

I

LA COSTRUZIONE DEI FATTI

Anche nel processo del lavoro ciascun avvocato al fine di ottenere la *convinzione* e la *persuasione* del giudice è chiamato a fare ricorso alle tecniche argomentative che mirano a provocare od accrescere *l'adesione della sua mente alla tesi che viene presentata al suo assenso*¹.

Ciascun avvocato è dunque chiamato ad avvalersi non soltanto di procedimenti di carattere *oggettivo* diretti ad ottenere la razionale adesione del giudice sulla richiesta interpretazione ed applicazione della norma generale ed astratta ovvero sul prospettato bilanciamento di principi, ma anche di procedimenti di carattere *soggettivo* atti a operare nella sfera degli affetti e dei sentimenti e quindi diretti a produrre emozione, commozione e coinvolgimento psichico in generale² così da ottenere anche

¹ Per tali concetti cfr. C. PERELMAN-L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, Paris, 1958 [trad. it., *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, Einaudi, Torino, 2013].

² Cfr. A. PENNACINI, introduzione a QUINTILIANO, *Institutio oratoria*, Einaudi, Torino, 2001. E v. anche N. TOMMASEO, *Dizionario dei sinonimi della lingua italiana*, Vallecchi, Firenze, 1973, voce *Persuadere*, p. 1442: «“Convincere” concerne l'intelletto, “persuadere” e l'intelletto e il volere. L'oratore non deve soltanto convincere la mente; deve persuadere gli animi, movendoli al bene. Non si convince senza prove; persuadesi anco senza. Un cenno basta. Per convincersi vogliono prove incontrastabili; la persuasione può venire da prove men forti, da un fatto, da un indizio, da un non so che determinante l'animo a credere o a fare qualcosa». In tal senso la persuasione «fa

l'assenso del giudice sulla *giustizia* della soluzione richiesta rispetto al caso concreto³.

Fra tali procedimenti assume particolare rilevanza la *costruzione dei fatti*, che è il procedimento in virtù del quale l'avvocato, al fine di convincere e persuadere il giudice «che una storia sia “vera”»⁴, espone le vicende fattuali che ritiene rilevanti utilizzando uno *schema di organizzazione*⁵ «con cui elementi di informazione sparsi e frammentari, e “pezzi” di eventi, possono essere combinati e composti in un complesso di fatti coerente e dotato di senso»⁶.

leva anche sull'emotività» e «ammette gradi di adesione diversi»: cfr. A. CATTANI, *Argomentare per persuadere. Dimostrare per convincere*, in A. MARIANI MARINI (a cura di), *Promemoria per avvocati. Ragionare, scrivere, difendere i diritti*, Pisa University Press, Vicopisano, 2014, pp. 75 ss., spec. pp. 78 s.

³ Cfr. F. VENTORINO-P. BARCELLONA-A. SIMONCINI, *La lotta tra diritto e giustizia*, Marietti, Genova-Milano, 2008.

⁴ Cfr. F. DI DONATO, *La costruzione giudiziaria del fatto. Il ruolo della narrazione nel “processo”*, Franco Angeli, Milano, 2008, pp. 122, 163 s., 173 s.

⁵ Ovvero un *ordine di presentazione*: cfr. C. PERELMAN-L. OLBRECHTS-TYTECA, *op. cit.*, pp. 527 ss.; F. DI DONATO, *op. cit.*, p. 163.

⁶ Cfr. M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Laterza, Roma-Bari, 2009, pp. 35, 40 ss., il quale ricorda anche l'esigenza di «una “etica della narrazione” che impedisca all'avvocato di presentare una narrazione che egli ritiene falsa» (dunque un «dovere di verità» più stringente di quello previsto dall'art. 50, quarto comma, del Codice deontologico forese). E v. già ID., *La prova dei fatti giuridici*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* già diretto da A. CICU e F. MESSINEO e continuato da L. MENGONI, III, t. 2, sez. 1, Giuffrè, Milano, 1992, pp. 91 ss. Pertanto, le capacità narrative “*complesse e sofisticate*” che gli avvocati sono chiamati a sviluppare in funzione di una migliore tutela degli interessi dei loro clienti (cfr. *infra* nel testo) non devono involvere in «una *truth-defeating professional skills*»: cfr. M. TARUFFO, *L'istruzione probatoria*, in ID., *La prova nel processo civile*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* già diretto da A. CICU-F. MESSINEO-L. MENGONI e continuato da P. SCHLESINGER, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 79 ss., spec. p. 110. Ed infatti, come accennato, la narrazione deve essere diretta a convincere e persuadere, non già a gettare «sabbia negli occhi dei giudici»: su tale espressione, utilizzata da Cicerone per vantarsi del suo successo nella difesa di Cluenzio, cfr. C.J. CLASSEN, *Recht-Rhetorik-Politik. Untersuchungen zu Ciceros rhetorischer Stra-*

Non si tratta quindi di una semplice «descrizione dei fatti passiva, astratta o neutrale» perché, per il fine cui sono dirette, le contrapposte narrazioni degli avvocati «costruiscono i fatti che vengono raccontati» e richiedono spesso «attività creative complesse e sofisticate»⁷.

Va, infatti, anzitutto ricordato⁸ che il pensiero non «trova ed accoglie passivamente i fatti. Di fronte al pensiero non vi è un *fatto in sé*; il solo fatto, di cui si possa parlare, è il fatto

tegie, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1985 [trad. it., *Diritto, retorica, politica. La strategia retorica di Cicerone*, Il Mulino, Bologna, 1988, pp. 25 s.]. La dottrina ritiene anche che il *divieto di mentire consapevolmente e deliberatamente* nel processo, ovvero il divieto per le parti di narrare fatti «scientemente non veri», e dunque fatti che esse sanno o comunque ritengono, secondo la loro ragionevole valutazione soggettiva, non rispondenti al vero, e di offrire una ricostruzione fattuale consapevolmente e fraudolentemente reticente o artefatta, possa essere ricavato in via interpretativa dall'art. 88 c.p.c.: cfr. A. CARRATTA, *Dovere di verità e completezza nel processo civile*, in AA.VV., *Etica del processo e doveri delle parti*, Atti del XXIX Convegno nazionale, Genova, 20-21 settembre 2013, Bononia University Press, Bologna, 2015, pp. 145 ss., 224 ss., ove ampi riferimenti. Ma v. anche *infra*, nota 25.

