiore (31).

Ed, ancora, anche per quanto riguarda il nuovo art. 384, comma 3, c.p.c., non può negarsi che esso – con il prescrivere l'assegnazione ad iniziativa della Corte di cassazione al pubblico ministero ed alle parti di un termine per le osservazioni su una questione rilevabile d'ufficio da porsi a fondamento della decisione – impedisce la pronunzia di decisioni «a sorpresa» sempre al fine di perseguire in tal modo un «giusto processo», di cui, come si è in precedenza detto, è componente indispensabile il rispetto del diritto di difesa e del contraddittorio tra le parti (32).

(28) In tali sensi vedi L.P. Comoglio, *Abuso del processo e garanzie costituzionali*, in *Riv. dir. proc.* 2008, 328 ss., e più in generale Id., *Etica e tecnica del giusto processo*, Torino 2004, 327-377.

(29) Sul d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 (in materia di processo di cassazione e arbitrato) cfr., tra i tanti, R. Poli, *Il giudizio di cassazione dopo la riforma*, in *Riv. dir. proc.* 2007, 9 ss.; C. Mandrioli, *Le ultime riforme del processo civile, Diritto processuale civile*, Appendice di aggiornamento alla 17ª ed., Milano 2006, 439 ss., nonché – per gli effetti ricadenti sui tempi del processo a seguito del rafforzamento della nomofilachia, perseguito con il suddetto decreto – G. Vidiri, *La nuova nomofilachia: diritti più certi e processi più rapidi?*, in *Il nuovo giudizio di cassazione*, a cura di G. Ianniruberto ed U. Morcavallo, Milano 2007, 17 ss.

(30) Sulla riforma del 2009, v. per tutti G. Balena, R. Caponi, A. Chizzini, A. Menghini, *La riforma della giustizia civile. Commento alle disposizioni della legge sul processo civile n. 69/2009*, Torino 2009; Aa.Vv., *La riforma del giudizio di cassazione. Commentario al d.lgs. 2 febbraio 2006 n. 40, capo I, e alla legge 18 giugno 2009 n. 69, capo IV*, a cura di F. Cipriani, Padova 2009.

(31) Cfr. sul punto R. Caponi, *Rimessione in termine, estensione ai poteri di impugnazione (art. 153, 2 comma, c.p.c.)*, in *Foro it.* 2009, V, 283.

(32) Sull'art. 384 c.p.c. vedi *amplius* A. Panzarola, *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di A. Briguglio e B. Capponi, vol. III, t. I, *Ricorso per cassazione, sub art. 384*,

E, per concludere, e sempre a titolo esemplificativo, va rimarcato che nella stessa direzione sembra muoversi pure la nuova regolamentazione sulle spese laddove consente al giudice – nel pronunciare la sentenza di condanna – di escludere la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice, se le reputi eccessive o superflue, rendendo così possibile, anche indipendentemente dalla soccombenza, condannare la parte al rimborso delle spese non ripetibili che, per trasgressione al dovere di lealtà e probità, essa ha causato all'altra parte (33); e laddove impedisce, al di fuori del caso di soccombenza reciproca, di compensare le spese solo se vi siano «altre gravi ed eccezionali ragioni», circoscrivendo in tal modo la compensazione ad ipotesi residuali all'evidente fine di impedire – utilizzando clausole-tipo – disinvolute liquidazioni suscettibili di ridurre, se non di vanificare del tutto in termini economici, i vantaggi scaturenti dall'accoglimento della domanda (34).

