

CEDAM

RIVISTA DI  
**DIRITTO PROCESSUALE**

FONDATA NEL 1924 DA  
**G. CHIOVENDA, F. CARNELUTTI e P. CALAMANDREI**

GIÀ DIRETTA DA  
**E.T. LIEBMAN, G. TARZIA e E.F. RICCI**

DIRETTORI  
**C. PUNZI e B. CAVALLONE**

**CENTO ANNI**  
**DI DIRITTO PROCESSUALE**  
**(1924-2024)**

---

**SUPPLEMENTO DIGITALE 2024**

---

100  
ANNI

[edicolaprofessionale.com/RDP](http://edicolaprofessionale.com/RDP)



Wolters Kluwer

COMITATO EDITORIALE E DI REDAZIONE

ROMA

REDATTORE CAPO: S. BOCCAGNA

G. BALENA - G. BASILICO - V. BERTOLDI - S. BOCCAGNA  
M. BOVE - A. BRIGUGLIO - F. CALLARI - R. CAPONI - B. CAPPONI  
A. CARRATTA - C. CECHELLA - C. CORRADO - A. D'ALESSIO  
D. DALFINO - F. DESANTIS - R. DONZELLI - B. GAMBINERI  
G. GIOIA - M. GRADI - L. IANNICELLI - R. LOMBARDI - R. MACCARRONE  
R. MARENGO - R. MARTINO - G. MICCOLIS - G. NICOTINA - E. ODORISIO  
G. OLIVIERI - I. PAGNI - A. PANZAROLA - L. PICCININNI - E. PICOZZA  
R. POLI - G. RAITI - N. RASCIO - E. RUGGERI - P. SANDULLI  
F. SANTANGELI - A. SCALA - G. SCARSELLI - N. SOTGIU - R. TISCINI - S. ZIINO

SEGRETERIA DI REDAZIONE: A. NERI - A. PERIN - C. RIZZA - P. C. RUGGERI

INDIRIZZO REDAZIONE: Viale Bruno Buozzi, 99 - 00197 Roma  
E-MAIL: cpunzi@studioprofpunzi.it

MILANO

REDATTORE CAPO: E. MERLIN

L. BACCAGLINI - G. CANALE - A. CASTAGNOLA - D. D'ADAMO - M. DANIELE  
F. DANOVÌ - M. DE CRISTOFARO - L. DITTRICH - F. FERRARI - F. FERRARIS  
G. FINOCCHIARO - A. FRASSINETTI - M. GABOARDI - M. F. GHIRGA - M. GIORGETTI  
A. GIUSSANI - G. GUARNIERI - A. HENKE - F. MARELLI - M. MARINELLI  
E. MARINUCCI - R. MARUFFI - M. MONTANARI - A. MOTTO - R. MUNHOZ DE MELLO  
M. NEGRI - N. NISIVOCIA - P. P. PAULESU - T. PEZZANI  
A. A. ROMANO - T. F. SALVIONI - C. SPACCAPELO - A. TEDOLDI - M. C. VANZ  
M. VANZETTI - D. VIGONI - A. VILLA - S. VILLATA - S. VINCRE - E. VULLO - E. ZANETTI

SEGRETERIA DI REDAZIONE: M. GARAVAGLIA - T. M. PEZZANI - S. TARRICONE - M. ZULBERTI

INDIRIZZO REDAZIONE: Via San Barnaba, 49 - 20122 Milano  
E-MAIL: bcavallone@libero.it  
rivdirproc@libero.it

**Il 22 ottobre 2022, a Roma presso il Palazzo della Consulta, la Rivista è stata insignita del XXVII Premio “Eugenio Selvaggi” per la stampa storico-giuridica.**

Editore: Wolters Kluwer Italia Srl  
Via Bisceglie, n. 66 - 20152 Milano (MI)

---

Registrazione presso il Tribunale di Milano al n. 728 del 4 dicembre 2008  
(ex registrazione presso il Tribunale di Padova al n. 120, del 16 agosto 1965)  
Direttore responsabile - Giulietta Lemmi

---

Fotocomposizione: Sinergie Grafiche Srl - Viale Italia, 12 - 20094 Corsico (MI)

---

## INDICE DEL FASCICOLO

---

Anno LXXIX (Seconda Serie) – SUPPL. N. 2 – Aprile-Giugno 2024

### CENTO ANNI DI DIRITTO PROCESSUALE

ENRICO ALLORIO, <i>Significato della storia nello studio del diritto processuale</i> (1938) .....	7
PIERO CALAMANDREI, <i>La relatività del concetto di azione</i> (1939) .....	24
VIRGILIO ANDRIOLI, <i>Abrogazione del codice di procedura civile?</i> (1946) .....	49
FRANCESCO CARNELUTTI, <i>Cenerentola</i> (1946) .....	64
SALVATORE SATTA, <i>Il mistero del processo</i> (1949) .....	70
FRANCESCO CARNELUTTI, <i>Torniamo al «giudizio»</i> (1949) .....	86
GIUSEPPE CAPOGRASSI, <i>Giudizio processo scienza verità</i> (1950) .....	96
ENRICO TULLIO LIEBMAN, <i>L'opera scientifica di James Goldschmidt e la teoria del rapporto processuale</i> (1950) .....	118
CRISANTO MANDRIOLI, <i>La tutela giurisdizionale specifica dei diritti</i> (1953) .....	134
FRANCESCO CARNELUTTI, <i>Il metodo del «non so come»?</i> (1960) ....	151
GIAN ANTONIO MICHELI, <i>Considerazioni sulla legittimazione ad agire</i> (1960) .....	164
VITTORIO DENTI, <i>Intorno alla relatività della distinzione tra norme sostanziali e norme processuali</i> (1964) .....	181
MAURO CAPPELLETTI, <i>Il significato del controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel mondo contemporaneo</i> (1968) .....	195
GIOVANNI CONSO, <i>Natura giuridica delle norme sulla prova nel processo penale</i> (1970) .....	213
LUIGI MONTESANO, <i>In difesa del titolo esecutivo e della cognizione distributiva</i> (1971) .....	228
VITTORIO COLESANTI, <i>Misure coercitive e tutela dei diritti</i> (1980) ....	237

MARIO NIGRO, <i>Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (Il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)</i> (1980) .....	263
AUGUSTO CERINO-CANOVA, <i>Sulla soggezione del notificante al termine breve di gravame</i> (1982) .....	290
ALESSANDRO GIULIANI, <i>L'ordo iudiciarius medioevale (Riflessioni su un modello puro di ordine isonomico)</i> (1988) .....	307
ELIO FAZZALARI, <i>Valori permanenti del processo</i> (1989) .....	324
MICHELE TARUFFO, <i>Modelli di prova e di procedimento probatorio</i> (1990) .....	335
FRANCO CIPRIANI, <i>Giuseppe Chiovenda a Parma (dalla procedura civile al diritto processuale) maggio 1900-dicembre 1902</i> (1992) .....	364
EDOARDO F. RICCI, <i>Note sul giudizio di equità</i> (1993) .....	386
SERGIO CHIARLONI, <i>Un mito rivisitato: note comparative sull'autorità del precedente giurisprudenziale</i> (2001) .....	409
GIUSEPPE TARZIA, <i>Il giusto processo di esecuzione</i> (2002) .....	428
NICOLA PICARDI, <i>Il giudice secondo l'ideologia medioevale</i> (2007) ....	450
CARMINE PUNZI, <i>Il ministero del difensore nel processo civile</i> (2020) .....	472
BRUNO CAVALLONE, <i>Carlo Lessona e le lucertole dello zio Michele</i> (2020) .....	484

## UN'ANTOLOGIA PER IL CENTENARIO

Come promesso nell'introduzione al fascicolo n. 1/2024 (*Cento di questi anni*) con il n. 2/2024 dedichiamo ai nostri abbonati un numero speciale comprendente una selezione di contributi dottrinali particolarmente significativi, apparsi nell'arco del secolo di vita della *Rivista*. Manca il famoso saggio di Giuseppe Chiovenda, *L'oralità e la prova*, che costituì l'*incipit* del primo mitico fascicolo del 1924, perché ci è parso opportuno, oltre che elegante, assegnargli la stessa funzione nel predetto primo fascicolo del 2024.

La necessità di limitare le dimensioni di questa antologia alla misura di un fascicolo ordinario ci ha imposto scelte anche "dolorose".

Il primo criterio di tali scelte è stato dunque quello di circoscriverle ai contributi di autori non più viventi, con la sola eccezione degli attuali direttori della *Rivista*, come segno di continuità con i fondatori (Giuseppe Chiovenda, Francesco Carnelutti e Piero Calamandrei) e con i successivi direttori (Enrico Tullio Liebman, Giuseppe Tarzia, Edoardo Ricci). Ciò, da un lato, ha causato la comprensibile delusione di alcuni colleghi, che abbiamo invitato a considerare la loro esclusione come un augurio di lunga vita. Dall'altro, però, ha prevenuto qualunque manifestazione di gelosia o di invidia.

Il secondo criterio è stato quello delle dimensioni degli scritti, che ci ha imposto, talvolta, di rinunciare *sic et simpliciter* all'inserimento di un Autore prestigioso (come, per esempio, nel caso di Emilio Betti con il suo *Ragione e azione*, comparso nel 1932 e in quello di Massimo Severo Giannini, con il suo fondamentale *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, suddiviso in tre fascicoli degli anni 1963 e 1964) e altre volte di scegliere, nella produzione di un Autore, un contributo pur sempre rilevante, ma forse meno importante di altri (come nel caso di Montesano, Cappelletti, Tarzia, Ricci, Cerino Canova, Taruffo).

Si noterà poi l'assenza di scritti specificamente relativi alle

numerose riforme della disciplina del processo civile intervenute dal 1990 ad oggi. Queste hanno dato luogo ad ampi ed esaurienti scritti, spesso di contenuto critico (come quelli, riuniti nel fascicolo n. 2/2023, sulla riforma più recente), ma abbiamo ritenuto opportuno ricordare, almeno implicitamente, che la nostra *Rivista* non ha mai inteso competere con altre nella *informazione* dei suoi lettori sulle novità normative o giurisprudenziali (lo diceva già Francesco Carnelutti, rivolgendosi al suo “redattore-capo” Piero Calamandrei all’epoca della fondazione, con riferimento, allora, alla frequenza mensile del *Foro italiano* e della *Giurisprudenza italiana*, e a maggior ragione potrebbe ripetersi oggi con riferimento alle innumerevoli pubblicazioni *on-line*), bensì contribuire autorevolmente e ponderatamente alla loro *formazione* di studiosi e operatori del processo.

Ed è questo suo carattere che ha motivato il prestigioso premio conferitole nel 2022 per iniziativa del Primo Presidente della Corte Suprema (v. il fascicolo n. 1/2023, p. 93 ss.).

LA DIREZIONE

## SIGNIFICATO DELLA STORIA NELLO STUDIO DEL DIRITTO PROCESSUALE (\*)

SOMMARIO: 1. Interesse del processualista per la storia. — 2. La « pubblicizzazione » del diritto processuale come formola della sua storia tipica. — 3. Tendenza del diritto sostanziale ad analoga trasformazione pubblicistica. — 4. Concetto della storia ideale del diritto. — 5. Dimostrazione analitica della storia ideale del processo: a) formazione del diritto processuale; b) trasformazione pubblicistica del diritto processuale. — 6. Apprezzamento sul valore delle idee esposte.

1. — *Interesse del processualista per la storia.* — Non ho scelto a caso il tema della mia prolusione; esige una ragionevole consuetudine che, nelle lezioni inaugurali dei corsi, si trattino gli argomenti più vasti e quasi proemiali delle discipline. Oltre questo generico, la scelta ha avuto però un motivo specifico: non volli che, in quest'ora, la mia parola s'aggirasse in un ambito diverso da quello, entro cui, negli anni trascorsi di preparazione e di ricerca, si soffermò di preferenza il mio pensiero.

Così io v'esporrò, intorno al significato della storia nello studio del diritto processuale, idee radicate, in me, tanto profondamente, da assurger a convinzione e sentimento. E mi lusingo che non vi dispiaccia, se il mio discorso assumerà quindi valore di racconto, o anzi confessione personale, del modo com'io cercai di risolvere, con modestia di forze e provvisorietà di risultati, un problema che a molti di noi si presenta: il problema di stabilire una solidarietà tra la propria coltura di specialista e la propria coltura generale, o concezione complessiva della realtà umana.

Codesta realtà è la storia; l'interesse del processualista, e dello studioso di diritto in genere, per la storia si giustifica dunque come interesse per la conoscenza della realtà spirituale, sottostante alle norme del diritto: di quella realtà che, coincidendo con la *funzione*, o *causa*, delle norme giuridiche, dev'essere considerata dal giuriconsulto teorico con tanta maggior attenzione, quanto più vivo è il desiderio, ch'egli prova, di consacrarsi *teorico* e scienziato vero,

---

(\*) Prolusione, letta il 20 gennaio 1938 nella R. Università di Messina.

e di differenziare il proprio metodo dal metodo empirico: se è esatto che, dove comincia la curiosità di conoscere le « cause », là solo, appunto, ci si libera dall'empirismo.

Si veggia quale ausilio derivi, dalla storia delle norme giuridiche, all'investigazione della realtà retrostante, della funzione d'esse norme! La storia giuridica è realtà giuridica *in moto*; da essa apprendiamo che le norme ebbero, in differenti età, dissimile contenuto. Se, d'una regola di diritto, ci domandiamo lo scopo, la risposta al quesito è sovente facilitata dalla risoluzione del quesito preliminare: perchè quella regola non esistette sempre, e, in altro tempo, ebbe vigore una regola opposta o diversa? Perciò la ricerca storica è insieme un'ovvia esigenza e una fervorosa aspirazione, nel giurista che sia atteggiato a realismo.

Del quale « realismo », mentre riconosco l'utilità in quanto atteggiamento metodico, e mentre propongo d'ampliar la sfera d'efficacia e arricchire il significato, affermandone l'identità profonda con l'orientamento verso la storia, è ben giusto ch'io additi nel Carnelutti il più energico e coerente sostenitore. Mi piace così prender le mosse del mio ragionamento dalla sostanziale adesione alla dottrina del mio Maestro, in uno dei lati suoi più fecondi (1).

2. — *La « pubblicizzazione » del diritto processuale come formola della sua storia tipica.* — Se legittimo e opportuno è l'interesse del giurista, e del processualista in ispecie, per la storia, questa è, però, solo una constatazione preliminare: nel merito, occorre domandarsi *che cosa veda* il giurista nella storia del diritto processuale, dopo che ci s'è affacciato a guardare: se una sequela amorfa di soluzioni, successivamente diverse, e senza rapporto reciproco fuor che cronologico, dei vari problemi di legislazione processuale, o non piuttosto un avvicendamento armonico degl'istituti, secondo tendenze comuni ai vari ordinamenti giuridici, di cui si consideri lo svolgimento. Verificata, in ipotesi, la giustezza della seconda alternativa, bisogna ulteriormente chiedersi se quelle uniformità, che la storia giuridica comparata abbia rivelate, siano arbitrarie ovvero razionali; senza

---

(1) Ho notato altra volta (*Il Sistema del Carnelutti, Riv. dir. comm.*, 1937, I, 70-71) come, sebbene nella vasta opera del Carnelutti non abbondino le indagini storiche, l'orientamento del pensiero di lui sia tutt'altro che abortente dalla storia.

rapporto col progresso generale dello spirito, o non invece in funzione delle leggi che governano tale progresso.

Le due civiltà giuridiche di cui più a fondo conosciamo la storia, offrono un sufficiente campo d'osservazione: voglio dire la civiltà romana, e quella moderna (intendo: dal medioevo a oggi), propria dei popoli cristiani. Orbene: dopo un sommario esame, si ritrae, immediata e irresistibile, la duplice impressione d'una interna coerenza nello svolgimento del diritto processuale entro ciascuna di quelle civiltà giuridiche; e d'un sensibile parallelismo tra quei due svolgimenti. Quella coerenza e questo parallelismo si possono riassumere, come non meglio, nella formula della *pubblicizzazione* del diritto processuale: ossia, mutazione graduale di quel diritto, da una primitiva figura individualistica, a una finale organizzazione secondo il principio autoritario; o ancora, con altri termini, affidamento progressivo agli organi dello Stato delle iniziative per l'applicazione della sanzione, nella composizione della lite.

Benchè, come dicevo, anche a prima vista immediata e imperiosa, la constatazione di quest'uniformità storica attende conferma da due lati. Risultato, com'essa è, dell'intuizione, merita una giustificazione logica, mediante l'identificazione delle cause del fenomeno intraveduto. Ma soprattutto, in quanto ha carattere sintetico, quella constatazione deve esser analiticamente provata, cioè il teorema che il diritto processuale tenda a pubblicizzarsi deve esser controllato rispetto ai singoli istituti del diritto processuale. Che l'uno e l'altro tentativo si possano intraprender con successo, dimostrerò brevemente nel seguito del discorso. Intanto rilevo che, se una discussione, razionale e analitica, della tesi qui enunciata, è legittima e utile, non possono invece esser negate, nemmeno dagli intellettuali ponderati e minuziosi, la schiettezza e la forza dell'impressione di cui ho prima parlato; un'impressione che può ben valere quale primo e provvisorio argomento a favor della tesi, baleno di verità alle menti non aliene da sintesi fiduciose.

3. — *Tendenza del diritto sostanziale ad analoga trasformazione pubblicistica.* — L'osservato fenomeno dell'evoluzione pubblicistica del diritto processuale è, forse, settore d'una più estesa realtà. Se i segni di tale evoluzione sono meglio osservabili nelle vicende del diritto processuale, perchè l'antitesi privato-pubblico ivi più nettamente s'impone, e i due termini del dualismo prendono figura corporea nei soggetti del processo, parti e organo giurisdizionale; se ciò è

vero, tuttavia sintomi di « pubblicizzazione » non mancano neppure nella storia di ciascuno dei rami del diritto sostanziale. Direi che in doppia direzione s'attui, qui, la graduale prevalenza dell'elemento pubblicistico: da una parte, come estensione alla sfera propria del diritto pubblico, rispetto a quella occupata dal diritto privato; d'altro lato, come accentuazione dell'impronta pubblicistica del diritto pubblico e del diritto privato, separatamente considerati.

Per il primo punto, è istruttivo lo svolgimento del diritto penale. La storia « ideale » della pena è, appunto, la storia del passaggio, da una configurazione individualistica alla pena come vendetta, a un regime pubblicistico della pena medesima come repressione d'atti dannosi allo Stato al fine di prevenire atti somiglianti in futuro (1).

La trasformazione pubblicistica interna del diritto privato è palese in ciascuno dei gruppi di norme (diritti reali; obbligazioni; diritti di successione), in cui il diritto privato medesimo tradizionalmente si divide, ed è segnata dal rafforzarsi dei criteri d'ordine pubblico, a restringimento dell'autonomia privata. Così, frammentariamente nelle fasi primordiali degli ordinamenti giuridici, e con vera pienezza solo negli stadi avanzati, s'affermano le limitazioni legali della proprietà (2). La libertà testamentaria, agl'inizi illimitata, deve, tosto che muta lo spirito del sistema, rassegnarsi a coesistere con la successione necessaria (3). Infine, è indizio di per-

(1) Il concetto d'una storia ideale della pena è, come si sa, del von Liszt; vedi le sue energiche espressioni nel *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 25.a ediz., 1927, pag. 36. Confr., per ampi rilievi, Grispigni, *Corso di dir. pen.*, I, 1932, 53 segg. Conferme di questa tendenza evolutiva del diritto penale leggi, per la storia giuridica romana, in Mommsen, *Römisches Strafrecht*, 1899, 60, 63; per la storia giuridica germanica, ancora in von Liszt-Schmidt, *Lehrbuch*, cit., 42 segg., specie per la formazione del concetto di « pena pubblica ».

(2) In diritto romano, i limiti legali della proprietà s'introdussero come di sbleco: da prima, cioè, come limiti di polizia. Solo in diritto postclassico appare (per influenza ellenica?) il concetto della servitù legale; limitazione della proprietà a favor d'un vicino: tale è il senso d'una nota costituzione zenoniana, C. 8, 10, 12. Vedi Bonfante, *Servitù e limitazioni del dominio*, in *Scritti giuridici vari*, II (1918), 949-951; e ora, riassuntivamente, Biondo Biondi, *La categoria romana delle « servitutes »*, 1938, 15 segg. Una testimonianza del rispetto quasi ombroso dell'età classica romana pel diritto di proprietà è quella incisivamente riferita e spiegata dal Maroi, *Sopra un'iscrizione ostiense relativa a un « iter privatum »*, negli *Studi per Bonfante*, III, 1930, 619 segg.

(3) Quanto all'idea della successione necessaria, *contra tabulas*, romana, il La Pira, *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto*

meazione pubblicistica del diritto privato il fenomeno, singolarmente osservabile nella transizione dal diritto romano arcaico al diritto classico e a quello giustiniano, per cui il vigoroso principio dell'autoresponsabilità delle parti nei negozi giuridici *inter vivos* cede all'opposto criterio della ricerca della volontà vera (1).

4. — *Concetto della storia ideale del diritto.* — Parlerò allora della storia ideale del diritto, come storia della sua pubblicizzazione; storia ideale, perchè ricorrente nelle singole storie concrete; storia ideale « eterna », se è lecito ch'io mi valga di questo secondo appellativo vichiano, nel quale s'esprime l'ineluttabilità che le storie concrete si modellino sopra il « tipo », secondo la logica della natura umana.

Ma qui sorgono, in sede preliminare o speculativa, dubbi fieri. Quest'applicazione, alla storia giuridica, della teoria dei ricorsi va sottoposta alle medesime obiezioni che la teoria solleva in generale. Con la rivendicazione, che la filosofia idealistica dominante ha formulata, della libertà creatrice dello spirito, pare in contrasto ogni pretesa d'imprigionare la storia in ischemi che pure abbiano, nell'oggettiva successione dei fatti, apparente sostegno; la meccanicità non è propria della storia, ma della natura.

---

*romano*, 1930, 311-312, nota che essa « non poteva trovar posto nell'antico sistema ereditario », ispirato al riconoscimento del potere testamentario « illimitato e insindacabile » del *pater familias*; sicchè « la successione contro il testamento ha origine pretoria »: l'*imperium* del magistrato, strumento della nuova concezione pubblicistica del diritto, infrange l'ostacolo opposto dall'individualismo familiare alle esigenze dell'equità successoria.

Quello che, fra gli ordinamenti giuridici vigenti, appar più ligio al rispetto dell'individuo, e cioè l'ordinamento inglese, ignora, al pari del più antico diritto romano, la successione necessaria: che non sia stato in ogni tempo così, c'informano gli storici (leggi Pollock-Maitland, *The history of English law before the time of Edward I*, 2.a ediz., 1898, II, 308-313); la successione necessaria ci fu, e sparì, per cedere al trionfante individualismo testamentario: il che ha tutto l'aspetto d'un'involuzione. Ma, di solito, la successione contro il testamento tende a espandersi: ed essa ha avuto, per esempio, una estensione, rispetto al vigente codice civile, nel progetto del terzo libro, elaborato dalla commissione di riforma (art. 79 segg.).

(1) Che questo fenomeno sia inizio di permeazione pubblicistica del diritto privato, rilevai altra volta: *Il giuramento della parte*, 1937, 29. È indifferente, ai fini che qui interessano, che la prevalenza della volontà rispetto all'oggettivo tenore del negozio si sia attuata già nel periodo classico (Ricobono) o solo in età posteriore.

Non esigete ch' io affronti il problema nel volger di quest' ora. Espongo; non propongo e soprattutto non vaticino; il passato non pregiudica l'avvenire. La dottrina dei ricorsi, che qui difendo « in ipotesi matematica », come diceva Galileo, dà, forse, la spiegazione non tanto della storia, quanto dei *limiti* della storia; limiti che la materia pone allo spirito, e dai quali lo spirito mira a liberarsi: sicchè il progresso dello spirito, che è la vera storia, vince e trascende la ciclica vicenda del sorgere, fiorire ed estinguersi delle nazioni civili; e questa vicenda, in quanto ciclica, non è forse spirituale nè storica, ma riferibile, in qualche modo, a una storicità inferiore.

Nelle nazioni prevalgono, durante le fasi primitive, gl' impulsi individuali, sentimentali, fantastici, religiosi. Per questo il diritto, attività razionale e riflessa, non può avervi raggiunto una robusta organizzazione pubblicistica. Non tanto, in questi stadi, religione e diritto s' identificano, quanto il diritto, per la diffusa atmosfera d' individualismo, vive debole vita e s' incorpora nella religione. Nella più energica efficienza delle sanzioni religiose, la debolezza del diritto trova naturale antidoto. In seguito, e in modo sempre più evidente man mano che una civiltà sale verso l' apogeo e discende poi l' arco della parabola, nell' affievolirsi dell' anelito religioso, nel prevalere dei valori razionali sopra quelli intuitivi, nell' accentuazione delle necessità conservative rispetto a quelle espansive, trova spiegazione adeguata il rafforzamento dell' autorità dello Stato e del principale strumento di questa: il diritto.

5. — *Dimostrazione analitica della storia ideale del processo.* — Ora vengo alla parte centrale del mio discorso: a dimostrare, cioè, attraverso l' esame, troppo rapido per vero, dello svolgimento dei singoli istituti processuali, nella concreta storia giuridica romana e moderna, la verità della tesi che il diritto processuale tenda alla « pubblicizzazione ». Tale dimostrazione avviene secondo una duplice direttiva: a) si rileva, prima di tutto, come lo stesso concetto di processo, ossia intervento dello Stato nell' attuazione della sanzione, rappresenti una lenta conquista di tempi relativamente tardi, in confronto dell' opposto concetto dell' autotutela privata, dominante nelle età primitive; b) si nota, in secondo luogo, la tendenza del diritto processuale, una volta costituito, all' *interna* trasformazione pubblicistica:

a) *Formazione del diritto processuale.* — Sotto il primo profilo,

ci si pone subito, affascinante e fondamentale, il problema storico della *giurisdizione*. Per diritto romano, il dispiegamento graduale di questa funzione dello Stato ha dato occasione a indagini sottili; e ai risultati della più recente e precisa, dovuta a uno studioso italiano, voglio qui attenermi (1). Nasce la giurisdizione come attività dei pontefici, rivolta a disciplinare, con la minaccia di sanzioni religiose piuttosto che giuridiche, l'autotutela di parte. Codesta attività, laicizzandosi nelle mani del pretore, diviene giuridica, ma rimane, nel periodo delle *legis actiones*, limitata a un controllo puramente esteriore dell'iniziativa dei contendenti, rimane ristretta a sollecitar la costituzione dell'arbitrato; il pretore non fa che suggerire la norma appropriata nella controversia. Ancora non si vale delle numerose facoltà che gli sono, invece, concesse nel successivo periodo, del processo formolare: dalla *denegatio actionis* al concedere *exceptiones* e *actiones in factum* secondo il suo proprio *ius honorarium*. Nonostante questi caratteri, il processo formolare è da definir ancora come autotutela organizzata e coattiva, piuttosto che come processo nel senso pubblicistico del termine: il concetto di giurisdizione pare solidamente affermarsi solo nella fase terminale, postclassica e giustiniana, del diritto processuale roma-

---

(1) Mi riferisco all'importante lavoro del De Martino, *La giurisdizione nel diritto romano*, 1937; nel quale mi par di riscontrare una sostanziale adesione nella dottrina del Wiassak circa l'origine arbitrale-privata del processo romano, che ha recato tanta chiarezza in questa materia. Tanto più, perciò, meraviglia, da parte del De Martino (nel libro citato, 351-354), la negazione del carattere volontario del processo romano classico, sol perchè il convenuto ha l'*obbligo* di parteciparvi. Ma quest'obbligo di partecipare al processo è, esattamente, la prova dell'*indispensabilità* della partecipazione! E un pensiero processuale che non abbia superato lo stadio, in cui la cooperazione del convenuto, sia pure provocata e quasi forzosa, appare condizione *sine qua non*, perchè il processo funzioni, è un pensiero ancora ben lontano dalla maturità pubblicistica.

Assolutamente antistorica la concezione del Wenger a proposito della giurisdizione pretoria: come limitazione d'una più ampia giurisdizione regia: vedi *Istituzioni di dir. proc. civ. romano*, trad. ital. Orestano, 1937, 18 ss., spec. 22, nota 13 e il rilievo dell'Orestano, nella prefaz., pag. VIII, oltre il cenno critico del Betti, *La creazione del diritto nella « iurisdictio » del pretore romano*, negli *Studi per Chiovenda*, 1927, 119.

Anche nelle due fasi meglio note dell'ordinamento giuridico greco (diritto di Gortina e diritto attico), si nota lo svolgimento pubblicistico del concetto di giurisdizione: leggi il recente studio del Gernet, *Sur la notion du jugement en droit grec*, *Archives d'histoire du droit oriental*, 1 (1937), 111 segg.

no: la *cognitio extra ordinem* sola realizza nel processo d'accertamento, liberato dalle incrostazioni arbitrali, la piena autorità dello Stato.

Meno lineari le vicende dell'idea di giurisdizione nella storia giuridica medievale e moderna. Nei diritti dei popoli germanici antichi, la formazione di quell'idea è più rapida che non nel diritto romano arcaico. Un assoluto individualismo e un'assoluta correlativa prevalenza dell'autotutela rispetto al processo non sono visibili in quei diritti, se non prima del contatto dei Germani invasori con la civiltà del popolo invaso, giunta ad avanzata maturità pubblicistica; chè, dopo questo contatto, le assemblee giudiziarie popolari, spettatrici passive del giudizio divino svolgentesi tra le parti, già cedono luogo agli organizzati tribunali regi, goti o longobardi o franchi, compito dei quali è di regolare in anticipo, con la sentenza « intermedia » o « di prova », l'andamento dei riti decisori o probatori (1). Dissolvendosi i regni barbarici, l'autorità dei tribunali regi non si mantiene: a così notevole grado di trasformazione pubblicistica, la società barbarico-romana non è pronta; e il feudalesimo segna l'eclisse del concetto di giurisdizione, per lo spezzettamento dei tribunali, e per l'attribuzione di poteri giudiziari speciali a soggetti diversi dallo Stato: ai signori, agli ordini e alle classi, alle gerarchie della Chiesa; di poi anche alle corporazioni di commercio (2). La giustizia mercantile appartiene già al periodo comunale: nel quale, e in maniera più accentuata nei periodi successivi (signorile, straniero, unitario), con la risurrezione del diritto romano, il concetto di giurisdizione riprende un'ascesa che non sarà più

---

(1) Sul subentrare dei tribunali regi alle assemblee giudiziarie, notevoli sono queste parole del Brunner, a proposito dell'organizzazione franca: « ... la giurisdizione, che era esercitata un tempo dal popolo nella comunità territoriale, è senz'altro sparita. Sin dal principio del periodo franco, essa appare sostituita dal tribunale regio » (*Deutsche Rechtsgeschichte*, II, 2.a ed., 1928, 181). Per un parallelo fra sentenza intermedia del processo germanico e *litis contestatio* romana, vedi Jolowicz, *Procedure in iure and apud iudicem*, *Atti congresso internaz. di dir. rom. (a Bologna)*, II, 1935, 59 segg.; e la critica del Betti, *Diritto romano*, I, 1935, 449, nota 1. Mi permetto di richiamare anche il mio *Giuramento* cit., 84-85, per il paragone fra sentenza di prova germanica e sentenza condizionale (subordinata al giuramento) romana.

(2) Pertile, *Storia del dir. ital.*, VI, parte 1.a, 1900, §§ 211-214; Salvioi, *Storia della procedura civ. e crimin.*, I, 1925, 102 segg.; II, 1928, 60 segg., 74 segg., 95 segg.

interrotta, sino al raggiungimento di quella centralità e statalità della giurisdizione, e di quell'uguaglianza delle differenti categorie dei sudditi di fronte al potere giurisdizionale, che son proprie dei nostri giorni.

Se i cenni che precedono concernono singolarmente la storia della giurisdizione nel processo d'accertamento, cose analoghe si potrebbero osservare intorno allo svolgimento della giurisdizione *esecutiva*: romana e medievale-moderna. Dall'assenza d'intervento statale nella *manus iniectio* romana e nel barbarico pignoramento d'autorità privata, attraverso la fase intermedia del processo d'esecuzione singolare, sino a quel massimo d'ingerenza dell'autorità, ch'è proprio dell'esecuzione concorsuale moderna: il progresso pubblicistico di questo settore del diritto processuale è evidente (1).

Uno svolgimento simile a quello del concetto di giurisdizione ha il concetto, correlativo ma non identico, e perciò isolabile, del *provvedimento giurisdizionale*: e così, del provvedimento esecutivo, ma in particolare della *sentenza*. Questa appare, nei primordi, atto d'autonomia privata: e, attraverso il tenue diaframma dell'arbitro, emanazione del volere dei contendenti; soltanto in prosieguo l'idea della sentenza come provvedimento dell'autorità s'afferma. Or questo mutamento d'angolo visuale ha conseguenze apprezzabili nella formazione dell'istituto dell'*impugnazione*: istituto non conciliabile col concetto privatistico, e cioè negoziale, della sentenza. Il negozio giuridico è valido o invalido (e, se mai, invalidabile): ma, insomma, esso, se ha efficacia, l'ha di per sè, quale regolamento finale dei rapporti giuridici che ne sono oggetto: non quale semplice gradino, o disegno, d'un regolamento che interverrà in maniera definitiva solo più tardi, con un atto di fonte superiore. Perciò la prima forma di reazione contro la sentenza non è l'impugnazione, nel senso processuale del vocabolo: ma, in diritto romano, contro la sentenza nulla, l'affermazione della sua nullità, mediante *exceptio* o *replicatio*, da proporre nel processo posteriore, in cui la sentenza sia avversariamente invocata (2); nel processo germa-

---

(1) Per ogni richiamo di storia concreta del processo esecutivo, rimando al mio articolo, *Esecuzione forzata in genere*, nn. 5-7, nel *Nuovo Digesto Italiano*.

(2) Wenger, *Istituzioni*, cit., 207 segg.; il Calamandrei, *La cassazione civile*, 1920, 60, nota che il concetto d'impugnabilità, e d'appellabilità in specie, non è in alcun modo «una propaggine del diritto privato nel pro-

nico, contro la sentenza ingiusta, la ribellione o disapprovazione, concessa alla parte, che così trattava il giudice come un pari, lungi dal riconoscerne l'autorità d'organo pubblico (1). Che l'istituto dell'impugnazione, propriamente intesa, non si delinea in un'atmosfera processuale che non sia pubblicistica, è dimostrato dalla genesi dell'appello, impugnazione per eccellenza, in diritto romano: secondo un'opinione, l'appello ripugna al processo formolare, dato precisamente il carattere privato di questo; ma anche chi sostiene che appello si dia pur contro la sentenza del giudice formolare, ammette che l'appello entrò a far parte del congegno del processo formolare per imitazione e influenza della *cognitio extra ordinem*, il cui carattere pubblicistico ho rilevato (2). D'altra parte, nel processo dei tempi moderni, la querela di nullità, rimedio privatistico, coesiste lungamente con l'appello: ma resta riassorbita in questo, tosto che s'afferma in modo pieno il carattere processuale e pubblicistico della sentenza (3). E, se nella classificazione dei moderni rimedi d'impugnativa la dottrina ha giustamente separato i « gravami » dalle « impugnazioni autonome », ciò che la dottrina medesima non ha detto chiaramente è, che i gravami sono le impugnazioni nel senso pubblicistico del termine, mentre le impugnazioni autonome sono quanto rimane, in un ordinamento processuale pubblicistico come quello vigente, del vecchio regime dell'impugnazione come rimedio di diritto privato, rivolto contro un negozio giuridico privato, qual'era considerata la sentenza (4). Infine, si deve impostare storicamente anche il contrasto di teorie a propo-

---

cesso, ma ... una concezione esclusivamente di diritto pubblico, la quale ... traeva le sue origini da quel rapporto di subordinazione gerarchica verso cui a poco a poco si orientò, cessata la repubblica, tutta quanto l'amministrazione imperiale ».

(1) Leggi ancora Calamandrei, *Cassazione cit.*, I, 89 segg.: ove si dà conto con esemplare precisione delle numerose opinioni circa la « disapprovazione » della sentenza (*Urteilsschelte*).

(2) I termini della questione sono riassunti, con ampie note di dottrina, dal Sanfilippo, *Contributi esegetici alla storia dell'appellatio*, I: *Sull'appello contro la sentenza del giudice formolare nell'Impero*, estratto dagli *Annali Univ. Camerino*, VIII, 1935. E si può forse osservare che, del resto, poteva bene aversi un appello *extra ordinem* da sentenza formolare.

(3) Il Calamandrei, *Cassazione cit.*, I, 135 segg., traccia un quadro esatto delle vicende subite dalla querela di nullità.

(4) V. mio rilievo nella nota *Interesse a impugnare e limiti del giudizio di cassazione penale*, *Riv. it. dir. pen.*, 1936, 693 segg.

sito dell'efficacia della sentenza soggetta a gravame: chi ritiene che quell'efficacia sia piena e immediata, e solo passibile di venir meno in futuro, ha presente la configurazione privatistica della sentenza e del mezzo d'impugnativa; mentre l'opposta tesi, del sorgere dalla decisione soggetta a gravame, d'una mera imperfetta situazione giuridica, sembra meglio conciliabile con l'idea pubblicistica della pronuncia giurisdizionale (1). Qualche cosa di simile si potrebbe dire sul tema del come vada costruito, se contrattualisticamente o pubblicisticamente, il provvedimento esecutivo (la vendita forzata in specie): che anche questo dualismo di dottrina si possa comporre storicamente, non è, di solito, rilevato (2).

Il passaggio dello stadio dell'autotutela privata allo stadio del processo si può vedere in taluni atti, che, da prima concepiti come manifestazioni d'autotutela, sono riassorbiti poi nel quadro del processo, divenendo atti processuali; e ciò è da affermare, parallelamente, rispetto al giuramento (3) e rispetto alla confessione (4) in diritto romano: strumenti da prima di regolamento diretto dei rapporti giuridici controversi, ad opera delle parti stesse, libere o sollecitate dalla coazione pretoria, giuramento, e confessione divengono, nel processo postclassico, mezzi di decisione della causa, pel tramite della sentenza del giudice statale.

b) *Trasformazione pubblicistica del diritto processuale.* — Vengo al secondo profilo della dimostrazione intrapresa. La trasformazione pubblicistica interna del diritto processuale si manifesta sulla linea della prevalenza graduale dei poteri d'iniziativa spettanti allo organo giurisdizionale, rispetto agli analoghi poteri che competono alle parti. Tale prevalenza si verifica tanto nel campo dei

---

(1) Il Cristofolini (*Efficacia della sentenza nel tempo*, *Riv. dir. proc. civ.*, 1935, II, 301-302) ha giustamente osservato che questo contrasto di tesi si deve risolvere non astrattamente, ma tutto sul terreno del diritto positivo. Vedi ora, in argomento, di qualche utilità per le notizie storiche, non ragionate però, nè coordinate, il lavoro del Costa (F.), *Natura giuridica della sentenza soggetta a gravame*, *Riv. it. scienze giur.*, 1937, 148 segg.