⁷ Le citazioni sono tratte ancora da M. TARUFFO, *La semplice verità*, cit., pp. 53 ss., che non trascura di ricordare come la qualità di una narrazione si fondi anche «sull'impiego corretto del linguaggio in cui essa è formulata: una storia mal raccontata, piena di errori di grammatica e di sintassi, può essere addirittura impossibile da capire». E v. anche ID., *Fatti e prove*, in *La prova nel processo civile*, cit., pp. 3 ss., spec. p. 6. Nonché F. DI DONATO, *op. cit.*, p. 47: «Le storie non esistono in qualche mondo reale in attesa di venire veridicamente rispecchiate in un testo. L'atto con cui si costruisce un racconto è qualcosa di più complesso della selezione di eventi e della loro collocazione in un ordine appropriato». Questa idea della *costruzione* concorre a spiegare la ragione per la quale i processualisti possano definire il materiale di fatto raccolto nel processo anche come «edificio di fatti»: cfr. D. BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti nel processo civile – Profili sistematici*, Giappichelli, Torino, 2001, p. 191.

⁸ Sembra possibile assumere tale premessa del discorso senza correre i rischi di quella «radicalizzazione del kantismo» che ha segnato il pensiero post-moderno («non ci sono fatti, solo interpretazioni»), già denunciati dalla filosofia contemporanea: cfr. M. FERRARIS, *Manifesto del nuovo realismo*, Laterza, Roma-Bari, 2012.

attualmente pensato. Nel fluire della storia e della natura, il pensiero sceglie un fatto o un gruppo di fatti: il fatto non è concepibile al di fuori della scelta, compiuta dal pensiero. Fatto significa fatto scelto, isolato dall'uomo nello spazio e nel tempo»⁹.

Pertanto, le contrapposte narrazioni degli avvocati *costruiscono i fatti* anzitutto perché della vicenda storica che ha dato origine alla controversia e che è inevitabilmente complessa, nella sua pienezza, come qualsiasi vicenda umana, *scelgono* quali specifici aspetti, quali singoli eventi descrivere e sottoporre alla valutazione e, quindi, al *pensiero*¹⁰ del giudice, cui in tal senso viene presentata da ciascuna parte una *costruzione selettiva*¹¹ dei fatti rilevanti.

Ed infatti, l'avvocato, al fine di «far prevalere la sua storia rispetto a quella della controparte»¹², deve anzitutto *tradurre gli accadimenti di vita quotidiana che gli sono riferiti dal cliente in*

⁹ Così N. IRTI, voce *Rilevanza giuridica*, in *Novissimo Digesto italiano*, vol. XV, Utet, Torino, 1976, pp. 1094 ss., spec. p. 1107. E v. anche G. CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, II ed., Cedam, Padova, 1964, pp. 132 ss. Nonché N. ABBAGNANO, voce *Fatto*, in *Dizionario di filosofia*, III ed. aggiornata da G. FORNERO, Utet, Torino, 1998, pp. 462 ss., spec. p. 464.

¹⁰ Cfr. N. IRTI, *op. cit.*, p. 1095: «I fatti non pensati non si collocano – come specie del medesimo genere – accanto ai fatti pensati: il fatto non pensato è un nulla».

¹¹ Si parla infatti di «costruzione *selettiva*» dei fatti per indicare che «il soggetto che formula l'enunciato privilegia una “versione” del fatto scartando tutte le altre versioni possibili. Ogni versione del fatto è costituita dalla combinazione di alcuni (o molti) elementi che si integrano formando una descrizione di alcuni aspetti del fatto; quindi l'adozione di una versione del fatto implica che un'infinità di “altri” aspetti di quel fatto vengano trascurati ed esclusi dalla descrizione»: v. M. TARUFFO, *Fatti e prove*, cit., p. 7.

¹² Cfr. F. DI DONATO, *op. cit.*, pp. 121, 174 s. Questo obiettivo specifico della narrazione dei fatti da parte dell'avvocato non deve, però, far perdere di vista l'*etica della narrazione* alla quale è già stato fatto cenno: cfr. ancora *supra*, nota 6.

*una storia legale*¹³, cioè in un racconto costruito in modo tale da rendere immediatamente riconoscibile al giudice la rilevanza giuridica dei fatti narrati¹⁴. A tal fine, come si dirà meglio in seguito¹⁵, l'avvocato deve selezionare fra i numerosi accadimenti che gli sono riferiti dal cliente¹⁶ quelli rilevanti ai fini della applica-

¹³ Anche attraverso l'uso di un linguaggio tecnico: cfr. C. PERELMAN-L. OLBRECHTS-TYTECA, *op. cit.*, pp. 107 ss.; nonché F. DI DONATO, *op. cit.*, pp. 120, 160, 178, 204 s., secondo la quale l'avvocato svolge in tal modo «una funzione di “mediazione tra linguaggi”», «mediando tra il “mondo” del cliente e quello della giustizia». Gli avvocati sono dunque chiamati ad attraversare «in entrambi i sensi il confine tra i due mondi, perché dotati di doppia cittadinanza»: cfr. B. CAVALLONE, *La borsa di Miss Flite. Storie e immagini del processo*, Adelphi, Milano, 2016, pp. 24, 57, 59 s., 78 s., il quale segnala come fra i diversi soggetti del processo *soltanto gli avvocati* abbiano questa «doppia cittadinanza» perché a differenza delle parti e anche del giudice «sono e rimangono tali sia al di qua che al di là del confine».