Anche la giurisprudenza ha mostrato di volere attribuire un rilevante spessore contenutistico al principio del giusto processo, richiamandolo in molti suoi arresti, come è tra l'altro attestato in modo significativo allorquando è stato affermato: che «il giudice, in ossequio a quanto prescritto dall'art. 134 c.p.c. ed al disposto dell'art. 111, comma 1, Cost. «deve esplicitare le ragioni per le quali reputa di fare ricorso all'uso dei poteri istruttori o, nonostante la specifica richiesta di una delle parti, ritiene invece di non farvi ricorso» (35); che al creditore di una determinata somma di denaro, dovuta in forza di un unico rapporto di lavoro, non è consentito

Padova 2009, 322 s., che osserva come questa nuova norma, sia capace di inoculare – sempre che lo si voglia fare – nelle architetture solide ma essenziali del processo di cassazione quel margine di elasticità che, ben governato, può soccorrere le parti, e soddisfare quanti – con loro – anelino alla penetrazione dello «spirito del contraddittorio» anche nelle atmosfere rarefatte, che regnano nelle stanze del «Palazzaccio»; e che al contempo – con riferimento alla ipotesi in cui la questione rilevata d'ufficio non sia stata sottoposta a contraddittorio – non dimentica in mancanza di un rimedio impugnatorio *ad hoc*, che esiste un filone giurisprudenziale che tende ad offrire una interpretazione largheggiante del motivo revocatorio previsto dall'art. 391 *bis* c.p.c. (in relazione all'art. 395 c.p.c.), per ricomprendervi gli errori *in procedendo*, che si verificano nel corso del processo per cassazione (Id., *op. cit.*, p. 327, nt. 132).

(33) Sulle diverse problematiche riguardanti la nuova regolamentazione delle spese vedi, per tutti, G. De Marzo, *Le spese giudiziali e le riparazioni nella riforma del processo civile*, in *Foro it.* 2009, V, 397 ed ancora G. Settimj, *La disciplina delle spese*, in *Il nuovo giudizio di cassazione*, 2^a ed., Milano 2010, 543 ss.

(34) Cfr. A. Menghini, in *La riforma della giustizia civile cit.*, 26 e nt. 54, secondo cui il rispetto dei presupposti richiesti dalla recente legge per la compensazione delle spese sembra ricorrere allorquando con specifica motivazione si faccia leva sulla sussistenza di oscillazioni giurisprudenziali in ordine alla questione decisa o sulle oggettive difficoltà della risoluzione dei punti di fatto controversi o sulla palese sproporzione tra l'interesse concreto realizzato dalla parte vittoriosa e il costo delle attività processuali resisi necessarie.

(35) Cfr., in motivazione, Cass., sez. un., 17 giugno 2004, n. 11353, in *Foro it.* 2005, I, 1135, con nota di E. Fabiani, *Le Sezioni Unite intervengono sui poteri istruttori del giudice del lavoro*, ed in *Mass. giur. lav.* 2004, 738 con nota di G. Mannacio, *Sull'onere della prova e alcune sue specifiche modalità*.

di frazionare il credito in plurime richieste giudiziarie di adempimento in quanto tale scissione del contenuto della obbligazione unica, operata dal creditore per sua esclusiva utilità con unilaterale modificazione aggravativa della posizione del debitore, si pone in contrasto sia con il principio della correttezza e buona fede che con quello costituzionale del «giusto processo», traducendosi la parcellizzazione della domanda giudiziale diretta alla soddisfazione della pretesa creditoria in un abuso degli strumenti processuali che l'ordinamento offre alla parte, nei limiti di una corretta tutela dell'interesse sostanziale (36). Ed ancora – in ragione della garanzia del contraddittorio come elemento imprescindibile per la configurabilità del giusto processo – deve tra le numerose applicazioni giurisprudenziali del dettato costituzionale includersi anche il recente *dictum* secondo cui «ove la Corte ritenga di porre a fondamento della sua decisione una disposizione del contratto (o di accordo collettivo di livello nazionale depositato dal ricorrente), diversa da quelle sulle quali si fonda il ricorso, procedendo d'ufficio ad una interpretazione complessiva della pattuizione ex art. 1363 c.c., non riconducibile a quanto dibattuto dalle parti, deve trovare applicazione l'art. 384, comma 3, c.p.c., per evitare anche in tal caso «decisioni a sorpresa» (37).