(2) Vedi il mio cenno, nell'articolo cit. sull'*Esecuzione forzata in genere*, n. 15.

(3) Mio *Giuramento* cit., 73 segg.

(4) B. Biondi, *Il giuramento decisorio nel proc. civ. rom.*, 1913, 65 segg.; *Bull. ist. dir. rom.*, 42<sup>a</sup> (1934), 397; mio *Giuramento* cit., 147. Contro, Demelius, *Die confessio im röm. Civil-Process*, 1880, 111 segg.; Liebman, *Sul riconoscimento della domanda*, *Studi per Chiovenda*, 457-459.

poteri a) *decisori*, quanto nella sfera dei poteri ß) *ordinatori*, attinenti all'impulso processuale.

α) L'allargamento dei poteri decisori avviene, anzitutto, quanto al giudizio di diritto; di poi anche quanto al giudizio di fatto. Sembra, da prima, logico che, restando in balia dei contendenti le iniziative che incidono nella determinazione del fatto, siano, almeno, riserbate al giudice la scelta e l'applicazione della norma giuridica appropriata al caso (*iura novit curia*); in seguito, nemmeno i vincoli del decidente nell'apprezzamento del fatto sembrano più tollerabili. Qui bisogna richiamar di nuovo la storia del giuramento e della confessione: ho già osservato come questi due atti giuridici si processualizzino, divenendo, da negozi del diritto sostanziale, mezzi di decisione della causa; ma, se così rimangono configurati giuramento e confessione nella fase più tarda del diritto romano, gli ordinamenti processuali moderni vanno più innanzi. L'efficacia dei due atti s'attenua, da decisoria, a probatoria; quegli atti non vincolano più il giudice nell'accertamento del rapporto, ma solo nell'apprezzamento del fatto, confessato o giurato. Questa è la situazione propria del nostro diritto positivo; e già si profila, in taluni ordinamenti stranieri, la tendenza a una restrizione ulteriore dell'efficacia del giuramento, da prova legale a prova libera; tendenza riscontrabile anche, del resto, nel nostro ordinamento, rispetto a quella zona del nostro sistema giudiziario, che è costituita dai processi di tipo inquisitorio (1).

Carattere dunque, del diritto processuale negli stadi più avanzati è, che la libertà del decidente trionfa delle regole che prima la diminuiva, in particolare delle regole di prova legale. Taluni fenomeni storici sembrano, ma non sono, in contrasto con questa affermazione. È bensì vero, ad esempio, per diritto romano che i criteri di prova legale vengono in essere proprio nel periodo più tardo, nel periodo insomma dell'ufficialità: ma, che criteri consimili non vigessero prima, non è punto indizio d'involuzione privatistica del diritto processuale romano: al giudizio formulare ripugnavano i limiti di prova legale in ragione proprio del carattere privato di questo giudizio, carattere che si risolveva nella sua agiuridicità e aprocessualità (2). È vero, d'altra parte che l'esclu-

(1) Confr. il mio cit., *Giuramento*, 121-124, 165-179.

(2) Questo punto procurai di metter in luce già nel mio lavoro ult. cit., 40-43, 71-72; e ivi combattei l'opinione di B. Biondi, *Bull. ist. dir. rom.*, 42<sup>o</sup>

sione della prova testimoniale rispetto ai contratti che eccedano un certo valore, una delle più importanti limitazioni probatorie-legali note al diritto vigente, si forma anch'essa in età relativamente tarda (ordinanza francese di Moulins, del 1566); ma neppure qui è da pensare a un'involuzione privatistica, poichè l'innovazione legislativa in parola non è dovuta al proposito di diminuir la libertà del giudice, ma, com'è stato rilevato (1), al concomitante cadere del formalismo contrattuale, col quale soltanto il largo impiego della prova per testimoni era compatibile.

β) Accennavo, come ad altro profilo della pubblicizzazione del diritto processuale, all'accrescimento dei poteri del giudice quanto all'impulso del processo. La maniera medesima, come il processo s'inizia, dipende dal grado di trasformazione pubblicistica, al quale il diritto processuale sia giunto. In tal modo si deve interpretare il contrasto delle due forme di citazione: quella immediata, ossia a cura diretta delle parti, e quella mediata, cioè disposta dall'organo giudiziario (2). Ma deve intendersi storicamente anche l'antitesi, propria della storia giuridica romana come di quella medioevale-moderna, tra le due figure del processo penale, accusatoria e inquisitoria; sebbene quest'antitesi investa tutto il corso del processo penale, non ne riguardi solo il cominciamento (3). E le con-

---

(1934), 222, che le regole di prova legale siano sintomo del carattere pubblico del processo. È vero l'opposto. Nota il Vico, con profonda intuizione, che, nel diritto processuale della età più tarda, « signoreggia la verità dei fatti », ossia la posizione del giudice nella ricerca è assolutamente libera (*La Scienza nuova giusta l'ed. 1744*, rist. 1928, n. 974).

(1) Da Pompeo Biondi, *Contributo alla teoria dei limiti d'ammissibilità della prova testimoniale* (ediz. provvisoria, 1937), con ampio inquadramento razionale del problema.

(2) Tale l'antitesi tra la *vocatio in ius* del processo romano classico e la citazione del processo postclassico libellare; tale, nell'ambito del processo germanico, l'antitesi fra *mannitio* e *bannitio*. Vedi, per la prima, Colinet, *La procédure par libelle*, 1932, 93 segg.; per la seconda, Salvioli, *Storia della procedura cit.*, I, 226-229. Sull'antitesi, in genere, fra mediatezza e immediatezza nell'atto introduttivo del giudizio, leggi Chiovenda, *Principii di dir. proc. civ.*, ed. 1923, 532.

(3) Sul rapporto fra *cognitio* e *accusatio* nel tardo diritto processuale penale romano, vedi Mommsen, *Röm. Strafrecht cit.*, 347-351; Brasiello, *La repressione penale in dir. rom.*, 1937, 41 segg. Sull'origine del processo inquisitorio, nel periodo dei Comuni, come manifestazione della crescente autorità statale, leggi Salvioli, *Storia della procedura cit.*, II, 356 segg.

Nota il Mittermaier, *Die Mündlichkeit, das Anklageprinzip, die Öffentlich-*

«sequenze dell'abbandono dell'idea individualistica sono sensibili in tutto il corso del processo civile, rispetto a tutti i più rilevanti problemi interni d'esso: distinzione fra eccezioni in senso proprio e difese (1); efficacia delle convenzioni processuali; ammissione e attuazione dei mezzi istruttori; modi d'estinzione del processo: al quale ultimo riguardo, mentre è da osservare come la perenzione sia istituto proprio della fase individualistica del diritto processuale, e quindi oggi perituro (2); è pur forse da aggiungere che il contrasto, tormentoso nell'odierna dottrina, fra rinuncia alla domanda, o all'azione, e rinuncia agli atti, debba esser appianato storicamente, con l'ammetter la successione della seconda alla prima figura considerata: coerente la seconda soltanto col postulato pubblicistico della netta separazione del rapporto processuale dal rapporto litigioso (3) (4).

---

*keit und das Geschwornengericht in ihrer Durchführung in den verschiedenen Gesetzgebungen*, 1845, 283, che « il principio d'un'attività ufficiale per l'accertamento della responsabilità nel reato s'afferma sempre più con la progressiva formazione dello Stato, e: o modifica l'andamento del processo accusatorio, in quanto la forma accusatoria si mantenga come base del processo, come nell'antica Roma e oggi in Inghilterra; o produce un ibrido delle due forme, accusatoria e inquisitoria, come nel processo canonico; o, in corso di tempo, annulla la forma accusatoria e fa trionfare il principio inquisitorio, come in Germania » e, possiamo aggiungere, nella generalità delle legislazioni moderne.

(1) Caratteristico dell'opera chiovendiana è il frequente sforzo di dimostrare, anche nell'ambito del vigente diritto processuale civile, la rilevanza d'ufficio di taluni fatti processualmente efficace; che si poteva, prima, pensare costituissero motivo d'eccezione in senso proprio.

(2) Mi permetto di richiamare il mio studio sulla *Perenzione* (estratto dall'*Encicl. giurid.*), nn. 3-9.

(3) Del disagio della dottrina nel differenziare la rinuncia agli atti dalla c. d. rinuncia alla domanda, e dal correlativo riconoscimento della domanda da parte del convenuto, è documento lo studio recente del Micheli, *Rinuncia alla pretesa e riconoscimento della pretesa nella dottrina italiana (a proposito di una teoria di Francesco Carnelutti)*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1937, I, 354 segg.; studio che approda al discutibile risultato di disancorare il riconoscimento dalla rinuncia, sottoponendoli a diversa disciplina. Qui la sola interpretazione, che garantisca una soluzione netta e soddisfacente del problema, è quella storica; la quale impone una scelta: o rinuncia agli atti, oppure rinuncia alla domanda e riconoscimento della domanda. Contro la categoria del riconoscimento della domanda, vedi Liebman, *Studi per Chiovena*, 492-495.

(4) Anche taluni istituti non propriamente processuali, ma connessi con la disciplina del processo, sono suscettibili di diversa configurazione, a

Le polemiche sulla riforma processuale hanno, più o meno consapevolmente, per substrato le questione, se convenga accelerare lo svolgimento pubblicistico degl' istituti processuali, ovvero prudentemente rallentarlo; e la propaganda di Giuseppe Chiovenda, il Maestro rimpianto, per l'oralità processuale, si spiega come predicazione d' un ordine tecnico nuovo, nel quale il principio politico del carattere ufficiale del processo moderno trovi propizia atmosfera (1).

6. — *Apprezzamento sul valore delle idee esposte.* — Se rilevanza si deve riconoscere alla concezione, in parte nuova, che ho tratteggiata, della storia del diritto processuale, questa rilevanza deve esser anzitutto intrinseca: la concezione sopraddetta deve, cioè, agevolare la comprensione del suo oggetto, della storia del diritto processuale. In questo senso, perchè le idee espresse sin qui siano importanti, occorre e basta che siano vere.

Però, a quelle idee, è da riconoscere un'efficacia che trascende il loro oggetto immediato; esse riescono utili, oltre che per la conoscenza della storia, anche per lo studio del diritto vigente e delle prospettive di riforma.

La sottovalutazione dell'argomento storico nelle questioni posi-

---

seconda della dominante concezione del processo. Io ho, per esempio, sostenuto (*Riflessioni sulla diminuzione della litigiosità*, *Giur. it.*, 1937, IV, 197 segg.) che, con l'orientamento pubblicistico del processo, non è compatibile un regime finanziario del processo medesimo, che s'ispiri al concetto della tassa, anzichè dell'imposta. Nel quale pensiero traggio conforto da quanto poi scrisse l'Einaudi, *Imposta o tassa giudiziaria?* *Riv. di dir. finanziario*, 1937, 359 segg. (divergente, però, il Carnelutti, *Finanza e processo*, ivi, 243 segg.; postilla all'articolo dell'Einaudi, *ivi*, 362 segg.).

(1) È ciò riman vero, nonostante che il Chiovenda avverta che « vi possono essere processi orali ... in cui l'ingerenza del magistrato è minima » (*L'oralità e la prova*, nei *Saggi di dir. proc. civ.*, II, 1931, 204): non è vera la reciproca, non si concepisce, cioè, un processo scritto, nel quale l'ingerenza dell'organo pubblico sia efficace. Del resto: la novità di stile del processo non può consistere nella sola oralità, ma altresì nello sfrondamento da molte prescrizioni formali, appropriate in altri tempi ai giudizi, che erano « tutti ordinari », ossia formali, solenni, « osservati con somma scrupolosità di parole » (Vico, *Scienza nuova*, n. 965). Oggi l'individualismo dei contendenti, dall'accresciuta autorità dell'organo giurisdizionale, è meglio infrenato che non, un tempo, dal rigore formalistico; sicchè questo può, oramai, cadere.

tive controverse non è conforme al realismo giuridico; un'ambientazione storica è poi singolarmente necessaria nelle questioni processuali, di cui due soluzioni opposte rispecchiano talora, a ben guardare, le opposte concezioni, individualistica e pubblicistica, proprie d'età diverse; sì che la scelta tra quelle soluzioni si presenta come scelta non tecnica, ma politica. Taluni problemi di diritto processuale odierno, che si debbono così impostare e sciogliere, ho già ricordati: il problema dell'efficacia della sentenza passibile di gravame, il problema della classificazione dei mezzi d'impugnativa, il problema della definizione della rinuncia agli atti, in rapporto alla così detta rinuncia all'azione. Rammento ancora il problema della natura probatoria del giuramento (1).

Quando abbiamo appreso che la storia ideale del diritto processuale è storia della sua graduale pubblicizzazione, ci accostiamo con aumentata consapevolezza anche agli studi di politica legislativa processuale. Ci rendiamo conto del come la riforma del processo non possa operarsi se non nel senso della sua ulteriore trasformazione pubblicistica; e la disputa si restringe a stabilire, in qual misura debba avvenir ciò. Naturalmente, l'impostazione *politica* del problema deve *precedere*, non *escludere* o *distruggere* la sua impostazione *tecnica*: il che si può lamentare che il disegno ministeriale, preliminare di riforma abbia, qualche volta, dimenticato. Quel disegno, per la sincera ispirazione pubblicistica che l'anima, è, *politicamente*, ossia, aggiungiamo, fascisticamente, in linea; ne è, però, *tecnicamente*, desiderabile il perfezionamento.

Ma qui ho il dovere di non divagare; riassumo e concludo. La storia concreta del diritto processuale dimostra la verità d'un'idea: l'idea della pubblicizzazione del processo. Perchè s'arrivi a questo risultato, la vicenda degl'istituti processuali deve essere ricostruita con gli strumenti *dogmatici*. A un procedimento diverso, nulla da obiettare in linea concettuale; ma esso non può metter capo che alla storia erudita, a un tipo di ricerca, che presenta utilità e in-

---

(1) Ecco una tipica manifestazione dell'utilità dell'interpretazione storica, nel peculiare senso in cui qui intendo questa espressione. Se il giuramento sia prova, o non piuttosto mezzo di decisione, o a dirittura di regolamento diretto della controversia, non si può dedurre in modo univoco dal tenore delle norme di legge, le quali si contraddicono talora, almeno apparentemente. Ma la storia s'impone di credere che il giuramento è divenuto, ed è, una prova (v. mio *Giuramento* cit., 151-156).

teresse solo per il ricercatore. Così consento alle idee che, or son dieci anni (1), bandiva Emilio Betti, l'altro dei miei insigni maestri, al quale m'è gradito tributare così, *re et verbis*, un omaggio profondamente sentito. Attivo e reciproco può essere il ricambio dei servigi fra dogmatica e storia: se la dogmatica illumina, e rende intelligibile e fruttuosa la storia, dal canto proprio la storia, maestra di realismo, può salvar la dogmatica dai pericoli di quell'infatuazione formalistica, che ha determinato la crisi della scienza del diritto.

Se questi pensieri, il cui valore costruttivo ho procurato d'illustrare, costituiscono un metodo, e in quanto le preoccupazioni metodiche possano influire sopra gli svolgimenti d'un corso istituzionale, io qui dichiaro che quel metodo informerà il mio insegnamento.

ENRICO ALLORIO

*Professore nella R. Università di Messina*

---

(1) È del 14 novembre 1927 la prolusione *Diritto romano e dogmatica odierna*, *Arch. giur.*, 15<sup>a</sup> (1928), 129 segg.; 16<sup>a</sup> (1928), 67 segg.

---

## LA RELATIVITÀ DEL CONCETTO DI AZIONE (\*)

SOMMARIO: 1. La polemica sugli « orientamenti pubblicistici » del processo, e sua giustificazione storica. — 2. Il problema dell'azione come uno degli aspetti della relazione tra l'individuo e lo Stato. — 3. La funzione pratica dell'azione nel diritto processuale positivo. — 4. Le teorie sull'azione: l'azione come proiezione del diritto soggettivo sostanziale. — 5. La teoria del *Rechtsschutzanspruch*. — 6. La teoria del diritto potestativo. — 7. L'azione come esercizio di pubblica funzione. — 8. L'affievolirsi del diritto soggettivo in alcuni aspetti processuali. — 9. Il ciclo storico dell'azione: da diritto privato a potere pubblico. — 10. Conclusione: la polemica sull'azione nella crisi dell'ordinamento giuridico.

1. — La polemica intorno ai cosiddetti « orientamenti pubblicistici » della scienza del processo (1), che di recente ha messo di fronte due giovani processualisti tra i più valorosi (è possibile che già uno di essi, il nostro Cristofolini, abbia taciuto per sempre?) assume oggi, all'infuori della preferenza che si possa avere per l'una o per l'altra delle opinioni contrastanti, un valore di sintomo: il fatto che proprio oggi, mentre l'indirizzo « pubblicistico » del processo civile sembra vicino a trionfare nelle leggi, si possa tornare a discutere con tanto ardore il fondamento di una concezione che sembrava ormai definitivamente acquisita, da più di mezzo secolo, alla scienza giuridica, rivela in maniera tipica come anche la dogmatica processuale, che malamente si volle considerare come puro

---

(\*) Il presente saggio farà parte degli scritti in onore di Santi Romano, al quale l'autore lo dedica con devozione di discepolo.

(1) Satta, *Gli orientamenti pubblicistici della scienza del processo*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1937, I, 32; *Id.*, *Orientamenti e disorientamenti nella scienza del processo*, in *Foro it.*, 1937, IV, col. 276; *Id.*, *Riflessi tributari della teoria generale del processo*, in *Riv. dir. comm.*, 1938, I, pag. 192; Cristofolini, *A proposito di indirizzi nella scienza del processo*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1937, I, 105; e *Contro i disorientamenti della scienza del processo*, *ivi*, pag. 282; cfr. anche la prefazione dello stesso Satta al suo libro *L'esecuzione forzata* (Milano, 1937), e la recensione sulla medesima del Carnelutti, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1937, I, pag. 201. Per un ritorno a una concezione privatistica del processo civile, cfr. anche Ferrara (*iunior*), *Interferenze tra diritto sostanziale e processo in materia commerciale* (Siena, 1936), nn. 7-8.

giuoco tecnico indifferente ai travagli della politica, non si apparti dalla crisi del pensiero contemporaneo, e si senta anch'essa inclinata, ora che la esperienza dimostra a quali estreme conseguenze posson logicamente portare, messe in libertà nella pratica, le teorie allevate ed accarezzate per un cinquantennio nel chiuso delle biblioteche, agli esami di coscienza ed alle nostalgiche perplessità.

Ridotta al suo nucleo centrale, la polemica può riassumersi in questo dilemma: si deve vedere nel processo civile un servizio che lo Stato rende al cittadino, fornendogli il mezzo per attuare il suo diritto soggettivo, ovvero un servizio che il cittadino rende allo Stato, fornendogli l'occasione per attuare il diritto oggettivo? Intorno a questo problema essenziale la polemica ha rimesso in discussione tutti i concetti primi della nostra scienza, giurisdizione, azione, rapporto processuale, loro natura giuridica e loro scopi; ma in realtà alla base di ogni discussione su questi molteplici aspetti della polemica il vero problema di cui si discuteva, era, sia pur tradotto in termini di tecnica processuale, uno solo: quello, che riaffiora oggi in tutti i campi del pensiero, delle relazioni tra interesse individuale e interesse pubblico, tra cittadino e Stato, tra libertà e autorità.

La polemica ha dunque uno sfondo essenzialmente politico; ma questo avviene, ed è bene che avvenga, anche se non sempre i giuristi se ne accorgono, in ogni elaborazione sistematica degli istituti giuridici: nell'interpretare i quali i tecnici, anche quando credono di essere fedeli alla lettera delle disposizioni positive, non possono esimersi dall'esaminarli contro luce al chiarore di certe fondamentali tendenze, alle quali essi pensano che si ispiri, o vorrebbero che si ispirasse, l'ordinamento entro il quale quel diritto positivo è collocato. Le ricostruzioni della dogmatica sono dunque, in ogni caso, il risultato di un compromesso tra il diritto positivo e le premesse tendenziali a cui il giurista lo ricollega: ed è così, coll'evolversi di queste mobili premesse, che la dogmatica riesce a ringiovanire perennemente gli istituti giuridici, e ad adeguarli, anche se la lettera delle disposizioni rimane immutata, alla realtà sociale che sempre si rinnova. Esempio ormai classico di questa funzione di adeguazione politica che la dogmatica esercita sul diritto positivo, è data proprio, come altrove ho notato (1), dall'opera scien-

---

(1) *Studi sul processo civile*, IV, pag. 244 (nel saggio *Giuseppe Chiovenda, Il maestro*).

tifica di Giuseppe Chiovenda: il quale è riuscito a costruire un sistema nettamente orientato su principi pubblicistici ed in un certo senso autoritari, prendendo come base proprio quel Codice del 1865 che volle essere ai suoi tempi espressione di tendenze nettamente individualistiche e liberali. A tanto può, attraverso l'interpretazione evolutiva, servire la dogmatica: a costruire con vecchi materiali architetture in armonia coi nuovi tempi, ossia a dar l'illusione che circoli nell'interno delle vecchie leggi uno spirito nuovo che in realtà vi è proiettato dal di fuori, dalla sensibilità politica dell'interprete; la stessa illusione dei colori, che sembrano dentro le cose, e sono invece nella luce che su di esse si riflette.

2. — Questi rilievi possono servire a dare una spiegazione storicistica, per limitarci ad un solo aspetto della polemica, alla disputa sempre rinascente intorno al concetto di azione: del quale è vana fatica ricercare la vera definizione, quasi che ve ne fosse una sola da considerarsi assolutamente esatta di fronte a tutte le altre da considerarsi errate, mentre in realtà anche questa definizione è in funzione di quel rapporto tra interesse individuale ed interesse pubblico che sotto diverse apparenze si ripresenta in tutti i campi della scienza giuridica, ed è quindi soggetta a variare, essa definizione, secondo che nel rapporto si accentui per considerazioni politiche la prevalenza di uno dei termini, e si sposti quindi, in un senso o in altro, il punto di equilibrio tra i due.

In un recente saggio sull'azione che, quantunque presentato come voce di un'enciclopedia, costituisce in realtà il contributo più originale e più penetrante che sia stato scritto sull'argomento dopo la classica prolusione di Giuseppe Chiovenda, è stato dimostrato dal Pekelis (1) che la polemica sul problema dell'azione, dibattutasi tra i giuristi tedeschi del secolo scorso, non è stata che un aspetto, storicamente parallelo, della più vasta polemica sul problema dello Stato; e che di conseguenza il ciclo delle teorie sull'azione ha seguito la stessa cronologia della storia politica del secolo XIX.

Ma io credo che, anche senza risalire al passato, una interpretazione storicistica delle teorie sull'azione sia possibile anche per chi si fermi a considerare il presente: questo implicato rinasce

---

(1) Pekelis, *Azione*, in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. I; e su di essa la recensione di B. Croce, sulla *Critica* del 20 novembre 1938 (anno XXXVI, fasc. VI), pagg. 457-458.

nella dottrina processualistica contemporanea di un dibattito che non si riesce a concludere, questo riaffacciarsi con rinnovati sussulti di vitalità di concezioni che parevano tramontate da un secolo, non ha la sua origine in un vuoto gusto dialettico dei giuristi; esso è, piuttosto, la proiezione nel campo del processo di un travaglio che si svolge nella realtà sociale, in cui il problema fondamentale dei rapporti tra cittadino e Stato non ha avuto ancora, e forse non potrà aver mai, una soluzione unica, in luogo della quale lo stesso ordinamento giuridico si appaga di una pluralità di soluzioni pratiche provvisorie e spesso contraddittorie, che sembrano fatte apposta per alimentare la polemica delle teorie.

Se in questo periodo di accelerati trapassi che il mondo vive, sembra evidente in tutti gli Stati una generale tendenza a ridurre in limiti sempre più ristretti il campo del diritto soggettivo individuale, è certo che questo innegabile processo di « pubblicizzazione » che è in atto d'intorno a noi (1), non si compie collo stesso ritmo, e non si trova quindi allo stesso grado di maturazione, in tutte le zone del territorio giuridico: e chi potesse abbracciar con uno sguardo, come nella carta topografica di una regione, il piano spiegato dell'ordinamento giuridico per spiarvi i progressi della colorazione pubblicistica che è in corso, si accorgerebbe che è sommamente difficile tracciare i confini delle varie zone, perchè se vi sono larghi campi sommersi dalla marea, ed isole ancora solidamente emergenti, in altri territori vi è soltanto per ora una infiltrazione sotterranea, che lascia incerto il colore

« che non è nero ancora e il bianco muore ».

In un momento storico cosiffatto, in cui è rimesso in discussione il concetto stesso di diritto soggettivo, e in cui non si può dire con sicurezza se questo concetto corrisponda ancora alla realtà dei rapporti sociali, poichè in diversi campi dello stesso ordinamento giuridico esso resiste o sta per crollare o è già crollato secondo il diverso progredire della evoluzione in atto, è naturale che que-

---

(1) Che poi non soltanto nel nostro tempo, ossia da cinquant'anni a questa parte, ma addirittura in ogni tempo la storia ideale del diritto si riduca ad essere la storia della sua pubblicizzazione (come sostiene l'Altorio, nella sua prolusione *Significato della storia nello studio del diritto processuale*, pubbl. in *Riv. dir. proc. civ.*, 1938, I, 185 e segg.), non oserei credere: e ho il sospetto che l'A. abbia senza volere, peccato proprio contro la storia, scambiando il nostro tempo coll'eternità.

sta crisi delle istituzioni viventi abbia le sue ripercussioni sulla dogmatica, e che la dottrina dell'azione risenta delle stesse perplessità e degli stessi dissensi che si concentrano intorno al concetto di diritto soggettivo.

Lo scopo di questo mio saggio è appunto quello di dimostrare come le varie teorie che ancora si contendono il campo intorno al concetto di azione trovino tutte quante la loro giustificazione storica nel momento presente, in quanto ciascuna di esse dev'essere intesa come relativa ad una tra le diverse concezioni (si potrebbe anche dire tra le diverse fasi di maturazione) dei rapporti tra cittadino e Stato, che si trovano oggi conviventi in zone limitrofe dello stesso ordinamento giuridico: sicchè ciascuna teoria non può essere detta in sè nè assolutamente vera, nè assolutamente falsa, perchè serve a cogliere da un diverso punto di vista una diversa particella di verità, e a far brillare un istante, prima che sia superata, una delle innumerevoli sfaccettature di quel metallo ancora in fusione che si cola entro l'armatura dello Stato.

3. — Qualunque appaia, tra le varie teorie in contrasto, quella preferibile, certo è che l'azione, prima di essere una costruzione dogmatica dei teorici, è una realtà pratica accolta dal diritto di tutti gli Stati civili, il cui ordinamento processuale non può essere inteso per quello che è nella sua struttura positiva ed apparente, se nel descriverlo non si considera come uno dei suoi caposaldi proprio questa azione, intorno alla quale si sbizzarriscono tante teorie: la quale è una realtà, che può comportare le più svariate interpretazioni dogmatiche, ma colla quale tuttavia deve fare i conti chiunque voglia capire *com'è fatto*, nella civiltà contemporanea, il processo.

Il processo dei popoli moderni, civile o penale, è essenzialmente un *processo su azione (Klageverfahren)* (1), cioè un processo in cui l'organo giudiziario non prende in considerazione la realtà sociale per conoscerla o per modificarla nei suoi aspetti giuridici, se non nei limiti della proposta presentatagli dal soggetto che esercita l'azione.

Una giurisdizione esercitata d'ufficio, alla quale l'organo giudicante procedesse di propria iniziativa, senza attendere la solle-

---

(1) Cfr. Rosenberg, *Lehrbuch*, pag. 225.

citazione del soggetto agente, repugnerebbe al concetto che modernamente ci siamo fatti della funzione del giudice, il quale, per conservarsi imparziale, deve attendere d'esser richiesto e limitarsi a render giustizia a chi la domanda: e se ci raccontassero che un magistrato, senza esser richiesto da alcuno, si è messo in viaggio alla scoperta dei torti da raddrizzare, saremmo portati a considerarlo, piuttosto che un eroe della giustizia, un maniaco pericoloso, sullo stampo di don Chisciotte o del leggendario calzolaio di Messina.

Nell'ordinamento vigente, dunque, la giurisdizione presuppone l'azione; questa è almeno la regola generalissima *in iure condito*, di fronte alla quale i pochissimi casi di « giurisdizione senza azione » (1), che la dottrina riesce non senza qualche dubbio a isolare, costituiscono oggetto di curiosità, come rari campioni fossili di una flora antediluviana. Non si può escludere dal regno delle ipotesi la possibilità di un sistema giudiziario in cui l'istituto dell'azione fosse interamente abolito (2), e in cui, caduta ogni distinzione fra giustizia e polizia, fosse concentrato in un solo organo il potere di proporre le liti e quello di risolverle (un precedente storico di cosiffatto connubio si ha nel processo penale inquisitorio, di non felice memoria); ma è prevedibile che, fino a quando la giustizia sarà resa da uomini, l'onnipotenza dello Stato non potrà distruggere la necessità logica e psicologica (specialmente imperiosa nella fase di cognizione) di affidare a due diversi organi quelle due funzioni complementari ma ben distinte, e tali da non poter essere confuse senza ridurre la giustizia a un puerile soliloquio, che sono rispettivamente la funzione di chiedere e quella di rispondere, di proporre un problema e di risolverlo, di denunciare un torto e di ripararlo (3).

L'azione costituisce dunque *in iure condito*, in civile e in penale, un limite e una condizione della giurisdizione. La portata pratica di essa azione non è soltanto visibile nel momento iniziale del processo, in quanto l'organo giudiziario, nella fase di cognizione

---

(1) Carnelutti, *Studi di diritto processuale*, I (Clausole di rinuncia alla giurisdizione italiana), pag. 178; Cristofolini, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1931, I, pag. 331.

(2) Cfr. Chiovenda, *L'azione nel sistema dei diritti* (in *Saggi*, I, pag. 3 e segg.), n. 2.

(3) Cfr. le pagine fondamentali del Wach, *Struktur des Strafprozesses* (in *Fest. f. Binding*, München, 1914), pag. 6 e segg. dell'estratto.

o in quella di esecuzione, non si mette in moto se non dietro richiesta dell'organo agente (*nemo iudex sine actore*); ma si rivela anche nel seguito del processo e specialmente nel momento conclusivo di esso, poichè il giudice, messo in moto dall'organo agente, non può prendere in considerazione, come materia della sua indagine, se non quel profilo della realtà su cui l'attore richiama la sua attenzione, e non ha altra scelta che quella tra il far propria o il respingere quella proposta che l'attore gli presenta, già pronta per esser trasformata in provvedimento giurisdizionale. L'azione è dunque, praticamente, non soltanto il potere di dar la prima spinta alla giurisdizione che altrimenti rimarrebbe inerte; ma è altresì il potere di preparare per il giudice la materia ed il programma del suo provvedimento (1). Non si tratta soltanto di una messa in moto, in virtù della quale la giustizia, superata la fase di inerzia, sia poi libera di seguire le sue vie; ma di una perdurante collaborazione, mediante la quale per tutto il corso del processo l'attore continua a segnare la rotta, a cui il giudicante si deve attenere.

In virtù di questa collaborazione la cognizione del giudice, invece di investire direttamente la realtà sociale in cui vive il rapporto controverso, la colpisce solo di rimbalzo, in quei termini ed in quegli aspetti con cui la controversia si trova isolata e rappresentata dalla parte nel suo programma di provvedimento: tra il giudice e la realtà sociale si frappone così l'opera intermediatrice del soggetto agente, simile a quella dell'assistente che allo scienziato curvo sul microscopio porge i vetrini contenenti i preparati da esaminare. Per questo io continuo a ritenere che la svalutazione, e si potrebbe dire lo scolorimento del concetto di azione a vantaggio di quello di « lite », che sta a base del *Sistema* carneluttiano, urti contro la realtà del processo odierno, in cui il giudice è messo a contatto non colla « lite », ma coll'azione, in quanto è chiamato non a stabilire quale sia il regolamento giuridico che meglio corrisponda al rapporto sociale direttamente osservato, ma semplicemente a decidere se meriti di essere accolta, in relazione ad una fattispecie già inquadrata dall'agente in uno schema giuridico, la proposta di provvedimento che gli è presentata dal suo necessario collaboratore.

Sul terreno pratico di questa collaborazione cresce rigogliosa

---

(1) Cfr. Speri, *Il processo civile nel sistema del diritto* (in *Studi in onore di Chiovenda*, pag. 809 e segg.), pag. 819.

la polemica delle teorie. Si tratta di vedere quale sia lo scheletro-giuridico che regge e muove questa collaborazione: quale sia, tra questi interessi che collaborano, quello dominante.

4. — Dominante è senza dubbio l'interesse individuale in quel concetto di azione, caro ai civilisti del secolo scorso (1), che il Chiovenda chiama *misto* o *improprio*: il concetto secondo il quale l'azione non sarebbe che un aspetto o un momento dello stesso diritto soggettivo sostanziale, un potere immanente di reazione contro il torto, o, come si usava dire con circonlocuzioni altrettanto pittoresche quanto poco impegnative, il diritto soggettivo « alla seconda potenza », o il diritto soggettivo « sul piede di guerra ».

Ma queste frasi così vaghe e inconcludenti in sè stesse, che rappresentano l'azione come un'ombra fuggevole proiettata dal diritto soggettivo sullo schermo del processo, sono in realtà l'espressione molto significativa di quella concezione liberale dello Stato, che poneva al centro del sistema giuridico l'idea, fortemente sentita, del diritto soggettivo. Là dove la funzione giuridica dello Stato si concepisca come orientata soprattutto a promettere protezione agli interessi individuali e a tener pronti i mezzi pratici per assicurare che tale protezione sia effettiva, il diritto soggettivo, costruito come un'arma per realizzare la prevalenza e si potrebbe dire la sovranità dell'interesse individuale protetto su quello sacrificato, offre a chi può servirsene il vantaggio di un doppio congegno; in quanto, se la soddisfazione dell'interesse prevalente non è raggiunta attraverso il meccanismo normale del volontario adempimento, l'avente diritto può arrivare ugualmente alla propria soddisfazione, ricorrendo all'esecuzione forzata, che costituisce contro il debitore inadempiente come un colpo di riserva. Tutto si svolge dunque, in ambedue questi momenti, nell'ambito di un conflitto tra due interessi individuali: e se nel secondo momento, quello dell'assoggettamento forzato, la forza che soccorre non è quella privata del creditore ma quella pubblica dello Stato, lo Stato non interviene di sua iniziativa a tutela dei propri fini, ma si affaccia come un personaggio di terzo piano che, a richiesta del creditore, gli presta man forte per aiutarlo ad aver ragione del suo avversario, ed a raggiungere così i suoi fini individuali. In tutto questo l'interesse pubblico non c'entra, o c'entra soltanto in quanto giova alla pace sociale evitare che i pri-

(1) Cfr. Chiovenda, *L'azione*, cit., pagg. 6-7, e note 11-13.

vati vengano direttamente alle mani. In sostanza qui lo Stato si batte per il creditore, e la forza pubblica si mette al servizio dell'interesse privato; ma i personaggi del dramma rimangono due, il creditore e il debitore, e lo Stato non vi figura che come ausiliario e sostituto del primo (1): il che vuol dire, per uscir di metafora, che, anche nel momento dell'azione, i due soggetti originari del rapporto giuridico rimangono invariati.

Si può ora sicuramente affermare che tale idea essenzialmente privatistica dell'azione, alla quale era coeva la concezione, che poneva lo scopo del processo civile nella *tutela dei diritti soggettivi* (2), abbia perduto ogni possibilità di giustificazione nel diritto positivo vigente? Non direi. Rimangono ancora nel diritto sostanziale, specialmente nel territorio delle obbligazioni, vaste zone in cui l'idea del diritto soggettivo vive in tutta la sua originaria gagliardia, e in cui l'azione di condanna (l'unico tipo di azione che si presta ancora a giustificare questi ritorni a vecchie teorie) può apparire anche oggi, per chi la consideri *a parte creditoris*, nient'altro che lo strumento dell'interesse individuale in un conflitto tra privati: di fronte al quale lo Stato, lungi dall'assumere la parte di protagonista del processo, si contenta di « assumere il ruolo di terzo » (3), che mette i suoi giudici e i suoi carabinieri al servizio di chi ha ragione.

5. — La teoria che più ha contribuito a portare sul primo piano la figura di questo « terzo », sull'intervento del quale è imperniata la efficacia pratica del diritto privato, ed a chiarire che il vero *punctum pruriens* del problema dell'azione è proprio quello che concerne la posizione giuridica di questo terzo che le teorie precedenti lasciavano in ombra, è stata com'è noto, la teoria del *Rechtsschutzanspruch*, enunciata, sulle orme del Muther, dal Wach (4): la quale ha concepito l'azione non più come un duplicato, intercorrente tra gli stessi soggetti, del diritto soggettivo pri-

(1) Esattamente osserva il Menestrina, v. *Azione (Azione civile)*, in *Enc. It.*, V, pag. 207, che la concezione privatistica dell'azione aveva come presupposto il « tenere in poco conto il grave fenomeno dell'intervento dell'autorità statale nelle controversie dei cittadini ».

(2) Sulla quale cfr. Chiovenda, *Principii*, pag. 66; Rocco (Alfr.), *La sentenza civile*, n. 9.

(3) Satta, *Orientamenti pubblicistici*, cit., pag. 45.

(4) Cfr. Chiovenda, *L'azione*, nn. 4-6.

vato, ma come un diritto soggettivo di per sè stante, indirizzato verso un diverso soggetto passivo, che non è più il debitore originario, ma lo Stato, e mirante ad una diversa prestazione, che non è più l'adempimento ma la tutela giurisdizionale.

Con questa teoria, l'azione è posta francamente nel campo del diritto pubblico, come espressione di un rapporto intercorrente non più tra privato e privato, ma tra cittadino e lo Stato. Ma non per questo l'interesse individuale cessa di essere, anche qui, primario e predominante: si direbbe anzi che questa teoria del Wach sia riuscita a dare la formulazione tecnicamente più perfetta e più energica di quella concezione essenzialmente liberale secondo la quale il processo civile non è altro che uno strumento di attuazione dei diritti soggettivi privati(1). È vero infatti che questa teoria riuscì per prima a dimostrare, col celebre esempio delle azioni di mero accertamento, che il diritto d'azione inteso come diritto alla tutela giuridica può esistere indipendentemente dalla preesistenza di un diritto sostanziale insoddisfatto(2); ma è vero altresì che anche qui l'azione continuava ad esser considerata come strumento e garanzia dell'interesse individuale (tanto che il Bülow rimproverò al Wach di perpetuare l'asservimento del processo al diritto privato), e soprattutto è vero, e degno di nota, che questo diritto pubblico del cittadino verso lo Stato era costruito secondo lo schema civilistico del rapporto giuridico intercorrente tra un avente diritto e un obbligato, e che in questo schema la posizione di soggetto attivo aspirante ad una prestazione (tutela giuridica) era assunta dal cittadino, mentre la posizione di soggetto passivo obbligato alla prestazione era riservata allo Stato. In questa costruzione, dunque, che rappresentava lo Stato come *obbligato* ad eseguire una prestazione a servizio del cittadino, era esplicitamente consacrata la preminenza dell'interesse individuale e la subordinazione ad esso dell'interesse pubblico: se l'azione, considerata come un diritto soggettivo di per sè stante, non poteva più confondersi col diritto soggettivo privato, essa non aveva in realtà, secondo questa concezione, altra funzione che quella di costituirne la salvaguardia.