¹⁴ Cfr. anche A. NASI, voce *Fatto (giudizio di)*, in *Enc. dir.*, vol. XVI, Giuffrè, Milano, 1967, pp. 967 ss., spec. pp. 977 s., 983, che segnala come, «giusta il principio di significazione», le affermazioni delle parti sui fatti di causa divengono «significanti e comprensibili» da parte del giudice proprio perché presentano «il fatto della causa non come un semplice accadimento singolo, ma come una “specie” di fatto, certamente storica nel senso di essere costituita da una sua irripetibilità spazio-temporale, ricostruita però e capita in una dimensione tipica», «in quanto è tale dimensione tipica che rende il fatto oggetto di possibile comunicazione-comprensione tra soggetti, che lo rende, in definitiva, intersoggettivamente significativo». Il che richiede anche «un linguaggio diverso da quello consueto»: cfr. B. CAVALLONE, *op. cit.*, pp. 23, 57. Peraltro, viene in tal modo favorita anche la *capacità di sintesi*, perché «di regola il riferimento nominalistico al modello normativo sostituisce adeguatamente la descrizione analitica dell'avvenimento, che si presenta per di più sfrondata da particolari superflui»: cfr. E. GRASSO, *La pronuncia d'ufficio. I. La pronuncia di merito*, Giuffrè, Milano, 1967, p. 49.

¹⁵ Cfr. *infra*, Cap. IV, spec. nota 258.

¹⁶ Il colloquio fra l'avvocato e il cliente ha quindi un'importanza fondamentale perché quest'ultimo non si limita a raccontare all'avvocato la sua storia, ma risponde alle sue domande, fornisce i chiarimenti richiesti, così che la bontà della costruzione della storia legale ad opera dell'avvocato è condizionata anche dal «livello di agentività/passività del cliente nella costruzione narrativa del suo caso» che può atteggiarsi anche «nei termini di una vera e propria “cooperazione”»: cfr. F. DI DONATO, *op. cit.*, pp. 69, 119, 132 ss., 160, 181, 205 s.

zione delle regole legali e delle considerazioni di equità che gli consentono di invocare, anche sulla base dei precedenti giurisprudenziali che hanno avuto ad oggetto casi analoghi, una decisione favorevole¹⁷.

La costruzione narrativa della storia sarà, infatti, tanto più efficace quanto più l'avvocato sarà stato in grado di inserire i fatti in una *cornice interpretativa condivisa*¹⁸, ponendo in evidenza quegli aspetti fattuali della vicenda che anche il giudice, per la sua cultura ed esperienza, riconosce come *autoesplicativi* e idonei a condurre ad una certa decisione.

Si comprende, quindi, come ciascuna delle contrapposte narrazioni degli avvocati proponga al giudice una *versione selettiva* della complessa vicenda storica che ha dato origine alla controversia, della quale vengono privilegiati ed *isolati* soltanto alcuni aspetti ed eventi¹⁹ facendo astrazione da tutti gli altri elementi che pure la compongono e che vengono esclusi dalla narrazione. Pertanto, i fatti oggetto del processo sono *costruiti* anzitutto perché sono «il frutto di una astrazione»²⁰.

E l'opera di *individuazione* dei fatti così compiuta dagli av-

¹⁷ Cfr. F. DI DONATO, *op. cit.*, pp. 121, 153 nt. 9.

¹⁸ Dunque attraverso «un copione canonico» che utilizzi anche *scripts* consolidati, quali modelli condivisi di narrazione, categorie ricorrenti e *clichés* riconoscibili dal giudice, perché «se il *litigator*, nel costruire il caso, si avvale di categorie tipiche della cultura corrente, indurrà una più favorevole reazione in chi decide facendo riferimento ad elementi fattuali (scene, trame e personaggi) di storie tipiche correntemente accettate»: cfr. F. DI DONATO, *op. cit.*, pp. 47 s., 50, 121, 153 nt. 9, 174. Per l'importanza che la storia narrata sia coerente anche «dal punto di vista socio-economico e culturale» e sia quindi «costruita su un paradigma sociale [...] ben collaudato, e come tale persuasivo» cfr. anche B. CAVALLONE, *op. cit.*, pp. 119, 121.

¹⁹ Il che non esclude che gli eventi così isolati possano a loro volta corrispondere, in sé stessi o combinati fra loro, ad una fattispecie giuridica «complessa»: cfr. A. CATAUDELLA, voce *Fattispecie e fatto. I. Fattispecie*, in *Enc. dir.*, vol. XVI, Giuffrè, Milano, 1967, pp. 926 ss., spec. p. 938.

²⁰ Cfr. F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, III ed., Ed. Foro it., Roma, 1951, p. 193: «il fatto in sé, isolato dal resto della storia, non esiste».

vocati è ancora più rilevante perché «nel processo il fatto non esiste se non sotto forma di proposizioni che ne parlano»²¹, così che «nel processo il “fatto” è in realtà ciò che si dice intorno ad un fatto: è l’enunciazione di un fatto, non l’oggetto empirico che viene enunciato»²². Dunque, per quanto sopra detto, *l’enunciazione di un’astrazione*²³.

²¹ Cfr. A. NASI, *op. cit.*, p. 981. E v. anche B. CAVALLONE, *op. cit.*, p. 93; nonché M. TARUFFO, *Fatti e prove*, cit., pp. 3 ss.: «Il processo, dunque, può essere interpretato come un contesto di discorsi vertenti su fatti, o come una sorta di dialogo – o intreccio di enunciati, o di insiemi di enunciati – in cui vari soggetti parlano, ognuno a suo modo, di fatti».

²² Cfr. M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., pp. 91 ss., il quale quindi segnala che «anche le qualificazioni in termini di verità/falsità non si riferiscono, ovviamente, ai fatti intesi come accadimenti del mondo materiale, ma solo alle enunciazioni che li riguardano. I fatti materiali esistono o non esistono, ma non ha senso dire che essi sono veri o falsi; solo gli enunciati fattuali possono essere veri, se si riferiscono a fatti materiali accaduti, o falsi, se affermano fatti materiali non accaduti. La “verità del fatto” è dunque solo una formula ellittica che indica la verità dell’enunciato che ha per oggetto un fatto». Tant’è che, proprio considerando che «il giudice è chiamato a decidere intorno alla verità o alla falsità degli enunciati di fatto – intesi come proposizioni oggetto di quegli enunciati – che descrivono i fatti della controversia», si ritiene che nel processo venga in considerazione quel *particolare tipo di conoscenza* che viene definita «proposizionale» per indicare che il soggetto cognitivo conosce qualcuno o qualcosa non già per esservi stato a diretto contatto, ma per avere accertato che la proposizione che ne costituisce una rappresentazione è vera in quanto corrisponde allo «stato di cose effettivo»: cfr. C. GAMBA, voce *Contraddittorio (principio del) (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. IX, Giuffrè, Milano, 2016, pp. 138 ss., spec. p. 169. E v. anche *infra*, Cap. II, note 57 e 58.