5. – Intorno alla metà del secolo scorso un illustre processualista ebbe a sostenere che la crisi del processo «è la crisi delle persone che operano nel processo, più precisamente di quella persona per la quale il processo è sostanzialmente tale, perché da essa si attende la tutela del diritto, vale a dire il giudice», ed ebbe poi ad aggiungere – sul presupposto che il processo debba reggersi su valori assoluti e perduranti – che «la crisi del processo non è che un aspetto della grande crisi spirituale che è rilevabile in ogni campo della vita morale, nell'arte, nella filosofia, nella politica, perché è la crisi dell'uomo, di ciascuno di noi» (38).

La odierna realtà fattuale attesta la portata anche profetica delle suddette parole.

È agevole invero constatare come oggi il processo costituisca più che in altre epoche il banco di prova per valutare un assetto ordinamentale che, risentendo di una generalizzata carenza di valori, si manifesta incapace di fornire una adeguata risposta alla domanda di giustizia.

In un siffatto contesto per evitare negative ricadute in termini di credibilità della giustizia e con essa delle stesse istituzioni devono ritenersi necessari, anche se da soli non sufficienti, sia gli interventi legislativi che gli arresti giurisprudenziali.

(36) Cfr. al riguardo Cass., sez. un., 15 novembre 2007, n. 23726, in *Giust. civ.* 2008, I, 2807, con nota di V. Fico, *La tormentata vicenda del frazionamento della tutela giudiziaria del credito*, cui *adde* negli stessi termini da ultimo Cass. 20 novembre 2009, n. 24539, in *Giur. it.* 2010, 2047, con nota di V. Bachelet, *La domanda parcellizzata: riflessi sul sistema*.

(37) In tali sensi v. Cass., sez. un., 23 settembre 2010, n. 20075, in *Giust. civ.* 2010, I, 2441.

(38) Così testualmente S. Satta, *La tutela del diritto nel processo*, in *Il mistero del processo*, che racchiude alcuni saggi dell'autore, Milano 1994, 64 e 79.

ziali calibrati – come quelli in precedenza ricordati – sulle finalità da perseguire, sia investimenti in termini economici volti a garantire all'apparato giudiziario mezzi adeguati per assicurarne una efficiente operatività.

Nel contempo però non può sottacersi che un processo celere e nello stesso giusto non può che essere l'esito di una doverosa e generalizzata presa di coscienza del difficile compito che è chiamato nell'attuale momento storico ad assolvere il giudice, che richiede una sua nuova professionalità ed una sua responsabile consapevolezza della gravosità dei doveri da assolvere.

È stato in altra sede sostenuto che i magistrati devono essere promotori di una nuova cultura del processo, che si esprima attraverso una piena disponibilità a collaborare nella individuazione, prima, e nella eliminazione, poi, di eventuali privilegi categoriali, non opponendosi ma anzi patrocinando essi stessi sul piano normativo sistemi oggettivi di progressione idonei a valorizzare la capacità, l'impegno e la diligenza mostrata nell'esercizio delle funzioni, non potendosi prescindere dalla considerazione che una permanente e dinamica professionalità del giudice rappresenta tra l'altro un presupposto di per sé acceleratorio delle risposte alle domande giudiziarie (39).

Ma le specifiche critiche, cui si è fatto riferimento nell'*incipit* del presente saggio, sollecitano una apposita e approfondita riflessione anche sotto un distinto versante.

È opinione da tutti condivisa che tra i principi regolatori del giusto processo, cui fa riferimento espresso anche l'art. 360 *bis*, n. 2, c.p.c., devono essere inclusi anche quello della «imparzialità e terzietà del giudice» stante il dettato del secondo comma dell'art. 111 Cost. in base al quale «ogni processo si svolge (...) davanti a giudice terzo ed imparziale».