---

(1) La più esauriente illustrazione di questa concezione è nel famoso saggio di R. Schmidt, *Prozessrecht und Staatsrecht* (Karlsruhe, 1904); cfr. anche la prefazione di J. Goldschmidt all'opera *Der Prozess als Rechtslage* (Berlin, 1925), pag. V-VI.

(2) Cfr. Chiovenda, *L'azione*, n. 6.

Il significato teorico di quella collaborazione pratica tra soggetto agente e giudice, dalla quale siamo partiti, era dunque trovato, con questa teoria, in un dichiarato asservimento dell'interesse pubblico all'interesse individuale.

6. — A Giuseppe Chiovenda, che idealmente se non cronologicamente sta a mezza strada fra il Wach e il Klein (1), va senza dubbio il grande merito di aver saputo trovare, colla sua concezione dell'azione come diritto potestativo, il punto di equilibrio tra l'interesse pubblico e l'interesse individuale, l'incontro dei quali è stato rappresentato da lui non come la subordinazione dell'uno all'altro, ma come la coordinazione armonica dei due, realizzante in maniera perfetta il temperamento della libertà coll'autorità (2). Questa teoria di Giuseppe Chiovenda costituisce l'apice di una curva ideale: prima di essa (nelle teorie che abbiamo già ricordate) l'azione si costruisce con una netta prevalenza dell'interesse privato su quello pubblico, dopo di essa (come tra poco vedremo) l'equilibrio si rompe a favore dell'interesse pubblico, che nettamente comincia a prevalere su quello privato.

L'idea feconda, la « scoperta », si potrebbe dire, di Giuseppe Chiovenda, si concentra soprattutto in ciò: nell'aver visto che l'azione, se pure si deve considerare come un diritto soggettivo di per sé stante, non si presta ad essere inquadrata nello schema tradizionale del diritto soggettivo in senso civilistico, il cui fulcro è costituito dalla prestazione rispettivamente pretesa e dovuta, e in cui la prevalenza dell'interesse del creditore ha come sua immancabile contropartita il sacrificio dell'interesse del debitore. In realtà quando lo Stato rende giustizia, si muove non per rendere con proprio sacrificio un servizio a chi glielo chiede, ma per adempiere con ciò ad uno dei fini essenziali dello Stato, cioè per servire un interesse essenzialmente pubblico (3). L'interesse individuale e quello pub-

(1) Sulla contrapposizione del Wach al Klein, come rappresentanti rispettivamente di due opposte concezioni del processo civile (concezione liberale e concezione autoritaria) cfr. Schönke, *Zivilprozessrecht* (Berlin, 1938), pag. 3.

(2) Sulla posizione di Giuseppe Chiovenda nella scienza del diritto processuale, la cui storia « si svolge tra il processo visto come mezzo e il « processo visto come fine; il processo visto come attuazione dell'obbligazione e il processo visto come attuazione della legge », mi sembrano degne di meditazione le belle pagine di G. Capograssi, *Intorno al processo* (in *Riv. int. di filosofia del dir.*, 1938, pag. 252 e segg.).

(3) Cfr. Redenti, *Profili pratici del dir. proc. civile* (Milano, 1938), pag. 94.

blico non si possono dunque considerare nel processo come due forze in contrasto, ma piuttosto come due aspirazioni alleate e convergenti, ciascuna delle quali, lungi dal cercare guadagno a scapito dell'altra, considera il soddisfacimento dell'altra come condizione del proprio.

La teoria del Chiovenda è indubbiamente orientata verso un rafforzamento del principio di autorità nel processo, che ha il suo più diretto ispiratore nel Klein (1): lo Stato, che in veste di legislatore si limita a formulare volizioni per classi, destinate a trasformarsi da generiche ed astratte in specifiche e concrete solo quando si verifichi nella realtà una fattispecie appartenente alla classe ipotizzata, sente che il valore pratico della propria autorità non è tanto in quell'astratto comandare a vuoto che è proprio del momento legislativo, quanto nel mantenere l'osservanza della legge quando viene il momento di applicarla, ossia nel vigilare a che sia attuata, caso per caso, quella volizione resa specifica dalla realtà, che con terminologia chiovendiana si suol denominare la « concreta volontà di legge »: sicchè, quanto più l'idea dello Stato si rafforza, tanto più la funzione indirizzata a mantenere l'osservanza del diritto appare preordinata a difendere l'autorità dello Stato, che nella inosservanza della legge vede, prima che la lesione di un interesse individuale, una ribellione al suo comando e quindi una menomazione del suo prestigio. Ma poichè può darsi appunto che la norma nell'osservanza della quale lo Stato sente in giuoco la sua autorità, sia posta a tutela di un interesse individuale, sicchè la contravvenzione al diritto oggettivo si presenti nello stesso tempo al privato come violazione di un suo diritto soggettivo, ecco che l'azione, con cui questo privato si rivolge allo Stato per chieder la tutela del suo interesse leso, offre allo Stato l'occasione per riconfermare la sua autorità, minacciata dalla contravvenzione alla legge: in questo modo il privato, cercando la soddisfazione del suo interesse individuale, collabora all'attuazione del diritto oggettivo, mentre lo Stato, adoprandosi a restaurare la legge, difende nello stesso tempo il diritto soggettivo del privato.

Questo rapporto di collaborazione, che, fino a quando l'azione era concepita come un diritto alla prestazione rivolto contro lo Stato, portava alla assurda costruzione di un avente diritto che coll'esigere la prestazione rende un servizio all'obbligato, e di un

---

(1) Cfr. Klein-Engel, *Der Zivilprozess Oesterreichs* (1927), pag. 186 e segg.

obbligato che coll'adempiere l'obbligazione soddisfa prima di tutto l'interesse proprio, ha trovato per merito del Chiovenda la sua coerente sistemazione nella figura del diritto potestativo, che appare ancora come un diritto individuale (in quanto, *a parte actoris*, si presenta come una *facultas* a servizio di un interesse privato), ma non è più un diritto *ad una prestazione*, perchè l'attività giurisdizionale, dalla quale l'attore attende la soddisfazione del proprio interesse individuale, è concepita non più come adempimento di una prestazione dovuta al singolo, ma come l'esercizio di una pubblica funzione.

Il Chiovenda concepisce questo diritto potestativo come diretto verso l'avversario (1), in quanto al diritto di una parte di provocare l'attuazione giurisdizionale della legge, corrisponderebbe, dal lato del soggetto passivo, non un dovere, ma la soggezione agli effetti giuridici di tale attuazione. Ma l'aspetto che in questa concezione sembra rimanere in ombra meno esplorato, e dal quale necessariamente dovevano sorgere gli ulteriori sviluppi delle teorie, è, anche qui, quello che riguarda il rapporto che passa fra il titolare dell'azione e lo Stato. Insegna il Chiovenda che il titolare dell'azione in tanto ha il potere di provocare la soggezione dell'avversario in quanto sa di *poter contare sull'attuazione della legge da parte dello Stato*, ossia in quanto egli, titolare dell'azione, si trova in un certo « rapporto .... colla legge e coi poteri dello Stato », che funge « come « mezzo nelle sue mani rispetto al suo rapporto coll'avversario ». Orbene (ecco il punto che in questa teoria sembra rimanere alquanto in ombra) in che consiste questo *rapporto del titolare dell'azione collo Stato*, che nelle sue mani « funge come mezzo » contro l'avversario? E che cosa vuol dire, tradotto in termini giuridici, che « il titolare dell'azione .... può contare sull'attuazione della legge »? Come si può definire *giuridicamente*, se si esclude la figura del diritto soggettivo pubblico alla prestazione giurisdizionale, questo « poter contare » su quel comportamento dello Stato che porterà all'assoggettamento dell'avversario? Anche nella bella illustrazione che di questa teoria del diritto potestativo dà il Redenti (2) mi par di trovare lo stesso *hyatus*: egli dice che, al diritto di azione non corrisponde un'obbligazione del giudice, perchè questo « non adempie ad una prestazione specifica verso la parte, ma

(1) Cfr. *L'azione* cit., n. 8; cfr. anche Redenti, op. cit., pag. 94.

(2) *Profilo pratici*, pag. 95.

«entra in funzione in modo automatico, per l'attuazione del suo «proprio compito istituzionale di organo dello Stato». Ma che cosa significa propriamente, in termini giuridici, questo «entrare in funzione in modo automatico»? La figura del diritto potestativo cesserebbe di essere un concetto giuridicamente afferrabile, se non avesse carattere giuridico la relazione in cui si trova l'avente diritto di fronte a quell'organo dello Stato, il cui funzionamento «automatico» gli è indispensabile per produrre la soggezione dell'avversario: dalla semplice affermazione di questa automaticità di fatto, sulla quale la teoria del diritto potestativo ha bisogno di poter contare, bisogna dunque procedere oltre, per veder di esprimere questa automaticità in termini di diritto.

Ma, se si esclude che questa relazione tra il soggetto dell'azione e lo Stato si possa definire come un diritto soggettivo pubblico alla prestazione giurisdizionale, questo singolo che ha il potere di creare colla propria manifestazione di volontà la condizione necessaria e sufficiente per far sì che l'organo giurisdizionale si metta in moto nell'interesse pubblico, e di adoprarsi così a dare occasione e direzione a un'attività che persegue pubblici fini, appare sempre più chiaramente come un ausiliario o addirittura come un investito di una pubblica funzione: ed è in questa direzione che si colma lo *hyatus* giuridico che sta al centro della teoria del diritto potestativo.

7. — All'idea, già racchiusa in germe nella teoria del diritto potestativo, che l'azione sia da considerarsi non più come un diritto soggettivo, ma addirittura come un *potere* attinente ad una pubblica funzione (1), si avvicinano infatti, anche da noi, autorevoli giuristi, tra i quali il Carnelutti, più esplicito, considera addirittura il soggetto dell'azione come un organo dello Stato (2): ma

(1) L'insigne maestro al quale questo studio è dedicato, classifica l'azione civile tra le *potestà*, non tra i veri e propri diritti (cfr. Romano, *Corso di diritto costituzionale*, pag. 339).

(2) In *Studi di diritto processuale*, vol. I, pag. 14 (*Arbitrato estero*) e pag. 111 (*Incapacità processuale degli austriaci*); *Sistema*, I, nn. 76 e 180 (su di che cfr. Allorio, in *Riv. dir. comm.*, 1937, I, pag. 66); contro, Zanobini, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, pagg. 63-65. Una fine analisi della posizione presa dal *Sistema* carneluttiano nel contrasto tra orientamenti privatistici e pubblicistici, si trova nel ricordato scritto dell'Allorio (pagg. 66-67), dal quale si rileva che mentre sotto certi aspetti il *Sistema*

forse a quell'itinerario ideale che egli traccia dal *diritto soggettivo privato* al *potere*, attraverso il ponte del *diritto soggettivo pubblico*, si potrebbe aggiungere una tappa intermedia, costituita dalla figura del diritto potestativo, che sta in mezzo tra il diritto soggettivo pubblico e il vero e proprio potere, svincolato da ogni riferimento all'interesse individuale.

A questo logico sviluppo era fatale che la dottrina si avviasse, quasi per una china, dopo raggiunto il punto di equilibrio tra l'interesse pubblico e l'interesse privato, che è rappresentato, come si è visto, dalla teoria del Chiovenda.

Il trionfo dell'autoritarismo nell'ordine costituzionale ha portato a mettere sempre più in evidenza nel diritto oggettivo la volontà dello Stato, il comando, lasciando nell'ombra la funzione, già preminente, di garanzia ed equilibrio degli interessi individuali: e anche nel processo civile, in cui lo scopo pubblicistico di attuazione del diritto oggettivo si afferma sempre più soverchiante, il diritto soggettivo perde di consistenza, e si rassegna ad essere a poco a poco l'ombra di sè stesso, retrocesso al grado di interesse occasionalmente protetto. Così tutta la giurisdizione civile insensibilmente si avvia a diventare giurisdizione di mero diritto oggettivo.

Non dico, si capisce, che questa concezione della giustizia civile sia già prevalente, o che sia da preferirsi: qui mi basta rilevare, da un punto di vista storico, come una siffatta concezione abbia potuto essere enunciata. In materia giuridica, del resto, è assai difficile distinguere tra realtà e teoria: e spesso enunciare una teoria vuol dire creare una realtà. Sotto questo profilo mi pare che soprattutto sia interessante, come estremo sviluppo della curva percorsa dal concetto di azione, la teoria del cosiddetto *diritto astratto d'agire*, la quale mi sembra espressione tipica di quella concezione autoritaria della giustizia civile, che cerca nel processo soltanto il raggiungimento di un fine pubblico, e che taglia con un colpo netto ogni superstite raccordo tra l'azione e il diritto sostanziale.

Nell'azione concepita in senso astratto, cioè non più come garanzia e strumento di una concreta situazione di diritto sostanziale,

---

accentua la colorazione pubblicistica di alcuni concetti (per es., certamente, del concetto di azione), sotto altri aspetti segna un ritorno a concezioni individualistiche, come sarebbe quella della giurisdizione intesa come composizione di « liti » (cfr. dello stesso Allorio, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1935, pag. 17).

ma come potere spettante a chiunque *uti civis* si rivolga al giudice per provocare (magari a vuoto) la giurisdizione, non si avrebbe più, come nella teoria del diritto potestativo, la coordinazione di due ben distinti interessi, quello individuale e quello pubblico, convergenti verso lo stesso fine, ma si avrebbe un totale dissolvimento dell'interesse individuale nell'interesse pubblico. L'interesse che muove l'azione concepita in senso astratto non deriva, in modo specifico e concreto, dalla posizione individuale in cui l'attore si trova in un certo rapporto di diritto sostanziale intorno al quale egli possa sperare un provvedimento a sè favorevole, ma si confonde con quell'interesse generico e si potrebbe dire « disinteressato », che ogni cittadino ha, come tale, al funzionamento della giustizia, e che rimane ugualmente appagato qualunque sia il contenuto del provvedimento che il giudice emana. Ma questo non sarebbe altro che lo stesso interesse dello Stato all'attuazione del diritto oggettivo: non sarebbe un interesse individuale convergente con quello pubblico, ma sarebbe proprio lo stesso interesse pubblico, di cui il cittadino che esercita la azione si fa, *uti civis*, momentaneo portatore.

In questo modo tutti i ponti tra l'azione e il diritto soggettivo sono rotti: a forza di insistere sulla indipendenza del diritto processuale dal diritto sostanziale, si è giunti a tirar su, tra di essi, una muraglia senza finestre.

Il diritto soggettivo, di cui un tempo l'azione era apparsa come la scorta vigile ed armata, rimane, secondo questa teoria, appiattito ed inerme, poichè l'azione non è più concepita come uno strumento per far vincere chi ha ragione, ma come uno strumento posto ugualmente al servizio di chi ha ragione e di chi ha torto: sicchè essa ormai, anzichè garanzia del diritto soggettivo, si riduce ad essere, come argutamente fu detto, « il diritto di aver torto » (1) col quale il cittadino può togliersi il gusto, invero molto platonico, di far accertare il diritto oggettivo contro di sè,

- per ricavarne una vittoria poi
- che giovi al vinto e al vincitore annoi ».

In conclusione, dunque, questo diritto meramente astratto di provocare un provvedimento contrario al proprio interesse o non ha

(1) Chioyenda, *L'azione*, pag. 13.

senso giuridico, o, se deve averlo, ciò non può avvenire che sotto il profilo dell'esercizio privato di una funzione pubblica.

8. — Questa continuata e paziente opera di erosione alla quale da un secolo la dottrina ha sottoposto gli elementi corporei del concetto di azione, fino a ridurlo come un puro spirito staccato dalla materia e fluttuante nell'empireo dell'interesse pubblico, trova i suoi punti di rispondenza nel diritto positivo, in cui (come si è avvertito all'inizio di queste pagine) si susseguono, e talora si alternano e si intrecciano, istituti che sembrano giustificare, a volta a volta, l'una o l'altra delle teorie sopra ricordate, e che si possono ricollegare tra loro come altrettante tappe di questo graduale impoverimento del diritto soggettivo di cui l'evoluzione del concetto di azione non è che un riflesso teorico.

I limiti di questo scritto non consentono più che una schematica enumerazione degli aspetti più significativi rintracciabili nel diritto processuale positivo di questo cammino che verrebbe voglia di intitolare « grandezza e decadenza del diritto soggettivo »: li indico come temi di studio, di cui forse potrebbe essere utile approfondire l'interpretazione storico-dogmatica, per rintracciarne sempre meglio la progressione e la continuità lungo la linea ideale sopra indicata.

a) Il tradizionale rapporto strumentale tra il diritto soggettivo e l'azione, secondo il quale questa è destinata a entrare in giuoco in un secondo momento, come rimedio dell'inadempimento, quando e perchè in un primo momento il diritto soggettivo non è riuscito a conseguire la sua normale soddisfazione nello spontaneo adempimento dell'obbligato, si trova profondamente alterato, anzi addirittura distrutto, in quel gruppo di situazioni di diritto sostanziale, nelle quali, mancando ai privati il potere di disporre negozialmente dei loro rapporti, questi non possono essere modificati se non coll'intervento del giudice (sentenze *costitutive necessarie*) (1). In questi casi, il cui numero va sempre crescendo nel diritto positivo attuale, via via che considerazioni cosiddette di « ordine pubblico » sottraggono alla libera disponibilità dei singoli, e quindi al diritto privato, sempre nuove categorie di rapporti, non si può

---

(1) Cfr. i miei *Studi sul processo civile*, vol. II (*Linee fondamentali del processo civile inquisitorio*), pag. 334-335.

più parlare, a rigor di termini, di un diritto soggettivo sostanziale preesistente all'azione, perchè qui, non potendo l'interesse alla modificazione giuridica essere appagato altro che da una pronuncia del giudice, l'unico diritto che compete all'interessato è, *fino dal primo momento*, l'azione.

Il ricorso al giudice non è più, dunque, un *posterius*, di cui l'inadempimento sia il *prius*: il diritto sostanziale non ha più, in sè stesso, i mezzi fisiologici per arrivare alla normale soddisfazione degli interessi individuali, ma rinvia senz'altro all'azione, come unico e primario mezzo per la propria attuazione; talchè sembra difficile, di fronte a questa categoria di rapporti, continuare a parlare di « sostituzione » o di « secondarietà » come carattere essenziale della giurisdizione (1), o di giurisdizione come « applicazione di sanzioni » (2).

Tutto questo è il portato, com'è facile intendere, di un accrescimento dell'ingerenza dello Stato nei rapporti individuali, per modificare i quali non basta più la volontà del singolo, ma occorre, caso per caso, l'intervento e il controllo dello Stato, rappresentato dall'organo giudiziario: siamo dunque ai margini tra la vera e propria giurisdizione, e la cosiddetta giurisdizione volontaria; ma questa emigrazione di sempre nuove categorie di rapporti dal campo della giurisdizione civile al campo della giurisdizione volontaria, che in sostanza è amministrazione, è uno dei modi in cui indirettamente ma efficacemente si compie l'assorbimento del diritto privato nel diritto pubblico (3).

b) Nello stesso senso si può interpretare la tendenza, affiorante qua e là nelle leggi, ad accrescere i poteri discrezionali ed equitativi del giudice e ad allargare di conseguenza la categoria delle sentenze *determinative* o *dispositive* (4). Per chi respinge la opinione secondo la quale anche nei giudizi di equità il giudice non farebbe altro che dichiarare una norma equitativa preesistente (5) e ritiene invece che qui al giudice spetti in sostanza il potere

(1) Chiovenda, *Principii*, § 13.

(2) Redenti, *Profilii pratici*, cit., § 6 e segg.: cfr. pag. 74.

(3) Baumbach, *Zivilprozess und freiwillige Gerichtsbarkeit* (in *Zelts. der Ak. f. D. Recht*, 1938, 583).

(4) Chiovenda, *Istituzioni*, I, n. 57; Carnelutti, *Sistema*, I, n. 40.

(5) Cfr. i miei *Studi*, vol. II (*Significato costituzionale delle giurisd. di equità*), pag. 28 e segg.; Cammeo, in *Studi in onore di Chiovenda*, pag. 177 in nota.

di creare il diritto per il caso singolo (1), mi par che sia logico concludere che anche in questi casi all'azione non preesiste più alcun diritto soggettivo, e che tutto quello che resta per la tutela dell'interesse individuale è l'azione; la quale non è più il mezzo per attuare, in via secondaria, una tutela giuridica già formulata *a priori* nel diritto sostanziale, e destinata normalmente a funzionare nei limiti di questo, ma è il mezzo per creare *a posteriori* nel processo una tutela giuridica primaria che fino a quel momento non esisteva. Anche qui, se non erriamo, va di pari passo con questo aumento dei poteri dispositivi del giudice una proporzionale diminuzione dell'autonomia privata nel campo sostanziale: in luogo della norma creata *a priori* in forma generale ed astratta, che lascia al singolo la elasticità ed il respiro del diritto soggettivo, qui si ha su ogni concreto rapporto il controllo imminente ed incombente del giudice, che, formulando proprio per quel caso una apposita volontà dello Stato, costringe il privato a ritrovarsi, direttamente ed individualmente, a faccia a faccia col legislatore.

c) In un altro campo, com'è noto, si è già compiuto da tempo il distacco dell'azione dal diritto soggettivo: alludo alla giustizia amministrativa, nella quale il ricorso proposto dal cittadino contro l'atto amministrativo illegittimo non serve altro che indirettamente alla tutela dell'interesse individuale, il quale è sfruttato a fine pubblico, come uno stimolo per indurre il cittadino a rendere allo Stato il servizio di denunciargli una illegalità commessa nella pubblica amministrazione. Qui siamo di fronte a una giurisdizione tipicamente di diritto oggettivo, di fronte alla quale il diritto di ricorso del singolo interessato, perduto ogni riferimento strumentale al diritto soggettivo, si presenta come mera azione (2). Ma quello che più conta rilevare è che un siffatto distacco dell'azione dal diritto soggettivo si estende ogni giorno a nuove categorie di rapporti, oggi progressivamente attratte, dal territorio del diritto privato al

(1) Cfr. Cristofolini, *Contro i disorientamenti*, cit., pag. 284, ed i richiami ivi contenuti.

(2) Chiovenda, *Istituzioni*, I, n. 7, h (pag. 25); e *Principii*, pag. 66, e pag. 358; Redenti, *Profili pratici*, cit., § 101; e gli autori citati in nota da Zanobini, *La giustizia amministrativa*, pag. 237 (*Corso di dir. amm.*, vol. II, Milano, 1937), il quale però nel testo insegna che anche la giurisdizione del consiglio di Stato ha per fine la tutela di interessi soggettivi. Cfr. anche R. Höhn, *Das subjektive öff. Recht und der neue Staat* (in *Deutsche Rechtswissenschaft*, I (1936), pag. 49 e segg.), specialmente pagg. 60-61.

più parlare, a rigor di termini, di un diritto soggettivo sostanziale preesistente all'azione, perchè qui, non potendo l'interesse alla modificazione giuridica essere appagato altro che da una pronuncia del giudice, l'unico diritto che compete all'interessato è, *fino dal primo momento*, l'azione.

Il ricorso al giudice non è più, dunque, un *posterius*, di cui l'inadempimento sia il *prius*: il diritto sostanziale non ha più, in sè stesso, i mezzi fisiologici per arrivare alla normale soddisfazione degli interessi individuali, ma rinvia senz'altro all'azione, come unico e primario mezzo per la propria attuazione; talchè sembra difficile, di fronte a questa categoria di rapporti, continuare a parlare di « sostituzione » o di « secondarietà » come carattere essenziale della giurisdizione (1), o di giurisdizione come « applicazione di sanzioni » (2).

Tutto questo è il portato, com'è facile intendere, di un accrescimento dell'ingerenza dello Stato nei rapporti individuali, per modificare i quali non basta più la volontà del singolo, ma occorre, caso per caso, l'intervento e il controllo dello Stato, rappresentato dall'organo giudiziario: siamo dunque ai margini tra la vera e propria giurisdizione, e la cosiddetta giurisdizione volontaria; ma questa emigrazione di sempre nuove categorie di rapporti dal campo della giurisdizione civile al campo della giurisdizione volontaria, che in sostanza è amministrazione, è uno dei modi in cui indirettamente ma efficacemente si compie l'assorbimento del diritto privato nel diritto pubblico (3).

b) Nello stesso senso si può interpretare la tendenza, affiorante qua e là nelle leggi, ad accrescere i poteri discrezionali ed equitativi del giudice e ad allargare di conseguenza la categoria delle sentenze *determinative* o *dispositive* (4). Per chi respinge la opinione secondo la quale anche nei giudizi di equità il giudice non farebbe altro che dichiarare una norma equitativa preesistente (5) e ritiene invece che qui al giudice spetti in sostanza il potere

(1) Chiovenda, *Principii*, § 13.

(2) Redenti, *Profillo pratici*, cit., § 6 e segg.: cfr. pag. 74.

(3) Baumbach, *Zivilprozess und freiwillige Gerichtsbarkeit* (in *Zelts. der Ak. f. D. Recht*, 1938, 583).

(4) Chiovenda, *Istituzioni*, I, n. 57; Carnelutti, *Sistema*, I, n. 40.

(5) Cfr. i miei *Studi*, vol. II (*Significato costituzionale delle giurisd. di equità*), pag. 28 e segg.; Cammeo, in *Studi in onore di Chiovenda*, pag. 177 in nota.

apertamente attribuita, come funzione pubblica, a un organo dello Stato. E quando si arriva a quella estrema espressione dell'azione civile, che è l'esercizio della medesima da parte del P. M., forse è vano affaticarsi a ricercare la spiegazione di questa figura in un fenomeno di sostituzione (1) e di considerare in questi casi il P. M. come legittimato a far valere un diritto soggettivo altrui; mentre può darsi che anche qui la spiegazione più semplice, e forse storicamente più esatta, consista nel riconoscere che l'azione si è ridotta ormai ad un potere pubblico indirizzato unicamente alla attuazione del diritto oggettivo (2).

9. — Partita dalla tradizionale concezione privatistica, l'azione civile va dunque a sboccare, alla fine del suo ciclo, a quella stessa foce cui è giunta da tempo l'azione penale: la quale sembra che abbia ormai raggiunto quell'estremo grado di pubblicità e di astrattezza, oltre il quale non sarebbe pensabile altro passo all'infuori di quello che consistesse, come si osservava da principio, nella sua abolizione. In verità, i vari tentativi che sono stati fatti per costruire l'azione penale sullo schema dell'azione civile considerandola come strumento di un concreto diritto soggettivo di punire, sembrano decisamente superati dalla concezione, oggi prevalente, dello Stato autoritario. Il diritto soggettivo di punire non esiste che come potere, attribuito al P. M. di provocare da parte degli organi competenti l'attuazione del diritto penale oggettivo; ma l'accusatore non aspira in realtà a soddisfare un interesse diverso da quello che perseguono i giudici, sicchè tra esso e l'organo giudicante si deve vedere soltanto una divisione di lavoro che dà luogo a una diversità di posizioni psicologiche, non ad una distinzione giuridica di scopi (3).

Chi considera la fluidità del concetto di azione e le oscillazioni a cui esso è soggetto secondochè nel diritto sostanziale prevalga la considerazione degli interessi individuali o di quello collettivo, deve persuadersi che farebbe una fatica vana se cercasse una defi-

(1) Cfr. Carnelutti, *Sistema*, I, n. 145; e i miei *Studi*, II, pag. 349.

(2) Cfr. in questo senso le belle pagine del Cristofolini, *Sulla posizione e sui poteri del p. m. nel processo civile*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1930, II, pag. 23 e segg.

(3) Cfr. il già citato scritto del Wach, *Struktur des Strafprozesses*, (passim); ed ora F. Schaffstein, *Das subjektive Recht im Strafrecht* (in *Deutsche Rechtswissenschaft*, I, 1936, pag. 39 e segg.); e da noi Maggiore, *Principi di diritto penale*, vol. I, n. 5.

nizione assoluta dell'azione, tale da potersi ugualmente adattare all'azione civile ed all'azione penale privata ed a quella pubblica: le teorie dell'azione come diritto concreto, dal *Rechtsschutzanspruch* al diritto potestativo, non hanno senso altro che nel campo civilistico, mentre di azione penale si può parlare nel nostro ordinamento solo come potere e solo in senso astratto. Questo è benissimo detto dal Redenti, che pure nel processo civile è fautore dell'azione in senso concreto: « Nulla di tutto questo e « nulla di simile può valere per l'azione pubblica in genere e meno « ancora per l'azione pubblica penale. L'agire in questo campo è « funzione istituzionale (perpetua, costante, indeclinabile) e non può « neppure immaginarsi come materia di diritto soggettivo » (1).

Ma, nel fatale cammino che porta il processo civile ad avvicinarsi sempre più a quello penale (2), anche l'azione civile segue questa traiettoria: da diritto soggettivo privato a puro potere pubblico. Questa direttiva è evidente in quei vari momenti dello sviluppo che, come sopra si è visto, si possono cogliere nel diritto positivo; mentre nei primi due momenti (sub *a* e sub *b*) l'interesse individuale, pur non avendo più fuori del processo una preesistente tutela che lo elevi al grado di diritto soggettivo sostanziale, può tuttavia trovare una concreta tutela nella pronuncia del giudice, sicchè si può dire che l'azione tenga qui il luogo del diritto soggettivo sostanziale e che in questi casi affiori il valore positivo di quelle teorie recentissime secondo le quali il diritto soggettivo sta tutto nell'azione (3), negli altri due momenti (sub *c* e sub *d*) si vede che l'azione non si può più neanche considerare come un mezzo predisposto a tutela dell'interesse individuale, il quale può trovare nell'azione soltanto una protezione occasionale e riflessa. Anche qui il ciclo, che da tempo è stato concluso per l'azione penale, sta per compiersi nello stesso epilogo per l'azione civile: se, come scopo preminente del processo civile si pone l'attuazione del diritto oggettivo, sembra fatale che lo Stato si senta

---

(1) *Profili pratici*, cit., pag. 95.

(2) Cfr. ora Schönke, *Zivilprozessrecht*, cit., pag. 4. Si noti peraltro che già in qualche ordinamento sembrano delinearsi i primi curiosi sintomi di un ritorno del processo penale verso concezioni privatistiche: cfr. Grodzinsky, *Die Privatklage im Sovietrecht* (in *Zeitschrift für Ostrecht*, IV, novembre 1930, pag. 1055 e segg.).

(3) Pekelis, *Azione*, cit.; Binder, *Prozess und Recht* (Leipzig, 1927).

portato a rivendicare ad un proprio organo, anche nel campo del processo civile, l'iniziativa per il raggiungimento di tale scopo, essenzialmente pubblico.

10. — Consiglia Leonardo ai pittori, per meglio cogliere le proporzioni e i rapporti, di guardare il quadro riflesso in uno specchio: così, in quello specchio del diritto sostanziale che è il processo, è possibile cogliere nitidamente, espressa in questo irrequieto fluttuare di teorie sull'azione, la crisi dell'ordinamento giuridico contemporaneo, e di quel concetto di diritto soggettivo, che finora ne costituiva il pilastro centrale. Il movimento per riformare il processo civile in modo sempre più aderente alle sue finalità pubblicistiche, considerate come sempre più prevalenti, appare in Germania come uno degli aspetti della aperta guerra che una parte della dottrina ha dichiarato contro il concetto di diritto soggettivo: *Kampf wider das subjektive Recht* (1). Di questa lotta è stato primo bersaglio l'azione: la teoria del *Rechtsschutzanspruch*, che fino a pochi anni fa era prevalente tra i processualisti tedeschi, si considera come una concezione, geniale, ma superata, conciliabile soltanto coll'idea dello Stato liberale (2); si nega che nello Stato autoritario possano sussistere diritti soggettivi pubblici, e quindi un'azione concepita sotto questo profilo (3); si arriva addirittura a proporre l'abolizione del processo civile e la sua totale trasformazione in giurisdizione volontaria (4), la riduzione della funzione giurisdizionale a funzione di polizia, la retrocessione del diritto d'azione a semplice facoltà di denuncia (5). I poteri d'iniziativa del P. M. nel campo civile diventano sempre più estesi e sempre meno eccezionali (6).

(1) Cfr. W. Schoenfeld, *Der Kampf wider das subjektive Recht*, in *Zeits. d. Ak.*, cit., 1937, pag. 107 e segg.; e gli articoli che sui vari aspetti dell'argomento sono stati pubblicati da diversi giuristi tedeschi in *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft* (Berlino, 1935), ed in *Deutsche Rechtswissenschaft*, I (Hamburg., 1936).

(2) Schönke, *Zivilprozessrecht*, pag. 3.

(3) Cfr. Höhn R., *Das subjektive öff. R.*, già cit. (1936).

(4) Baumbach, scritto cit. (su cui la mia nota *Abolizione del processo civile?*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1938, n. 1, n. 4).

(5) *Ibidem*.

(6) Cfr., p. es. la legge tedesca 12 aprile 1938 a modificazione e integrazione del diritto di famiglia, su cui riferisce la mia *Rassegna*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1938, I, 268.

Ma in altri Stati il ciclo è ancor più progredito. Nell'ordinamento del processo civile attualmente vigente in Russia, non soltanto appare ricalcata sul modello del processo penale l'istruttoria dominata dal principio inquisitorio (1), ma sono conferiti all'avvocato dello Stato (P. M.) poteri di iniziativa così ampi, che quasi fanno scomparire ogni distinzione pratica fra azione civile e azione penale (2). Il P. M. infatti è legittimato (secondo l'art. 2 del cod. proc. civ., del 10 luglio 1923, riformato nel 1936) a far valere in giudizio qualsiasi pretesa civile, « quando a suo avviso ciò sia « richiesto nell'interesse dello Stato o della massa lavoratrice »: e se il privato, formalmente titolare di questa pretesa, rimane inerte o magari si dimostra contrario all'esercizio della medesima, il P. M. ha il potere di farla valere ugualmente, senza e magari contro la volontà del creditore (3), e di sottoporre a esecuzione forzata il debitore per incamerare i suoi beni *a favor dello Stato* (4). Così il diritto soggettivo, se continua ad essere nominalmente ricollegato a un interesse del singolo, ha cessato ormai, attraverso questa legittimazione processuale conferita in ogni caso al P. M., di essere lo strumento tradizionale della volontà individuale.

Ma il processo opera anche per altra via a questo graduale affievolimento del diritto soggettivo: in quanto, anche se in certe materie si continua a parlare di diritti individuali, la possibilità di farli valere in via giudiziaria non è più preventivamente garantita, perchè, secondo l'art. 1° del cod. civ., i diritti sono tutelati dalla legge solamente in quanto « non si cerchi di realizzarli in contrasto col loro scopo economico-sociale » (5).

Dal diritto non scaturisce dunque senz'altro l'azione: questa può essere concessa e rifiutata caso per caso dal giudice, in base a criteri politici di opportunità: il che equivale a dire non soltanto che non esiste più in sostanza alcun diritto soggettivo privato, in quanto la tutela dell'interesse individuale non è più preventivamente assi-

(1) Maurach, *Das Beweisverfahren im sovietrussischen Zivilprozess*, in *Zeitschrift für Ostrecht*, I, pag. 773 e segg.; Popov, *Grundsätze des Zivilprozesses des Sovietunions*, ivi, I, pag. 897 e segg.

(2) Maurach, *Die Rolle des Staatsanwalts im sovietrussischen Zivilprozess*, in *Zelt. f. Ostr.*, II, 721 e segg.

(3) Id., scritto cit., pag. 723.

(4) Id., scritto cit., pag. 737.

(5) Id., scritto cit., pag. 723; Freymann, *Die Prinzipien der Rechtssprechung in Sowjetrussland*, in *Zelts. für Osteuropäisch. R.*, II, 1926, n. 4, pag. 435.

curata dalla legge ma è condizionata volta per volta all'umore del giudice, ma che non esiste più neanche un diritto di azione, perchè il giudice può sempre, a chi gli chiede giustizia, rispondere discrezionalmente « *actionem non dabo* » (1).

Non sembra, dunque, che sia troppo ardita la conclusione di chi ritiene che, quantunque così discordanti tra loro, tutte le teorie sull'azione possono trovare la loro giustificazione e la loro corrispondenza in uno dei mutevoli aspetti della realtà storica, così ricca e complessa, che si muove d'intorno a noi.

Progressivo affievolimento del diritto soggettivo fino a ridursi a un interesse occasionalmente protetto; allargamento del diritto amministrativo a scapito del diritto civile; assorbimento del processo civile nella giurisdizione volontaria o nella giustizia amministrativa; aumento dei poteri discrezionali del giudice; annebbiamento dei confini non solo tra diritto privato e diritto pubblico, ma anche tra diritto sostanziale e diritto processuale; discredito crescente non solo delle codificazioni, ma della stessa legge intesa come norma generale ed astratta preesistente al giudizio; aspirazione sempre più viva al diritto del caso per caso (2) — tutti questi sono gli aspetti di una crisi che il processualista segue con ansietà nel suo specchio: nel quale si riflette, tradotto in formule di teoria, il vasto travaglio del mondo.

PIERO CALAMANDREI

---

(1) Maurach, *Leitende Gedanken des Zivilprozesses in der Sowjetunion*, in *Zeits. f. Osteurop. R.* (nuova serie), I, 1934, pag. 35 e segg.

(2) Cfr. le bellissime e presaghe pagine di Jemolo, *Il nostro tempo e il diritto*, in *Arch. giur.*, 1932.

---

## ABROGAZIONE DEL CODICE DI PROCEDURA CIVILE ?

---

1. — Che il codice vigente, a parte i vizi di formulazione e di coordinamento, sia privo di difetti sostanziali, nessuno potrebbe seriamente sostenere, ma che il toccasana dell'odierno disservizio giudiziario possa essere dato dal ritorno, in tutto o in parte, alle disposizioni che ressero il processo civile fino al 20 aprile 1942, è proposizione che lo spregiudicato esame della realtà impone di respingere. Ritocchi al codice del '40 sì, nei quali si faccia tesoro delle cognizioni tecniche e pratiche fin qui adunate; riesumazione di un barocco procedimento, del quale tutti sentimmo l'uggia, no.

2. — Prima di avvisare ai rimedi e alle soluzioni, sarà opportuno analizzare le componenti dell'acre, intollerante ostilità, dalla quale è animata, almeno a stare alle manifestazioni verbali, talora incomposte, la maggioranza degli avvocati e dei magistrati (assai più dei primi che dei secondi) verso un'opera legislativa che, con tutte le mende non lievi da cui è inficiata, rappresenta un decisivo progresso non diciamo sul codice del 1865, quanto sui più o meno togati *mores curiarum*, sulla base dei quali era amministrata la giustizia civile prima del 21 aprile 1942, non poco diversi gli uni dagli altri.