²³ Ciò corrisponde del resto alla scelta dell’ordinamento di risolvere i conflitti tra i consociati trasferendoli «in una dimensione metaforica, cioè in un mondo artificiale», qual è il processo, «che è strutturato, sotto ogni aspetto rilevante, come un rito magico, uno spettacolo», e soprattutto «come un *gioco* o una *gara*», così da realizzare «la trasformazione della lite reale in lotta rituale e metaforica»: cfr. B. CAVALLONE, *op. cit.*, pp. 14, 23 s., 57, 224; nonché ID., *Il divieto di utilizzazione della scienza privata del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, II, pp. 861 ss., spec. p. 862, ove pure si ricorda «questa “separazione” del processo dal mondo reale – i miniatori medievali lo raffiguravano

Né deve ritenersi che in tal modo l'avvocato getti «sabbia negli occhi dei giudici»²⁴ perché, da un lato, egli selezionando i fatti si limita a scegliere «legittimamente, entro l'infinita varietà delle narrazioni possibili, la narrazione dei fatti che ritiene più favorevole alla sua posizione difensiva»²⁵ e, d'altro lato, come si dirà meglio in seguito, il carattere selettivo delle contrapposte ricostruzioni dei fatti offerte dalle parti non impedisce la loro *essenziale funzione conoscitiva*, perché proprio interrogandosi sul contrasto fra le diverse costruzioni selettive il giudice può trarre fondamentale spunto per l'accertamento della verità²⁶.

come un recinto, e proprio di *Hegung* si parlava nell'antico diritto germanico». E v. anche P. CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, I, pp. 24 ss. Del resto, anche nell'epoca in cui il duello giudiziario poteva ancora assumere, attraverso la «prova per combattimento», un carattere cruento, con esito mortale, lo scontro fra i contendenti restava comunque all'interno di un «recinto», cioè di «un campo chiuso o *champ clos*» qual era «il campo di combattimento»: cfr. E. JAGER, *The Last Duel*, 2004 [trad. it., *L'ultimo duello*, Garzanti, Milano, 2007, p. 148]. Ma va segnalato che la tradizionale «idea che il processo costituisca una sorta di scatola chiusa, isolata dalla realtà esterna, separata dagli avvenimenti reali che hanno caratterizzato il conflitto da cui è scaturita la controversia nonché dal complesso di rapporti economico-sociali nei quali il conflitto si è originato», viene oggi criticata in una prospettiva di «giustizia della decisione»: cfr. C. GAMBA, *op. cit.*, p. 188. Sul superamento anche della concezione del processo come *raffinato duello* cfr. *infra*, Cap. II, nota 90.

²⁴ Per l'espressione attribuita a Cicerone cfr. ancora *supra*, nota 6.

²⁵ Cfr. M. TARUFFO, *L'abuso del processo*, in G. VISINTINI (a cura di), *L'abuso del diritto*, ESI, Napoli, 2016, pp. 201 ss., spec. p. 210, il quale segnala che il dovere di verità e completezza della narrazione (cfr. *supra*, nota 6) non impedisce alla parte «di narrare in maniera ragionevole i fatti che ritiene a sé favorevoli» e, quindi, non comporta «il dovere di allegare *anche* fatti sfavorevoli alla tesi difensiva della parte»; in tal senso cfr. già A. CARRATTA, *op. cit.*, p. 237, che pure esclude che possa imporsi alle parti, *in positivo*, sul piano della completezza della narrazione, un dovere di «verità materiale». Pertanto, l'avvocato, al fine di costruire una narrazione che sia immune dalle critiche della controparte (cfr. *infra*, nota 36), potrà anche decidere di escludere «i pezzi fragili di storia [che] vanno eliminati perché la difesa non sia resa vulnerabile»: cfr. F. DI DONATO, *op. cit.*, p. 122.

²⁶ Cfr. *infra*, Cap. II, note 57, 68, 85 e 90.

Peraltro, sempre al fine di far prevalere la propria storia rispetto a quella della controparte, l'avvocato non può limitarsi a *isolare* gli aspetti più rilevanti della complessa vicenda che ha dato origine alla controversia ma, come detto, deve poi anche *organizzarli* in una narrazione, così da *ricomporre* i singoli eventi che sono stati isolati in un racconto in sé compiuto e dotato di senso.

In particolare, in tale opera di ricomposizione, l'avvocato potrà anche elaborare *ipotesi* o indicare *nessi causali e temporali* idonei a dare significato ai vari accadimenti così da far emergere anche la motivazione occulta delle azioni dei soggetti coinvolti della vicenda storica che ha dato origine alla controversia e comunque offrirne una «chiave di lettura»²⁷. In tal senso le contrapposte narrazioni degli avvocati «non sono semplicemente contenitori di fatti» ma «sono forme strutturanti che organizzano gli eventi» e «ad essere “costruiti” sono i fatti stessi attraverso e con le caratteristiche che sono proprie della narrazione (normatività, temporalità, etc.)»²⁸.

Pertanto, la narrazione dei fatti da parte dell'avvocato *costruisce il fatto* anche perché opera come «il disegno che fa, di un mucchio di pezzi di vetro colorati, un mosaico» nel quale «il significato dei singoli pezzi di vetro è determinato dalla loro posizione nel disegno complessivo» e «il significato del mosaico nel suo insieme è determinato dai colori e dalla posizione delle singole tessere»²⁹.

²⁷ Cfr. ancora F. DI DONATO, *op. cit.*, p. 180.