Ai due aggettivi «terzo» ed «imparziale» può essere assegnato un significato autonomo o può ritenersi, come sembra invece preferibile, che essi rappresentino una mera endiadi o meglio una formula sostanzialmente ripetitiva, non potendosi individuare una reale ed effettiva differenza tra giudice «terzo» e giudice «indipendente», necessitando il corretto esercizio della giurisdizione di una figura di giudice, in cui siano coesenziali i suddetti profili, in modo da escludere sia deprecabili influenze derivanti da «collegamenti» di qualsiasi natura esterni alla logica ed alla funzione del processo, sia violazioni della regola della equidistanza dall'oggetto della decisione e dalle sue ricadute (40).

(39) Sul punto *amplius* G. Vidiri, *Giudice ed avvocati: nuove professionalità per processi più celeri?*, in *Corriere giur.* 2008, 1459 ss.

(40) Osserva puntualmente M. Cecchetti, *Giusto processo*, cit., 610, che una pure parziale confusione dei significati che si registra nella stessa origine storica della formula «giudice terzo e imparziale», è forse «un segnale che spinge a focalizzare l'autentico contenuto sostanziale della disposizione nel fatto che i due profili non sono assolutamente scindibili e devono essere comunque e sempre salvaguardati perché un giudice possa essere effettivamente riconosciuto come tale». Nel senso dell'inutile ripetitività della formula vedi S. Chiarloni, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il processo civile*, in *Il nuovo art. 111 della Costituzione ed il giusto processo* (Atti

Ed invero, verrebbe a crearsi nell'assetto costituzionale dello Stato un pericoloso squilibrio se un corpo di funzionari, eretto ad ordine indipendente ed incontrollabile da qualsiasi altro potere, non fosse ad un tempo vincolato dall'obbligo assoluto e cogente della più rigorosa imparzialità nell'espletamento della sua funzione giudiziaria, aggiungendosi anche che una siffatta garanzia può darla in concreto soltanto la legge (intrinseca ed estrinseca) del processo «perché in sua mancanza si aprirebbe la strada a qualsiasi abuso, tanto più pericoloso in quanto ammantato dall'apparente riforma della legalità» (41).

6. – Da quanto sinora detto consegue che la *terzietà* e l'*imparzialità* del giudice, garantite soltanto con la sua sottoposizione alla legge (art. 101 Cost.), risultano funzionalizzate ad un'applicazione delle norme che, oltre a rispettarne la lettera, portino a concretizzare la volontà del legislatore ad esse sottesa. Il che induce ad escludere la legittimità a livello istituzionale di ogni *attività creativa* del giudice, che finirebbe, soprattutto se ripetuta e perdurante nel tempo, per tradursi in una forma di alterazione – sovente silenziosa ed anche per questo non agevolmente avvertibile dalla collettività nella sua pericolosità – dell'equilibrio tra i poteri dello Stato.

Considerazione quest'ultima che sollecita una ulteriore riflessione.

È opinione largamente condivisa che in alcuni settori ordinamentali, come quello del lavoro, che hanno una significativa incisività sul piano socio economico, il giudice si trovi sovente a fronte di interventi normativi lacunosi ed ambigui, che nonostante rendano non agevole l'attività ermeneutica, non per questo debbano distoglierlo dal perseguire la certezza del diritto.

Né può sottacersi che una siffatta certezza non potrà mai essere né *assoluta*, in ragione della soggettività insita in ogni attività di interpretazione della legge, né *definitiva* per essere ogni operazione ermeneutica – e segnatamente quella dei giudici operanti in aree socialmente sensibili – in qualche misura condizionata dal contesto socio economico in cui interagisce.

Nello stesso tempo però non può contestarsi che la certezza del diritto, per rispondere alle esigenze della collettività, deve sicuramente assumere una resistenza nel tempo *non effimera* e, comunque, non deve essere condizionata, nella sua

del Convegno dell'Elba, 9-10 giugno 2000), a cura di M.G. Civinini e C.M. Verardi, Milano 2001, 16. Per una diversa opinione cfr. V. Denti, *La giustizia civile*, cit., 92, che osserva come in una ottica istituzionale si tenda ad ascrivere il valore della imparzialità al necessario rapporto di equidistanza fra chi decide ed i destinatari della decisione ed a ritenere, invece, più afferente all'orbita della *terzietà*, l'aspetto della assoluta indifferenza rispetto alla questione controversa, a garanzia di una formazione del convincimento del giudice, libera da condizionamenti, di carattere anche psicologico, che possano derivare da interessi e pregiudizi.