L'osservatore imparziale rileverà che al codice han nuociuto alcuni elementi contingenti, ma gravissimi, i quali non hanno nulla a che vedere con il suo merito o demerito intrinseco.

Una larga schiera di operatori pratici ha trovato una *fin de non recevoir* nella etichetta fascista del codice: per essi anche la più perfetta delle leggi sol perché qualificata fascista doveva essere boicottata, ma costoro — assai più numerosi di quel che non si creda — ignorano che l'*autoritarismo*, nel quale si ravvisa la inguaribile taba del codice, non è che l'applicazione di quei principi della concentrazione e della immediatezza, ad attuare i quali tende il processo civile di tutti i paesi moderni, ivi compresi quelli che ispirano i loro reggimenti politici al liberalismo (Inghilterra) e alla democrazia (Svezia) più schietti (1); dimenticano che alla redazione

---

(1) Per la ennesima dimostrazione dell'assunto, che, superflua per chiunque sia stato allievo diretto o indiretto di Giuseppe Chiovenda, è addirittura indispensabile per i redattori e gli acclamatori degli ordini del giorno che, a quanto si dice, si rovesciano con crescendo

del codice avevano partecipato studiosi di ogni fede politica taluno dei quali militante, per quanto lo si poteva apertamente, nei partiti di opposizione, e che netta relazione firmata dai guardasigilli Grandi sono contenute affermazioni che avrebbe potuto sottoscrivere Mancini o Pisanelli: esaltazione della legalità, riaffermazione del principio della unità della giurisdizione, netta presa di posizione a favore del diritto subiettivo contro il *Volksgeist* ed altri feticci eversori dell'ordine giuridico (1). Non hanno poi quei dabbenuomini letto il codice con attenzione tale che consentisse loro di rilevare la correlazione normale tra diritto soggettivo e azione, la corrispondenza tra *petitum* e *decisum*, l'affermazione della *perpetuatio iurisdictionis* — tutte cose le quali dimostrano che il codice *autoritario* nell'appassionante dramma giudiziario, conferisce maggior rilievo al privato che chiede giustizia, rispetto allo Stato che l'amministra.

Una schiera non meno larga di operatori pratici è stata ostile al codice non tanto per quello spirito conservatore che, almeno una volta, distinguere i cultori di giuridiche discipline, quanto perché il codice doveva essere studiato e tornare a scuola a cinquant'anni o giù di lì, specie quando *maiora premant*, è cosa spiacevole.

Un numerosissimo stuolo di avvocati e di giudici (anche qui, più dei primi che dei secondi) ha guardato con aria di uggiosa sopportazione al neonato codice perché questo si poneva contro inveterati loro comportamenti: è infatti a tutti noto che, se la vita processuale era disciplinata, al 20 aprile 1942, dal codice del 1865 e dalla legge e pedissequo decreto sulla riforma del procedimento sommario, la prassi di tutti i giorni variante da regione a regione e, talvolta, da tribunale a tribunale, si era allontanata da quei testi legislativi ed aveva il comune denominatore nel più radicale assenteismo del magistrato dalle vicende della causa: questa si svolgeva tra studio e studio professionale, fino a quando non fosse matura per la decisione, e soltanto in quel momento entrava in scena il giudice, che quella udienza presidenziale nella quale tanta fiducia era stata posta dalla legge del 1901, si era ben presto ridotta ad una occasione di appuntamento per gli avvocati (2). Il magistrato accedeva al palazzo di giustizia solo per raccogliere prove o per assistere alla commedia della spedizione per sentenza e per partecipare alla camera di consiglio che il più delle volte si riduceva

---

rossiniano sulla scrivania dei guardasigilli succedutisi dalla liberazione di Roma ad oggi, mi permetto di rinviare a: Andrioli e Micheli, *Riforma del codice di procedura civile*, § I, in *Defascistizzazione e riforma del codice e dell'ordinamento giudiziario*, Roma, 1945.

Gli ordini del giorno e le relazioni che talvolta li illustrano, ricordano, per la loro obbiettività, il *visto da sinistra* e *visto da destra* ben noti ai lettori della prima pagina dell'astero settimanale *Candido*.

(1) La relazione, non lo si nega, è sconciata dalle solite infloretture dell'ultima ora, ma la loro natura emblematica non può sfuggire al lettore di media cultura.

(2) Talché il consiglio dell'ordine degli avvocati di una città dell'Italia meridionale non ha esitato a esporre alla pubblica esecrazione il codice e, correlativamente, a invocare dai guardasigilli del tempo la riesumazione del codice del '65 per il motivo che ai difensori non era consentito di scambiare l'aula di udienza con il locale caffè dei professionisti ed artisti.

ad un *tête à tête* con il presidente (soltanto presso qualche tribunale dell'Alta Italia la discussione orale non era considerata come offesa alle quiete abitudini casalinghe del magistrato). L'avvocato, dal suo canto, preparava la comparsa a studio (e se era un avvocato principe, la faceva preparare dal dotto comparsista), la scambiava, per mezzo dell'ineffabile procuratore portacarte e della solerte dattilografa o — addirittura — degli impeccabili uffici di collaborazione, con l'avversario, previa intesa telefonica; se nel maturare la comparsa (ironia dei nomi!) e la risposta sopravvenivano i cinque rinvii o quel numero sempre maggiore che lo *stylus* del tribunale aveva indicato come il limite oltre il quale non era lecito abusare della pazienza del giudice, poco male, ché si riportava d'accordo la causa sul ruolo.

Magistrati casalinghi, uffici di collaborazione, procuratori legali a boccaporto chiuso, portacarte, comparsisti, avvocati più o meno principi, i quali vanno a recitare ricorsi e memorie che non solo non hanno scritto, ma neppure ispirarono: tutte figure delle quali il codice ha fatto piazza pulita. Nessuna meraviglia che gli uomini, che le personificano, siano partiti lancia in resta contro il codice, reo di averli scossi dalle comode coltri, nelle quali sonnechiavano (1).

3. — Fin qui, i motivi di resistenza al codice, per chi intenda esprimersi, come si deve, schiettamente, non fanno onore né alla cultura, né al senso civico di coloro che, *re se non verbis*, li accampano: niun dubbio che la base di giudizio debba essere la esperienza acquisita attraverso un quadriennio di applicazione del codice, ma anche qui non vanno poste in non cale alcune circostanze le quali non hanno nulla a che vedere col merito del documento legislativo.

Il codice ha trovato i maggiori ostacoli proprio in quelle disposizioni di attuazione e transitorie che invece ne avrebbero dovuto facilitare la iniziale applicazione. Agli articoli che compongono il r. decr. 18 dicembre 1941 è comune la menda di essere scritti in un gergo che fa a pugni con il tecnicismo giuridico e con la crusca, ma non meno allarmanti ne sono i difetti sostanziali. Nelle norme di attuazione si è accentuata quella prevalenza del

---

(1) Che il codice vigente, ove sia seriamente applicato, debba condurre, a lungo andare, ad una diversa ripartizione del lavoro professionale, mi pare certo: ad un avvocato che si rispetti non dovrebbe essere consentito, in una determinata unità di tempo, di occuparsi se non di un numero non elevato di cause, che sceglierebbe naturalmente tra quelle più consone alla sua capacità tecnica e, più in generale, alla sua personalità. Di qui, la scomparsa di studi che accentrano cause di ogni specie e, soprattutto, di ogni importanza, e il rifiorire di quei professionisti medi che attualmente esplicano opera di collaborazione nei grandi studi nei quali l'avvocatura è commercializzata (fondachi, cioè, e non le botteghe di arte argutamente descritte dall'Orlando, *Scritti in onore di Santi Romano*, Padova, 1940, I, pag. 4). È ben lungi da chi scrive la concezione marxistica del processo, ma nessun giovane — penso — dovrebbe darsi di codesto effetto indiretto del codice vigente, che è strano sia passato del tutto inosservato nelle proposte del partito comunista alla Costituente nelle quali si auspica l'abrogazione immediata del codice del '40.

poteri del giudice (e, talvolta, del cancelliere) sulle facoltà delle parti, contro la quale più insistentemente si rivolgono gli strali della critica, e per raggiungere lo scopo non si è esitato talvolta a modificare, sia pure per implicito, alcuni articoli del codice. Delle disposizioni transitorie, poi, nessuno che ha avuto la sfortuna di prendere contatto con esse si sentirebbe di assumere la difesa sia pure al modesto fine di strappare la assoluzione per insufficienza di prove. Oscure e imprecise, sollecite nel regolare situazioni capillari e mute sui principi fondamentali del diritto Intemporale; in aggiunta ai vizi formali che né la dottrina più o meno officiosa né le circolari a ripetizione e i pareri ministeriali *ad hoc* sono riusciti a superare, soffrivano di un ineliminabile criterio informatore, quello di voler porre, a tempo di primato, i processi pendenti (e per giunta, quelli decaduti dal ruolo) al passo col nuovo codice; quindici giorni e, al massimo, tre mesi per convogliare nel nuovo alveo processi cui solo il triennale atto di riassunzione non iscritto al ruolo impediva di essere sommersi dalla perenzione. Di fronte agli artt. 197 segg. del r. decr. 18 dicembre 1941 il cittadino si è sentito davvero sopraffatto dalla autorità ed ha imparato ad odiare il codice, nel quale, a dire il vero, la mano rude che ha tracciato le norme transitorie, si avverte solo in tema di estinzione. Sia ben chiaro: anche a questi sacrifici ci si sarebbe acconciati, se lo scopo che i compilatori si prefiggevano, fosse stato raggiunto, se cioè i processi pendenti fossero stati messi al passo con il nuovo codice, ma la verità è che, specie presso i maggiori tribunali dell'Italia centrale e meridionale, i fascicoli di quei processi, a più di quattro anni dall'entrata in vigore del codice, giacciono polverosi negli armadi delle cancellerie.

Tutto ciò oltre a produrre lo stato di spirituale ribellione, che, se non si giustifica di fronte al codice, è più che fondato nei confronti delle transitorie, ha dato luogo a non meno deprecabili conseguenze di carattere pratico.

I non molti operatori pratici che avevano studiato le transitorie, misero sul chi vive gli altri, ed allora si assisté alla valanga di cause spedite a sentenza prima del 21 aprile 1942, nella quale un venerando uomo parlamentare dei tempi antichi ravvisò il plebiscito tributato al codice morituro. Di qui la crisi di superlavoro, che impedì ai magistrati ed agli avvocati di affrontare con animo sereno e tranquillo le difficoltà del nuovo codice.

Del codice, il cui meccanismo è davvero delicato, si doveva, almeno nei primi tempi, limitare l'applicazione a non molte cause nuove: condizione che non era difficile realizzare se si fosse osservato il saggio canone di mantenere in vigore il codice vecchio almeno fino all'esaurimento del grado di giudizio, nel quale il 21 aprile 1942 sorprende la causa. Invece, la mania, che in taluni casi raggiunge il vertice del parossismo, di dare il benservito al codice del 1865, impose i più fantastici innesti delle norme nuove con situazioni, ormai consolidate *sub Julio*, con la conseguenza che il codice apparve, nelle prime applicazioni, snaturato e non nelle linee, del resto non semplici, in cui era stato concepito.

Come se tutto ciò non bastasse, lo stato di guerra aveva sottratto alla schiera degli operatori pratici quei giovani avvocati e magistrati che, per

non essere afflitti dalla *routine*, sarebbero stati ben disposti ad applicare il nuovo codice; aveva tolto a coloro che erano rimasti nelle aule giudiziarie, quella serenità di spirito che ogni lavoro intellettuale esige (1), aveva reso giugulatori termini che in condizioni ordinarie sarebbero apparsi liberali.

E poi, preceduto dai bombardamenti che si sono abbattuti con furia non sempre discriminata sulle maggiori città italiane paralizzando la vita civile, l'armistizio dell'8 settembre 1943, al quale è seguita la trasformazione del nostro paese in un gigantesco campo di battaglia: vivisezione del nostro territorio nazionale nei due tronconi separati dalla linea gotica, paralisi delle comunicazioni, razzie, estrema difficoltà di intendersi per posta e per telefono!

Circola per i palazzi di giustizia la diceria che, se fosse rimasto in vigore il vecchio patriarcale codice del 1865, le cose sarebbero andate meglio, ma a parte che neppure la cronaca si fa con i *se* e con i *ma*, certo si è che ogni condanna definitiva del codice e, più ancora, dei principi che lo permeano, sarebbe oggi per lo meno affrettata: potrebbe essere considerata responsabile per cattiva fabbricazione il costruttore di un auto-veicolo, al cui motore ancora « imballato » il guidatore novellino avesse imposto lo sforzo, che la scalata del valico dello Stelvio rende necessario?

---

(1) Trattasi peraltro di circostanze secondarie, alle quali non è davvero da assegnare il valore fondamentale ad esse attribuito nella relazione estesa da Jaeger per la commissione nominata dalla associazione per la critica e la difesa del diritto (vedila con il titolo *Criterii per la revisione del codice di procedura civile*, nel *Foro padano*, 1946, II, 53). In realtà coloro che erano liberi da obblighi militari e dalle cure della cospirazione, cui si fa cenno nella relazione, ebbero ben diciotto mesi di vacanza per impadronirsi dei segreti del codice, in ciò facilitati dalla ricchissima letteratura nella quale tutti i generi erano rappresentati — dalle istituzioni ai manuali (tra i quali perché non ricordare il *Diritto processuale civile* dello Jaeger medesimo?), dai commenti alle guide o alle monografie —, e dai corsi di lezioni che con vivo fervore dei docenti e con largo concorso dei discenti furono svolti presso le corti e i tribunali, onde della non eccessiva dimestichezza dei pratici con il codice, della quale si ha la riprova quotidiana nelle sentenze, e più ancora, negli scritti defensionali, sono causa gli assai poco commendevoli *modi di sentire*, denunciati nel testo, sui quali la relazione, invece, distende un pietoso velo. È forse esagerato parlare, come ha scritto un altissimo magistrato, di sabotaggio del codice perpetrato dagli avvocati, ma di antipatia si può e si deve parlare, e di sciatteria, dalla quale non vanno immuni gli stessi magistrati.

Se ne vuole un esempio?

Dispone l'art. 132 che la sentenza deve contenere tra l'altro, « *la concisa esposizione dello svolgimento del processo e dei motivi in fatto e in diritto della decisione* », il che comporta profonda innovazione nella struttura della decisione, resa necessaria dalla presenza e dalla attività del giudice istruttore, che dà significato alle fasi processuali anteriori alla decisione. Ebbene, se si escludono le magistrature della Venezia Giulia, dalle quali la motivazione della sentenza è rigorosamente distinta nei due capitoli dello svolgimento del processo e della esposizione delle ragioni di fatto e di diritto, gli organi giudiziari delle altre regioni han continuato, con la forza dell'abitudine, a frazionare la motivazione nel *fatto* e nel *diritto*.

Qualunque, si dirà, ma anche se lo fossero, sarebbero indizio del conformismo al *refus mox*, che è altrettanto logico nell'applicazione delle nuove leggi.

4. — Se sui soli motivi fin qui svolti si fondasse la istanza di condanna del vigente codice alla pena capitale, che, con rintocchi simili al *nevermore* del corvo di Edgardo Poe, risuona negli ordini del giorno dei consigli professionali (1), ne sarebbe evidente la inammissibilità più che la infondatezza. L'imputazione di atti rilevanti è frutto delle scarse conoscenze teoriche degli accusatori; d'accordo che il codice non sia che un strumento che lo Stato pone a disposizione dei cittadini per la risoluzione delle controversie e che giovi riesca bene accetto a coloro — magistrati e avvocati — che per dovere professionale se ne servono quotidianamente, ma non più d'accordo quando si vuole immiserire il gravissimo problema dell'amministrazione della giustizia ad un affare corporativo dei magistrati e degli avvocati, nel trattamento del quale le costumanze più o meno inveterate di codeste pur rispettabilissime categorie abbiano influenza assorbente (2); unilaterale la pretesa di attribuire al codice il disservizio

---

(1) Ai quali si è da ultima aggiunta — a stare al *si dice* — l'Avvocatura generale dello Stato, la quale non è, a mio modesto avviso, l'organo più qualificato ad esprimere giudizi fondati su concreti elementi di fatto: non solo perché la maggior parte delle cause, nelle quali presta il validissimo suo patrocinio, non abbisognano della istruttoria, in mancanza della quale la partecipazione del giudice istruttore al processo può, ad uno spettatore superficiale, apparire inutile intralcio all'attività del collegio, ma anche e soprattutto perché gli organi e, più ancora, il quotidiano funzionamento dell'Avvocatura consacrano quella netta distinzione tra procuratori d'udienza e difensori a *favolino* che, ove il codice sia seriamente applicato, è *anacronistica*.

(2) L'associazione per la difesa e la critica del diritto, nella citata relazione, accusa il codice di aver aggravato quell'atmosfera di sospetto, dalla quale erano, ancor prima del 21 aprile 1942, circondati i provvedimenti e, in genere, l'attività del giudice: « Al giudice singolo — vi si legge — praticamente arbitro della condotta del processo, si potrà arrivare — quando egli sia ben diversamente considerato dalle parti — o meglio dall'intera società —; e finché questo presupposto non si raggiungerà, meglio affidarsi, in misura ben maggiore dell'attuale, alla volontà delle parti ».

Il mio dissenso non potrebbe essere più reciso. Per vero il codice, lungi dal consacrare il dispotico predominio del giudice sul processo, auspica e, ove sia seriamente applicato, garantisce l'armonica partecipazione del giudice e delle parti alla formazione del materiale e, quindi, alla progressiva formazione della decisione che costituiscono i migliori antidoti del sospetto da cui — lascio la responsabilità della denuncia alla relazione che porta, tra le altre, le firme di due magistrati addetti al tribunale di Milano — sarebbero circondati i giudici: la sostituzione dell'ordinanza del giudice istruttore alla interlocutoria del collegio, permette di esplicitare alla luce del sole e con il controllo dei *litiganti* attività che si svolgevano nel segreto della camera di consiglio e, di conseguenza, tonifica il senso di responsabilità del giudice, che la collegialità, assai spesso fittizia, attiva (*patres boni viri, senatus mala bestia*).

L'associazione attende il miglioramento della *classe* (adopero la parola nel senso che i giornali sportivi le attribuiscono) dei magistrati dall'incremento degli stipendi, il quale dovrebbe garantire l'afflusso di individui più qualificati nelle file dell'ordine giudiziario. Io temo che il problema, in tal guisa posto, rischi di divenire insolubile: *rebus sic stantibus* (e nulla da prevedere mutamenti a breve scadenza), se la scelta della carriera fosse fondata esclusivamente sul tornaconto economico, lo Stato non potrebbe vincere la concorrenza degli impen-

processuale che ha le sue cause nella situazione generale del nostro disgraziato Paese e in quella peculiare all'ordine giudiziario (1).

A questo punto, l'osservatore imparziale dovrebbe concludere che le condizioni più che anormali nelle quali il codice è stato finora applicato, non giustificano un giudizio definitivo di merito, ma permettono soltanto di valutarle allo stato degli atti al fine di rilevare e, nei limiti del possibile, correggere i difetti che non derivano dalla contingente situazione. Compito al quale vorrei adempiere senza avere la pretesa di esaurire il complesso tema.

5. — Nel processo di cognizione, la disintegrazione della funzione istruttorie da quella decisoria, nella quale il Carnelutti ha giustamente ravvisato la essenza del vigente codice (2), deve essere rispettata perché, per condensare in poche parole il succo di molteplici esperienze, il più negligente dei giudici istruttori apporta alla decisione della causa un contributo assai più concreto di quello che riuscisse al più meticoloso dei giudici relatori e delegati di dare.

Si lascino pure da parte i due tipi estremi (l'uno del giudice istruttore che si presenta alla udienza assai più agguerrito dei difensori; l'altro del giudice istruttore che nel suo candore ingenuo domanda alle parti, presentatesi alla prima udienza di trattazione, *di che cosa si tratti*) e si ponga mente all'*aurea mediocritas*: non vi è alcun dubbio che il componente di questa

---

ditori privati e delle libere professioni. La verità è che elementi estranei a quello economico giocano nella scelta della carriera: attitudini personali (chi non sa che magistrati eccelsi naufragherebbero nel patrocinio di cause pretorili, mentre accorti avvocati non saprebbero redigere una sentenza di ufficio di conciliazione?), esigenze familiari, ambiente locale, ecc.. Ed è una profonda constatazione che il solo aumento degli stipendi incrementerebbe la quantità, ma non migliorerebbe la qualità dei magistrati.

(1) È a tutti noto che non poche sedi giudiziarie sono state distrutte o traslocate in luoghi disagiati, che la maggior parte degli organi giudiziari dell'Italia centrale, ivi compresa la Corte di cassazione, ha funzionato a fuochi quasi spenti nel biennio 44-45, che il corpo giudicante, al quale da non pochi anni non erano più affluiti i ricalzi per il mancato svolgimento dei concorsi, è stato ancor più assottigliato per la partecipazione dei magistrati che lo compongono, alle innumerevoli commissioni epurative, nonché per le applicazioni agli uffici legislativi, sorti come funghi nei ministeri e negli enti pubblici di nuova costituzione, che le elezioni politiche e amministrative hanno distolto e distolgono non pochi magistrati dal lavoro giudiziario, cui è tolto il pregio della continuità, che i giudici addetti alle sezioni civili sono assai spesso chiamati a completare i collegi delle sezioni penali seppure non sono incaricati di svolgere delicatissime istruttorie di processi politici, che l'attività di cancelleria è assai spesso affidata a principianti, che gli intermittenti scioperi dei commessi degli uffici giudiziari nonché degli impiegati degli uffici finanziari hanno paralizzato, per non brevi periodi di tempo, l'attività processuale. Come è stato opportunamente sottolineato da Allorio, *Allarme per la giustizia civile* (*Giur. it.*, 1946, IV, 51), non poche di queste condizioni deteriori sono destinate a migliorare: gli uffici giudiziari sono stati restituiti alle sedi originarie; ben quattrocento uditori giudiziari vanno ad accrescere le file della magistratura; le procedure epurative volgono ormai alla fine; il lavoro delle sezioni penali è notevolmente alleggerito dalla recente amnistia, ecc.

(2) *Carattere del nuovo processo civile italiano*, in questa Rivista, 1941, I, pag. 35.

beata categoria giunge alla udienza di discussione assai più informato di quel che non fosse il giudice relatore, il quale conosceva la causa sol dopo che gli erano stati consegnati i fascicoli. E questa conoscenza, sia pure limitata, e i continui contatti tra il giudice e i difensori che la istruttoria rende necessari, giovano non solo perché facilitano i tentativi di conciliazione (il che non è sempre un bene), ma perché, permettendo di isolare le questioni controverse dai punti attinenti al processo (integrazione del giudizio, regolarità dell'atto introduttivo ecc.), semplificano lo svolgimento del giudizio e, soprattutto, consentono alla istruttoria di svolgersi senza le pesanti forme dei provvedimenti collegiali.

C'è il rovescio della medaglia denunciato dal Malchiodi (1) e cioè lo svolgimento di istruttorie poi riconosciute inutili, ma devesi replicare da un lato che i fatti non si accertano mai in pura perdita (2) e, comunque, il codice lascia aperta al giudice istruttore, che nutre dubbi sulla opportunità del mezzo istruttorio richiesto, l'altra alternativa del rinvio al collegio nei limiti consentiti dall'art. 187, e dall'altro lato che l'inutile svolgimento della istruttoria è sempre da preferirsi all'impugnabilità immediata del provvedimento ammissivo della prova o, peggio, al biforcarsi del processo in più fasi svolgentisi avanti a giudici di vario grado (3).

Si chiami concentrazione non disgiunta dalla immediatezza, o collaborazione delle parti e del giudice nell'amministrazione della giustizia, questo consentire a giudici e parti di riunirsi intorno al tavolino vagheggiato dal Redenti è cosa troppo preziosa perché sia dato rinunciarvi a cuor leggero: come non riconoscere che poche parole scambiate dai difensori alla presenza del giudice hanno virtù più chiarificatrici di pesanti comparse, nelle quali non sempre è dato discernere il necessario dal superfluo? come non ammettere che l'esame, seppur non approfondito, degli atti di causa da parte del giudice istruttore evita lo sconcio delle interlocutorie a ripetizione e riduce assai spesso la causa nei suoi termini essenziali?

Le obiezioni opposte all'istituzione del giudice istruttore, non sono poche, e mette conto di esaminarle.

Si è anzitutto affermato che il funzionamento del nuovo istituto suppone numero e qualità di giudici ben superiori a quelli attuali e si incalza con il rilevare che la partecipazione del magistrato alla causa si riduce ad una chimera se a ciascun istruttore sono affidati, presso i tribunali delle grandi città, non meno di quattrocento processi con la conseguenza che sono chiamate in ciascuna udienza non meno di trenta cause.

(1) *Riformare il codice di procedura civile, nel Foro padano*, 1946, II, 50: «il codice del '42 può definirsi, nella sua impostazione, l'errore di uomini intelligenti».

(2) Nella materia familiare, nella quale lo svolgimento di istruttorie poi palesate inammissibili può arrecare danni a terzi, il codice civile impone la valutazione preventiva di fondatezza di talune domande.

(3) Chi non ricorda le corse di velocità tra il vincitore sollecito nel raccogliere la prova ammessa con la interlocutoria, e il soccombente proteso nel provocare la riforma di quest'ultima? Chi non ricorda che sul giudizio d'ammissibilità devoluto al magistrato d'appello finivano con l'influire i risultati delle prove raccolte nel frattempo?

È evidente che la obiezione ha un pregio solo a patto che si dimostri che l'affollamento di cause sia dovuto al codice nuovo e sarebbe eliminato, con la riesumazione delle disposizioni abrogate, ma la dimostrazione non può essere data: non solo il codice nuovo non accresce artificiosamente il numero delle cause, ma sopprime lo sconcio degli incidenti di prova e di rito; le quattrocento cause assegnate al singolo giudice istruttore, opportunamente addizionate, costituiscono quella massa che, chiamata alle famose udienze presidenziali, veniva falciata al quinto o al decimo rinvio. Né c'è da gridare allo scandalo per questo: non ho bisogno di ricordare al Malchioldi e ai componenti della commissione nominata dal Consiglio dell'Ordine di Bologna (1) che delle cause, delle quali s'intima l'atto introduttivo, soltanto un numero non rilevante richiede sollecita trattazione mentre non poche altre attendono di maturare, ed altre non saranno mai trattate. Ora — io mi domando — perché alle due ultime categorie di cause il ruolo dell'udienza presidenziale dovrebbe offrire un giaciglio più comodo del ruolo del giudice istruttore?

Non ci vuole molto ad intendere che delle quaranta cause, chiamate ad ogni udienza, soltanto sei o sette sono trattate mentre le altre sono rinviate in attesa di tempi più propizi, e nessuno può seriamente sostenere che sia un *tour de force* insuperabile lo studio, che non deve essere poi approfondito, di quindici cause alla settimana (2).

Né i compiti, che il codice assegna al giudice istruttore, sono superiori alla qualità media dei magistrati italiani, sempreché questi siano coadiuvati dalle parti: certo, se i difensori, preoccupati di non scoprire le batterie, lungi dall'isolare i punti di frizione, li nascondono, l'opera del giudice diviene particolarmente difficile, ma l'art. 88 deve essere applicato per evitare che la schermaglia si confonda con la mala fede; certo, la trattazione della causa a distanze ravvicinate presuppone sicura padronanza delle carte processuali e prontezza di riflessi nei difensori, ma quale avvocato degno di tal nome si dorrà della indispensabilità di queste doti (3)? Certo, la utilizzazione della ordinanza per la ammissione dei mezzi istruttori pone il giudice istruttore di fronte alla causa fuori dal segreto della camera di consiglio, ma a parte che egli ben può ricorrere alla maggior dottrina del

---

(1) La quale, naturalmente, ha concluso per la riesumazione delle disposizioni abrogate con urgenza: v. il testo della relazione nel *Foro padano*, 1946, II, 74.

(2) Ad esse vanno aggiunte le istruttorie propriamente dette e la redazione delle sentenze, ma trattasi di compiti che pur il codice abrogato riservava ai giudici, né va dimenticato che la partecipazione del giudice alla preparazione della causa alleggerisce il peso di quelle attività che hanno il loro teatro nella camera di consiglio.

(3) Noto, di volo, che la trasformazione del sistema del concorso in giudizio di idoneità (e quale idoneità! lo sconcio delle due ultime sessioni non può non ferire chiunque senta la dignità della toga) non è il miglior mezzo per porre i difensori all'altezza delle difficoltà del nuovo codice: non m'illudo che gli esami sostituiscano la pratica nelle botteghe d'arte, delle quali si lamenta sempre più la mancanza, ma penso che il controllo della conoscenza, da parte dei giovani, delle nozioni istituzionali sia il biglietto di un decoroso ingresso nell'agone professionale.

collega più anziano, va considerato da un lato che egli può chiedere alle parti quei chiarimenti che le disposizioni abrogate gli consentivano sol in casi eccezionalissimi e quasi di straforo, e dall'altro che la collegialità era assai ridotta nella più parte dei tribunali ad una chimera.

Altra obiezione, alla quale si ricorre, è che il giudice istruttore può apparire superfluo nelle cause la cui decisione si fonda su documenti o su prove critiche, ma anche qui è da replicare per l'un verso che in ogni causa il giudice istruttore potrà e dovrà risolvere od eliminare le questioni attinenti al processo, e per l'altro verso che gli inconvenienti marginali potrebbero essere evitati con un più saggio esperimento della procedura monitoria e, forse, con una più illuminata disciplina positiva della medesima (1).

La verità è che della partecipazione del giudice allo svolgimento della causa si è preoccupato il legislatore fin dalla legge sulla riforma del procedimento sommario: l'udienza presidenziale, se non si fosse trasformata in quella burlatta che tutti deprecavano (2), intendeva, sia pure in misura assai modesta, perseguire quella finalità, che giustifica anche la istituzione e il funzionamento del consigliere delegato nella procedura avanti i tribunali delle acque, nonché la udienza presidenziale delle controversie individuali del lavoro, che l'associazione per la difesa e la critica del diritto vorrebbe estendere a tutte le cause civili. Che più? Nelle proposte del Consiglio dell'Ordine degli avvocati di Bologna, che pur auspica la riesumazione del codice del '65 con annessa riforma del 1901, fa capolino la figura del giudice delegato, al quale, al fine di eliminare il grave inconveniente delle sentenze interlocutorie, « sarebbe conferita la facoltà di emettere, anche senza l'accordo delle parti quelle ordinanze ammissive di prove che il vecchio codice prevedeva solo in caso di consenso dei contendenti »!

Chi consideri con animo imparziale le leggi speciali successive alla riforma del provvedimento sommario non può non vedere nel giudice istruttore la deduzione alle estreme conseguenze di un movimento ideologico del quale già sussistevano le premesse prima del '42: il giudice istruttore

(1) « Col vecchio rito — scrive il Malchiodi — chi voleva una decisione abbastanza sollecita poteva anche ottenerla. Col rito nuovo questa sollecita definizione si è palesata assolutamente impossibile ». Non concordo nell'assolutezza dell'apprezzamento; se, come sembra che il Malchiodi presupponga, si tratta di causa per la quale non si richiede assunzione di mezzi istruttori, la differenza tra il vecchio ed il nuovo codice consiste in ciò che mentre per il primo la fretta dell'attore era il più delle volte frustrata dall'osservanza dell'onere della rinnovazione della citazione e dalla riapertura del contraddittorio, sotto l'impero del vigente codice occorre importunare il presidente e il giudice istruttore per sollecitare la fissazione delle date della prima udienza di trattazione e della udienza collegiale (sollecitazioni che, *per in temporibus illis*, era necessario spendere perchè nel certame tra il contumace che minacciava la rilettura e il giudice estensore vincesse quest'ultimo).

(2) Anche gli avvocati; per convincersene basta scorrere i tre ponderosi volumi di osservazioni e proposte sul progetto preliminare Solmi, la cui lettura raccomando agli estensori e agli acclamatori degli ordini del giorno per la riesumazione delle disposizioni abrogate: tutti erano d'accordo sulla necessità di innovare profondamente alla normativa che ora s'invoca come il toccasana delle sciagure processuali (v. più ampiamente, Andrioli e Micheli, *op. cit.*, 112).

— ed in ciò sono pienamente d'accordo con il Raja (1) — non risponde ad esigenze puramente logiche perché non è dubbio che la istruzione intesa nel significato integrale di preparazione del materiale logico della causa che le assegna il codice, dovrebbe essere affidata allo stesso organo che decide, ma rappresenta il compromesso tra la irrimediabile povertà di quadri della magistratura e il principio dell'immediatezza nel senso illustrato dal Chiovenda.

6. — Fermo restando che la immediatezza non può, *rebus sic stantibus*, essere realizzata se non per mezzo del giudice istruttore, il carattere di espediente proprio di questo istituto consente di mitigarne la concreta applicazione senza invalidare la bontà dei principi ai quali è informato.

Perché la istruttoria funzioni a pieno regime non è affatto necessario quel complicatissimo sistema di preclusioni, che gli artt. 163, 166, 183 e 184, per giunta in maniera tecnicamente imperfetta, hanno sancito. Perché il giudice istruttore sia in grado di esercitare le sue funzioni nella prima udienza di trattazione, non è affatto necessario costringere le parti ad esaurire la causa nell'atto di citazione e nella comparsa di risposta; è assai più logico che alla enunciazione delle prove si proceda solo dopo che nella prima udienza di trattazione siano state individuate le questioni controverse per la delucidazione delle quali, e soltanto di esse, si richiede la prova, e cioè l'accertamento dei fatti: in tal modo, si elimina, per giunta quella *Eventualmaxime* della quale è stata giustamente biasimata la ricomparsa nel processo italiano. In una parola, il baricentro del processo dovrebbe essere spostato dalle scritture preparatorie alla prima udienza di trattazione, la quale vorrebbe essere diluita in più udienze separate da termini per la presentazione di memorie. Una volta esaurita la trattazione preliminare, la porta del processo dovrebbe essere aperta alle nuove prove ed alle nuove deduzioni sol ove ricorressero gravi motivi, o in mancanza di questi il vincitore dovrebbe essere tenuto a rifondere le spese provocate dal ritardo (2).

So bene che in tema di spese *incedimus per ignes* a cagione della mentalità dei nostri giudici che la considerano materia men nobile, ma tra le difficoltà di graduare questa sanzione ed il danno che le preclusioni arrecano alla attuazione della giustizia, la scelta non può essere dubbia.

La riesumazione del *ius novorum* in appello s'impone per gli stessi motivi per i quali devesi rinunciare al sistema delle preclusioni del giudizio di primo grado: ché se l'art. 345 rimanesse immutato, la figura dell'istruttore apparirebbe davvero superflua nel giudizio di appello. Peraltro l'ammissione di nuove prove ed eccezioni ben potrebbe essere controbilanciata, nel difetto di « gravi motivi », dalla rifusione delle spese giudiziali provocate dalla tardiva proposizione.

(1) *Il giudice istruttore nel processo civile*, Napoli, 1945; nello stesso senso possono consultarsi Andrioli e Micheli, *op. cit.*, pag. 213; Altorio, *op. cit.*, 56.

(2) Concorda su questo punto. Iaezer. *Criterii*, 54.

7. — A qualche ritocco deve essere assoggettata la impugnabilità differita delle parziali. Intendiamoci: se il collegio non rivedesse mai le bucce al giudice istruttore (ipotesi la quale si verificherebbe sol quando il rinvio al collegio non fosse mai effettuato a vuoto), le sentenze parziali dovrebbero essere pronunciate solo in caso di cumulo di domande e nelle specie considerate dagli artt. 278 e 785, ma la pratica avverte che il figurino dell'istruttore, il quale, per non assumere responsabilità, rimette le parti al collegio ad ogni stormir di foglia, sebbene sia meno comune del previsto, ricorre sovente. Che fare?

Se, come insegna il Chioyenda(1), il principio della impugnabilità differita delle interlocutorie non è intrinsecamente giusto, ma è « necessario al processo orale, come condizione indispensabile per assicurargli la concentrazione che gli è necessaria », esso nel sistema attuale, in cui la concentrazione, stante l'attribuzione della istruttoria ad organo diverso da quello competente per la decisione, è intesa in senso assai elastico, può essere logicamente realizzato nei limiti in cui la impugnabilità del provvedimento comporterebbe la sospensione dell'istruttoria e, cioè, ... è inattuabile perché la istruttoria è sospesa o — il che è lo stesso — non è iniziata quante volte la causa è rimessa dal giudice istruttore al collegio: verificatosi il quale evento, alla concentrazione è arrecato uno strappo, che solo ragioni di opportunità, non già di logica sistematica possono persuadere a non ampliare.

I rilievi che precedono (2), se pur non sono sufficienti a giustificare il principio della impugnabilità immediata delle interlocutorie nei limiti della stessa domanda, dovrebbero indurre ad abbandonare il criterio della impugnabilità differita nelle ipotesi di cumulo e in quelle disciplinate dagli artt. 278 e 785: il quale risultato potrebbe essere raggiunto concedendo al giudice la facoltà di separare le cause connesse e subordinate, che l'art. 104 gli conferisce solo in tema di pluralità di domande proposte contro la stessa parte.

8. — Le norme in genere, che disciplinano il processo di cognizione dovrebbero poi essere sottoposte a quella *umanizzazione* che il Redenti vedeva già in atto nel codice non ancora entrato in vigore (3); mi riferisco alla necessità di sfoltire le ipotesi, cui è collegata la sanzione della estinzione (4), e alla non impugnabilità del provvedimento che la dichiara: in luogo di indurre i giudici a ribellarsi alla legge (5), sarà facile utilizzare, in sede di

(1) *Saggi di diritto processuale civile*, Roma, 1930, II, pag. 202.

(2) V., più ampiamente, Andrioli e Micheli, *op. cit.*, pag. 222.

(3) *L'umanità nel nuovo processo civile*, in questa Rivista, 1941, I, pag. 35.

(4) A che pro' fulminare di estinzione quel processo nel quale le parti che, per dimenticanza o per dabbennaggine, avevano osso di chiedere la designazione del giudice istruttore nelle scritture preparatorie, fecero trascorrere il termine di trenta giorni fissato per la presentazione dell'atto separato?

(5) Come han fatto la Cassazione (sent. 10 febbraio 1944, *Giur. compl. Cass. civ.*, XV, 58, con mia nota critica) e la corte d'appello di Bologna (sent. 7 maggio 1945, *ibid.*, XVIII, 282, con nota critica di Fazzalari).

riforma, quel reclamo al collegio che il codice già contempla in tema di inammissibilità e di improcedibilità dell'appello. Opportunamente umanizzata, la estinzione è da preferire alla perenzione, perché, se la durata del processo non deve andare a danno di chi ha ragione, il processo non deve neppure somministrare alle parti il comodo mezzo per sottrarre la *res in Judicium deducta* alla influenza della prescrizione.

Sempre su questa linea, a ritocchi dovrebbero essere sottoposte le norme sul litisconsorzio nelle fasi di gravame; finissimo meccanismo, nel quale sono state messe a profitto le esperienze di altre legislazioni, ma è sembrato alla pratica (ed io condivido il giudizio) che si pretenda troppo dal litigante allorquando gli si impone di servire l'interesse pubblico alla inscindibilità delle cause.... sciudibili a tutto scapito dell'interesse privato alla rapida conclusione della singola controversia connessa.