²⁸ Le citazioni sono tratte ancora da F. DI DONATO, *op. cit.*, p. 101. E si noti che per quanto semplice possa essere la vicenda oggetto del giudizio e nonostante i vincoli posti dal diritto processuale e sostanziale gli avvocati possono ogni volta costruire storie differenti rispetto ai medesimi eventi, anche perché «ogni storia è inseparabile dal modo in cui è raccontata»: cfr. EAD., *op. cit.*, p. 173 nt. 37.

²⁹ Cfr. M. TARUFFO, *La semplice verità*, cit., pp. 35, 65, che così spiega la sua efficace metafora: «il soggetto che costruisce una narrazione dei fatti della causa sta componendo le diverse parti della vicenda in un testo nel quale le

E quel “*mosaico*” è assolutamente necessario, sia perché occorre evitare l’illusione «che i fatti parlino di per sé»³⁰, sia perché «nessuna proposizione descrittiva è *a priori* idonea a cogliere e ad esaurire il “fatto”, e neppure si può ritenere che questo sia *completamente* descrivibile da una serie sia pure estesa di proposizioni»³¹.

Pertanto, la selezione e la successiva ricomposizione degli aspetti più rilevanti della complessa vicenda storica che ha dato origine alla controversia richiedono una cura particolare anche perché la pedante e ordinata ricostruzione di tutti i dettagli dell’intera vicenda potrebbe non costituire una valida alternativa, comportando anzi il duplice rischio di risultare una narrazione

singole parti (enunciati relativi ad accadimenti, azioni e circostanze specifiche) assumono un significato che è determinato anche dal contesto della narrazione nel suo insieme, che – a sua volta – è una combinazione ordinata e coerente di enunciati particolari. Come si è detto in precedenza, una narrazione è costruita proprio per attribuire significato ad un insieme frammentario di pezzi di discorso». Ovviamente quel «mosaico» dovrà poi trovare conferma, «pezzo dopo pezzo», nel corso dell’istruttoria: cfr. F. DI DONATO, *op. cit.*, p. 163; e v. anche *infra*, Cap. II, nota 58 e testo corrispondente.

³⁰ Cfr. C. PERELMAN-L. OLBRECHTS-TYTECA, *op. cit.*, p. 19.

³¹ Cfr. M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., pp. 71 ss., il quale avverte che «qualunque situazione di fatto può essere sottoposta ad un processo di scomposizione che muove in due direzioni: qualitativa e quantitativa. [...] È sufficiente immaginare l’applicazione congiunta di questi due procedimenti, e osservare che essi non incontrano alcun limite teorico, per rendersi conto che non esiste e non è ipotizzabile alcuna descrizione astrattamente adeguata della situazione di fatto, e neppure delle singole circostanze che la compongono, essendo invece ipotizzabile un numero infinito di proposizioni descrittive, tutte in qualche modo sensatamente riferibili a quella situazione. [...] l’infinità teorica delle possibili descrizioni, e il connesso problema del livello di descrizione adeguata del fatto, si risolvono sulla base di scelte dettate dal contesto pratico in cui si colloca la necessità di descrivere quel fatto. Da ciò deriva che la soluzione concreta può essere diversa, anche quando si tratti della medesima situazione, in funzione di contesti diversi che richiedano l’individuazione di diverse “sezioni della realtà” o diversi livelli di precisione».

meno efficace e di far perdere di vista al giudice gli eventi realmente significativi³².

Rischio che, com'è agevole comprendere, deve essere in ogni modo evitato anche perché la narrazione dei fatti costituisce «il primo, migliore e più prezioso accesso» all'attenzione del giudice, il quale «non sa dei fatti se non attraverso l'introduzione in giudizio di un atto ufficiale da parte dell'avvocato. Lo *statement* dei fatti da parte dell'avvocato non è semplicemente una parte dell'argomentazione legale ma ne costituisce il “cuore”»³³, al punto che vi è anche chi sostiene che la costruzione narrativa dei fatti costituisca «the central act of the legal mind»³⁴. E ciò è tanto più vero se si considera che anche nel processo del lavoro, così come in generale nel processo civile, il giudice tende «a decidere il caso scegliendo una tra le due storie raccontate in giudizio, di cui è ripresa la narrazione stessa»³⁵.

Tant'è che ciascun avvocato, per evitare che il giudice scelga la storia della controparte, dovrà costruire i fatti anche in modo da evidenziare le *debolezze* della narrazione avversaria³⁶. Non va infatti dimenticato che il processo comporta pur sempre «una contesa dialettica, eventualmente anche dura, finaliz-

³² Tenendo anche conto del fatto che il magistrato, per il carico di lavoro che è chiamato ad affrontare ogni giorno, potrà dedicare all'esame di ciascuna causa un tempo (più o meno esteso ma, comunque) *necessariamente* limitato.

³³ Cfr. F. DI DONATO, *op. cit.*, p. 152.

³⁴ Cfr. ancora F. DI DONATO, *op. cit.*, p. 152 nt. 3.

³⁵ Cfr. F. DI DONATO, *op. cit.*, pp. 189, 202, 206.

³⁶ Ad esempio mostrandone le incongruenze, l'intrinseca contraddittorietà, la fallacia dei nessi causali e quindi delle argomentazioni logiche sulle quali si fonda, se non addirittura il contrasto con i documenti già versati in atti. Peraltro, come si dirà meglio in seguito, ciascuna parte non ha soltanto la facoltà, ma ha un vero e proprio *onere* di prendere posizione sui fatti affermati dalla controparte, in funzione della definizione del c.d. *thema probandum*, cioè dell'insieme degli enunciati fattuali che, per essere controversi, richiedono l'assunzione di prove per la dimostrazione della loro verità o falsità: cfr. *infra*, Cap. II.

zata alla vittoria nella soluzione di una controversia»³⁷.

Senonché, a tal fine, la semplice contestazione, cioè la «semplice messa in questione»³⁸ degli enunciati di fatto formulati dall'avversario potrebbe avere un'efficacia persuasiva minore di quella che si può ottenere dando invece degli accadimenti una versione che sia allo stesso tempo incompatibile con quella fornita dalla controparte e più convincente di questa.