(41) In questi esatti termini vedi G. Monteleone, *Intorno al concetto di verità «materiale» o «oggettiva» nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.* 2010, 10, che sottolinea anche come principi analoghi sono proclamati dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (art. 6) ratificata dall'Italia con l. 4 agosto 1955, n. 848 e non solo da essa.

durata, da decisioni giurisprudenziali che, attraverso imprevedibili operazioni ermeneutiche – non di rado esaltate come espressione di raffinato ingegno e di non comune e geniale acume giuridico – finiscano per tradursi nella trasformazione della norma da interpretare in una norma del tutto nuova, con finalità antitetiche a quelle volute dal legislatore.

Per tale via non si realizzano le regole costituzionali perché il *giusto processo* richiede una attività interpretativa del giudice costantemente e pazientemente rivolta alla ricerca della *voluntas legis* con conseguente e puntuale concretizzazione nella realtà fattuale delle specifiche finalità poste a fondamento della norma, che non possono in alcun modo essere vanificate.

7. – Quanto sinora esposto attesta che la configurabilità di un «giusto processo» non può prescindere da un giudice che scevro da pregiudizi, preconcezioni, e da pur legittime opzioni culturali, abbia della giustizia una «coscienza laica» e, quindi, la piena contezza che il più cogente e nobile dei suoi doveri, e forse il più difficile da onorare compiutamente, è quello di affrancarsi nei momenti decisionali da ogni tipo di condizionamento (42).

Condizionamento che può configurarsi all'interno dello stesso ordine giudiziario per la sempre possibile e deprecabile contiguità tra giustizia e politica ma anche in ragione della appartenenza ad aree culturali che sono volte – attraverso il proliferare di «documenti» e «manifesti culturali», di una sapiente utilizzazione dei *mass-media* e di una pubblicizzata condivisione di specifici *standard* comportamentali – ad accreditare il *carattere etico* della funzione del giudice, in ossequio al quale mettere in atto – senza che a ciò si accompagni l'assunzione di alcuna forma di effettiva responsabilità – ripetute pratiche di fatto disapplicative della volontà del legislatore, sempre giustificate con la costante invocazione e l'immancabile richiamo alla piena libertà del giudice nella interpretazione della legge come presupposto essenziale a qualificarne l'indipendenza (43).

È doveroso, però, non sottacere come sostanziali azzeramenti degli effettivi intenti legislativi abbiano sovente trovato giustificazione nella evocazione della esigenza morale di raggiungere la c.d. «verità materiale o oggettiva». Concetto questo che – come è stato con felice espressione sottolineato – «è in sé equivoco ed inconsistente perché presuppone una indimostrabile contrapposizione con una altra verità di difficile definizione, essendo essa una sola e senza aggettivi, ed il cui accertamento è un fine estraneo alla giurisdizione civile, che serve invece ad

(42) Cfr. in tali sensi G. Vidiri, *Procedimento sommario di cognizione e rito del lavoro tra «provvedimenti presidenziali» ed «osservatori sulla giustizia civile»*, in *Corriere giur.* 2010, 1384.

(43) Così ancora G. Vidiri, *op. loc. ult cit.*, cui *adde* sullo stesso tema – ma con specifico riferimento ai percorsi interpretativi seguiti nella lettura della normativa sui contratti a termine – *Id.*, *Il contributo della Corte di cassazione cit.*, 25 ss.

accertare diritti e non verità, più o meno materiali» (44), e che risulta comunque incompatibile con l'affermazione di ideologie astratte (45).