9. — Il vizio più grave della disciplina del processo esecutivo che il buon senso dei magistrati è impotente ad eliminare, consiste nell'aver circondato delle stesse formalità la espropriazione mobiliare e quella immobiliare per modo che lo svolgimento della seconda è stato accompagnato dall'appesantimento della prima: la convocazione preventiva degli interessati, se riesce utile per deliberare intorno alla migliore amministrazione e liquidazione di beni di rilevante valore economico, si riduce a perdita di tempo e ad aggravio di spese nelle modeste esecuzioni mobiliari, nelle quali il debitore non tanto vuole che i propri beni siano venduti a maggior prezzo, quanto.... intende sfuggire alla espropriazione.

Neppure la procedura del pignoramento dei crediti è immune da pecche, né la inserzione del precetto tra gli atti di parte è priva di inconvenienti.

10. — Il quarto libro, dedicato ai procedimenti speciali, è senza dubbio il più imperfetto del codice e denuncia, in ogni sua parte, la fretta con la quale fu compilato: la disciplina dei sequestri, sebbene sia da lodare l'estensione del sequestro conservativo agli immobili, è estremamente lacunosa ed ha costretto gli interpreti ad acrobazie esegetiche per conseguire risultati tutt'altro che sicuri; le procedure in materia di persone e di successioni, a parte il difetto di coordinamento con il codice civile, risentono del non completo accordo tra i *conditores* sulle nozioni di giurisdizione e di processo volontario (1), il quale non ha mancato di esercitare dannosa influenza sulle disposizioni comuni contenute negli art. 737 a 742; la disciplina delle impugnazioni delle sentenze arbitrali è più che discutibile.

11. — Dopo avere esposto nell'aprile del '45 (2) le riflessioni che son tornato a svolgere e ad approfondire in queste note, concludevo:

(1) Per convincersene basta leggere le due note del Redenti, *Temì*, 1946, I, 51, e del Carnelutti in questa Rivista, 1946, II, pag. 22.

(2) Nel *Meridiano*, nn. 4 e 5. È per me motivo di soddisfazione constatare che Allorio, pur non conoscendo il mio scritto, sia pervenuto, nella citata memoria, alla maggior parte delle conclusioni da me prospettate.

a) il codice vigente è un ottimo canovaccio, che dottrina e giurisprudenza, in una con l'anonima prassi di tutti i giorni, hanno già integrato in maniera che è di massima soddisfacente per il processo di cognizione, anche se lo è assai meno per i processi esecutivi e speciali;

b) in tal guisa integrato, esso può ben reggere la giustizia civile in attesa che spuntino tempi più tranquilli, idonei a quella riforma che consenta di trasfondere in norme di legge le esperienze di un triennio (ora quadriennio) di applicazione;

c) se poi il desiderio di elevare a rango di norme risultati interpretativi finisce col prevalere (tale prevalenza mi sembra necessaria per la espropriazione mobiliare), potrebbe pensarsi ad una legge interpretativa e correttiva, che lo novellasse alla maniera austro-ungarica.

12. — I precedenti rilievi dei quali Micheli ed io avevamo offerto nella citata relazione lo svolgimento abbastanza analitico, formarono la base delle discussioni svoltesi per oltre sedici mesi in seno alla commissione, nominata nel gennaio '45 dal Tupini e ampliata nei suoi elementi costitutivi dal Togliatti, sotto la illuminata direzione di Francesco Curcio, presidente di sezione della Corte di cassazione. Discussioni vivaci ed utili perché la maggioranza dei commissari, inizialmente proclive alla riesumazione delle disposizioni abrogate e, comunque, alla abolizione della figura del giudice istruttore, si convinse poi della necessità di prendere a base delle proposte di riforma il codice vigente e di conservarne immutata la struttura, ivi compreso il tanto discusso istituto del giudice istruttore, del quale furono peraltro proposte alcune modifiche volte a rendere in taluni casi immediato il controllo del collegio.

Soltanto i voti relativi ai primi due libri del codice, non accompagnati dalla relazione illustrativa che pur era stata approntata, furono comunicati agli organi giudiziari ed alle curie, non già alle facoltà di giurisprudenza, l'ostracismo imposto alle quali non importa sottolineare quanto sia ingiustificato.

Il successore del guardasigilli Togliatti, poi, ha investito altra commissione dell'incarico di apprestare entro l'ottobre venturo un progetto che s'ispiri ai principii informativi del codice abrogato.

Era ora .... : a che pro' la valanga degli ordini del giorno inneggianti al patriarcale codice del '65 si sarebbe abbattuta sulle scrivanie ministeriali?

Quanto sia anacronistica la direttiva ufficiale sarà la prima a convincersi la commissione che, a stare al *si dice*, ha, sin dalle prime sedute, abbandonato l'originaria intenzione di rammodernare il codice abrogato ravvisando la opportunità di fissare come punto di partenza dei propri lavori il codice vigente, dal quale verrebbe peraltro enucleato l'istituto del giudice istruttore mentre sarebbe riesumata l'udienza presidenziale. Un

funerale, insomma, di prima classe decretato per il codice che regge tuttora il processo!(1).

10 agosto 1946

VIRGILIO ANDRIOLI

---

(1) Le proporzioni ormai preoccupanti di queste note non consentono di approfondire un aspetto del problema, che sfugge ai redattori e agli acclamatori degli ordini del giorno: lo sconquasso, cioè, che, a quattro anni dalla sua entrata in vigore, produrrebbe non diciamo l'abrogazione del codice, sibbene — e più semplicemente — l'abolizione dell'istituto del giudice istruttore. Quando si pensa ai triboli cui il r. decr. 18 dicembre 1941 ha sottoposto e sottopone gli operatori pratici, vien fatto di pensare che *historia non est magistra vitae*.

Il lettore, che sia armato di certosa pazienza, può scorrere quanto abbiám scritto Micheli ed io nella citata relazione, pag. 231.

Taccio, infine, dei quasi insormontabili problemi di coordinamento con il codice civile, la legge fallimentare e il codice della navigazione, cui la ricusazione darebbe luogo.

---

## CENERENTOLA

C'erano una volta tre sorelle, che avevano almeno in comune uno de' genitori: si chiamavano la *scienza del diritto penale*, la *scienza del processo penale*, la *scienza del processo civile*. Ora accadde che la seconda, al confronto con le altre due, ch'erano assai belle e prospere, abbia avuto un'infanzia e un'adolescenza infelice.

Con la prima le toccò dividere, per lungo tempo, la medesima stanza; e quella si prese il buono e il meglio per sè. Codesta comunione non mancava affatto di buone ragioni: fin dalla prima volta, in cui m'accadde di dover confrontare i rapporti tra diritto e processo penale (nella prolusione padovana del 1915, che non fu mai stampata), m'ha colpito la loro profonda diversità; nella conclusione, manifestata più tardi, che tutto il diritto penale sia processuale, e nella costruzione del suo sistema come una trilogia, della quale il secondo e il terzo atto sono il *giudizio* e l'*espiazione*, quest'idea ha trovato il suo svolgimento. Ma ciò vuol dire che lo studio del diritto penale ha un'ampiezza, la quale mal si presta a esser contenuta nel quadro d'un insegnamento solo, tanto più quando la durata ne sia limitata ad un anno; il che, almeno per quanto avveniva a Padova, mezzo secolo fa, si risolveva in una soppressione, pari pari, dello studio del processo. Più cenerentola di così!

Oggi, certo, le cose sono mutate. Il distacco dei due insegnamenti, del diritto penale materiale e processuale, è stato un evento felice. Né, s'intende, contraddice affatto alla loro fondamentale unità: non è invero, come si suole, sul terreno dell'autonomia che la questione si deve risolvere. Codesta, dell'autonomia, è una formula ambiziosetta, con la quale gli specialisti di certi studi sogliono celebrarne, se non proprio esagerarne, l'importanza, quasi sempre allo scopo d'ottenere che formino oggetto d'un insegnamento particolare; né questa, in massima, è punto una cattiva cosa ma la sua ragione non deve cercarsi nell'autonomia, che non c'entra quasi mai, sibbene, più modestamente, in quell'insopprimibile esigenza dell'analisi, la quale ci costringe a guardar separatamente, a costo, purtroppo, di deformarla, i diversi lati della realtà. Reato e pena sono, precisamente, come s'è detto tante volte, testa e croce d'una

stessa moneta; e a niuno viene in mente di sostenere che siano autonome l'una rispetto all'altra, la testa e la croce; ma è pur vero che il soldo, da una parte e dall'altra, non si può insieme vedere.

Esiste dunque oggi, anche sui quadri ufficiali, che sono poi i quadri universitari, una scienza processuale penale; ma qual'è, rispetto alle sorelle, la sua posizione? Quanto al diritto penale, certamente, un' inferiorità, i cui segni o simboli, si potrebbero dire, sono parecchi e manifesti.

Dal lato della quantità, anzitutto. Perché, in quel quadro, all'insegnamento del diritto è assegnato un biennio e a quello del processo un anno soltanto? A giudicare con semplicità si direbbe che, nel binomio, reato e pena s'equivalgono, come la testa e la croce, nel soldo, occupano la medesima superficie. Ma ecco che al diritto processuale penale non s'usa affatto attribuire l'intero istituto della pena, il che non da altro dipende se non da un'ingiusta spartizione, per cui, nell'atto del dividere l'eredità, la sorella maggiore s'è fatta la parte del leone. La vicenda, sotto questo profilo, somiglia a quella del diritto processuale civile: anche i cultori di quest'ultimo hanno dovuto rivendicare e ancora stanno rivendicando, non senza contrasto, istituti, il cui carattere processuale era nascosto sotto una patina civilistica inveterata. Un'*actio finium regundorum*, in corso oramai da tempo tra il diritto e il processo civile, deve pure nei rapporti fra processo e diritto penale essere promossa: nella recente prolusione romana io ne ho formulato il libello e m'aspetto dai compagni di lavoro un valido aiuto, in confronto, s'intende, proprio come accadde per il processo civile, non solo del diritto penale materiale ma altresì del diritto amministrativo, al quale dovremo contendere strenuamente quella che si chiama l'esecuzione penale.

Non solo, così, nella riconquista del suo *avere* la scienza del processo civile si trova, rispetto all'infelice sorella, in una posizione più avanzata, ma pure nella ricognizione del suo *essere*. Ormai, in confronto con il diritto civile, la scienza del processo ha rivendicato fortunatamente non solo molti e pregevoli beni, ma prima di tutto il suo nome: *diritto processuale civile*, infatti, da tempo si chiama, in piena parità col diritto materiale, e così afferma il suo carattere e la sua dignità; ma è assai più frequente il caso che, invece, alla scienza del processo penale si conservi la vecchia denominazione. Inezie? Questione di moda, tedesca o fran-

cese? Senza dubbio, ciascuno dei due nomi viene di là, Berlino o Parigi; ma essi sono la formula d'una diversa concezione, scientifica o empirica, dello studio del processo. Tra noi italiani, che possiamo riconoscere i meriti del pensiero giuridico tedesco non foss'altro perché i benefici che ne ricevemmo sono da tempo in corso di restituzione, non v'è uno studioso solo, il quale non sappia che cosa per il processo civile stia sotto codesta questione di apparente terminologia. Certo anche in penale dagli studiosi più autorevoli, Massari o Manzini, Vannini o Sabatini, De Marsico o Grispiqui la formula più moderna è stata adottata; ma (o m'inganno?) più per imitazione del diritto processuale civile che per una energica affermazione di parità.

Al qual proposito, sul tema de' rapporti, non più tra diritto penale materiale o processuale, ma tra diritto processuale, civile o penale, è difficile negare alla scienza del processo civile in confronto con la scienza del processo penale, direbbero gli inglesi, una *leading position*. Nessuno che legga, spassionatamente, Chiovenda o Massari, voglio dire i più bei nomi nell'uno o nell'altro campo, può sottrarsi all'impressione che il cultore del processo penale sia dall'altro condotto per mano. Certo anche la scienza del diritto penale ha, da ultimo, percorso un buon tratto di strada; ma il progresso, nove su dieci, consiste nell'adattamento ai suoi fenomeni dei concetti costruiti per lo studio del processo civile. Qui veramente il Bettiol avrebbe ragione di parlare di *pancivillismo*, se la sua attenzione si volgesse, con molto nostro profitto, dal reato al processo. In una parola, la teoria del processo penale è ancora in una fase di netta dipendenza dalla teoria del processo civile: dove si tenta di superare l'empirismo, servono quasi esclusivamente degli schemi importati. D'una lavorazione indigena non dico che non ci siano tracce ma sono quasi irrilevanti; e tanto meno d'una esportazione dal campo del processo penale a quello del processo civile.

Cenerentola, giusto, si contentava delle vesti smesse dalle sue più fortunate sorelle.



Contro codesta situazione infelice verrà, presto o tardi, il momento di reagire. Ma la condizione affinché venga è cercare di spiegarla. Cenerentola, va bene; ma perché? Se ne potrebbe tro-

vare, in principio, una ragione storico materialistica, che forse ci avvierà al centro del problema.

Non è vero che, in fondo, confrontato con quello del processo penale, è lo stesso ambiente del processo civile a dare un' impressione di superiorità? Scritture accurate, discussioni pacate e soprattutto, almeno all'apparenza, persone pulite; il processo penale invece, inquieto, rissoso, torbido, sporco perfino, è un poco la *corte dei miracoli* nel palazzo di giustizia. Il regno degli straccioni, insomma; dall'altra, se non dei ricchi, almeno degli agiati. Che meraviglia se al governo di questo, in luogo di quello, aspirano i tecnici migliori e al suo studio i più promettenti scienziati?

Vogliamo cercar di penetrare un poco oltre codesta apparenza? Certo la ricchezza, a vederla, è più gradevole della povertà; ma sotto cosa c'è? Senza dubbio il processo civile, nove su dieci, è un processo di *abbienti*; quando uno dei due non ha, aspira, almeno, ad avere. È il processo *del mio e del tuo*. La posta del giuoco è la *proprietà*. E quando si tratta del mio o del tuo gli uomini non lesinano tempo né fatica. Nel processo penale, invece, di che si tratta? La risposta, che al luogo della proprietà mette la libertà, viene in mente ad ognuno; ma siamo sicuri di non cadere in equivoco nell'uso di questa solenne parola? Nove su dieci tra coloro, che rispondono così, intendono che il rischio è quello o di tornarsene nella propria casa o d'esser rinchiusi in prigione; e in quest'ultima ipotesi fanno consistere la perdita della libertà. Il primo dei compiti della scienza del processo penale è, invece, d'insegnare a capovolgere codesto ragionamento; ossia il primo de' concetti, ch'essa ha da chiarire, e forse da costruire, è il concetto di *libertà*. Ci accorgeremo allora, il giorno in cui questo compito sarà adempiuto, che finora, come in tanti altri settori, la realtà è da noi stata veduta a rovescio: il reo non è un libero, a cui la condanna toglie, ma un servo, a cui restituisce o almeno cerca di restituire la libertà. La quale è dunque veramente la posta del processo penale, ma in senso addirittura inverso a quello pigramente ritenuto dall'opinione comune: al giudice penale si chiede, come al giudice civile, qualcosa che ci manca e di cui non possiamo fare a meno; ed è assai più grave il difetto di libertà che il difetto di proprietà. Il giudice penale, come il giudice civile, riconosce o dovrebbe riconoscere a ciascuno *il suo*; ma questo è il *suo essere* in luogo del *suo avere*.

Ora s'è finita di svolgere, in questa formula, la distinzione

profonda tra i due processi, civile e penale, anzi fra i due diritti: in civile si contende dell'*avere* e in penale dell'*essere*. E così s'è chiarito il perché dell'interesse degli uomini per l'uno e del disinteresse per l'altro. Noi siamo sempre coloro *qui habent oculos et non vident, habent aures et non audiunt*. Chi tra noi riesce a pregiare piuttosto l'essere che l'avere? Perfino al giovane buono, ligio a tutti i comandamenti della legge di Dio, quando il Maestro l'ha invitato per conquistare l'essere a lasciare l'avere, è mancata la forza di seguirlo. Dei due verbi, che contengono tutto il sapore della vita, uno, che dovrebbe essere il servo, occupa nel cuore degli uomini il posto del padrone; l'altro, che dovrebbe essere il padrone, vi è trattato come un servo.

Dopo ciò, che alla scienza del processo penale sia riserbata la sorte di Cenerentola, potrà meravigliare alcuno?



Non ho, a questo proposito, alcuna intenzione di scusare, anzi di non accusare me stesso. Nella prefazione alle *Lezioni di diritto penale* ho confessato che il diritto penale è stato sempre il mio amore segreto; ma perché così tardi mi vi sono dedicato? Il civilista a Padova, era Polacco e il penalista Tuozi; codesti due nomi possono spiegare molte cose, ma non tutte. Anche su di me, al fondo, per lungo tempo l'avere ha esercitato la sua tentazione. Anch'io mi sono impregnato dell'orgoglio del civilista; ingenuamente persuaso che la vera scienza del diritto sia la sua.

Poi è venuto il tempo, in cui dovevo aprire gli occhi. Curioso che l'inizio di questo tempo, coincida, su per giù, coi primi tentativi scientifici sul terreno del diritto penale! Mi colpì, allora, il confronto, non tanto fra i due processi quanto fra i due atti, civile e penale, negozio e reato. Ne venne fuori quella *Teoria generale del reato*, nella quale debbo riconoscere, più che un tentativo di sintesi superante i due concetti particolari, un adattamento del reato negli schemi elaborati per il negozio dalla scienza del diritto civile. Codesto tentativo io non ho alcuna ragione di rinnegare, ma debbo tuttavia metterlo al suo posto: è stato un punto di partenza, non un punto d'arrivo; sarebbe assurdo che me ne pentissi, poiché senza poggiare il piede su uno scalino io non riesco a salire; ma certo bisognava superarlo. Il quale superamento, se non erro, s'è avverato nella *Teoria generale del diritto* e, più

tardi, nelle *Lezioni di diritto penale*, e dopo, ancora, nella nuova edizione della *Teoria*, dove, finalmente, la sintesi si comincia a delineare: chi confronti la seconda edizione con la prima e ancor più, quanto alla teoria dell'atto, con la *Teoria generale del reato*, s'accorrerà che non v'è più un trasferimento di concetti civilistici nel campo penale e neppure uno scambio tra un campo e l'altro, ma un apporto dall'uno e dall'altro a un piano veramente superiore.

Questa, se non m'inganno, è la strada per far avanzare a un tempo la scienza del processo in generale e la scienza del processo penale in particolare. Cenerentola è una buona sorella, alla quale non passa per il capo di levarsi dal suo cantuccio per confinare le altre al posto suo; non è dunque una pretesa di superiorità, che essa opponga alle scienze contigue, ma un'affermazione di parità, solamente. Al postutto, dal modo come si sono delineati sinora i rapporti tra i due processi, anzi tra i due diritti, civile e penale, ne emerge nettamente l'opposizione; e l'opposizione si risolve nell'uguaglianza. Niuna delle due scienze deve vivere a spese dell'altra; piuttosto l'una e l'altra si debbono rendere mutui servigi. Se lo studio del processo penale ha contratto certi debiti verso la scienza processuale civile, presto sarà in grado di pagarli ad usura. Né la teoria generale del processo può prescindere dai contributi della coltivazione di quel territorio del processo penale, che presenta, già al primo sguardo, una incomparabile fecondità. A tal fine una preparazione civilistica è preziosa ma piuttosto che a capire ciò che il processo penale è, serve a capire ciò che esso non è.

A quest'opera vorrei dedicare gli ultimi anni della mia vita. Vecchio però, ormai, come sono, può darsi che tutto si riduca, da parte mia, ad uno squillo per chiamare i volonterosi all'adunata. Ma non fosse che un'invocazione dell'inesauribile genio italiano affinché risorga, come in ogni altro settore del pensiero, anche in questo, già sacro alla memoria di Cesare Beccaria e dei suoi generosi compagni, non sarà gettata al vento. Le condizioni nostre, forse, non sono molto dissimili da allora. Anche oggi il corpo dell'Italia, come allora, è prostrato e piagato. Ma è bastato, allora, un piccolo libro affinché il pensiero italiano balzi, ancora una volta, sulle vie della civiltà, alla testa del mondo.

FRANCESCO CARNELUTTI

---

## IL MISTERO DEL PROCESSO (\*)

---

Narrano le storie che il 2 settembre 1792, mentre il Tribunale rivoluzionario, da pochi giorni costituito (aveva al suo attivo soltanto tre teste), giudicava il maggiore Bachmann, della guardia svizzera del Re, un rumore sordo e lontano invase la grande sala delle udienze, che prendeva il nome da San Luigi.

Chiamata a raccolta da radi colpi di cannone — quel cannone che nella fantasia del poeta doveva un secolo dopo diventare « ammonitore » — una folla immensa, la folla di tutte le rivoluzioni, emergeva dai bassifondi e si riversava sulle rive e sui ponti della Senna. Erano le tre del pomeriggio, e la giornata era limpida e calda. Impassibili, i giudici si apprestano a interrogare alcuni soldati svizzeri, arrestati anch'essi del 10 agosto, che dalle carceri rigurgitanti sono stati condotti per rendere testimonianza contro il loro capo. Verso le quattro e mezza, il rumore si fa più vicino e insistente, sembra quasi salire dallo stesso Palazzo. Un usciere del Tribunale — le cronache ne hanno conservato il nome — si affaccia ad una finestra, sul cortile degli uomini delle carceri sottostanti, ed una spaventosa visione si offre ai suoi sguardi. Un'orda di sanculotti, eccitati da qualche mestatore, aveva forzato i cancelli, e armata di scuri, di pugnali, di picche, trascinava quanti prigionieri trovava in mezzo al cortile, davanti ad un improvvisato tribunale del popolo, e là ne faceva orribile scempio. Come i disgraziati, in preda al terrore, si erano rifugiati dentro le celle, e là si erano barricati, rompono le porte, e colpendo ciecamente e furiosamente li abbattono l'uno sull'altro, misero ammasso di carni sanguinolente. Né le lotte, né gli urli, né i singhiozzi, né gli appelli disperati, né il rumore dei colpi e delle porte divelte, le teste schiacciate, i petti squarciati, il sangue che scorre a rivi, l'orrore, che da questa arena di massacro monta, con l'odore della carneficina, verso le finestre, nulla interrompe o ritarda l'udienza

---

(\*) È il testo di una conferenza tenuta nell'Università di Catania il 4 aprile 1949.

che si svolge davanti al Tribunale, nella sala denominata da San Luigi.

D'improvviso, tra la folla imbestialita corre la voce che gli svizzeri del re sono nella sala delle udienze. Con urla immani balzano su per le scale, attraversano stanze e vestiboli, venerabili per antichi ricordi, e appalano sulla soglia, i cenci e le armi grondanti di sangue. Lo spavento è tale, che gli svizzeri si gettano a terra, strisciando sotto le panche per sfuggire alla caccia.

L'accusato Bachmann, solo, poiché sicuro di morire, che sia per fatto dei giudici o per fatto di questi assassini, discende dalla poltrona ove da trentasei ore è seduto, e si presenta alla sbarra come per dire: uccidetemi. Avvenne un fatto mirabile. Il Presidente Lavau ferma d'un gesto gli invasori: con poche energiche parole intima « di rispettare la legge e l'accusato che è sotto la sua spada ». Si vedono allora i massacratori, in silenzio, ripiegare docilmente verso la porta. « Essi hanno compreso — commenta Lenotre, *Le tribunal révolutionnaire*, Paris 1947, pag. 52, dal quale raccogliamo l'episodio — che l'opera che essi compiono là in basso, le maniche rivoltate e la picca tra le mani, questi borghesi in mantello nero e cappello a piuma la perfezionano (la parachèvent) sui loro seggi ».



La triste vicenda si offre come un mistero doloroso alla contemplazione del giurista. È vicenda di ieri; ma è anche la vicenda di oggi, e sarà la vicenda di domani, poiché certo non ci si può illudere che il fragile articolo della nuova costituzione che vieta di istituire tribunali o giudici straordinari impegni la storia e valga a mutarne il corso sanguinoso. Queste promesse che gli uomini, paurosi l'uno dell'altro, si scambiano in una carta più o meno solenne sono come le promesse di eterna fedeltà nell'amore: valgono finché valgono *rebus sic stantibus*, finché la natura, la passione, la follia non prendono il sopravvento. Ma nell'episodio che abbiamo narrato, e nelle parole con le quali lo storico lo commenta, il dramma ha quasi la fissità di una favola, l'azione è come fermata nel cerchio di una lanterna magica, o, se vogliamo mantenere il senso religioso di orrore, nel quadro di una *via crucis*.

Due gruppi di uomini stanno l'uno di fronte all'altro, nella sala San Luigi. Di uno di essi, quello sulla soglia, non si può nutrire alcun dubbio: sono degli assassini. Hanno le mani arrossate

di sangue, i cenci lordi di sangue, sangue chiedono ancora con gli occhi fissi sui poveri prigionieri di là dalle sbarre. Ma l'altro, gli altri uomini? Se si interroga l'uomo della strada non esiterà a dire che anch'essi sono degli assassini: e del resto come tali li indica lo spirito popolare, quando muta il nome di *Palais de Justice* in quello di *Palais où l'on condamne*. E sono degli assassini perché sono le stesse persone, distinte appena da un mantello nero e da un cappello piumato: e se dicono « l'accusato è sotto la spada della giustizia » essi vogliono dire soltanto, e sono subito intesi, « lasciatelo stare, ci pensiamo noi ad ammazzarlo ». Sulla sostanza delle cose, che non è poi se non la valutazione morale, sarebbe vano discutere. Eppure il giurista, che contempi con puro occhio di giurista, l'orribile scena, sente che la valutazione morale non basta a penetrarne l'essenza, e una folla di domande preme contro il suo spirito riluttante, quasi direi contro la sua stessa coscienza.

Se gli uni e gli altri sono degli assassini, perché questi, che potrebbero impunemente uccidere con l'azione diretta, uccidono attraverso un processo? Ma questo è veramente un processo? E se è un processo, che cosa è allora l'altro processo, quello al quale pensiamo quando parliamo di giustizia e di diritto? E, in definitiva, che cosa è il processo? Domande alle quali forse è impossibile rispondere, ma alle quali una risposta bisogna pur dare, se non vogliamo concludere la nostra vita di studiosi con l'amara impressione di aver perduto il nostro tempo intorno ad un vano fantasma, a un'ombra che abbiamo trattato come una cosa salda.



Difficile rispondere: difficile persino tracciarsi una linea logica per giungere alla risposta.

Ma vediamo. Questa gente vuole uccidere attraverso un processo. Quale sia il motivo contingente e occasionale per cui preferisca all'uccisione diretta il processo ci possiamo dispensare dall'intendere: l'esperienza moderna di siffatto genere di cose ci avverte che l'interesse che determina l'atroce opzione non è riconducibile a principi o categorie: *manet alta mente repositum*. Ma quel che importa è che vuole uccidere attraverso un processo: dunque vuole un processo, vuole « il processo ».

Ora, questo fatto mi pare di una importanza capitale, che naturalmente sfugge a coloro che vogliono uccidere attraverso il pro-

cesso: e l'importanza sta in ciò, che il processo è un atto essenzialmente e per definizione antirivoluzionario, è un momento eterno dello spirito, e chi fa la rivoluzione non può volerlo senza in qualche modo negare sè stesso. Danton, forse, lo sentiva e lo esprimeva in termini brutali, quando, nel processo del re, per trascinare i dubbiosi, i non rivoluzionari, e aggiogarli al carro sanguinoso della rivoluzione, gridava dalla tribuna: noi non vogliamo giudicare il re, vogliamo ammazzarlo (1).

Fermiamo questo primo dato: vedremo in seguito come la contraddizione si componga nel pensiero e nell'atto rivoluzionario. Prima però bisogna presentarsi due obiezioni quasi antiteti che l'una all'altra, che, se riconosciute valide, ne infirmerebbero la consistenza.

Si potrebbe infatti osservare che il carattere antirivoluzionario, il momento eterno, come sopra abbiamo detto, non è specifico del processo, ma si ritrova già nella legge che precede il processo. E in realtà, vi è qui un aspetto di vero, perché la legge, in sè e per sè considerata, non è compatibile con l'atto rivoluzionario; anche chi vuole una legge, nega la rivoluzione. Ma se si penetra a fondo lo sguardo non si stenta a vedere che la verità è più apparente che reale o almeno più formale che sostanziale: perché essa si riferisce non già alla legge come contenuto, ma alla legge come forma, come strumento. Il contenuto della legge è sempre un comando: e il comando è per definizione un atto arbitrario, un atto di onnipotenza e come tale non può non essere rivoluzionario rispetto a un atto anteriore, a un ordine anteriore. Come tale anche si sottrae ad ogni critica che non sia quella politica o morale, perché la critica sotto il profilo giuridico appartiene, se del caso, ad un momento precedente, a quello dell'usurpazione del potere, del sovvertimento delle forme imposte da un dato ordinamento per costituire la legge.

Si dirà — e così si passa alla seconda obiezione — che il contenuto della legge, il comando rivoluzionario, sia di natura tale che il processo non possa che portare all'attuazione del comando medesimo, cioè all'uccisione. Il giudice ucciderebbe perché la legge gli impone di uccidere: il momento dell'assassinio legale non sarebbe nel processo ma nella legge; per dirlo in termini moderni, si tratterebbe di una questione di diritto sostanziale, non pro-

(1) Gascotte, *Le révolution française*, pag. 284.

cessuale. Se questo fosse vero, il problema da noi posto non esisterebbe neppure. E che un elemento di vero ci sia, non si può certo negare, perché la legge è indubbiamente un dato che si impone al giudice, e del quale egli non può non tenere conto: ma non è più che un elemento, perché la falsità del sillogismo giudiziale non ha più bisogno di essere dimostrata, perché se fosse più che un elemento il legislatore non avrebbe bisogno di istituire i tribunali rivoluzionari, dopo aver dettato la legge rivoluzionaria. La realtà è che chi uccide, non è il legislatore ma il giudice, non è il provvedimento legislativo, ma il provvedimento giurisdizionale. Onde il processo si pone con una sua totale autonomia di fronte alla legge e al comando, un'autonomia nella quale e per la quale il comando, come atto arbitrario di imperio, si dissolve, e imponendosi tanto al comandato quanto a colui che ha formulato il comando trova, al di fuori di ogni contenuto rivoluzionario, il suo « momento eterno ».

Di questa autonomia, che sembra poggiare, ed effettivamente poggia su basi metagiuridiche, l'esperienza ci mostra la indistruttibile verità, e proprio l'esperienza del tribunale rivoluzionario, di quel tribunale creato apposta per distruggerla e per negarla. Coloro che il 17 agosto 1792 avevano votato la legge istitutiva di quel tribunale non avevano certo coscienza che quella legge comportava due volontà, non una sola: la volontà del processo, cioè che il comando rivoluzionario venisse attuato mediante un processo, e la volontà della forma rivoluzionaria di quel processo. Quest'ultima era certo la sola volontà, che li animava, o di cui avessero coscienza, poiché in sostanza essi non volevano il processo, o volevano un non-processo: ma il processo, una volta istituito, vive di vita propria, o almeno tende a vivere, e si ritorce come una serpe contro colui che l'ha allevata. Non dovevano infatti passare molti mesi, e i risultati del tribunale del 1792 già apparivano derisori a coloro che l'avevano istituito (vero è che l'insurrezione del 4 settembre lo aveva privato della materia prima, perché quasi tutte le teste disponibili erano state tagliate con l'azione diretta); ed ecco profilarsi l'esigenza di un nuovo tribunale, che sarà quello del marzo 1793, e di cui si dirà esplicitamente, per bocca di Danton, che avrà per unico scopo di prevenire il rinnovarsi dei massacri del settembre, cioè, come ben commenta uno storico, di sostituirli legalmente. In questo nuovo tribunale, che comporterà dei giurati nominati dalla Convenzione, il processo sembra definitivamente

sopraffatto, e ridotto ad una pura farsa, a una mera parodia di giustizia: ma il processo è duro da morire, non si può volerlo e non volerlo nello stesso tempo, e non passeranno molti mesi durante i quali tante teste cadranno, e una di queste, tanto per ricordare l'episodio più grottesco, per l'assassinio di una persona che era venuta a deporre personalmente all'udienza, non passeranno molti mesi, dico, che il tenebroso Fouquier-Tinville, dopo il quinto giorno dall'inizio del processo dei Girondini, scriverà alla Convenzione: « Noi siamo arrestati dalle forme che prescrive la legge... Questo processo sarà dunque interminabile. D'altra parte ci si chiede che bisogno c'è di testimoni (*pourquoi des témoins?*). La Convenzione, la Francia intera accusa gli imputati; ciascuno ha nella sua anima la convinzione che essi sono colpevoli; il tribunale non può nulla fare per sé stesso, egli è obbligato a seguire la legge; spetta alla Convenzione far sparire tutte le difficoltà che inceppano il suo cammino ». E la Convenzione, su proposta di Robespierre, dà un giro di vite, come si direbbe nel linguaggio del cinismo moderno, e vota subito un decreto per cui « se un processo si prolunga per tre giorni, il presidente aprirà la seduta successiva chiedendo ai giurati se la loro coscienza è sufficientemente rischiarata (*suffisamment éclairée*). Se i giudici rispondono di sì, si procederà alla sentenza ». Esiste ancora il processo? Si direbbe che qui del processo veramente non rimanga più nulla, che qui veramente la legge uccida e non il giudice. Eppure non sarà così. Gli dei hanno sete, ma il processo è pur sempre uno schermo, sottile quanto si vuole, che impedisce di raggiungere il liquido sanguinoso. Certo non si sentirà questo schermo quando si tratterà di far cadere alla rinfusa le oscure teste degli infelici che sono rimasti impigliati nell'ingranaggio: ma già viene il giorno in cui, seguendo il moto necessario di tutte le rivoluzioni, gli stessi dei, uno dopo l'altro, si avvicenderanno sui fatali gradini del Tribunale. E sarà la volta di Danton e dei suoi complici. I piccoli uomini, ai quali è affidato il compito di ammazzare il tribuno, vedono allora con terrore lo schermo rizzarsi davanti a loro. Invano Fouquier-Tinville ricorre al misero espediente di far ritardare l'apertura delle udienze, perché i tre giorni del famigerato decreto si riducano a poche ore: i giurati possono sempre rispondere — e tutto lascia prevedere che sarà così — di non essere « *suffisamment éclairés* ». Un rischio immenso che comporta forse la testa degli accusati e dei giudici. Ed ecco ancora Fouquier

che scrive alla Convenzione la cupa lettera: « Cittadini rappresentanti, una terribile tempesta romba da quando la seduta è cominciata. Gli accusati, come forsennati, reclamano l'audizione di testimoni a discarico ... Noi vi invitiamo a tracciarci definitivamente la nostra condotta su questo reclamo, poiché l'ordine giudiziario non ci offre alcun mezzo di motivare un rifiuto ». La risposta sarà un decreto della Convenzione che metterà gli accusati fuori processo (*hors des débats*): il primo annuncio di quella che sarà la legge del 22 pratile, per cui interrogatorio, testimonianza, difesa, tutto sarà tolto di mezzo, ma soprattutto saranno tolti di mezzo i giudici deboli, *faibles* (l'accusatore pubblico li aveva segnati con una piccola *f* dopo l'esecuzione di Danton) che impedivano al processo di morire.

Chiuso nella sua cella, in quelle poche ore che dovevano trascorrere fra la condanna e l'esecuzione, Danton si accusa di aver fatto istituire il Tribunale rivoluzionario, e ne chiede perdono a Dio e agli uomini. Egli non ha certo il tempo di pensare queste povere cose che noi pensiamo e di rendersi conto che per uccidere lui era stato necessario uccidere prima anche quella larva di processo che egli aveva creato. Sotto il profilo morale, che nel momento supremo solo rileva, il decreto della Convenzione rientrava nella logica di quel processo, e Dio certamente avrebbe respinto la distinzione come un cavillo. Più tardi però, quando suonerà l'ora dell'espiazione e Fouquier-Tinville sarà a sua volta trascinato davanti ai giudici, il vecchio uomo di legge troverà, quasi per fiuto, che in quella distinzione sta la sua salvezza, e cercherà di coprire col processo, col valore eterno del processo, le sue malefatte. « Voi mi rendete responsabile dei giudizi, egli grida. Se si attaccano i processi, io non posso più rispondere ». Ma è proprio il processo — quel processo che si rivoltava contro di lui nelle ore più tragiche del terrore — che oggi risorge dalle sue ceneri, che reclama, di fronte a Dio e agli uomini, la sua condanna.



Vogliono il processo, e lo vogliono, si badi, veramente, con tutte le implicazioni che esso comporta. Si direbbe anzi paradossalmente che è l'unica cosa che veramente vogliono, perché è l'unica che possono non volere: l'uccisione, la strage ben potreb-

bero essi consumarla e giustificarla — e così gli spiriti meno spregiudicati la giustificano — come una immensa misura di sicurezza, che non ha bisogno di appellarsi alla giustizia per distinguersi dall'assassinio. Capograssi, in una di quelle private conversazioni che impegnano sempre, anche sul più umile oggetto, le cose supreme, osservava che il processo rivoluzionario non è che un delitto il quale si svolge tutto nelle tenebre, meno un piccolo tratto, un tratto « scoperto ». Ma è in questo piccolo tratto scoperto, in questa piccola zona di luce che si affisa la mente del giurista, cercando di penetrarne il mistero, oltre la chiara, troppo chiara apparenza delle cose.

Negli anni della mia primavera — poiché anche i giuristi hanno una primavera — mi accadde di dover ragionare intorno al problema del cosiddetto « scopo del processo ». È un problema fondamentale, un problema centrale, in cui due concezioni e due mondi si oppongono e si urtano, l'attuazione della volontà della legge, da un lato, e dall'altro la difesa del diritto soggettivo, la concezione pubblicistica e la concezione privatistica del processo, con imponenti riflessi anche sul terreno della pratica. E ragionando con la temerità propria dei giovani anni, io dissi allora che il problema era mal posto, addirittura non esisteva, perché semplicemente il processo come tale non aveva scopo, se anche uno naturalmente potevano e dovevano averne le persone che agivano nel processo e gli atti nei quali la loro azione si concretava. Ho chiesto molte volte, come Danton, perdono a Dio e agli uomini di tanto coraggio; ma oggi fissando quel piccolo « tratto scoperto » l'intuizione giovanile riaffiora e si impone alla matura esperienza, se pur non è l'esperienza, come spesso accade, che si risolve nella giovanile intuizione. In realtà, lo scopo di un atto, non sembra si debba convenirne, è qualcosa che sta necessariamente fuori dell'atto, rappresenta l'inserirsi dell'atto nella vita pratica, e come tale è indispensabile all'atto, che privo dello scopo non sarebbe neppure un atto: la stessa legge riflette questa verità quando profila l'inidoneità dell'atto a raggiungere il suo scopo. Ma il processo? Ha il processo uno scopo? Non si dica, per carità, che lo scopo è l'attuazione della legge, o la difesa del diritto oggettivo, o la punizione del reo, e nemmeno la giustizia o la ricerca della verità: se ciò fosse vero sarebbe assolutamente incomprensibile la sentenza ingiusta, e la stessa forza del giudicato, che copre, assai più che la terra, gli errori dei giudici. Tutti questi

possono essere e sono gli scopi del legislatore che organizza il processo, della parte o del pubblico ministero che in concreto lo promuove, non lo scopo del processo. Se uno scopo al processo si vuole assegnare questo non può essere che il giudizio; e *processus iudicii* infatti era l'antica formula, contrattasi poi, quasi per antonomasia, in *processo*. Ma il giudizio non è uno scopo esterno al processo, perché il processo non è altro che giudizio e formazione di giudizio: esso dunque se ha uno scopo, lo ha in sé stesso, il che è come dire che non ne ha alcuno. Veramente processo e giudizio sono atti senza scopo, i soli atti della vita che non hanno uno scopo.