Anche soltanto questi brevi cenni alle tecniche argomentative consentono di gettare luce su un aspetto fondamentale e, cioè, sulla circostanza che nel processo del lavoro l'abilità dell'avvocato è destinata a manifestarsi, forse ancor più che nella esposizione ed interpretazione delle norme generali ed astratte che si chiede al giudice di applicare, nella *capacità di costruire i fatti* oggetto del giudizio.

Ciò per diverse concorrenti ragioni.

C'è, anzitutto, una ragione tecnica e generale: anche nel processo del lavoro, così come in ogni giudizio, il più delle volte è la vicenda fattuale oggetto di causa «la molla dell'interpretazione»³⁹,

³⁷ Cfr. M. TARUFFO, *L'abuso del processo*, cit., p. 202. Pertanto, se per quanto sopra detto (cfr. ancora *supra*, nota 6) non possono ritenersi ammessi i «goffi tranelli del truffatore», può ritenersi ammessa, perché di per sé non contrasta con la «leale osservanza delle regole del giuoco», la «elegante e pregevole maestria dello schermitore accorto»: cfr. P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 31.

³⁸ Cfr. C. PERELMAN-L. OLBRECHTS-TYTECA, *op. cit.*, pp. 73 ss.

³⁹ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2008, pp. 175 ss.: «Solo nell'interpretazione scientifica, quella che si compie a tavolino dagli studiosi, l'attività interpretativa procede all'inverso, prendendo innanzitutto in considerazione il diritto», mentre «nel processo interpretativo davanti al giudice il fatto o, meglio, come ora si dirà, il caso, è la molla che lo mette in moto e dà la direzione». In tal senso cfr. già E. PARESCHE, voce *Interpretazione. I. Filosofia del diritto e teoria generale*, in *Enc. dir.*, vol. XXII, Giuffrè, Milano, 1972, pp. 152 ss., spec. pp. 208 ss., che per tale ragione avverte come «la maggior parte delle diversità giurisprudenziali, più che da una diversa interpretazione della norma, derivi da un'analisi più o meno accurata e precisa del fatto». Sul c.d. circolo ermeneutico, che conduce all'interpretazione delle norme «in correlazione dialettica con i fatti», cfr. C. GAMBA, *op. cit.*, p. 198 nt. 224, ove riferimenti.

la quale nell'ambito del giudizio è condizionata «dalle irrefrenabili esigenze del fatto, sia pure entro i vincoli di disposizioni, che vogliono contenerlo nel letto di Procuste della fattispecie astratta»⁴⁰.

Pertanto, la narrazione dei fatti assume decisiva rilevanza perché da essa⁴¹ il giudice ricaverà la *direzione* da dare alla sua attività di interpretazione delle norme o di bilanciamento dei principi, soprattutto quando l'avvocato sarà riuscito, in quella narrazione, a fare dei nudi fatti un *caso*, attribuendo loro *sensu e valore*⁴².

Ma ci sono anche ragioni più specifiche, che hanno a che fare con la particolare formazione dei giudici del lavoro.

Va in primo luogo considerata la particolare *tensione verso la realtà dei rapporti sociali* che caratterizza il diritto del lavoro, quale conseguenza sia dell'esigenza di realizzare il programma di trasformazione sociale previsto dall'art. 3 cpv. Cost. in considerazione del quale «il diritto del lavoro si sforza di sollevare il velo della forma giuridica al fine di individuare gli interessi concreti e le dinamiche reali di potere ad essi sottostanti»⁴³, sia

⁴⁰ Cfr. ancora E. PARESCHE, *op. cit.*, pp. 203 s., il quale segnala la fondamentale importanza che assume, «nel complesso atto della decisione», la c.d. «interpretazione del fatto», la quale si fonda sull'«esame minuto del fatto: la sua interpretazione precede, così come la precede nella sentenza, cioè nel documento che la motiva, la decisione e, perciò, anche l'interpretazione della norma e la sua applicazione».

⁴¹ Ovvero dalle contrapposte narrazioni dei fatti ad opera degli avvocati: cfr. M. TARUFFO, *La semplice verità*, cit., pp. 199, 201.

⁴² Per tali concetti cfr. ancora G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, pp. 190 ss.

⁴³ Così C. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto civile ed il diritto del lavoro*, in V. ROPPO-P. SIRENA (a cura di), *Il diritto civile, e gli altri. Atti del Convegno Roma, 2-3 dicembre 2011*, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 5 ss., qui p. 7. In tale prospettiva il contratto di lavoro subordinato può addirittura essere considerato come una «finzione» avendo riguardo al «potere di determinazione unilaterale» della prestazione dei lavoratori che il titolare dell'organizzazione produttiva può già esercitare sul piano «sociale»: cfr. O. KAHN FREUND, *Labour and the Law*, Stevens & Sons, London, 1972 [trad. it., *Il lavoro e la legge*, Giuffrè, Milano, 1974, pp. 14, 185].

della maturata consapevolezza che il rapporto di lavoro può coinvolgere l'intera persona⁴⁴ del lavoratore il quale, infatti,