Al riguardo, va ancora una volta ribadito che il «giusto processo» presuppone la generalizzata condivisione di una cultura della giurisdizione, che veda nel giudice non la figura di un provvidenziale e novello principe rinascimentale – volto a ritenere il fine (quello della c.d. verità materiale) in funzione giustificativa dell'esercizio dei mezzi (istruttori) – ma che invece in una opposta direzione rifugga, nel rigoroso rispetto del suo ruolo istituzionale, da preconetti o da astratte ideologie al fine di pervenire ad una decisione che, per trovare piena legittimazione deve essere supportata da una corretta utilizzazione delle prove e da una imparziale e non creativa interpretazione del dato normativo, perché – come è stato autorevolmente ricordato – «(...) finché si parla d'interpretare una legge, si ammette nella legge un pensiero che il giudice non fa che applicare» (46).

È noto che sia i sistemi di *civil law* che quelli di *common law* si caratterizzano oggi per un *trend* comune caratterizzato dal rafforzamento ulteriore dei poteri direttivi del giudice nel nome dell'«accelerazione» e della «moralizzazione» dei processi (47).

Tali condivisibili finalità non possono però far trascurare il pericolo che possa pervenirsi – in maniera silenziosa e poco avvertibile – ad una violazione del principio della suddivisione dei poteri ed ad una sovrapposizione del potere giudiziario su quello legislativo non solo tramite un non equilibrato uso dei poteri officiosi del giudice ma anche attraverso un errato, anomalo o strumentale uso delle regole ermeneutiche, in qualche misura agevolato dalla estrema labilità del confine esistente tra una interpretazione *delimitativa* (in senso estensivo o restrittivo) della norma ed una interpretazione *disapplicativa* ed in concreto *abrogativa* della stessa (48).

(44) In tali esatti termini G. Monteleone, *Intorno al concetto di verità «materiale»*, cit., 11.

(45) Per una interessante ricostruzione in chiave storica del fallimento di ideologie politiche che hanno caratterizzato la giurisdizione civile attraverso la funzionalizzazione del ruolo del giudice all'accertamento della verità materiale – con il conseguente riconoscimento di tutti i poteri, compresi quelli istruttori per raggiungere tale verità – ed attraverso il dovere del difensore delle parti di collaborare pur essi in vista di detto accertamento vedi G. Monteleone, *Intorno al concetto di verità «materiale»*, cit., 1 ss., spec. 8 s.

(46) Cfr. al riguardo *amplius* G. Chiovenda, *Principi di diritto processuale civile. Le azioni, il processo di cognizione. Ristampa anastatica con Prefazione di V. Andrioli*, Napoli 1965, 68.

(47) Cfr. in tali sensi L.P. Comoglio, *Abuso dei diritti di difesa*, cit., 1698, che richiama in nota 29 con riferimento alle grandi tendenze evolutive del diritto processuale comparato (cui bisogna aggiungere quelle della «socializzazione» e della «democratizzazione» del processo) gli studi di M. Cappelletti, nel volume *Processo e ideologie*, Bologna 1969, 169-251, spec. 203-218.

(48) Sul punto vedi G. Vidiri, *Il contributo della Corte di cassazione*, cit., 30 s., che ricorda quanto ebbe, a difesa del principio della certezza del diritto, a scrivere un illustre studioso delle dottrine dello Stato «il potere giudiziario dovrebbe indirizzarsi molto di più a scoprire quale è la legge piuttosto che a imporre alle parti in causa ciò che il giudice pensa sia la legge» (cfr. B. Leoni, *La libertà e la legge*, Macerata 2000, 147).

Pericolo maggiormente avvertibile proprio allorquando, come avviene nella materia giuslavoristica, si sia in presenza di molti istituti disciplinati dalle c.d. *clausole generali*, la cui lettura spesso contribuisce a segnare, in modo talvolta conflittuale, il confine tra culture diverse. A fronte degli ampi spazi di discrezionalità che tali clausole lasciano all'interprete si richiede pertanto – per evitare che tali spazi fungano da terreno fertile per arbitrarie opzioni ermeneutiche – la figura di un giudice che sia imparziale, e cioè in nessun modo condizionato, nello scrutinio delle norme (sostanziali e processuali) che è chiamato ad applicare (49).