Paradosso? No, non è un paradosso; è un mistero, il mistero del processo, il mistero della vita. Se noi contempliamo il corso della nostra esistenza, — il breve corso della nostra vita individuale, il lungo corso della vita dell'umanità — esso ci appare come un susseguirsi, un intrecciarsi, un accavallarsi di azioni, belle o brutte, buone o cattive, sante o diaboliche: la vita stessa anzi non è altro che l'immenso fiume dell'azione umana, che sembra procedere e svolgersi senza una sosta. Ed ecco, a un dato punto, questo fiume si arresta; anzi ad ogni istante, ad ogni momento del suo corso si arresta, deve arrestarsi se non vuole diventare un torrente folle che tutto travolga e sommerga: l'azione si ripiega su sé stessa, e docilmente, rassegnatamente si sottopone al giudizio. Perché questa battuta di arresto è proprio il giudizio: un atto dunque contrario all'economia della vita, che è tutta movimento, tutta volontà e tutta azione, un atto antiumano, inumano, un atto veramente — se lo si considera, bene inteso, nella sua essenza — che non ha scopo. Di quest'atto senza scopo gli uomini hanno intuito la natura divina, e gli hanno dato in balia tutta la loro esistenza. Di più: tutta la loro esistenza hanno costruito su quest'unico atto. Secondo il nostro credo, quando la vita sarà finita, quando l'azione sarà conclusa, verrà Uno, non per punire, non per premiare, ma per giudicare: *qui venturus est iudicare vivos et mortuos*.

Giudicare, non punire. Punire può chiunque, perché il punire non è che azione, brutale azione. Punisce Minosse, avvinghiando la coda: ma il giudizio, quando l'anima si presenta di fronte a lui, è già compiuto, in una sfera nella quale egli, demone, non può penetrare.

Il principio *nulla poena sine iudicio* non esprime soltanto un'esigenza pratica, di giustizia, ma una necessità ontologica. A questo

punto però, e quasi per una inversione della sua natura divina, il giudizio ci presenta un altro volto, che non è meno misterioso del primo, e forse più tenebroso. Il principio *nulla poena sine iudicio* sembra capovolgersi: se il giudizio è necessario alla pena la pena appare necessaria al giudizio: *nullum iudicium sine poena*. Si direbbe anzi che tutta la pena è nel giudizio, che la pena azione — il carcere, il carnefice — interessino soltanto in quanto sono, per così dire, prosecuzione di giudizio (si pensi al termine *giustiziare*). Chiovenda ha parlato del processo come fonte autonoma di beni: si potrebbe con più realismo parlare del processo come fonte autonoma di mali: e Carnelutti mi pare che nella sua possente intuizione lo abbia visto quando ha parlato di risoluzione della pena nel processo, fino a trarne la sconcertante conseguenza che la sentenza di assoluzione è la confessione di un errore giudiziario. Comunque, tutti abbiamo l'esperienza che nulla sta a cuore degli uomini come la vita del criminale o del supposto criminale che essi vogliono sopprimere attraverso il giudizio, nulla più li delude come il giustiziando che previene il giudizio col suicidio, e la storia è piena, ahimè, di esempi antichi e forse recentissimi di suicidi giustiziati.

La ragione immediata di questo singolare fenomeno, la ragione deteriore, direi, e quella della quale solo forse gli uomini sono coscienti, sta nell'originario e tuttavia permanente nucleo di vendetta dal quale si è svolta la giustizia. Ma la ragione vera, la ragione essenziale, è ben più profonda; ed è che nulla gli uomini aborriscono come il giudizio, quest'atto senza scopo che hanno messo al centro della loro esistenza. Ciascuno è intimamente innocente: e il vero innocente non è colui che viene assolto, bensì colui che passa nella vita senza giudizio. Ma ne aborriscono per la stessa ragione per la quale a loro volta vogliono giudicare: perché giudicare significa postulare l'ingiustizia di un'azione, invocare quindi il giusto contro di essa. Ciò non è avvertito di solito nei comuni processi, ma genuinamente si rivela nei processi così detti politici, in cui sembra che due giusti si contrappongano, che distinguere il giusto dall'ingiusto non si possa talora se non sulla linea della forza, in cui non si sa più chi sia l'accusato e chi l'accusatore, e l'assoluzione dell'accusato si risolve in una condanna, spesso non solo morale, dell'accusatore. Quel che importa insomma non è che cada la testa, ma soltanto che se cade io sono nel giusto: quindi quel che importa è il giudizio. Per questo, per la

istanza di giustizia, e diciamo pure di divina giustizia, che è nel giudizio, fu detto: non giudicate. Ma per questo anche il giudizio (il domandar ragione a questo giusto, come ben senti Dante) è una pena, è la sola vera pena. Il genio di Biagio Pascal ha fissato per sempre questa verità in un sublime pensiero: « Gesù Cristo non ha voluto essere ucciso senza le forme di giustizia, perché è ben più ignominioso morire attraverso un giudizio che per una sedizione ingiusta ».



Vogliono giudicare perché senza giudizio non c'è pena, perché vogliono essere giusti, in una parola, perché riconoscono nel giudizio un momento eterno, di fronte al quale si arresta il loro moto convulso. Il loro dramma somiglia a quello dell'ateo, che non può negare Dio senza ad un tempo affermarlo. Ma se questo dramma si svolge nei freddi domini dell'intelletto, e quindi può essere lasciato tranquillamente senza soluzione, il dramma che noi osserviamo si svolge sotto il segno tempestoso dell'azione e nell'azione trova, come nel taglio della spada di Alessandro, il suo scioglimento. Dall'azione infatti la rivoluzione si trasporta nel giudizio, e l'antitesi inconciliabile si compone nella formula: giudizio rivoluzionario, processo rivoluzionario, tribunale rivoluzionario.

Non abbiamo bisogno dopo quanto s'è detto, di dimostrare che la formula è priva di senso. Se il giudizio è giudizio, non è rivoluzionario; se il giudizio è rivoluzionario, non è giudizio. Ma è proprio da questa formula che sorge il problema più angoscioso: perché essa trasferisce brutalmente — a chi voglia considerarla senza passione — dalla teoria alla pratica il mistero del processo. In verità, di fronte alle nostre speculazioni, l'uomo della rivoluzione, può farsi anche a sua volta speculatore, e dirci: « Voi avete perfettamente ragione. Io mi sono sbagliato: questo non è un giudizio rivoluzionario, è semplicemente un giudizio. Anzi questo è il giudizio ». *Quid est veritas?* La domanda di Pilato si risolve perfettamente nell'altra: *quid est processus?*

Badate bene: l'uomo della rivoluzione francese non avrebbe parlato mai in questo modo. Quei buoni borghesi si erano messi a tagliare le teste, ma senza averne la vocazione: e come sono numerose le testimonianze della loro pietà, così è sicura, attraverso le testimonianze, la coscienza che essi avevano della mo-

struosità dei loro processi, e anelavano al momento in cui si sarebbe restaurato l'impero della legge e si sarebbe tornati al processo comune, o più semplicemente al processo. La posizione del processo rivoluzionario come valore è un'istanza propria dei rivoluzionari moderni, sorge come un corollario del concetto di « rivoluzione permanente » che essi ci hanno fatto conoscere, fa parte di quella « *Umwertung aller Werte* » che è la nota forse più tragica della nostra esistenza. E non ha nessuna importanza che essi siano in buona o in mala fede, che credano o non credano a quello che dicono: l'istanza è nell'azione, e tanto più pressante quanto più assurda è l'azione. In quel breve « tratto scoperto » passano oggi non più misere comparse incredule della loro sorte, vittime ribelli che urlano e coprono della loro maledizione i carnefici; ma strane figure di allucinati che non chiedono altro che di confessarsi delle loro colpe, che accettano ed esaltano i giudici che li condannano, e quasi guidano la loro mano nel vergare la fatale sentenza. È da ognuna di queste figure che prorompe l'angosciosa domanda: *quid est processus?*

Già, che cosa è il processo?

Ripensiamo all'antica definizione di Bulgaro: *processus est actus trium personarum, actoris, rei, iudicis*. Questa definizione, alla quale come è noto si riconduce la dottrina del c. d. rapporto giuridico processuale, mette in risalto il carattere di lotta, il carattere veramente drammatico che è intrinseco al processo. Sono tre persone che lottano l'una contro l'altra, l'attore contro il convenuto, l'accusatore contro l'accusato, tutti poi contro il giudice, perché ciascuno vuole piegarlo alla sua ragione, o, se vogliamo essere più ottimisti, ciascuno vuole che egli sia quel giudice sapiente, incorrotto, incorruttibile che Anatole France diceva di aver conosciuto, ma soltanto dipinto. Sulla lotta di questi eterni personaggi, e per regolare la lotta, sorgono le leggi processuali, il codice di procedura. Nulla, diciamo la verità, è più noioso di questi codici, per chi li legga senza l'occhio dello storico o del filosofo: una filza di norme regolamentari che intralciano l'azione più di quanto non l'assistanza nel suo svolgimento. Ma ognuna di queste norme fissa una secolare esperienza, tutta l'esperienza di questa povera umanità che ha affidato al giudizio le sue sorti e trema di fronte all'immane potenza di questo giudizio. Si direbbe quasi che tutto lo sforzo degli uomini, con queste leggi del processo, con l'istituzione stessa del processo, sia diretto all'assurda speranza di

obbiettivare, di spersonalizzare il giudizio, di ridurre il giudice a un puro tramite umano di una verità che sta fuori e sopra di lui. A queste leggi, a questi codici, a questa secolare esperienza, noi pensiamo quando pensiamo al processo. Possiamo dunque dire che non è processo tutto quello che va contro questa esperienza, che non è quindi processo il processo rivoluzionario?

Sarebbe troppo bello se gli dei avessero dato agli uomini criteri così assoluti, addirittura formali per distinguere il diritto dal torto, e in definitiva il bene dal male. Ma un'esperienza non è che un'esperienza, e vale finché non si formi un'esperienza contraria. Chi può escludere in verità che non sia un dato dell'esperienza anche il processo rivoluzionario? E non è un dato dell'esperienza, sicuramente, il processo marziale? E a che cosa si riduce il processo arbitrale, quando gli arbitri hanno facoltà di regolare lo svolgimento del giudizio nel modo che credono più opportuno? Senza contare che la prassi delle rivoluzioni moderne può arrivare a tal punto di raffinatezza da rendere oltremodo difficile scoprire il punto, in cui possa sicuramente dirsi che sussista una contraddizione con l'esperienza.

Bisogna dunque andare più a fondo, frugare più in fondo. Bisogna vedere se in tutta questa esperienza non ci sia un dato, il quale rifletta non già l'esigenza di verità di giustizia di certezza, e via dicendo, tutte cose che astrattamente si possono avere anche senza processo, ma proprio l'essenza del giudizio, per cui possa dirsi che se esso manca non ci sia giudizio; bisogna in altri termini indagare e fissare, se è possibile, quale sia l'elemento costitutivo del giudizio, quello per cui se esso manchi, di giudizio non si possa in alcun modo parlare. E a me sembra che questo elemento sia individuabile, e sia uno solo: che il giudizio sia reso da un terzo. Non è una scoperta, è un principio vecchio quanto il mondo che nessuno può essere giudice in causa propria, vale a dire chi giudica in causa propria non compie un giudizio.

A prima vista nessuna conclusione sembra più disperante di questa. Basterà dunque che un terzo disponga dei nostri averi e della nostra vita perché si possa dire che il giudizio sia realizzato? È dunque un giudizio, il giudizio, anche quel processo nella taverna dell'ormai celebre monologo di Capograssi (1)? Ma l'ansia del dub-

---

(1) *Il quid ius e il quid iuris in una recente sentenza*, in questa Rivista, 1948, I, 57.

bio si placa quando si valuti l'esatta portata di questa elementare esigenza: che il giudizio sia reso da un terzo.

Terzo è colui che non è parte: non c'è altro modo di definirlo. Ma chi è parte? Il processo, qualunque processo, a un'esteriore considerazione, ci presenta un attore, un convenuto, un accusato, un offeso, un danneggiato, se si vuole un accusatore: tutti questi sono parti certamente, ma non sono le sole parti. Tutt'al più sono gli attori (è la precisa parola), le *dramatis personae*. Al di là di essi tutti sanno che c'è una molteplicità di soggetti ai quali il processo giova o nuoce, e che solo da un punto di vista meramente formale non si possono chiamare parti. Quando il linguaggio comune, nella sua profonda filosofia, dice che il giudice deve essere imparziale, cioè non deve essere parte, è a questo ampio concetto, e non certo a quello tecnico-formale, che si riferisce: e l'esperienza giuridica aderisce del resto all'intuizione del linguaggio quando fissa i motivi di ricusazione e di astensione dei giudici. Ma al di là ancora di questi soggetti, e oltre la sfera dei rapporti individuali, c'è, invisibile, ma sempre presente e sempre premente, un'altra parte, quella che nel processo trova il suo ostacolo naturale, quella per la quale e contro la quale il processo è istituito, la parte che impersonalmente vorrei denominare dell'azione, e che di solito si soggettiva nel potere esecutivo, ma in realtà si estende ben oltre questo, fino a comprendere forze e poteri di fatto, che del processo e del giudizio sono assai più insofferenti che non il potere legale. La massima esperienza del processo si concreta indubbiamente nella indipendenza dei giudici, che non vuol dire altro se non garanzia che il giudice non è e non sarà parte, perché non è giudice, ma parte colui « che dipende » da chi amministra l'azione.

Forse tutto questo non emerge o non ha gran rilevanza nel processo civile, in cui gli interessi per quanto gravi, sono sempre costretti nell'orbita di un rapporto. Ma nel processo penale, e soprattutto in quei processi che prendono il nome già per sé stesso significativo di politici, si manifesta tutta la verità, e spesso in tragiche forme, di questo amplissimo concetto di parte. Carnelutti, anche qui, ha una illuminante intuizione quando dice che il principio della pubblicità del dibattimento si spiega soltanto in quanto si riconosca al pubblico che ha diritto di assistere al processo la qualità di parte, e appunto in quanto parte gli è vietato di manifestare opinioni e sentimenti, di tenere contegno tale da intimi-

dire o provocare: se egli fosse terzo, cioè estraneo al conflitto di interessi esploso nel reato, tutto ciò evidentemente sarebbe superfluo (1). E come parte preme contro la sottile barriera di legno che lo divide dal giudice: se riesce a superarla materialmente, sarà il linciaggio; se riesce a superarla spiritualmente, sarà la parte che giudicherà e non il giudice, cioè non si avrà giudizio. Orbene se questo è vero, il problema del processo rivoluzionario, si risolve ormai in quest'altro: se la rivoluzione del processo travolga quest'unico dato dell'esperienza che risponde all'essenza stessa del giudizio, e cioè che il giudizio debba essere reso da un terzo. La risposta mi pare sicura. Il sostituirsi della parte al terzo rappresenta indubbiamente una tendenza dell'animo umano, dell'azione umana anche al di fuori della rivoluzione: dal processo di Gesù in poi, tutti i giudizi che il vincitore ha celebrato sul vinto, fino all'ultimo clamorosissimo, ne danno ampia testimonianza. Ma nella prassi rivoluzionaria questa tendenza diventa un'esigenza assoluta dell'azione: essa riconosce per le ragioni che abbiamo dette, il giudizio, fino a che questo, obbedendo alla sua logica, non si rivolta contro la prassi; cioè riconosce il giudizio finché è la parte che giudica, e finché dalla parte non rigermogli, per forza di natura, il terzo. Lo stesso nome di tribunale del popolo lo indica con assoluta franchezza: così come Fouquier-Tinville lo indicava quando, nella lettera su riferita, si appellava, contro i testimoni, alla Francia intera. Popolo, Francia intera, nel linguaggio giuridico, non sono che il pubblico dei rostri, non sono che la parte. È così, è necessario che sia così, perché se il giudizio dovesse essere reso da un terzo, la rivoluzione sarebbe finita, e la parte siederebbe sul banco degli imputati. Ma il giudizio reso dalla parte non è un giudizio, e perciò il processo rivoluzionario non è, per il giurista, un giudizio.



E il giurista, con questa conclusione, ha esaurito il suo compito. Certo, l'uomo dell'azione potrebbe ancora oblietargli qualcosa: potrebbe dirgli, e in effetti gli dice nel convulso sforzo di rendere permanente la sua rivoluzione, che il nostro giudizio non

---

(1) *Lezioni sul processo penale*, I, 125.

è che un pregiudizio, che il vero, il solo giudizio è e sarà d'ora in avanti il giudizio di parte, il *suo* giudizio.

Di fronte a questa obiezione il giurista non ha veramente nulla da dire. Egli è come il sacerdote di una vecchia religione, che vede mutare il volto del suo Dio. Anzi, più sfortunato di lui, non gli è dato nemmeno rifugiare in una catacomba il corpo e lo spirito, perché come giurista non può radicare a una fede i suoi dogmi, non può radicare a una fede se stesso, non può fare del diritto una fede. Apre la pagina del vecchio filosofo, e legge: « poniamoci la famosa questione: che daremo noi se apprendessimo che per la salute del popolo, per l'esistenza stessa dell'umanità, ci fosse in qualche luogo un uomo, un innocente, che è condannato a eterne torture? Noi vi consentiremmo forse, a patto che un filtro magico ce lo facesse dimenticare, a patto che non ne sapessimo più nulla: ma se noi dovessimo saperlo, pensarci, dirci che quest'uomo è sottoposto ad atroci supplizi perché noi potessimo esistere, che questa è una condizione dell'esistenza in generale, ah no, piuttosto accettare che nulla più esista, piuttosto lasciar saltare il pianeta! » (1).

Così parla il filosofo, e una segreta consolazione si diffonde dalle sue parole. Ma il giurista, che contempla l'azione nella sua concretezza, osserva che gli uomini, nella loro storia, cercano avidamente quel filtro, non chiedono che di bere a quel filtro, di adagiare la propria felicità sull'altrui sofferenza. Può essere, per il filosofo, questione di bene e di male: ma il nostro secolo fortunato afferma, ed è fatto nuovo, quella perenne aspirazione come un valore. Al di là del bene e del male, il giurista traduce in termini giuridici l'aspirazione, e trova che essa si risolve nel prevalere dell'azione sul giudizio, nella negazione del giudizio, nel rifiuto di quella che, per un mondo che lentamente declina, è ancora giustizia.

SALVATORE SATTA

*professore ordinario nell'Università di Genova*

---

(1) Bergson, *Les deux sources*, pag. 76.

---

## TORNIAMO AL « GIUDIZIO » (\*)

Questione di nomi. Una volta avrei detto anch'io, come mi avevano insegnato: importa poco. Adesso, inclino a riconoscere sempre più il valore delle parole.

Una volta, ciò che oggi tutti, anche in Italia, chiamano *processo*, si diceva *giudizio*.

*Processus* è bensì voce latina, che significa *actus procedendi*; ma tra i suoi usi, anche traslati, non si annovera punto dai lessici un riferimento all'*actus procedendi in iudicio* (Forcellini, *Lexicon totius latinitatis*, III, v. *processus*). Per significare ciò, che oggi indichiamo con processo, si diceva *iudicium*. Il primo significato dato a questa parola dai lessici è, precisamente, *legittimae causae seu rei controversae apud iudicem inter duos aut plures litigantes contentio et disceptatio* (ivi, II, v. *iudicium*); in tal significato la parola è usata nella celebre definizione di Gaio: *actio .... nihil aliud est quam ius persequendi iudicio quod sibi debetur* (*Ist.*, IV, 6, pr.).

E giudizio si continuò a dire in Italia fino alla introduzione della terminologia francese, dallo *Speculum iudiciale* di Guglielmo Duranti al *Trattato di diritto giudiziario civile* di Luigi Mattiolo; *ordines* o *practicae iudicariae* si chiamavano le opere sistematiche o le raccolte di *consilia* o i commenti, che vi abbondarono dal secolo decimosecondo al secolo decimottavo (Chioyenda, *Istituzioni*<sup>2</sup>, I, pag. 96).

Il nome *procedura*, nel significato giuridico, è d'importazione francese, dovuto alla concezione empirica del giudizio, civile o penale, come si vede, ad esempio, in Pothier: « *la procédure est la forme dans la quelle on doit ententer les demandes en justice, y défendre, intervenir, instruire, juger, se pourvoir contre les jugements et les exécuter* » (*Traité de la procédure civile*, art. prel.). Secondo questa concezione la procedura è una parte del diritto giudiziario (cfr. Morel, *Traité élém. de proc. civile*, Paris, 1932, pag. 4); ma, poco a poco, il termine si allarga a comprendere interamente « la

---

(\*) Questo studio è destinato agli *Scritti in onore di Antonio Scialoja*.

*mise en oeuvre active, technique et pratique, du droit* » (Japiot, *Traité élém. de proc. civile*, 2<sup>a</sup> ed., Paris, 1929) e tutt'al più si parla di procedura *in senso ampio* o *in senso stretto* (Morel, *loc. cit.*).

I tedeschi preferiscono la voce *Prozess* a *Procedur*, ma la adoperano, in fondo, con il medesimo significato: si intende in genere per « processo », dice Linde, in un vecchio trattato del principio del secolo decimonono, « ogni procedura (*Verfahren*, lett. percorso) secondo regole determinate » e annota che « questa espressione, derivante da *procedere*, ha ricevuto il suo odierno significato attraverso il diritto canonico, i glossatori e finalmente le leggi imperiali » (*Trattato del processo civile tedesco comune*, Bonn, 1838, pag. 14). Così quando i vecchi trattatisti della prima metà del secolo scorso, fino a Wetzell (*Sistema del processo civile ordinario*, prima edizione, Rostock, 1854), intitolavano le loro opere al processo civile o penale, non volevano, in fondo, dir cosa diversa dai francesi, i quali parlavano invece di *procédure civile* o *criminelle*.

Il gran passo avanti si fece con le scoperte di Muther e di Bülow, i quali da due diversi punti di vista, che erano rispettivamente quello dell'azione e del rapporto giuridico processuale, si accorsero di una verità che può oggi formularsi, nel modo più semplice, così: *non solo il processo serve al diritto ma altresì il diritto al processo*. *Klagerecht* da una parte, *Prozessrechtsverhältniss* dall'altra furono due granelli di senapa, anzi, a ben guardare, un granello solo, il quale finì per svilupparsi nel maestoso albero del *diritto processuale moderno*. Dal *Lehrbuch* di Wetzell all' *Handbuch* di Wach (*Manuale del diritto processuale civile tedesco*, Lipsia, 1895) non sono passati più di trent'anni; ma il mutamento del titolo, da *Civilprozess* a *Civilprozessrecht*, implica una rivoluzione.

La rivoluzione, come tutti sanno, auspice Chiovenda, si estese all'Italia, dove i *Principi*, giustamente famosi, furono precisamente di *diritto processuale civile* e sulla medesima scia seguirono tutti gli altri; non dico Calamandrei, che è del Chiovenda il seguace più fedele (*Istituzioni di diritto processuale civile*, Padova, 1943), ma Carnelutti malgrado la sua indipendenza (*Sistema di diritto processuale civile*, Padova, 1936), ma Redenti malgrado la sua prudenza (*Diritto processuale civile*, Milano, 1947), ma Satta malgrado il suo spirito di contraddizione (*Diritto processuale civile*, Padova, 1948). E c'è per l'aria un sentore di *hic manebimus optime*, non tra i vecchi soltanto. Al diritto giudiziario civile del venerabile Mattiolo chi mai pensa più?

Non sarò, certamente, io a disconoscere i meriti del pensiero tedesco per la conoscenza non dico del processo ma, più in là, del diritto intero; né quelli di chi ci ha aperto gli occhi intorno ad esso. L'anno scorso, in America, dove tutti esaltavano, in uno slancio travolgente di fraternità neolatina, la scuola processuale italiana, ho apertamente dichiarato che se non ci fosse stata la scuola tedesca la scuola italiana non esisterebbe. Del che, se vogliamo avere una conferma storica, basta gettare uno sguardo a occidente, di là dalle Alpi, dove ancora una scuola processuale moderna non s'è costituita.

Ma ormai, attraverso la preparazione più accurata, in Italia la dottrina tedesca è pienamente assimilata. In linea di finezza dogmatica come di compiutezza sistematica gli italiani non hanno più nulla da imparare. Con il metodo tedesco hanno lavorato campi, che in Germania sono, se non incolti addirittura, certo fecondati da una coltura meno intensiva: alludo al processo esecutivo, al processo cautelare, al processo volontario. A leggere i lavori più recenti, salve queste estensioni, si ha l'impressione che siamo ormai ridotti a *piétiner sur place*.

Ma la scienza può rimanere sulle sue posizioni? La verità non è mai raggiunta. Se non dovesse andare avanti ancora, la nostra non sarebbe una scienza vera.

Secondo me, chi guarda un poco al fondo s'accorge che la direttiva tedesca, che ha messo capo all'autonomia del diritto processuale, cioè alla sua scissione dal diritto materiale o sostanziale, che dir si voglia, se ci è servita assai a conoscere *come al processo serve il diritto*, molto meno ci è valsa a capire *come il processo serve al diritto*. Fino a un certo punto era inevitabile: lo sforzo durato per staccare il diritto processuale dal diritto materiale non poteva non riuscire a danno della loro connessione. La vecchia formula di Japiot, secondo la quale il processo non è che la *mise en oeuvre du droit*, se da un lato non ci può più soddisfare, esprime dall'altro una verità degna di meditazione. Basterebbe sostituire *jugement* a *procédure* affinché essa acquisti un sapore, che non dovrebbe lasciare indifferente nessuno. Quella che, invece, la formula del *Prozessrecht* nasconde ai nostri occhi, è proprio codesta verità: la sequela di atti, regolata dal diritto, al fine di *mettre en oeuvre le droit*, è essenzialmente *giudizio*. Dopo aver tanto parlato di processo bisogna parlare di giudizio per

capire non tanto il processo quanto il diritto cosa sia. Noi abbiamo studiato, con molta delicatezza, i rapporti giuridici, che s'intrecciano tra i vari soggetti del processo e in particolare, tra le parti e il giudice; e poi gli atti, che nello svolgimento di tali rapporti sono compiuti. Noi sappiamo, fra altro, che la parte ha diritto a esser giudicata e il giudice obbligo di giudicare; ma le nostre idee sono molto meno chiare intorno *a che cosa sia giudicare*.

Dovrebbe, a prima vista, sembrare che il centro dell'indagine intorno al processo, civile o penale, abbia proprio da essere il *giudizio*; con sorpresa, invece, ci si accorge che è il *giudicato*. Questo vuol dire, tradotto in parole semplici, che noi abbiamo studiato finora assai più gli effetti che la causa. La nostra attenzione è stata assorbita da quel fenomeno, che ancora si rappresenta efficacemente dicendo che *res iudicata pro veritate habetur*; ma la nostra curiosità è realmente minore che quella di Pilato, al quale, almeno, è sfuggita la domanda pensosa: *quid est veritas?* La quale, se intorno ad essa sapessimo meditare, si convertirebbe in quest'altra: *quid est iudicium?*

Se qualcuno s'è inoltrato su codesto terreno, piuttosto che i tedeschi, siamo noi; ma appena si son cominciati a muovere i primi passi. Il campo visivo è tutto occupato dalla considerazione del giudizio come esercizio del potere e come adempimento del dovere del giudice e perciò, in fondo, degli effetti giuridici, che ne derivano; si veda la definizione che il maggiore tra noi dà della sentenza come « provvedimento del giudice che, accogliendo o respingendo la domanda dell'attore, afferma l'esistenza o l'inesistenza d'una volontà concreta di legge che gli garantisce un bene o rispettivamente l'esistenza d'una volontà di legge che garantisce un bene al convenuto » (Chiovenda, *Istituzioni*<sup>2</sup>, I, pagina 146). Il solo, che ha tentato o, meglio, azzardato di rendersi conto della natura della causa, che produce quegli effetti, è Alfredo Rocco, la cui nota e chiara monografia (*La sentenza civile*, Torino, 1906) segna, sotto questo aspetto, un punto di vantaggio su l'altra, quasi gemella, del Kisch (*Contributo alla dottrina della sentenza civile*, Lipsia, 1903): ma purtroppo egli non è riuscito a dir altro se non « che la sentenza è, nella sua sostanza, un atto dell'intelligenza del giudice e, precisamente, *un giudizio logico, che assume la forma di un sillogismo* ». E tutti gli son corsi dietro in questa definizione, tra i quali tutti non intendo punto escludere me, che ho peccato come gli altri: tutt'al più, quello che m'è

riuscito di dire è che per lo più si tratta d'un sistema di sillogismi in luogo d'un sillogismo solo (*Limiti del rilievo dell'error in iudicando in corte di cassazione, Studi di dir. proc.*, I, pag. 367 e seg.; cfr. per il processo penale Cavallo, *La sentenza penale*, Napoli, 1936, pag. 136). Un'indagine certamente più accorta è stata fatta dal Calogero (*La logica del giudice e il suo controllo in cassazione*, Padova, 1937, pag. 51 e 75 e seg.); ma sia stato difetto d'autorità nel campo proprio della scienza giuridica o, più probabilmente, difetto di calore, finora non è servita quasi a nulla. La cosiddetta scienza giuridica, risolvendo il giudizio nel sillogismo, continua, purtroppo, a fondarsi sull'ignoranza; il qual rilievo, a scanso d'equivoci, va riferito in prima linea a chi scrive.

Solo quando, perché un'occasione fortunata fece emergere il mio antico amore segreto per il processo penale, cominciai a studiare quest'ultimo, poco a poco, mi persuasi che la conoscenza del processo non può essere compiuta se allo studio *sub specie iuris* non se ne aggiunga lo studio *sub specie iudicii*. Lo stesso istituto delle prove (quello, senza dubbio, al quale ho dedicato le maggiori cure durante la mia vita di giurista) ha cambiato faccia quando dal settore civile s'è trasferito al settore penale; qui, più che come istituto, m'è apparso come problema ed è svanita d'un tratto la balda sicurezza, con la quale l'avevo aggredito più di trent'anni fa. Adesso, che il giudice, istruendo e decidendo, eserciti un potere e adempia un dovere, è cosa della quale non disconosco certo il valore; ma tutto questo mi pare, alla fine, l'esteriorità del processo ed invece ciò che vi sta dentro m'interessa, per non dire che m'affascina sempre più.

Ci sta dentro, ognuno sa, un giudizio; ma proprio questa risposta, in quanto pone un problema di competenza, cioè, secondo il senso proprio della competenza, di divisione del lavoro tra i pensatori, scopre una delle ragioni probabili della perdurante insufficienza degli studi processuali.

Tocca, veramente, ai giuristi saper cosa sia il *giudizio*? Alfredo Rocco, quando ha parlato di natura logica della sentenza, non è forse trascorso *ultra crepidam*? Il nostro problema è quello della natura giuridica della sentenza; quanto alla natura logica tocca ai logici dipanar la matassa o forse, insieme con essi, ai metafisici, se son vere, fra altro, le cose, che ricordo d'aver ascoltate, in una conferenza di cui non rammento il titolo, qui a Roma, da

Etienne Gilson. Tale è l'impostazione preliminare, anzi pregiudiziale, che si darebbe, nove su dieci, al problema quando fosse esplicitamente proposto; e che, dopo tutto, costituisce la tacita premessa del limite consueto de' nostri studi. Quello che noi possiamo fare tutt'al più è informarci dai filosofi e valerci, in quanto occorra, ma in ogni caso il meno possibile, per le nostre costruzioni delle loro informazioni.

Or ecco che qui si comincia a comprendere perché io abbia parlato, a proposito della bella monografia del Calogero, d'un difetto di calore. Mettiamo che i cultori della logica, scienza o filosofia che voglia esser considerata, ci possano dire, veramente, che cosa il giudizio è. Non basterebbe ancora per noi. Quello che costoro ci possono mostrare, nella migliore ipotesi, è il giudizio sul tavolo anatomico, mentre noi abbiamo bisogno di vederlo vivere: nascere, crescere, soffrire, maturarsi, perfino morire. Il giudizio, in altre parole, che essi ci possono offrire, è un preparato logico; quello, che noi dobbiamo conoscere, è un dramma. Tal'è anche la ragione, per la quale il problema si pone, anzi si impone, senza confronto con maggiore esigenza, allo studioso del diritto penale.

Se vi fosse bisogno di una prova della insufficienza dei risultati finora conseguiti dalla logica per le esigenze della scienza giuridica e, in particolare, della scienza processuale, questa è data proprio dall'istituto delle prove. La prima delle nostre esigenze riguarda la sistemazione delle prove nella teoria del giudizio. Prova e giudizio stanno tra loro nel rapporto di mezzo a fine. Ma che cosa ci sanno dire i logici a questo riguardo? Non occorre una profonda cultura per avvertire che i rapporti sul tema della prova, tra scienza logica e scienza giuridica, sono capovolti: chi vuol sapere qualcosa intorno alle prove, ai giuristi e non ai logici si deve rivolgere. E tra i giuristi, ai cultori del penale piuttosto che del civile perché in penale soprattutto della prova si soffre il tormento e pertanto si afferra il valore.

Una osservazione analoga si può fare quanto al rapporto tra dubbio e certezza o meglio sarebbe dire alla funzione del dubbio rispetto alla certezza, ch'è pur esso un rapporto di mezzo a fine: vero è che codesta funzione non altrove che sul terreno del diritto e, più precisamente del diritto penale, si riesce a chiarire: esiste un altro campo, nel quale il dubbio, anziché un male, appaia un rimedio così che quando non esiste dev'essere provocato?

La costituzione delle parti strumentali nel processo penale è una esperienza mirabile, su questo tema.

Perciò quanto ci possono dire i logici o i filosofi, in generale, affinché il processo da noi si conosca non solo nel di fuori ma pure nel di dentro, è quasi sempre assai poco.

Ora l'equivalenza o meglio la fungibilità delle due formule: *processo* e *giudizio* dev'essere un poco più attentamente meditata. Processo è bensì un giudizio, ma non qualunque giudizio, come s'io dica, ad esempio, che il cielo è celeste; e neppure se, passeggiando per i campi in autunno, tentato di cogliere un grappolo d'uva, io giudichi che quell'atto non m'è lecito perché la vigna non è mia; ovvero se, giudicandolo colpevole d'averlo colto nella mia vigna, io sgridi o castighi un fanciullo. Si chiama processo il giudizio solamente quando è pronunciato da certe persone (i giudici, appunto) secondo certe cautele e con un certo apparato, in ragione degli effetti, che ne debbono derivare. Tra un giudizio qualunque e codesto tipo di giudizio la differenza è, in primo luogo, nella lentezza del suo svolgimento, che, come mi pare d'aver già scritto altre volte, si direbbe un giudizio proiettato sullo schermo col rallentatore. Ma una corsa o un salto veduto a codesto modo non paiono più quello che sono; insomma, perdono i connotati.

Anche il processo è un giudizio, che ha finito per perdere i connotati, tant'è vero che, ad esempio, in penale si parla di giudizio solo per la sua ultima parte, che più esattamente dovrebbe chiamarsi *dibattimento*; anzi, per lo più si pensa che il giudizio cominci soltanto quando il dibattimento è finito e il giudice si ritira, come suol dirsi, a deliberare. Ma se questo soltanto fosse il giudizio, quello che vien prima cos'è? Quando, ad esempio, il pubblico ministero richiede al giudice istruttore l'istruzione formale intorno a un fatto, che fa egli se non invitarlo a giudicare? E come lo inviterebbe a giudicare ai fini della punizione di quel fatto se non avesse a sua volta, e sia pure provvisoriamente, giudicato? E se il giudice, aderendo all'invito, esamina un testimonio o interroga l'imputato, cosa è questo se non l'inizio del giudicare da parte sua? Credere che giudizio sia soltanto quello, che il giudice fa nella cosiddetta camera di consiglio, sarebbe come immaginare che tutto il processo nutritivo consista nella chimificazione, mentre questa non è che la ultima fase di un *iter* cominciato quando l'uomo porta alla bocca il cibo anzi, a rigore, anche prima.

Ora quello che a me sembra doversi ancor fare dai cultori del diritto processuale, civile e penale, è proprio ricomporre al processo quel volto del giudizio, che per via del rallentamento o della complicazione, s'è andato perdendo; e ancor più per colpa dell'analisi, che di tutti i suoi atti o fasi noi abbiamo compiuto. Il processo, insomma, già nella sua realtà, e ancora più nella rappresentazione scientifica, è un giudizio sfigurato; bisogna che ci occupiamo, anzi che ci preoccupiamo di ricomporgli la fisionomia.

Ho detto così perché è veramente una preoccupazione la mia, proprio nell'atto di lasciare l'insegnamento, quella del danno o almeno del pericolo, che del nostro modo di insegnare può essere il rovescio della medaglia. Bisognerebbe, per capirla, essere stato dentro di me stamane quando, in questi primi giorni di riposo, un poco tristi e quasi sbigottiti, percorrevo una strada di bosco, ed era un mattino di maggio: le roselline timide, appena accennanti dal bianco al carnicino, e le dorate ginestre e le tenere foglie nuove sui rami delle querce variegati di muffe e di licheni, e il languore di quel profumo e lo zufolo dei merli e il gorgheggio degli usignuoli fatto affinché godessi il divino silenzio, dov'erano stati fino allora per me? Quanti libri avevo io letto, scritti dai piccoli uomini, mentre invano il Signore svolgeva sotto i miei occhi le pagine meravigliose ch'Egli ha scritto per noi? E come, in quell'ora, sarebbe potuta non affacciarsi nel mio spirito l'inaudita pazzia del *propter vitam vivendi perdere causas*? Di là al *propter scientiam sciendi perdere causas*, il passo è breve. L'esame di coscienza del vecchio maestro, come quello del vecchio uomo, non mi lascia tranquillo. Non solo per studiare i libri delle piccole leggi degli uomini è rimasto chiuso per me, tanto tempo, il gran libro della natura; ma, ciò che è ancora più grave, per considerare uno ad uno e sviscerare e scorticare gli atti o i rapporti del diritto o del processo, m'è dunque rimasta chiusa dell'uno e dell'altra la vita?