⁴⁴ Cfr. F. SANTORO-PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, V ed., Jovene, Napoli, 1951, pp. 13 ss. Per la considerazione di come il diritto del lavoro abbia anche determinato un mutamento «nell'antropologia sottostante al diritto civile» allorché «ha fatto emergere sul piano della considerazione normativa un uomo in carne ed ossa» e, quindi, «un concetto “concreto” di persona», con le «esigenze biologiche dell'uomo connesse all'età, alla salute, alla malattia ecc.», cfr. L. MENGONI, *La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo*, già in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982, pp. 1117 ss., poi anche in ID., *Diritto e valori*, Il Mulino, Bologna, 1985, pp. 123 ss., spec. pp. 126 ss., 130 s., 144. Dunque un uomo di «carne e sangue», perché è questa l'espressione che meglio descrive l'uomo «nella sua debolezza e finitezza»: cfr. G. BONI-A. ZANOTTI, *Sangue e diritto nella Chiesa. Contributo ad una lettura dell'Occidente cristiano*, Il Mulino, Bologna, 2009, p. 18. Per ulteriori riferimenti cfr. S.P. EMILIANI, *I giudici del lavoro nel conflitto di razionalità*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, pp. 427 ss., spec. pp. 434 ss. Di qui il comune rilievo che il diritto del lavoro considera il lavoratore «come “persona” fornita di dignità sociale, prima ancora che come “contraente debole”»: cfr. P. CAMPANELLA, *Prestazione di fatto e contratto di lavoro*, in *Il Codice Civile. Commentario* fondato da P. SCHLESINGER e diretto da F.D. BUSNELLI, Giuffrè, Milano, 2013, p. 98. In tal senso il diritto del lavoro ha anticipato l'evoluzione che ha successivamente caratterizzato anche il diritto civile. Ed infatti, se pure la definizione del concetto di «soggetto di diritto», inteso come «centro unitario di imputazione di diritti e di obblighi o, più in generale, di situazioni giuridiche soggettive», risulti ancor oggi alla base dell'insegnamento istituzionale del diritto civile (cfr. F. GIARDINA, *La persona fisica*, in *Diritto Civile*, diretto da N. LIPARI e P. RESCIGNO, vol. I, t. I, *Le fonti e i soggetti*, Giuffrè, Milano, 2009, spec. p. 253; e v. già P. BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, Jovene, Napoli, 1996, pp. 33, 50, 197 s., 202), la più autorevole dottrina ha segnalato come si sia ormai realizzato «il passaggio, nell'esperienza giuridica contemporanea, ad una valutazione del soggetto nella peculiarità delle sue condizioni specifiche con sostanziale rottura del vecchio paradigma del soggetto astratto», passaggio che è stato anche descritto come «l'evoluzione, nel modo di ragionare dei giuristi, dall'astrattezza della soggettività alla concretezza della persona» considerata «nella specificità delle sue condizioni umane e sociali», e ciò in attuazione del principio enunciato dall'art. 3 cpv. Cost. che, «abbandonando il vecchio schema di una eguaglianza meramente formale (predicata, ma non necessariamente praticata)», ha aperto la via «a discipline differenziate in funzione della diversità delle condizioni soggettive dei destinatari»: così N. LIPARI, *Le categorie*

nello svolgimento di tale rapporto può esprimere e sviluppare, ma può anche compromettere, la sua personalità.

Dunque la tensione del diritto del lavoro verso la realtà si spiega anche con ciò che l'assetto di interessi che caratterizza

del diritto civile, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 55 ss., che segnala anche «come la disciplina si vengha sempre più specificando in funzione della qualità del destinatario (lavoratore, consumatore, imprenditore, soggetto disabile, minore e via dicendo). Il diritto soggettivo non è più attribuito in astratto, ma in funzione della specifica condizione del suo titolare» e ciò appunto per la centralità, «in una visione sostanzialistica e concreta, della specificità delle condizioni esistenziali insita nell'idea di persona»: cfr. P. STANZIONE, *Il Soggetto*, II, *Capacità, legittimazione, status*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* già diretto da A. CICU-F. MESSINEO-L. MENGONI e continuato da P. SCHLESINGER, Giuffrè, Milano, 2017, spec. pp. 61 ss., 73 ss. In tal senso v. già P. RESCIGNO, *Soggetti e persona*, in F. TESCIONE (a cura di), *Persona e soggetto. Il soggetto come fattispecie della persona*, Atti del Convegno del 7-8 ottobre 2008, S. Trada (Reggio Calabria), ESI, Napoli, 2010, pp. 21 ss., che avvertiva che se il concetto di soggetto astratto di diritto ha avuto il merito storico di affermare il valore «dell'eguaglianza degli uomini», la loro pari dignità di fronte alla legge, «a favorire il recupero della nozione di persona rispetto a quella di soggetto ha certamente contribuito il rilievo che la proclamazione formale della eguale libertà, dignità, parità degli uomini è contraddetta per un verso dalla realtà di fatto, e per altro verso non esaurisce tutte le aspettative dell'ambiente sociale e del giurista che ne è portavoce». Nonché S. RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona*, ESI, Napoli, 2007. Ed infatti, se il concetto di soggetto astratto di diritto valeva a celare le eventuali debolezze della persona perché aveva a che fare con l'idea moderna dell'uomo «in grado di valutare e gestire i propri interessi» (cfr. ancora N. LIPARI, *op. cit.*, p. 54; P. BARCELLONA, *op. cit.*, *passim*), la concretezza che come detto caratterizza il più recente concetto giuridico di persona consente di attribuire rilevanza anche alle speciali condizioni che possono rendere la persona *bisognosa di cura* (cfr. M.C. NUSSBAUM, *Frontiers of Justice. Disability, Nationality, Species Membership*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Mass.-London, 2006 [trad. it., *Le nuove frontiere della giustizia. Disabilità, nazionalità, appartenenza di specie*, Il Mulino, Bologna, 2007, spec. pp. 105, 146, 151 s.]), così giustificando l'attribuzione di speciali diritti in favore dei c.d. «soggetti deboli», i più fragili nella scala della fragilità umana: cfr. A. BETTETINI, *Divieto di discriminazioni e tutela del soggetto debole*, in P. GIANNITI (a cura di), *I diritti fondamentali nell'Unione Europea. La Carta di Nizza dopo il Trattato di Lisbona*, in *Commentario del codice civile Scialoja Branca*, Zanichelli, Bologna, 2013, pp. 636 ss., spec. pp. 662 ss.

oggettivamente alcuni rapporti di lavoro viene considerato dalla Costituzione anche come una *speciale condizione della persona* che giustifica l'attribuzione di particolari diritti dell'uomo⁴⁵,