A completamento del presente scritto e con riferimento alle critiche mosse alla giustizia del lavoro – di cui si è dato atto all'inizio del presente lavoro – va rilevato come esse risultino non condivisibili nella misura in cui la sola giustizia del lavoro viene da tali critiche investita pur potendo essere destinatari delle stesse una generalità infinita degli attori del processo essendo la moltiplicazione delle *clausole generali* – dette anche, con mobilità semantica, *elastiche* o *a maglie larghe* – un fenomeno trasversale, investendo molti settori della giustizia civile per essere la esponenziale moltiplicazione ed articolazione delle domande di giustizia un portato di tutte le società a capitalismo avanzato. A ben vedere, inoltre, le suddette critiche sono in buona misura estensibili anche alla giustizia punitiva in ragione degli ampi spazi di discrezionalità attribuiti – in ragione della finalità pubbliche del processo penale – nell'esercizio dei poteri istruttori e nella valutazione delle prove ai magistrati operanti in tale settore, per cui si impone una loro assoluta imparzialità dal momento che l'inosservanza del confine tra fisiologica interpretazione della norma e sua patologica interpretazione creativa può a lungo andare, e se ripetuta nel tempo, finire per comportare invasioni di campo di particolare pericolosità – in quanto non sempre facilmente avvertibili e comunque non disvelate alla collettività in tutta la loro gravità – con conseguente alterazione dell'equilibrio istituzionale dei poteri dello Stato.

Le riserve mosse all'operato del giudice del lavoro se hanno, dunque, il merito di contribuire ad una riflessione sulla realizzazione di un processo capace di inventare i principi costituzionali del giusto processo, appaiono comunque sommariamente ingenerosi per tutti i numerosissimi giudici che, sia nel passato che nel presente, impegnandosi a tempo pieno, hanno privilegiato e continuano a privilegiare

(49) Riassume – in termini succinti ma nello stesso mirabilmente esaustivi – il ruolo cui è chiamato ad assolvere il giudice: T. Martines, *Diritto costituzionale*, a cura di G. Silvestri, Milano 2003, 287, che, dopo avere premesso che il problema della politicità del giudice va ricondotto nei giusti limiti – entro i quali ritroviamo le ideologie dei giudici, i magistrati conservatori ed i magistrati progressisti, quelli che fanno politica dichiarando di non farla e quelli che dichiarano il loro impegno politico; aspetti tutti di una contrapposizione dialettica che vale a rendere il magistrato partecipe alla società in cui vive – aggiunge poi testualmente che al di fuori di una siffatta naturale ed ineliminabile dialettica «la funzione giurisdizionale, però, si snaturerebbe e finirebbe col trasformarsi in esercizio effettivo di funzione legislativa (il c.d. 'diritto libero', con tutti i pericoli che esso comporta) od esecutiva, vale a dire in attività di indirizzo politico, svolta in forma contenziosa».

un settore ordinamentale che, per essere deputato alla tutela delle libertà e dei diritti fondamentali della persona del lavoratore, ne giustifica l'orgoglio per operare in un ramo di certo tra i più nobili del diritto privato (50).

GUIDO VIDIRI

*Presidente della Sezione lavoro
della Corte di Cassazione*

(50) Doveroso appare al riguardo nuovamente il richiamo al saggio di P. Grossi, *La grande avventura giuslavoristica*, cit., 31 che, all'esito di un ampio *excursus* storico sull'evoluzione nel tempo del diritto del lavoro e dopo avere ricordato i grandi civilisti che hanno contrassegnato la scientificità del diritto del lavoro, ha affermato che il cultore del diritto del lavoro «contemplando senza sgomenti la sua inquietudine e la sua perenne tensione alla ricerca lungi dal rinserrarsi in un comodo bozzolo tranquillizzante (...) non può che sentirsi all'avanguardia in una trincea aperta nello sviluppo rapido della nostra civiltà giuridica».