Così è spesso di noi, poveri uomini di scienza; e qui sta forse la più profonda ragione della disistima, nella quale dai pratici siamo tenuti. Certo essi non sanno quello che noi sappiamo intorno al rapporto o all'atto processuale; e non è codesto sapere che ci rimproverano, ma un non sapere, che vi si accompagna e forse a loro stessi non riesce di esprimere ma solo d'intuire. Noi siamo ai loro occhi come il botanico, che se fosse stato con

me nel bosco stamane mi avrebbe abilmente sezionato un fiorellino di ginestra e me ne avrebbe dottamente illustrato la struttura; ma con quel fare e quel dire ne avrebbe distrutto la bellezza; e resta da sapere se più conosca quel fiore lo scienziato per quella sua abilità o il poeta per la struggente carezza dei versi, che m'han seguitato, stamane, lungo tutta la strada: « odorata ginestra, contenta del deserto »!

Forse la mano del botanico profana il fiore come la nostra ha profanato il giudizio facendogli perdere il senso di mistero, che invece dovrebbe religiosamente essergli conservato. Amico Satta, se siamo stati per tanto tempo divisi, mentre si faceva l'uno e l'altro l'anatomia del processo, finalmente l'altro giorno, mentre ascoltavo il tuo pensoso discorso su *Il mistero del processo*, ci siamo ritrovati. Ringrazia, ringrazia il Signore, che t'ha dato la sensibilità per capire come le sottili strutture, che abbiamo con tanta pazienza decomposto, sono una cosa viva; e in ogni suo aspetto la vita è mistero, figliuolo mio. Ridonare ai discepoli il senso di questa vita; esortarli non solo a studiare i libri, ma a guardare gli uomini e le cose; ottenere che scrutino il volto per leggere nell'anima di chi giudica e di chi è giudicato poiché è là, in quelle anime, che il mistero si celebra, questo dovrebbe essere prima di tutto e soprattutto il compito nostro: beato te se lo hai compreso!

Tornare al giudizio, almeno, ci permetterà di ricordare quelle parole, che dovrebbero essere il nostro motto, se ne avessimo afferrato il valore: *nolite iudicare*. Collocandosi dal punto di vista del processo penale non tanto quanto di quel suo tremendo esemplare, ch'è il processo rivoluzionario, Satta ha individuato il problema nei suoi termini crudi: *giudice* o *nemico*? In linguaggio giuridico: *giudice* o *parte*? In linguaggio filosofico: *parte* o *tutto*?

La soluzione tuttavia è disperata: v'è un uomo che non sia parte? Nel primo volume delle *Lezioni sul processo penale*, disegnando un nuovo abbozzo di teoria delle parti, ho contrapposto alla parte in senso formale la parte in senso sostanziale alla stregua del criterio della determinatezza o indeterminatezza e ne è balzata la verità che non solo in senso filosofico, di essere parziale, ossia di essere e non essere, ma altresì in senso giuridico, di essere interessato, non v'è uomo, il quale, in qualsiasi processo, non sia parte (pag. 125). Dov'è dunque l'uomo, che possa essere

giudice? L'ammonimento di Gesù ai lapidatori dell'adultera, se fosse ripetuto, finirebbe per sgombrare non solo dagli accusatori ma dai giudici stessi qualunque tribunale, e ad ogni imputato la divina voce potrebbe ripetere: dove sono quelli che ti dovevano giudicare?

Tuttavia la soluzione scettica, appunto perché è disperata, non è vera; e nella sua non verità il problema diventa mistero. La verità dell'uomo è non soltanto nel suo essere parte, ma nel potere evadere dal suo essere parziale. Per essere degno di giudicare l'uomo ha da convertire in atto questa possibilità. Il compito del maestro di diritto processuale non si limita a individuare il problema né a confessare che il problema è un mistero; ma a cercare e a insegnare come il mistero si celebra. Anche la generazione è un mistero, eppure l'uomo genera; ma dovrebbe, generando, esserne consapevole. Così è del giudicare.

La mia ultima lezione a questo è stata dedicata. Mi pareva, mentre la comunione con i discepoli era giunta a una tensione da sfiorare la sofferenza, di vedere tutti i miei stessi concetti, lavorati con tanta fatica, staccarsi come foglie secche dall'albero: azione, giurisdizione, cosa giudicata, negozio, provvedimento, nullità, impugnazione, tutto ciò in quel momento solenne mi ha rivelato, alfine, la sua miseria. Sulla scena, davanti a me, non c'erano che due uomini: chi giudica e chi è giudicato. Due uomini: questo è il problema. Due fratelli: questa è la soluzione.

Perciò dico ai giovani: non rinneghiamo nulla di quello che s'è fatto; non si tratta di tornare indietro, ma di andare avanti. La svolta non è un fronte indietro, ma la serpentina d'una montagna. Il ritorno alla formula del giudizio non significa che la formula del processo non abbia reso indispensabili e inestimabili servizi. E qui torna ancora una volta la parola del Maestro: io non sono venuto per sciogliere, ma per adempiere.

Voglia Iddio che il nuovo tratto di strada, lungo il quale si chiarirà assai più che il mistero del processo, il mistero del diritto, sia compiuto dall'ingegno italiano.

FRANCESCO CARNELUTTI

---

## GIUDIZIO PROCESSO SCIENZA VERITÀ

Due saggi uno di Carnelutti e l'altro di Satta inducono il passante a stare a sentire e a riflettere. Si tratta del processo. Satta studia il processo rivoluzionario e non vi trova il processo. Anzi, cercando di andare a fondo, si ha l'impressione che potrebbe avvenirgli di non trovare più il processo nemmeno nel processo ordinario, perché, se il processo è caratterizzato dal terzo che giudica, chi è terzo in qualunque questione in cui sono impegnati ordine proprietà vita pensiero degli uomini? Carnelutti riflette sullo stato della scienza processuale, e si domanda, se non sia oramai chiuso un ciclo, che è stato di mirabile svolgimento e di grande rendimento, ma insomma è ora arrivato ad esaurire il suo slancio, e se non sia il momento di un *aliud initium*. Dice Carnelutti: abbiamo studiato il processo, cominciamo ora a studiare il giudizio: abbiamo studiato il giudicato studiamo ora il giudicare; vale a dire studiamo la logica interna del giudicare, di tutto il giudicare in cui si risolve in ogni sua fase il processo. Questi due discorsi interessano tutti. Il processo è qualche cosa che tocca tutte le persone e tutti gli interessi: se pure è un problema tecnico, al disotto c'è come in ogni problema tecnico un problema di vita, un problema della vita. Perciò tutti si fermano, quando sentono fare questi discorsi; e perciò deve essere lecito ad un semplice passante di esprimere non le proprie opinioni che non è in grado di avere, ma qualche cosa che sta di qua dalle opinioni, si potrebbe dire i propri desideri. Alla fine quando si parla del processo si parla anche di lui, del quidam che passa, e delle sue cose! Ed è poi utile che di tanto in tanto i competenti ascoltino i pareri anzi i sentimenti di uno del pubblico. È un mezzo (non il solo e non dei più efficaci) che il mondo dei dotti ha di tenersi a contatto di non perdere di vista il mondo empirico.

Prima di tutto è degno di nota che questi dubbi, che Carnelutti e Satta esprimono per il processo e per l'esperienza del processo, sono dubbi che si esprimono anche in altri campi del diritto e per altre realtà dell'esperienza giuridica. Come del processo, così si discute dello Stato, della legge e di altre cose, in questo

campo, supreme. Perché? Perché ora, proprio ora, nascono tutti i dubbi? La ragione è molto semplice. Nel mondo che possiamo veramente dire con Zweig mondo di ieri, c'era una specie di unisono sulle cose essenziali sulle verità elementari sulle persuasioni, su cui la vita comune si fondava; e perciò bastava rendersi conto della istituzione in sé e per sé della sua pura forma della sua pura realtà organica e funzionale, per rendersi conto di quello che questa istituzione era, perché in sostanza era una istituzione che nasceva e funzionava, nutrendo se stessa e i suoi sforzi, con quelle verità e persuasioni, con le quali la coscienza comune viveva. Perciò per ogni istituzione bastava dire quello che essa era in sé nella sua anatomia e fisiologia; e non valeva la pena di parlare della vita che la riempiva, perché s'intendeva, che la istituzione non era se stessa, che in quanto si nutriva delle persuasioni e serviva ai fini comuni di quella vita. Che è ora accaduto? È venuta la crisi; e proprio quelle verità quelle cose essenziali quelle persuasioni quei fini sono stati messi in forse. Movimenti grandiosi hanno introdotto nuovi fini e valori, hanno minata quella vita che si caratterizzava con quelle verità e persuasioni. Ma non hanno distrutte quelle istituzioni: quelle istituzioni sono rimaste, non più come prima quali manifestazioni di vita posizioni di quelle verità e di quelle persuasioni che traverso di esse la vita esprimeva, ma come puri e semplici mezzi, puri e semplici strumenti per i nuovi fini e i nuovi valori che quei movimenti intendono imporre. Diventate mezzi, quelle istituzioni non sono state più che il cadavere di loro stesse. Si sono ridotte: lo Stato ad un apparato coattivo: la legge a una pura forma verbale, del resto condizionata al coincidere con un cosiddetto diritto cioè a questo o a quel fine escogitato da quei movimenti; il processo, in sostanza, nei casi più tipici, a un complesso di forme esteriori quasi si direbbe ad un complesso di scenari destinati a dare una rappresentazione. Staccate queste istituzioni dalla vita di cui erano espressione e a cui servivano, adoperate come mezzo di compressione della vita, di soffocamento della vita spontanea, e di introduzione di vedute particolari, è naturale che la coscienza scientifica, specialmente quella dei più attenti cultori della scienza, si sia domandata, inquieta di una sapiente inquietudine: che cosa è dunque lo Stato la legge il processo? Che cosa sono queste forme, che forze storiche audacemente riescono a torturare a contorcere a ridurre a mezzi per fini contro cui quelle istituzioni pareva che

fossero destinate a garantire la vita? Dove è la verità di queste istituzioni? o meglio; hanno una loro verità, una loro sostanza o non sono che forme vuote e modi esteriori che possono servire a tutti i fini? Sono vuote forme capaci di essere riempite di ogni contenuto, e quindi non le snaturano le forze storiche se le fanno servire a mettere in croce la vita (a mettere nei forni i viventi); o hanno una loro sostanza o verità che le costituisce nel loro valore di vita, che le pone come tali che senza di esse la vita umana, la vita nella sua umanità non vive? È tutto il problema del diritto, come è chiaro. Ma è importante è essenziale, che questa volta non viene dal mondo dei filosofi, ma viene dallo scienziato stesso del diritto, dalla crisi stessa che opera nell'esperienza giuridica, viene *ex visceribus* della vita. Sembra questa veramente una caratteristica del presente momento della scienza del diritto, almeno in Italia; questo cercare di risalire alle cose supreme, ritrovare il significato di vita delle istituzioni e degli istituti del diritto. È molto naturale, che gli scienziati del diritto sentano la crisi che colpisce istituzioni e istituti e vi riflettano sopra. Ogni istituzione e ogni istituto diventa problema. Dinanzi al processo Satta sente il problema come vero e proprio mistero. Carnelutti sente il problema come tale e talmente profondo da richiedere tutta una nuova orientazione della scienza. Sono tra le voci che più caratterizzano questo momento. Bisogna cercare di rendersene seriamente conto.

1. — È vero che i vecchi parlavano di giudizio, come dice Carnelutti. Non è senza interesse di ricordare, come la pensavano sul giudizio. Ne avevano al solito un'idea molto chiara (quei vecchi erano così: avevano molto chiare le idee essenziali della vita; confuse e povere le idee secondarie. Forse per noi è l'opposto). Per i vecchi il giudizio richiedeva tre cose: due erano i supposti senza di cui non si dava giudizio; una era l'essenza stessa del giudizio. I due supposti erano: uno, che si potrebbe dire formale, la « potestas subditos coercedi »; l'altro, sostanziale, quello che chiamavano ingenuamente « *rectitudinis zelus* », e che spiegavano, sempre ingenuamente, così: « *ut aliquis non ex odio vel livore sed ex amore justitiae iudicium proferat* ». Quanto alla terza cosa, che costituiva l'essenza stessa del giudizio, dicevano che era: « *sapientia, secundum quam formatur iudicium* »; e questa dicevano addirittura la « *forma iudicii* » « *quia ipsa ratio iudicii est*

*lex sapientiae vel veritatis secundum quam judicatur* ». Queste formule a molti di noi faranno ridere o sorridere, e sembreranno il balbettio di un bambino. Ma quei vecchi erano così: per le cose essenziali della vita la pensavano con la ingenuità di un bambino, cui la madre dice che bisogna dire la verità. Il fatto è che questa idea che la « ipsa ratio iudicii » è la « lex veritatis », sarà stata ingenua, ma ha dominato tutta la storia di questa parte essenziale dell'esperienza giuridica, che sono le istituzioni giudiziarie. Era un'idea ingenua, ma è un'idea che nasce dalle radici, dalle viscere stesse dell'esperienza e della vita, non nasce da meditazioni accademiche, ma dall'ingenuo (appunto: cioè non legato ad altro che ai fini intrinseci dell'azione) pensiero, che è dentro l'azione e l'esperienza, che è la vita stessa dell'esperienza, e in cui si realizza appunto nella esperienza la vita del soggetto. È singolare che l'attenzione di quei vecchi si fermava alla sostanza stessa dell'azione essenziale in cui consiste il giudizio: non indagavano per lo meno direttamente, quando, cioè a proposito di che, nasce il giudizio. Non indagavano, appunto perché prendevano le cose nell'atto: osservavano le cose nel concreto della vita nell'atto di vita, vedevano il giudizio nato, e cercavano di cogliere quello in cui il giudizio consisteva. C'erano le crisi degli interessi che contrastavano e invocavano ognuno per sé la legge; c'erano le crisi ancora più gravi del male che l'uomo faceva all'altro uomo, negando nell'uno i diritti di tutti; c'era questa singolare istituzione del giudicare per dare ragione a chi l'aveva nel primo caso e punire il reo e assolvere l'innocente nel secondo caso; e quei vecchi cercavano di cogliere quello che era necessario, perché questa azione o complesso di azioni, che era il giudicare in concreto, fosse ciò che doveva essere, perché riuscisse a quell'esito a cui doveva riuscire per i bisogni indeclinabili della vita. Di qui l'aver colto come essenza del processo la *lex veritatis*: alla fine che cosa si vuole, in queste crisi concrete dell'esperienza giuridica, se non vedere come stanno le cose, che cosa è accaduto, chi ha agito e perché ha agito, che cosa dice la legge, chi ha effettivamente ragione, chi ha effettivamente torto, chi è colpevole e chi è innocente? Non si vuole altro che ricercare la verità delle cose in concreto.

Perciò per vedere bene il processo, non bisogna vederlo in genere. Il processo esiste solo in concreto. Esiste una concreta crisi di interessi o una concreta crisi criminosa, esistono delle

istituzioni e procedure per risolvere queste crisi. Molti partecipano alla crisi, molti partecipano alla soluzione che è il giudizio. Il giudice, rispetto al nodo di interessi che si tratta di sciogliere, all'azione che si tratta di giudicare, è, più che un terzo, un assente. È estraneo a quegli interessi, non ha certo assistito a quell'azione su cui deve giudicare. Non sa nulla; è una pagina bianca: deve anzi non saper nulla. Situazione alla quale siamo così abituati, che al solito l'abitudine ci impedisce di vederla nella sua singolarità; ma insomma situazione veramente paradossale. Proprio l'estraneo agli interessi in contrasto deve giudicare di questi interessi; proprio l'assente deve giudicare di quello che non ha visto, di quello che non ha udito, di quello che gli è lontano come la cosa più lontana. Ora tutto il processo non è altro che una specie di faticosa complicata pericolosa mediazione per cui il giudice, traverso appunto la mediazione di persone di cose di pensieri, possa diventare presente nella contesa degli interessi, presente all'azione criminosa, e presente con tutta la consapevolezza della legge e dell'ordine che debbono realizzarsi perché la crisi sia risolta e l'esperienza riparata. C'è certamente qualche cosa di magico nel processo: un far ricomparire presente quello che è passato, un far tornare immediato quello che è sparito nella sua immediatezza, un far rappresentare vivi sentimenti che sono spenti, e insieme, più singolare ancora, far tornare integra una situazione che si è scomposta. Questo fa appunto quella speciale mediazione che è la procedura. Il processo è l'unico momento, in cui l'esperienza si ferma, ritorna sui suoi passi, ripensa quello che ha pensato, riflette pacatamente su quello che ha fatto nella immediata e ardente spensieratezza del suo primo eromperci, e cerca di ricomporre le cose, di rifare se stessa secondo la ragione e la volontà obiettiva della legge. Il processo è la vera e sola ricerca del tempo perduto che fa l'esperienza pratica: il tempo che si ripresenta, il fiume che risale verso la sorgente, la vita che si coglie nella sua lacerazione e si reintegra nella sua unità. E tutto questo deve fare non l'agente stesso che ha vissuto, e che rivive, come in una proustiana ricerca, il suo tempo perduto, ma proprio un assente, una persona che non è mai passata per quella esperienza, una persona essenzialmente indifferente. Doppia magia: far rivivere quello che non vive più, che è oramai spento, e farlo rivivere nella coscienza e nel giudizio di uno che è perfettamente assente ed estraneo all'esperienza che deve risorgere; e far vivere quella ragione e quella volontà obiettiva

che è la legge proprio là dove quella vita della legge è mancata. Siamo di fronte a una delle più meravigliose creazioni della vita: una delle più tipiche creazioni in cui la vita traverso mille espedienti e mille assaggi riesce a realizzare i suoi paradossi.

Intervengono tutti nella procedura, perché solo attraverso l'intervento di tutti si può realizzare questo reintegrare come presente il passato: tutti sono necessari, perché solo la collaborazione di tutti può ricomporre quello che non è più. Le parti che hanno agito, coloro che si sono trovati attorno all'azione o nelle situazioni obiettive derivate dall'azione, o testimoni delle modificazioni che l'azione come un piccolo esplosivo ha portato nella realtà, i tecnici che sono competenti a giudicare di queste situazioni e modificazioni, i giuristi che hanno la capacità di esprimere in modo riflesso e razionale le pretese e le difese immediate delle parti e degli imputati; gli ausiliari che assistono il giudice in questo raccogliere tutte queste cose e questi elementi, il giudice stesso, non sono altro che persone le quali si fermano a ripensare a quello che già è stato, a ritornare col discorso con l'intelligenza col sentimento a un momento della vita che è passata; a fermare e a rivivere il già vissuto. E il giudice sta ad ascoltare le parole degli altri, a vedere le cose che gli altri gli presentano, a riflettere sulle riflessioni degli altri. Ma tutto questo rivivere, che il giudice fa traverso il rivivere degli altri, non è mai un vedere direttamente, non è mai la presenza. La presenza è impossibile. È un rimpiazzare la presenza: qui è la magia. È un far essere presente quello che non è presente. E perciò è sempre un procedere traverso segni, che significano, ma non sono, la cosa significata; quasi si direbbe un procedere traverso tracce figure geroglifici, che il giudice deve tradurre in quella realtà ricercata e oramai sparita nella sua irraggiungibile presenza attuale. Traverso questo procedere per segni, quasi si direbbe traverso « le ombre delle cose » (è la frase di un grande magistrato di altri tempi, in un passo che sarà riportato più oltre), il giudice deve rifare presente il passato. E deve rifarlo presente per giudicarlo; perché deve applicare le leggi al caso, perché deve risolvere la crisi, perché deve ricomporre e far ritornare nel suo alveo la scomposta corrente dell'esperienza giuridica. E perciò non si tratta solo per il giudice di tradurre i segni nella cosa presente, che è sempre un rimpiazzare la presenza, ma si tratta anche di tradurre la legge e la generalità della legge nei termini per cui possa diventare criterio di valutazione per l'azione rico-

struita. Non gli è presente l'azione, perché oramai è passata; e, si può dire, non gli è presente nemmeno la legge, perché la legge è generale e l'azione da giudicare è, più che particolare, puntuale di una assoluta puntualità. Si può dire, che come non ha a disposizione l'azione, che deve giudicare, perché è passata, non ha a disposizione nemmeno la legge, perché la legge è generale e deve diventare legge dell'azione singola, perché possa giudicare l'azione singola. Così si può dire che il giudice non ha nulla, deve procurarsi tutto. Il processo è proprio questo far rivivere come presente l'azione passata e esaurita, e questo far diventare concreta la legge, che è generale ed astratta. Perciò il processo è processo: appunto un procedere per arrivare a questa trasformazione, di qualche cosa che più non esiste e farla esistere di nuovo, e di una legge che è generale, e farla diventare concreta. È una trasformazione che si opera proprio attraverso questo procedere per gradi per momenti per forme, per interventi precisi di parti e di funzionari, per ordini predeterminati e organizzati di funzioni. Questo procedere è questa trasformazione: questa trasformazione non si opera alla fine con la sentenza, ma si opera in tutti i momenti in cui si risolve quel procedere, e si opera alla fine in modo riassuntivo e integrale con la sentenza, proprio perché si opera in tutti i momenti della procedura.

2. — Ora la vecchia scienza del diritto intendeva aiutare il giudice nel faticoso percorso di questa via. In questa via che era tutta di sbieco, tutta per indiretto, tutta per svolte, si trattava di vincere il dubbio, di procurare alla coscienza del giudice la certezza. Quella vecchia scienza sapeva bene quanta era la incertezza delle certezze umane, ma distingueva la certezza metafisica o fisica dalla certezza morale; e questa procurava con i suoi metodi e le sue ricerche di creare nel giudice, la certezza cioè data dalla fiducia nel normale andamento della vita, in cui nessuno si cura di avere l'assoluta certezza, ma tutti si fidano in quella specie di sicurezza sintetica e complessiva, che danno la normale natura umana le normali apparenze dell'azione e la vivente aspettativa che queste apparenze non deluderanno. Poiché si trattava di formare una coscienza con tale certezza, quella vecchia scienza cercava di fare l'analisi del vissuto, di riscontrare la normalità dei comportamenti degli uomini, in sostanza di cogliere quello che è il quadro solido e solito della vita (È singolare osservare, che proprio perché la

vita è così monotona, si può arrivare alla certezza del giudicare). Essa partiva dall'intuizione che per scoprire la verità in questo nodo di interessi di passioni e di pensieri che era l'azione che doveva essere giudicata, nodo già sparito nel passato, occorreva procedere con criteri obiettivi, vale a dire attinti dall'oggetto stesso che si trattava di giudicare, dall'azione nella sua struttura e nel suo svolgimento, dai rapporti comuni della vita, dai normali andamenti della vita, da cui si trattava di dedurre gli indizi i documenti e le testimonianze, per far rivivere il passato e ripresentarlo come presente. Poiché alla fine trattavasi di ricomporre un tratto di vita, era ovvio che si ricomponesse con la logica ordinaria della vita, con quello che gli uomini fanno, con i criteri attinti dal normale cioè naturale comportamento degli uomini. Poiché tutto doveva dedursi dai segni dalle tracce dagli indizi di quella che era stata azione e vita ora spenta, gli unici criteri dovevano dedursi proprio dalla struttura stessa del comportamento stesso della vita. Era la vita che doveva interpretare la vita, la vita che doveva suggerire la ricostruzione della vita. Di qui le faticose minuziose acutissime teoriche sugli indizi sulle testimonianze sulle confessioni del reo, e così via, di quella vecchia scienza. Aiutata dalla legislazione che fissava il valore legale degli indizi, che cercava di imporre al convincimento del giudice, quella vecchia scienza scendeva ad un'analisi della realtà, che in sostanza non era che uno sforzo di trovare i criteri obiettivi da desumersi dall'oggetto, dalla vita da ricostruirsi per percorrere questo arduo cammino dall'indizio alla verità dell'azione. Il pericolo è, in un così difficile iter, proprio l'arbitrio, cioè lo staccarsi dall'oggetto dalla vita dalla sua logica, e un sostituire questo insostituibile criterio con cose di propria fantasia. In ultima analisi malgrado tutto, malgrado l'apparente metodo di deduzione logica, era un metodo di osservazione, che quella vecchia scienza adottava: l'osservazione della vita serviva a ricomporre l'azione diretta, che gli indizi e le testimonianze permettevano di intravedere solo per indiretto. In quello sforzo disperato di arrivare all'oggettività del giudicare, la scienza cercava di entrare dentro il muoversi stesso della vita pratica del soggetto, di cogliere quello che c'è di umanità sempre presente nell'attività umana che passa. La sua era una ricerca di verità obiettiva, veramente inerente alla vita stessa. Non si è trattato di logica astratta e formale, ma proprio dell'opposto, della logica stessa dell'oggetto, cioè della logica dell'azione e della vita che si trattava di ricostruire. Così

ha scoperto essa i metodi per la critica dei fatti umani, come è stato da varie parti notato (Per es. un vecchio filosofo napoletano osservava: « L'urgente bisogno di tutelare la sicurezza della vita e della proprietà aguzzò per tempo la vista dei legislatori e dei magistrati e la critica dei fatti criminosi precorse quella dei fatti storici »: Fiorentino, *Lezioni di filosofia*, Napoli 1887, pag. 224, 225). Ha scoperto questi metodi, perché appunto non si è fermata a una ricerca di logica formale, ma ha cercato di approfondire il rapporto di vita, di scoprire la sua logica interna. La scoperta dei metodi è avvenuta, non tanto in quanto sono state trovate delle regole logiche, ma in quanto si è presa questa iniziativa di mettersi dentro il rapporto cioè l'azione, cogliere il suo interno formarsi, scoprire la sua logica interna cioè la via del suo interno formarsi, secondo il proprio principio e la propria forma di vita. Per questo non sono i filosofi che debbono studiare questa logica e trasmettere ai giuristi i risultati delle loro scoperte; ma sono proprio i giuristi che possono studiarla e scoprirla, perché appunto è la logica interna dell'esperienza giuridica che si tratta di cogliere, e proprio i giuristi sono dentro questa esperienza.

Il caratteristico di questa ricostruzione obiettiva è, che è fatta per risolvere le crisi dell'esperienza, cioè per ripristinare la ragione e la volontà obiettiva della legge, che le crisi — sia la disputa degli interessi invocanti ognuno per sé la legge o sia il danno e il male portato da un uomo all'altro uomo o agli altri uomini —, hanno aperto, e che in sostanza consiste proprio nel non avere seguito la ragione pratica della legge, nell'aver interrotto il flusso della ragione obiettiva che dà vita all'esperienza. La ricostruzione avviene per questo fine, tende a questo fine. Singolare fine anche questo, che in fondo consiste nel sostituire eventi ad eventi, nel riprendere l'azione passata, nel riproporla nei suoi termini effettivi e nel sostituire a questa azione altra azione, per cui il negativo sia eliminato riparato espiato. Questo fine intrinseco alla ricostruzione comanda tutta la ricostruzione. Tutta la logica della obiettività che domina il giudicare in tutti i suoi momenti e le sue fasi discende da qui. La ricerca della verità prende la via faticosa e lenta della logica obiettiva, appunto perché lo scopo finale è la riparazione la reintegrazione la rimessa in marcia dell'esperienza. Di qui tutti i vincoli e i limiti del giudice: di qui la regola fondamentale del giudicare « *juxta alligata et probata* » che contiene si può dire tutta la filosofia del processo, e che nasce proprio

dalla esigenza costitutiva di riprendere il lavoro interrotto, il tessuto lacerato dell'esperienza; questa esigenza impone che siano le parti stesse — che sono protagoniste degli interessi in giuoco, che lottano nel contrasto, e che debbono esse reintegrare l'esperienza e riassicurarne il flusso —, a proporre a determinare a segnare i termini del contrasto e della crisi, e le prove delle loro pretese, e le loro difese. Nel processo siamo nel cuore dell'esperienza, siamo potremmo dire dentro i cantieri nei quali l'esperienza si fabbrica e si restaura, e perciò sono proprio gli interessati che danno gli elementi, che segnano il campo. Di qui la singolare struttura del processo dove tutto è mediato e tutto è diretto; ma di qui soprattutto la ricerca di obiettività del giudice, che appunto ritrovando il filo della logica obiettiva in mezzo all'inbroglio delle logiche particolari delle passioni e degli interessi, cioè ritrovando la logica obiettiva della legge e della vita, ricostruisce con questa il passato, e sostituisce con l'azione nuova — la quale ha ritrovata, traverso tutta la mediazione del processo, la ragione e la volontà obiettiva della legge — l'azione che aveva perduta la sua obiettività. E questo in sostanza (sia detto fra parentesi) fa la differenza radicale tra il giudice e lo storico. Già Calamandrei, nel noto saggio, in tono ironicamente sommessò segnò con molto acume le differenze sostanziali delle posizioni dei due tipi di ricercatori; ma queste differenze nascono proprio dalla differenza fondamentale delle due figure. Il paragone con lo storico è stato anzi cosa ottima, perché permette di chiarire la vera posizione del giudice. Lo storico rivive ricostruisce fa ritornare presente l'evento storico (l'evento storico che ha interesse a far ritornare presente!) e basta. Questo è il suo fine. Il giudice è, se si vuole, uno storico ma uno storico che deve modificare distruggere rimpiazzare l'evento con un altro evento, cancellarne le conseguenze giuridiche e pratiche, per quanto si può di fatto. E poiché questo rimpiazzare l'evento con un altro evento è un collaborare alla vita, è un vivere, ha tutto il valore della vita (porta, a volta terribili, modificazioni del destino dell'individuo o degli individui), questo fine comanda tutta la ricerca. Si può dire che il giudice è il giustiziere dell'evento: l'opposto dello storico.

Indubbiamente questa logica dell'obiettività non elimina la subiettività del giudice. Dopo tutto questo, resta il giudicare nella sua parte più segreta e delicata, nel momento della decisione in cui l'uomo giudice, non si sa se con la sua intelligenza o la sua

volontà o con tutto se stesso, dice l'ultima parola. Il « tu magis scire potes », l'« ex sententia animi tui existimare potes » dell'imperatore nel celebre testo resta un momento eterno del giudicare. Per quanto sia sicura la obiettività, per quanto si ricostruisca la normale obiettività della vita, a un certo punto, nel punto culminante, interviene la « sententia animi » del giudice, la puntuale irripetibile decisione del giudice. Ma quello che fa la puntualità della cosa è sottoponibile ad analisi? La puntualità della cosa è fatta da due elementi: uno, la estrema puntualità dell'azione concreta, che è l'oggetto del giudicare: dopo averla scoperta in quello che essa ha di comune con tutte le azioni, resta l'azione nel suo essere se stessa nella sua particolarità per cui è se stessa, l'azione di quell'agente e quella puntuale azione; l'altro, la estrema puntualità del giudicare stesso del giudice, nel senso che nell'accogliere il dubbio o nell'eliminarlo, nel dar fede a questo o a quell'aspetto, a questa o a quella parola, a questa o a quella circostanza, nel sentirsi nello stato di certezza morale o nel non sentirsi, c'è qualche cosa che è veramente una scelta. Questa scelta, che è veramente inerente alla più secreta personalità del giudice, si incontra con l'azione anch'essa assolutamente puntuale, e tutto finisce in qualche cosa di unico che è appunto l'atto finale di opzione, quel decidere che è veramente la fine del dubbio, il non ricercare più, il quietarsi. Ora questo « unicum », appunto perché tale, non è sottoponibile ad analisi, e quindi tanto meno a regola (1). Ma quello che è importante è che a quest'ultimo punto indecomponibile, il giudice arriva traverso tutte le mediazioni della logica obiettiva, della vita che ha dovuto ricostruire, della legge che ha dovuto tradurre in termini concreti, del processo traverso le cui forme e i modi la ricerca deve passare. Appunto perché alla fine c'è opzione non analizzabile nemmeno dal soggetto, è necessario che a questo punto supremo il giudice arrivi attraverso questa mediazione del processo, e i filtri dei giudizi particolari che contrassegnano ogni momento del processo, e la ricostruzione dell'ossatura obiettiva dell'azione e della legge. È solo un animo che è passato traverso questa disciplina o immedesimazione con

---

(1) Su questa delicatissima analisi della coscienza del giudice nel giudicare si troverebbero, nei vecchi, importanti testimonianze e documenti. Sarebbe ricerca anche questa piena di alto interesse. A puro titolo di esempio si può citare una pagina bellissima del Nicolini, *Questioni di diritto*, Napoli, 1870, II, pag. 747.

la logica obiettiva dell'esperienza e della vita, attraverso questa prova di faticosa e controllabile obiettività, che può apprestarsi a quella scelta con tranquillità di coscienza, che è veramente un atto di libertà (E qui appare perché i vecchi vedevano come elemento del giudicare, il « *rectitudinis zelus* » cioè l'amor justitiae, l'apertura alla verità, la volontà di realizzare quello che è giusto). Qui si potrebbe dire libertà e verità coincidono. C'era in quella vecchia scienza, con il disperato sogno di sopprimere tutto il soggettivo, di fare arrivare tutto all'obiettività, c'era questa intuizione profonda, che quando tutto è stato adempito per arrivare alla verità, cioè quando nella ricerca della verità non si è seguito altro che la linea sicura della logica obiettiva dell'azione e della legge e nell'ordine in cui la ricerca deve svolgersi, la decisione suprema dell'animo del giudice, aperto alla verità perché ha seguito quella pura logica, porta spontaneamente alla verità: la via della ricerca ne garantisce il risultato; la purezza dei mezzi garantisce la verità del fine (1).

---

(1) Si potrebbe dire questo: « metodo giudiziario »; l'esperienza quotidiana e storica dimostra che non c'è altro metodo per risolvere una controversia o una questione di responsabilità, in modo conforme alla libertà e alla dignità dei soggetti che vi sono impegnati e in maniera adeguata alla concreta umanità dell'esperienza giuridica da formare o da restaurare. Che questo sia l'unico metodo si può vedere con la prova sperimentale delle esperienze negative, nelle quali la controversia si risolve con la violenza o con criteri estrinseci alla questione. Un campo dove è possibile trovare queste esperienze disposte in modo tale da poterle studiare oggettivamente, è il campo internazionale. Per le condizioni e la struttura particolare della comunità internazionale, e del funzionamento dei suoi organi, nei quali la separazione tra elemento politico e giuridico trova gravissime difficoltà a compiersi, il campo internazionale offre esperienze che si possono dire ancora allo stato informe. Per esempio, è da vedere in Kaeckenbeek, *La Charte de San Francisco dans ses rapports avec le droit international* (in *Recueil des Cours*, 1947, I, 136 segg.), un caso che si può dire tipico, nel quale non si è voluto adottare il metodo giudiziario mentre era l'unico possibile almeno per chiarire i termini della controversia: trattavasi della grave questione sollevata dall'India per la discriminazione razziale che avrebbe introdotta nel trattamento degli indiani la Unione sud africana; e della eccezione opposta dal Sud Africa ex art. 2 lett. 7 Carta N.U. (materia di competenza esclusiva dello Stato). In un importante (ma vano) intervento il Kaeckenbeek dimostrò la indispensabilità, nel caso, del metodo giudiziario. Disse cose empiricamente ovvie: « quando una questione è portata dinanzi a una istanza giudiziaria come la Corte Internazionale di giustizia ogni elemento è studiato con pazienza e disinteresse. I fatti sono stabiliti e precisati, la loro portata giuridica è determinata, i principi sono definiti e la conclusione qualunque sia imposta alle due parti con una autorità che non potrebbe mai avere il voto di maggioranza di un'assemblea come la nostra. La lentezza stessa della procedura ha il gran vantaggio di permettere alle parti ciò che una discussione come la presente se dovesse portare a una decisione immediata non permetterebbe, cioè un ritorno dell'una e dell'altra parte su se stessa per ricercare se veramente è arrivata fino ai limiti possibili della conciliazione ».

C'è la possibilità dell'errore. La possibilità dell'errore c'è appunto perché il giudizio è il giudizio di un assente che traverso seguiti indizi e interpretazioni giudica di cose passate e con leggi generali e astratte. Ma quando si è seguita la via dell'obiettività, il giudizio è un giudizio di verità, poiché la mente umana e l'animo umano sono stati condotti dalla logica stessa delle cose e della legge al risultato. Se errore c'è, quando la via dell'obiettività è stata seguita interamente, l'errore è veramente una cosa di puro fatto, quasi si direbbe priva di significato, perché al di fuori della logica della vita e della ragione stessa della legge. Questa è la radice profonda della cosiddetta verità legale: la verità legale non significa una verità finta e presunta per necessità pratica, ma in sostanza è la verità che si trova seguendo la via dell'obiettività. La verità legale è la verità umana, cioè la verità che gli uomini trovano procedendo umanamente alla ricerca, con le possibilità i metodi e i modi che sono propri della condizione umana. I casi di divergenza tra verità legale e verità reale se avvengono, avvengono perché non si è seguita la via della logica obiettiva dell'azione e della legge. I casi di errore incolpevole se ci sono, sono di assoluta rarità: ma forse non ci sono. Per dire che ci sono, bisognerebbe analizzare a fondo con analisi scientifica tutti gli atti di procedura tutte le prove tutte le leggi applicate di tutti i casi celebri di errore giudiziario uno per uno. Sarebbe lavoro importante. Si potrebbe cogliere in concreto, e non al solito in genere, la logica del giudizio e del processo. Forse, se ci sono, si troverebbe all'origine, come in qualche caso famoso, un dato di fatto inconfutabile e inconfutato che era falso, cioè qualche cosa che costituisce un dato, che il processo e il giudice hanno accolto, perché dovevano accoglierlo in quanto che constava secondo tutte le norme delle prove. In questi casi il giudice intravede la tragica fragilità della sua funzione. Un grande magistrato di altri tempi ci ha dato testimonianza dei sentimenti del giudice in questi casi. Concludendo nel celebre affare La Pivardière il cancelliere d'Aguesseau diceva « nous ne pouvons nous autres magistrats, trai-

---

Si vede in questi casi come il metodo giudiziario fa parte, per così dire, della natura stessa delle cose; si può, di fronte a una controversia, non adoperarlo, ma allora la controversia non è risolta; il nodo è tagliato dalla forza: « stat pro ratione voluntas ». Al posto della ragione (ricerca della verità) interviene la nuda volontà, la nuda azione, il nudo fatto che si compie. La crisi rimane.

ter les affaires humaines qu'humainement. Nous devons savoir que tout ce qui fait la matière du jugement est du ressort de la jurisprudence, dans laquelle on juge des choses, non selon ce qu'elles sont en elles mêmes, mais selon ce qu'elles paraissent au dehors. Nous devons nous humilier à la vue du néant de la science, et, si nous osons le dire, du néant même de la justice, que dans les questions de fait est forcée de juger non sur la vérité éternelle des choses, mais sur leur ombres, leurs figures, leurs apparences. Si nous sommes trompés, comme nous pouvons l'être encore, nous le sommes dans les règles ». Giova sentire le testimonianze degli uomini che sono diretti protagonisti di queste esperienze: questo stupendo passo di d'Aguesseau riassume in formule perfette la miseria insieme e la grandezza del giudicare.