⁴⁵ La più autorevole dottrina ha da tempo evidenziato che fra le situazioni giuridiche attive connesse con il rapporto di lavoro subordinato sono compresi anche «i diritti del lavoratore inerenti alla tutela della sua personalità, che nulla hanno a che vedere con il principio di corrispettività, al quale semmai contraddicono»: cfr. R. SCOGNAMIGLIO, *La natura non contrattuale del lavoro subordinato*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, I, pp. 379 ss., spec. p. 417. E v. anche R. DEL PUNTA, *Diritti della persona e contratto di lavoro*, in AA.VV., *Il danno alla persona del lavoratore*, Atti del convegno nazionale A.I.D.La.S.S. tenutosi a Napoli il 31 marzo-1 aprile 2006, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 19 ss.; C. SMURAGLIA, *Diritti fondamentali della persona nel rapporto di lavoro (situazioni soggettive emergenti e nuove tecniche di tutela)*, in *Scritti in memoria di Massimo D'Antona*, Giuffrè, Milano, 2004, vol. I, t. II, pp. 1529 ss., spec. pp. 1531 ss. e 1535 ss., 1565 s.; A. AVIO, *I diritti inviolabili nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 81 ss.; V. ANGIOLINI, *Diritti umani. Sette lezioni*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 118 ss. Per la giurisprudenza cfr. Corte cost., 18 dicembre 1987, n. 559, al punto 8 delle considerazioni in diritto; Cass., Sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26972, al punto 4.5 della motivazione. Ciò che qui va allora segnalato è che la tutela della personalità del lavoratore non si esaurisce nel predisporre, nella prospettiva dell'art. 41 cpv. Cost., strumenti di tutela dei diritti di carattere personale che spetterebbero al lavoratore anche al di fuori del rapporto di lavoro (quali, ad esempio, il diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero, o il diritto alla riservatezza), in modo da realizzare anche un bilanciamento con le esigenze organizzative del datore di lavoro. Ed infatti, nel presupposto che l'assetto di interessi che caratterizza tipicamente (ed «oggettivamente»: cfr. Corte cost., 29 marzo 1993, n. 121; Corte cost., 31 marzo 1994, n. 115) alcuni rapporti di lavoro costituisce una speciale condizione della persona, la tutela della personalità del lavoratore si arricchisce con l'attribuzione di speciali diritti, legati a tale speciale condizione (qual è, ad esempio, il diritto ad una retribuzione proporzionata e sufficiente). Dunque diritti che sono anch'essi «dell'uomo», perché tengono conto «della fragilità e debolezza dell'individuo», dell'esigenza che l'uomo sia inteso «sempre come fine e mai come cosa», oltre che della «ricerca di un possibile e necessario equilibrio tra mercato e diritti dell'uomo»: cfr. V. FERRONE, *Storia dei diritti dell'uomo. L'Illuminismo e la costruzione del linguaggio politico dei moderni*, Laterza, Roma-Bari, 2014, spec. pp. 234, 307, 324 ss., 330 ss. Per la considerazione della «costitutiva implicazione della persona nel vincolo di subordinazione» cfr. M. GRANDI, *Persona e contratto di lavoro. Riflessioni storico-critiche sul lavoro come og-*

così che tutte le volte in cui *nei fatti* quella speciale condizione possa dirsi realizzata le norme dirette a tutelare la persona che lavora reclamano attuazione.

Per tali concorrenti ragioni i giudici del lavoro sanno di essere chiamati ad attribuire particolare rilevanza, più che alla forma dei rapporti, alle *circostanze di fatto che caratterizzano la vicenda oggetto del giudizio*⁴⁶.

getto del contratto di lavoro, in *Arg. dir. lav.*, 1999, pp. 307 ss., spec. pp. 310, 313 ss., 333, 335, 339, 344; la subordinazione «ha un'essenziale dimensione personale», perché «investe la persona stessa dell'obbligato in senso caratterizzante, nel senso, cioè, che la persona è immanente nella (esecuzione della) prestazione, quale che sia il contesto organizzativo in cui la prestazione stessa si immette (contesto che può anche essere ridotto al minimo o addirittura mancare quando il rapporto di lavoro si esaurisca in un'attività di servizio ad una persona o ad un nucleo familiare)», così che il prestatore di lavoro è sempre «un obbligato speciale, il quale, nell'(adempimento della) obbligazione, compromette sempre qualcosa della sua persona»: così ancora M. GRANDI, *Nuove riflessioni sull'oggetto del contratto di lavoro*, in *Scritti in onore di Edoardo Ghera*, Cacucci, Bari, 2008, I, pp. 497 ss., spec. pp. 501 e 508. Ed è anche questa la ragione delle disposizioni che eccezionalmente limitano, in ragione dell'età, la capacità di essere titolare di un rapporto di lavoro: cfr. P. PERLINGIERI, *Commento alla Costituzione italiana*, II ed., ESI, Napoli, rist. 2009, pp. 257 ss. Per la possibilità che i diritti che la Costituzione attribuisce al lavoratore nei confronti del datore di lavoro ricevano immediata soddisfazione dinanzi al giudice ordinario cfr. A. GIORGIS, *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, Jovene, Napoli, 1999, pp. 8 ss., 48 s., 92 ss.

⁴⁶ Ad esempio, con riguardo all'accertamento che i giudici del lavoro sono chiamati a compiere per valutare se un rapporto formalmente di lavoro autonomo deve essere qualificato di lavoro subordinato, la Suprema Corte ha da tempo chiarito che occorre dare «prevalenza ai dati fattuali emergenti dal concreto svolgimento del rapporto» (Cass., Sez. Lav., 4 dicembre 2013, n. 27138), nel senso che «in caso di contrasto fra dati formali e dati fattuali relativi alle caratteristiche e modalità delle prestazioni, è necessario dare prevalente rilievo ai secondi, dato che la tutela relativa al lavoro subordinato non può essere elusa per mezzo di una configurazione pattizia non rispondente alle concrete modalità di esecuzione del rapporto» (Cass., Sez. Lav., 19 febbraio 2016, n. 3303). Pertanto, i giudici del lavoro devono accertare se *nei fatti* si sia o no realizzato il tipico assetto di interessi che caratterizza il lavoro subordinato (cfr. M. PERSIANI, *Riflessioni sulla giurisprudenza in tema di individuazione della fattispecie del lavoro subordinato*, in AA.VV., *Studi in*