3. — Proprio qui in questo principio di obiettività, in questo seguire la logica obiettiva della vita e dell'azione è l'essenza stessa del processo. Il « terzo » di cui parla Satta è appunto la figura in cui si simbolizza il disinteresse della ricerca pura e semplice della verità, il disinteresse del giudice in mezzo agli interessi del contrasto e della crisi. Per quel tanto che questo disinteresse così concretamente inteso si realizza, il processo esiste. Per quel tanto che la ricerca disinteressata della verità, la logica obiettiva di questa ricerca, si realizza nel processo, c'è il processo nel suo « proprium quid ». Se si realizza tutto quello o almeno parte di quello che il fatto stesso del processo implica, se si realizza intanto quel minimo di obiettività che consiste nel porre e nel trattare l'accusato come tale e quindi nel rispettarlo nella sua persona fisica e morale, il processo c'è. Il processo rivoluzionario è processo per quel tanto che si realizza almeno questo minimo di obiettività che consiste nel rispetto dell'accusato, della sua umanità e della sua difesa. Il rispetto dell'accusato è forse perciò il segno esteriore più certo e più visibile della esistenza del processo. Se questo minimo di obiettività si realizza e quando comincia a realizzarsi, comincia il processo; se questo minimo manca, il processo nemmeno comincia. Nella rivoluzione francese si deve dire che questo minimo ci fu. Nel processo del Re il Re si difende come può e come vuole, la sua difesa tratta la questione della responsabilità giuridica e storica in tutta la sua ampiezza, contesta la mancanza di disinteresse nei giudici; la votazione per la sentenza si svolge con varietà di voti e di opinamenti: tutto questo è già il processo,

poiché i giudici, per quanto nemici alcuni e terrorizzati altri, già in questo rispetto dell'imputato e della sua difesa realizzavano il processo e la logica obiettiva del giudizio. L'errore è di non aver seguito sino in fondo questa logica, di non aver portato fino al termine questa obiettività, ma appunto l'errore si può identificare, proprio perché il processo c'è stato e la sua logica è stata seguita. Se possiamo noi posteri farci un'idea chiara delle immense questioni agitate in quel processo, è proprio perché il processo si realizzò, e queste questioni furono svolte. Il processo quando è processo serve per il presente e per il futuro.

4. — È un fatto che la scienza moderna del processo ha portata la sua attenzione, più che sul giudicare, sul processo come rapporto giuridico autonomo, si è occupata delle condizioni perché l'una o l'altra parte potesse a proprio favore avere attuata la legge, ha scoperto in sostanza nel processo, come bene dice Carnelutti, il diritto processuale. Immenso progresso. Quella vecchia scienza, fissa quasi si direbbe al giudicare, considerava la procedura come qualche cosa di empirico e di accessorio, che non si sapeva come ricollegare alla ricerca che era la sostanza del giudicare, e non si sapeva come qualificare diritto. La nuova scienza ha scoperto si può dire la profonda giuridicità di quell'insieme apparentemente empirico di forme e di riti che era la procedura, i rapporti che vi si contengono, la unità giuridica di questi informi empirismi, e la profonda connessione di essi con tutta la vita del diritto. Ha scoperto veramente tutta una parte originale dell'esperienza giuridica. Impegnata in questo grande lavoro, è naturale che essa abbia trascurato o non abbia guardato al giudicare, che è l'azione attorno alla quale si realizza e si organizza il mondo complicato e unitario del processo. È naturale, perché l'attenzione degli uomini è essenzialmente limitata. Ma ora? Dice Carnelutti, che è per la scienza moderna del processo l'ora della sera, e bisogna preparare il lavoro di domani. Ed indica il lavoro di domani proprio nel rivolgere la indagine sul giudicare. Chi scrive non è davvero in grado di dire se veramente lo sforzo speculativo della scienza contemporanea del processo sia o no esaurito. Ma si ha l'impressione che sia venuto il momento per la scienza di raccogliersi in se stessa, di ritrovare nella propria storia nella propria vita la spinta per rinnovare il suo slancio in una ricerca ampliata a tutta intera l'ampiezza dell'esperienza che studia, a tutto

l'oggetto ritrovato alla fine nella sua unità. Dovrebbe la scienza riflettere a questa duplice fase contrassegnata da questo duplice oggetto che essa ha avuto nella sua storia. Si ha l'impressione, che in questa reciproca più che contrapposta posizione delle due fasi dell'unica scienza del processo, ci sia si può dire la indicazione dell'avvenire. Sembra che sia proprio la storia interna della scienza a portare lo spirito scientifico verso il suo nuovo compito. Il compito della scienza non nasce mai da vedute particolari o da arbitrari problemi, ma è posto dallo svolgersi stesso dello spirito scientifico, dalla logica interna della sua storia. E questo nuovo compito od oggetto è segnato appunto dalle due ricerche per ognuna delle quali, con sforzo parimenti mirabile, hanno, l'una dopo l'altra, lavorato la vecchia e la nuova scienza. Il nuovo oggetto sembra essere proprio la sintesi dell'una e dell'altra ricerca, del giudicare che i vecchi hanno sottoposto a un'analisi così estesa e così aderente alla vita; e del processo che i nuovi hanno approfondito con tale consapevolezza e coerenza logica e sistematica. Si può dire che solo ora può nascere il problema e la ricerca della sintesi; solo dopo che la scienza nella sua storia, con una specie di sapiente e spontanea divisione del lavoro, ha elaborato il giudicare e il procedere. Si dovrebbe ora poter cogliere il nesso dell'uno e dell'altro, il connettersi necessario e perfetto dell'uno con l'altro nella perfetta unità delle concrete esperienze processuali che si realizzano nella vita. Si può dire che c'era qualche cosa di astratto insieme e di inelaborato non solo nella vecchia scienza ma anche nella nuova. Nella vecchia quella elaborazione della logica interna del giudicare, troppo legata all'intento pratico di aiutare il giudice, presa nell'intrigo empirico delle forme e delle formule, era soprattutto scompagnata dalla percezione e dalla considerazione del nesso organico e vitale che il giudicare aveva col processo, nel quale il giudicare prende corpo; e perciò il giudicare stesso rimaneva astratto, perché appunto il concreto è proprio il giudicare che prende corpo nelle forme complesse e specifiche che costituiscono il processo. E così la nuova scienza, anch'essa, si osa dire, ha considerato il suo oggetto più in sede astratta che in sede concreta, appunto perché la grandiosa costruzione del processo nella sua unità organica è stata scompagnata dalla necessaria correlativa e quasi si direbbe coestensiva percezione e considerazione del giudicare, che è il nucleo vitale attorno a cui si organizza e vive quella costruzione. In quella vecchia scienza quel

giudicare e quell'insieme di attività empiriche che gli fanno corteggio come procedura, sembra talvolta un puro giuoco, una specie di partita che si giuoca fra i soggetti in contrasto, con regole di procedura che sembrano essere, più che regole del giuoco, modi di reciproca insidia; nella nuova scienza quel processo diventato nella sua potente ma solitaria costruzione fine a se stesso, sembra talvolta anch'essa un giuoco poderoso non più di individui ma questa volta della società stessa e dello Stato che danno la solenne rappresentazione liturgica della propria giustizia. È naturale, così, che nascano i problemi che nascono: che cosa distingue il giudicare, che si esplica nel processo, dal giudicare che costituisce il modo e la trama di tutta la vita del pensiero? E d'altra parte qual'è lo scopo del processo? Ha il processo uno scopo? O non è senza scopo? Non è un mistero? Questi problemi nascono dalla separazione che si è fatta in queste due parti di quell'unica realtà che è il processo. Quando si sarà ricostituita questa unica realtà nella vera integrale sostanza che è la sua natura profonda, questi problemi si risolveranno come sempre si risolvono i problemi, con lo sparire ed essere assorbiti nella ritrovata integrale e totale realtà della vita. Forse, che la scienza moderna del diritto processuale, sia arrivata a questi supremi problemi, che Canelutti e Satta hanno intuito, sia arrivata cioè proprio alla radice secreta della sua indagine, è il segno che è venuta l'ora della sera. La speculazione, cioè l'uccello di Minerva, esce la sera. Ma è certo che è segno, un altro segno obiettivo, di quello che deve essere il lavoro il nuovo compito della scienza che viene. È proprio in questa ricostruzione della realtà tutta intera del giudizio che s'incorpora nel processo e del processo che si trasforma in azione effettiva nel giudizio, nello studiare la connaturalità dell'uno e dell'altro, per cui l'uno è per l'altro e viceversa, che consiste il centrale lavoro, che forse costituirà l'avvenire della scienza.

5. — Ma, insomma, ci sarà da fare! I giovani sono invidiabili, perché hanno molto da lavorare. Ed il lavoro sarà il più arduo che possa pensarsi, perché sarà necessario unire insieme la forte e fresca intuizione degli antichi e la potente capacità sistematica dei moderni. Non è lavoro di poco momento. Non è cosa facile riabituarsi alla vita, dopo che il nostro pensiero scientifico ha tanto studiato concetti costruzioni schemi e libri di altre culture. Questo studio è stato necessario, e continua ad essere, per

chi non l'ha fatto ancora, più che mai necessario — (questo deve essere detto con ogni chiarezza a scanso degli equivoci che i dilettantismi famelici sono sempre pronti a creare) — è la premessa indispensabile di ogni studio della realtà, ma lo spirito scientifico, maturato a queste severe scuole metodiche, deve oramai riabituarsi a fare quasi si direbbe la esegesi della nuova realtà, deve rimettersi a contatto dei veri oggetti dello sforzo scientifico, del vero materiale della elaborazione scientifica, cioè la diretta la concreta la vivente formazione dell'esperienza giuridica, nella quale gli uomini bene o male vivono e compiono il loro destino. La scienza del diritto alla fine fa parte integrante dell'esperienza giuridica; aiuta l'esperienza giuridica a formarsi; senza di essa l'esperienza giuridica non si formerebbe. I vecchi giuristi lo sentivano profondamente; sentivano tutte le esigenze della vita, che il diritto esprimeva che il diritto doveva aiutare. Essi cercavano di aiutare la difficile barca del diritto nel difficile mare dell'esperienza. Se torniamo a studiare i vecchi, oltre tutto quello che ci insegneranno che non sappiamo, ci insegneranno appunto a tenere in tutta la ricerca scientifica il contatto organico con la vita, con lo slancio che è nell'azione, con le idee che formano le certezze pratiche del soggetto e da cui nascono le iniziative e l'impeto del suo agire. L'essenziale è questo. In questo mondo in cui il nuovo rischia di sopprimere l'umano, la scienza del diritto, oltre le altre forze che difendono lo spirito, è anch'essa e soprattutto essa, che sottoponendo a elaborazione il nuovo, ripensando giuridicamente il nuovo, deve riportarlo a quelle che sono le certezze essenziali e le permanenti strutture dell'esperienza giuridica. Proprio in queste epoche in cui l'incertezza coglie proprio l'essenziale, la funzione della scienza del diritto, come consapevolezza critica dell'esperienza giuridica, appare nella maniera più manifesta. Cogliere e quindi registrare ed elaborare il nuovo, perché il nuovo è la vita, ma non farsi assorbire dal nuovo, rimanere veramente coscienza e pensiero, e cioè riportare il nuovo all'eterno fondamento umano che non cambia, appunto perché il nuovo per essere vita umana deve fondarsi su questo fondamento: questa è più che mai la funzione della scienza del diritto. Una funzione di civiltà: anzi si può dire, — deve dire a se stessa la scienza —, che la civiltà, cioè la coscienza sempre attiva sempre presente sempre operante, in tutti i piani della vita, della umanità cioè della spiritualità della vita, è soprattutto ad essa affidata. Appunto la scienza deve aiutare la

barca dell'umanità insidiata e negata da tante parti! Se veramente la scienza riprenderà coscienza di questa sua funzione così autonoma così sovrana (quei vecchi alla fine con tutte le loro « teoriche » non facevano che esercitare un vero dominio; era il pensiero che imprimeva sovraneamente sulla vita il suo sigillo), riavrà il dono della fantasia speculativa, che sembra abbia perduto, e per la quale in altri tempi è stata la forza costruttrice di intere parti dell'esperienza giuridica.

6. — Ma riabituarsi alla vita significa appunto riassumere recuperare, come principio sempre attivo della sua consapevolezza e della sua ricerca, le certezze della vita: credere alle idee esigenze certezze, a cui è affidata l'umanità cioè la spiritualità della vita; e insomma, per ripigliare l'ingenuo linguaggio dei vecchi, credere alla verità. Il processo è alla fine una ricerca ordinata obiettiva autonoma di verità. Questo è chiaro; ma bisogna rendersi conto di quello che, effettivamente meditato sino in fondo, questo significa. Significa che il processo suppone la verità, l'idea di verità, che la verità valga, che la verità deve essere ricercata, che la verità deve essere obbedita: suppone che si creda alla verità. Perciò si fa la ricerca, per trovare la verità, per vedere le cose come sono andate, il fatto per quello che è, la volontà della legge per quello che è: e ciò suppone una cosa molto semplice, che quello che è bisogna riconoscerlo, e che riconoscerlo è il dovere e la regola fondamentale della vita, per orientare organizzare aiutare la vita a essere se stessa. Se non si suppone questa cosa così semplice, il processo non ha senso.

Quando sentiamo la parola verità noi moderni non sappiamo più esattamente di che si tratta. Ma bisogna lasciare da parte le dispute degli addottrinati, non si tratta qui di verità in astratto, come una astratta meditazione logica, ma della verità in concreto nei singoli casi concreti. Del resto sempre di fronte alla verità, l'animo che non ama la verità, fa subito la questione astratta: *quid est veritas?* In astratto si può dire così per nascondere il proprio disprezzo per la verità. Ma in concreto quando nascono le crisi, la spontaneità della vita, quasi si direbbe l'istinto della vita, non vede che una via e un principio, riconoscere quello che è, le cose come sono andate, la legge come esiste e quello che vuole; la spontaneità della vita porta a riconoscere, — come ha detto con assoluta profondità un nostro grande filosofo che ha

ridotto a questi termini così semplici la legge etica della vita, — riconoscere le cose come sono, riconoscere l'essere nel suo ordine. Per gli uomini nella spontaneità della loro vita diretta, per la vita che costruisce se stessa con le proprie profonde credenze, questa è la certezza suprema, che la verità deve essere riconosciuta e che la verità, per usare la bella parola di un vecchio maestro, il Gravina, è la madre della giustizia. Il processo, le organizzazioni nelle quali si concreta, la logica e i metodi con cui si svolge, sono fondati su questa idea così semplice su questo impegno così preciso nella sua semplicità. Queste istituzioni si organizzano, il processo si svolge come ricerca e il giudicare come travaglio di mente e di animo, proprio perché gli uomini sentono questa legge si potrebbe dire della verità, che deve essere riconosciuta qualunque siano le nostre volontà le nostre vedute i nostri interessi, e che la giustizia nasce dalla verità così riconosciuta (1).

Ora qui tocchiamo una delle ragioni del trascurare che la scienza del processo ha fatto del giudicare, come ha notato Carnelutti. Non è la sola ragione, ma c'è anche questa. Questo fatto si accompagna a una vera crisi in cui nell'epoca moderna è entrata l'idea stessa di verità. Pragmatismi di ogni genere aperti e nascosti, nascenti da negazioni ancora più profonde, hanno fatto entrare in crisi la idea di verità su cui l'umanità si è finora retta. C'è in quel fatto notato da Carnelutti, anche l'influenza di questa crisi (Le grandi crisi dei principi supremi del mondo del pensiero vanno sempre a finire, in terribili crisi in cicloni, si potrebbe

---

(1) Per i vecchi, si è visto, questa idea era fondamentale ed elementare. Il Gravina pone in questo obbligo di cedere alla verità, appena essa traverso la ricerca apparisce, il principio regolatore di ogni disputa giuridica: «Qua (veritate) in lucem exeunte, vestri iudicii atque candoris erit abire statim a iurgis: ne dum iustitiam addiscitis, parentem iustitiae veritatem oppugnetis, ac bonum et aequum cuius notitiam quaeritis, a vestris mentibus arceatis» (Gravina, *Orationes*, Napoli, 1723, 127-128). Nicola Nicolini in un passo concettosissimo, e riportandosi niente meno che a Vico, mostra tutto il processo organizzato sull'idea di verità: «Vico prende per principio che rinvenire il vero è il problema che si cerca sciogliere in ogni giudizio, di cui il regolo è la massima *dolus malus abest* ed il compasso l'altra *ex animi sui sententia*: verità di fatto e verità di parola che portano allo scoprimento della verità legale». E rimanda al *De uno*, I, 51 (Nicolini, *Della procedura penale nel Regno delle Due Sicilie*, Napoli, 1828, I, 233-234). Sarebbe pieno d'interesse, sia permesso qui aggiungere, un lavoro sopra le dottrine giuridiche che i vecchi giuristi napoletani credevano di ricavare dal Vico o prestavano a Vico: specie questo grande e caro Nicolini. Letteralmente non si può dire che quelle dottrine ci fossero in Vico, ma nel profondo esse costituiscono interpretazioni veramente geniali delle più segrete e più vive esigenze di quel pensiero.

dire, nel mondo dei fatti e dell'azione: è nell'esperienza giuridica che si possono misurare le dimensioni e la portata di queste crisi). In quella questione, che pareva tecnica, se nell'attività del giudice prevalesse l'atto di intelligenza o l'atto di volontà, in quel graduale far prevalere la volontà sull'intelligenza (con fine intuizione lo notò già nel saggio citato Calamandrei), nelle teorie del diritto libero, del diritto prevalente sulla legge, nella svalutazione della legge tentata da tante parti, in tutto questo e in molti altri fatti c'era nascosto questo declino, questa crisi dell'idea di verità. Le crisi ideali praticamente si sono ridotte sul terreno pratico a questo concetto sommario: si tratta non di riconoscere la verità, di perdere tempo a ricostruire provare graduare, ma si tratta di fare attuare imporre: la verità delle cose e dei fatti non vale più perché quello che vale è altro, e la legge, esistente nella sua verità obiettiva come esistono i fatti e le realtà dell'azione, nemmeno vale più, perché quello che vale è altro, sono gli scopi pratici ai quali veramente fatti e legge debbono servire, rispetto a cui fatti e leggi, cioè la verità, sono subordinati, sono strumenti od ostacoli, non hanno più valore per sé; la verità non ha più valore non è più il valore massimo della vita. La crisi non si è fermata a questi primi accenni. È andata oltre. All'ultimo stadio della crisi, è apertamente negato che la verità obiettiva delle cose (per esempio che l'uomo sia uomo!) che quello che è, valga, debba essere riconosciuto; il fine che una forza storica vuole imporre, l'interesse della forza storica dominante, diventano se si vuole « la verità »: è « vero » tutto quello che favorisce questo fine, « falso » tutto quello che l'ostacola. In ultima analisi la forza, solo la forza, diventa la « verità ». Qui tutto è finito: il diritto, il processo, il mondo umano della storia. E naturalmente finisce pure essa, la scienza del diritto, che suppone, e questo supporre è la sua più profonda natura, queste cose. E proprio di questo la scienza del diritto deve veramente rendersi conto, che la sua sorte è legata alla idea umana, la più umana di tutte, che è la verità. Poiché tutta l'esperienza diretta del processo e del diritto si regge su questa idea, poiché la vita concreta nel suo spontaneo formarsi ed affermarsi, al di fuori delle imposizioni della forza e della frode, non si fonda che su questa idea, non è che questa ingenua credenza nella verità, la scienza deve riassumere rivivere questa ingenua certezza, su cui la vita si fonda. Rifarsi ingenua, recuperare la ingenuità, la suprema inge-

nità, di credere alla verità! A questo desiderio così semplice deve limitarsi il passante. Il suo povero discorso non è capace di andare più oltre.

**GIUSEPPE CAPOGRASSI**

*professore ordinario nella Università di Napoli*

---

## L'OPERA SCIENTIFICA DI JAMES GOLDSCHMIDT E LA TEORIA DEL RAPPORTO PROCESSUALE (\*)

1. — Goldschmidt ha legato alla posterità un'opera scientifica mirabile per unità e coerenza. Essa si è sviluppata tutta intorno a un'idea centrale, il cui significato e la cui importanza si sono venuti allargando a mano a mano che, nel corso di circa quarant'anni, egli ne andò saggiando l'incidenza in problemi sempre più generali.

Quest'idea centrale è quella del diritto giustiziale materiale, categoria nuova che egli costruì rompendo l'antitesi tra diritto privato materiale e diritto processuale formale e pubblico, su cui si era fermata la dottrina germanica tra la fine del secolo scorso e i primi anni del 1900. Era perciò un diritto materiale e pubblico-giudiziario e in esso dovevano trovare il loro posto tutte le norme che regolano dal lato sostanziale l'amministrazione della giustizia, determinando la formazione del contenuto della sentenza del giudice; quindi tanto il diritto penale, quanto il complesso delle norme che risultano dal diritto privato, quando venga ripensato nella sua proiezione verso lo Stato, cioè non più come regola di condotta tra le singole persone, ma come regola di decisione per il giudice.

Risale al 1905 il lavoro in cui espose la sua prima intuizione di questo concetto (*Materielles Justizrecht*), comprendendovi sia il diritto alla tutela giuridica (*Rechtsschutzanspruch*) di Wach, sia appunto il diritto penale. Incoraggiato dall'adesione del Kipp, venne sviluppandola negli anni seguenti in modo da fare del diritto giustiziale materiale uno degli aspetti della duplice rilevanza dell'ordinamento giuridico, e precisamente il suo aspetto «dinamico» (*Ungerechtfertigter Vollstreckungsbetrieb*, 1910; *Zwei Beiträege zum materiellen Ziviljustizrecht*, 1914). Da queste premesse partì per fare una generale revisione critica del pensiero processualistico, al quale volle dare una impostazione concettuale e sistematica

---

(\*) Questo studio sarà pubblicato anche nel fascicolo che in *Rivista de derecho procesal* di Buenos Aires dedicherà alla memoria di James Goldschmidt.

completamente nuova (*Prozess als Rechtslage*, 1925). Ebbe così gli strumenti necessari per delineare il suo personale sistema del diritto processuale civile germanico (*Zivilprozessrecht*, 1929; 2<sup>a</sup> ed. 1932) e per condensare più tardi in un brillante volumetto di edizione spagnola la sua teoria generale del processo (*Teoria general del proceso*, Barcelona 1936). Ma, pur nelle peregrinazioni e negli affanni dell'esilio, non cessò di meditare serenamente intorno agli stessi problemi, allargando l'ambito del suo contributo agli studi giuridici, e quando la morte lo colse improvvisa a Montevideo dieci anni or sono, lasciò incompiuta un'opera breve, ma sostanziosa, che fu pubblicata postuma e rappresenta il disegno di una vera teoria generale del diritto (*Problemas generales del derecho*, Buenos Aires 1944; trad. it. Padova 1950).

Così, partendo da un unico centro, le sue idee si sono sviluppate nell'ordine di cerchi via via sempre più larghi, fino ad abbracciare in un sistema compiuto l'intero campo del diritto.

2. — Uno degli aspetti più noti di questa generale revisione del pensiero giuridico del suo tempo è la critica ch'egli rivolse al concetto del rapporto giuridico processuale, che — da quando Bülow lo aveva enunciato nel 1868 — dominava quasi incontrastato la sistematica processuale. Ma Goldschmidt non si limitò a rilevare i difetti del concetto bülowiano e a proporre un altro in sua vece; egli allargò il campo del dibattito, affermando che era compito della dottrina processualistica foggare prima di tutto le categorie adeguate al fenomeno che formava oggetto del suo studio, poiché tali non erano quelle mutuata alla teoria del diritto privato. Nel richiamo a questa preliminare esigenza di metodo sta uno degli aspetti più fecondi del suo insegnamento, anche se si può divergere dalla sua opinione intorno al modo e all'indirizzo da seguire nell'assolvere questo compito.

Per conto suo, Goldschmidt ritenne che il concetto più adatto a definire il processo in termini giuridici fosse quello della situazione giuridica, che egli considerava la configurazione tipica del diritto giustiziale materiale.

Per fare una equa valutazione del suo pensiero (riprendendo e sviluppando osservazioni già fatte in altre occasioni (1)), sarà oppor-

---

(1) In una conferenza tenuta al primo Congresso argentino di scienze processuali (Cordoba, 1939), ricordata da Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, Buenos Aires 1942, pag. 71; e nel volume *Proceso de execuçao*, S. Paulo 1946, pag. 90 e seg.

tuno metterlo a confronto con quello di chi affrontò lo stesso problema da diverso punto di vista. Anche Carnelutti è infatti un avversario del concetto del rapporto processuale, così come esso fu enunciato da Bülow e accolto dalla dottrina prevalente. È interessante notare che l'esigenza da cui parti Carnelutti è però in un certo senso opposta a quella di Goldschmidt. Quanto quest'ultimo si è proposto di ricercare e disegnare dei concetti adeguati al punto di vista processuale, e perciò diversi da quelli validi per il diritto privato, altrettanto Carnelutti si sforza invece di inquadrare anche il processo in una teoria generale omogenea e vuole perciò applicare ad esso un concetto di rapporto giuridico valido per tutti i campi del diritto, giungendo rigorosamente alla conseguenza che nella sua figura non può entrare il processo, considerato nella sua unità.

Va infine ricordata l'opinione di chi rifiuta radicalmente la nozione del rapporto processuale, perché ritiene che lo svolgimento del processo non formi il contenuto di rapporti giuridici tra i suoi soggetti.

3. — Deve anzitutto respingersi l'opinione menzionata per ultima. Essa viene motivata col fatto che il processo avrebbe la sua regola in norme tecniche, anche se contenute in un codice, non diversamente, ad es., dalla costruzione in un edificio (1). Sono affermazioni gravi, che lasciano perplesso il lettore, perché, sotto l'apparente chiarezza delle parole, sembrano celare un pensiero piuttosto confuso e un ragionamento tutt'altro che concludente. L'analogia con la costruzione di un edificio non è nuova, ma è irrilevante ai fini della discussione; il fatto che le norme processuali abbiano anche un carattere tecnico, perché mirano a regolare nel modo più opportuno un'attività destinata a raggiungere un determinato scopo, non toglie ad esse la qualità e l'efficacia di norme giuridiche. Se non fosse così, non si sa quale sarebbe il fondamento della loro obbligatorietà e dovrebbe anzi essere lecito preferire ad esse altre regole che si ritenessero tecnicamente più esatte o più efficaci. Invece i soggetti che concorrono con la loro attività a costruire l'edificio processuale devono conformarsi alle

---

(1) Satta, in questa Rivista, 1937, I, pag. 34; *Esecuzione forzata*, Milano 1937, pag. 64 e seg.

regole a ciò predisposte dalla legge, e soltanto nei limiti da esse consentiti sono liberi di comportarsi secondo i dettami dell'esperienza o di un'arte o disciplina qualsiasi. È il legislatore che, nei dettare le norme processuali, ha dovuto tenere presente anche un momento tecnico, operando una scelta dei criteri e dei mezzi più idonei allo scopo, contemperandolo peraltro con esigenze di natura giuridica, come ad es. il principio della libertà e della responsabilità individuale, il rispetto della personalità umana, il principio « *audiatur et altera pars* », l'uguaglianza delle parti, il rispetto dei diritti dei terzi e così via. Per i soggetti che operano nel processo l'obbedienza alle sue norme è dovuta al loro carattere giuridico, non diversamente da ciò che avviene per tutte le altre norme del diritto, e in modo del tutto indipendente dal loro contenuto più o meno rigorosamente tecnico. Se questo contenuto parzialmente tecnico fosse sufficiente a togliere carattere giuridico alle norme processuali, lo stesso dovrebbe dirsi per le norme del diritto privato e pubblico, per il fatto che esse hanno anche un contenuto morale od economico o politico.

Le norme processuali, essendo diritto nel più pieno senso della parola, sono anche attributive di posizioni giuridiche soggettive attive e passive, le quali trovano in quelle norme a un tempo la loro garanzia e i loro limiti. Non manca dunque la materia che permetta di ravvisare nel processo dei rapporti giuridici che hanno per contenuto il suo svolgimento. Negare tutto ciò significherebbe abbandonare il processo nella sfera del fatto giuridicamente irrilevante, in cui prevale il più forte o il più prepotente e in cui domina l'arbitrio dell'autorità. Non il solo processo ne soffrirebbe, ma anche il diritto sostanziale, che vive nel processo il momento più delicato della sua vita, cercandovi la sua concreta attuazione pratica in confronto di chi ha tentato di sottrarsi alla sua osservanza.

4. — Di tutt'altro significato è il dissenso del Carnelutti dal concetto comune del rapporto processuale. Egli concorda infatti pienamente nel considerare le relazioni che corrono tra i soggetti del processo come aventi carattere giuridico e riconosce l'opportunità di comprenderle nella categoria del rapporto giuridico. Ma egli ha di quest'ultimo un concetto molto preciso e ristretto, e ritiene che esso debba applicarsi uniformemente in tutti i rami del diritto: rapporto giuridico è il rapporto costituito dal diritto tra due soggetti rispetto a un oggetto, ossia il regolamento giuridico

di un singolo conflitto d'interessi; esso comprende una coppia di situazioni soggettive, una attiva e l'altra passiva. Nel processo vi sono di conseguenza numerosi rapporti giuridici; sarebbe invece — a suo avviso — improprio (ed anche inutile) unificarli in un solo rapporto giuridico complesso (1).

Il problema non è — come potrebbe sembrare — di sola estetica costruttiva. Si tratta di sapere se esista un elemento uniformatore, che permetta di superare questa concezione atomistica dei rapporti giuridici che si stabiliscono nel processo. In caso affermativo la conclusione dovrà essere diversa da quella di Carnelutti; dopo di che sarebbe secondario il quesito di vedere se sia preferibile disporre di un termine diverso per designare quel rapporto più ampio.

Ora, è vero che per lo svolgimento del processo la legge crea numerose posizioni giuridiche soggettive, così come è vero che quello svolgimento si attua per mezzo di numerosi atti del giudice e delle parti. Ma è altrettanto certo che, così come gli atti sono collegati in un procedimento unico, qualificato dallo scopo che hanno in comune; allo stesso modo le varie posizioni soggettive sono legate tra loro, in quanto non sono se non elementi di un'unità più vasta, alla quale sono tutte strettamente, indissolubilmente vincolate. Esse non stanno a sè, isolate e sospese nel vuoto, capaci di esistere per forza e virtù propria; hanno al contrario le loro radici, il loro fondamento nel fatto basilico della pendenza del processo, trovano il loro significato in quanto sorgono e si esercitano nel seno di un rapporto più ampio, dal quale giuridicamente dipendono. Questo rapporto mantiene la sua identità dal principio alla fine, mentre quelle posizioni nascono e si estinguono a mano a mano che il processo s'inoltra nel suo cammino.

Insomma, il processo è un'unità, ed essa si esprime, su piani diversi, coi concetti del procedimento e del rapporto processuale. È proprio il rapporto che, nella sua unità e continuità, mantiene il collegamento tra i vari soggetti del processo e contiene la disciplina delle loro reciproche relazioni, pur nel mutare delle vicende, delle situazioni e dei momenti diversi che si susseguono nel corso del

---

(1) Carnelutti, *Systema del diritto processuale civile*, I, Padova 1936, n. 357, pag. 900; *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*<sup>2</sup>, Roma 1942, I, n. 183, pag. 176; *Teoria generale del diritto*<sup>2</sup>, Roma 1946, pag. 136.

processo; ed è ancora il rapporto che permette di spiegare il fenomeno della successione nel processo.

Quel che si deve riconoscere è che il rapporto processuale non si inquadra nello schema tipico del rapporto giuridico, quale si riscontra nel sistema del diritto sostanziale. Ma questo non è un argomento contro la sua esistenza e prova soltanto che i rapporti del diritto processuale si configurano diversamente.

5. — Ancora differente è infine la posizione presa dal Goldschmidt, il quale, non ponendo nemmeno in dubbio il carattere giuridico e la sostanziale unità del processo, ritiene tuttavia che esso possa configurarsi correttamente soltanto nel quadro del diritto giustiziale materiale e perciò contrappone alla teoria del rapporto giuridico quella della situazione giuridica.

Del concetto della situazione giuridica aveva parlato Kohler, come di un « elemento » o di una « tappa » nella nascita o nello svolgimento di un diritto soggettivo, perciò come di un rapporto giuridico incompleto, tuttora in formazione (1). Il pensiero del Goldschmidt è diverso: per lui, la situazione giuridica non è un *minus*, ma un *altud* in confronto col rapporto giuridico, e precisamente la sua figura corrispondente sul piano della considerazione dinamica, processuale del diritto nella quale le norme del diritto sostanziale sono concepite non più come regole di condotta, ma come regole di giudizio. Essa è tuttavia, come nella concezione kohleriana, una situazione di aspettativa, ma non già di un diritto bensì di una futura sentenza; in ciò sta l'incompletezza e ancor più l'incertezza che è propria della situazione giuridica, perché non si può mai prevedere in modo sicuro il contenuto della sentenza che sarà pronunciata. Perciò la situazione giuridica consiste propriamente nell'insieme di speranze e prospettive delle parti relativamente alla sentenza futura; per la stessa ragione, mentre il rapporto giuridico è condizionato dall'esistenza di determinati fatti, le prospettive in cui consiste la situazione giuridica sono collegate alla possibilità di produrre « evidenza » per mezzo degli atti processuali, specialmente per mezzo delle prove; e infine le posizioni soggettive che compongono la situazione giuridica (diritti e oneri processuali) hanno per contenuto

---

(1) In questo senso era stato accolto, per es., anche dal Chiovenda, *Principi di diritto processuale civile* 2, Napoli 1923, pag. 850.

le varie situazioni di vantaggio o di svantaggio in cui le parti possono trovarsi con riguardo alla speranza di ottenere una sentenza favorevole, secondo che attribuiscano l'aspettativa di un vantaggio processuale o la possibilità di conseguirlo con un atto proprio, o viceversa costringano a comportarsi in un determinato modo se si voglia evitare uno svantaggio processuale (1).

Questo modo di descrivere le speranze, le possibilità e i rischi delle parti, impegnate nella lotta per far trionfare le loro domande, è certamente molto più aderente alla realtà di quello che risulta dalla comune teoria del rapporto processuale. E d'altra parte il rimprovero che si tratti di una visione più sociologica che propriamente giuridica non sembra giustificato, quando si tenga presente che essa va — nelle intenzioni del G. — sempre riferita al diritto, e le aspettative, prospettive, ed oneri vanno considerati e valutati alla stregua delle norme giuridiche in cui trovano il loro fondamento, e solo in quanto il potere di apprezzamento del giudice sia vincolato da regole giuridiche o da massime di esperienza (2).

Ma questo confronto non permette ancora di intendere il vero e più profondo significato del contrasto delle due teorie. Il punto essenziale, in cui si palesa tutta l'originalità della costruzione del Goldschmidt, non sta nel modo con cui egli ha delineato i diritti e gli oneri processuali delle parti, ma nell'averli riferiti al contenuto della futura sentenza. La vera e la sola ragione per cui essi costituiscono una situazione e non un rapporto è infatti questa: che egli li ha considerati come un modo di essere dello stesso rapporto sostanziale controverso che, in seguito alla sua deduzione in giudizio, diventa oggetto di valutazioni ed apprezzamenti del giudice (che deve pronunciare la sua sentenza) e che appunto perciò diventerebbe l'essenza dello stesso processo. In altri termini, le posizioni soggettive costituenti la situazione giuridica sono configurate direttamente con riguardo al contenuto, favorevole o sfavorevole, della futura sentenza e perciò comprendono in sé anche la pretesa sostanziale della parte, sia pure considerata nella sua proiezione

---

(1) *Prozess als Rechtslage*, Berlin 1925, *passim* e spec. pag. 253 e seg.; *Zivilprozessrecht* 7 Berlin 1932, pag. 4 e seg.; *Teoría general del proceso*, Barcelona 1936, pag. 34 e seg.; *Problemas generales del derecho*, Buenos Aires 1944, pag. 118 e seg. (trad. it. Padova 1950, pag. 108 e seg.).

(2) *Zivilprozessrecht* cit., pag. 5-6; *Teoría general* cit., pag. 58.

processualistica e perciò non più come pretesa verso la controparte, ma come aspettativa di una determinata sentenza futura. La situazione giuridica non è quindi, come il rapporto processuale, un « contenente astratto » o « formale », in cui viene introdotta, come suo contenuto, la controversia materiale, ma la fusione dell'uno e dell'altra in una sola figura, densa di significato sostanziale. « Il concetto della situazione giuridica si distingue da quello del rapporto giuridico in ciò, che questo non ha alcuna relazione col diritto materiale che forma l'oggetto del processo, e invece il concetto della situazione giuridica designa la situazione in cui viene a trovarsi la parte con riguardo al suo diritto materiale, in conseguenza della circostanza che esso venga fatto valere nel processo ». « Non si può quindi ritenere che il rapporto processuale si sviluppi in successive situazioni giuridiche: la situazione giuridica non è una situazione del rapporto processuale, ma del diritto sostanziale che forma l'oggetto del processo ». (1)

E non meno caratteristica è ancora un'altra affermazione del G. A chi, non avendo bene interpretato il significato della sua teoria, gli rimproverava di avere frantumato l'unità del processo in un numero indefinito di situazioni giuridiche diverse, egli rispondeva che la preoccupazione non ha ragion d'essere, perché l'unità del processo è data dall'identità del rapporto sostanziale controverso (2): se la situazione giuridica non è altra cosa che questo stesso rapporto, considerato nello stato in cui viene a trovarsi in seguito alla sua deduzione in giudizio, è chiaro che la sua identità non muta, anche se nei vari momenti del processo variano per ciascuna parte le prospettive di vincere o di perdere la causa.

Questa concezione è indiscutibilmente legata a quella del diritto giustiziale materiale, che forma il nucleo centrale e il punto di partenza di tutta l'opera scientifica del G., perché è appunto per suo mezzo che gli imperativi del diritto sostanziale si trasformano in regole di giudizio per il giudice e perciò i diritti soggettivi diventano figure processuali, pur conservando tutto il loro contenuto sostanziale, diventano cioè aspettative e prospettive di conseguire una sentenza favorevole o sfavorevole.

Qualsiasi giudizio intorno alla dottrina del Goldschmidt sarebbe

(1) *Zivilprozessrecht* cit., pag. 5. Cfr. *Prozess als Rechtslage*, pag. 299 e passim.

(2) *Zivilprozessrecht* cit., pag. 5.

inadeguato alla sua reale importanza, se non tenesse conto di questo suo significato, per il quale essa può considerarsi molto più rivoluzionaria di quella più antica di Bülow.

Il comune modo di pensare distingue infatti nettamente il *iudicium* dalla *res* che in esso viene dedotta; Bülow accetta il risultato di questa intuizione e gli dà precisione e consapevolezza sul piano teorico, in quanto qualifica *iudicium* come un rapporto giuridico per sè stante. Goldschmidt distrugge invece la distinzione e, dopo aver trasformato la *res* da rapporto controverso in situazione giuridica, fa della *res* e del *iudicium* una sola e la medesima cosa.

Posto il problema in questi termini, diventa possibile prendere posizione di fronte ad esso: e la preferenza dovrà essere per la teoria del rapporto, non per quella della situazione. Malgrado tutto il virtuosismo posto dal Goldschmidt nella sua costruzione (e nonostante il cospicuo contributo che le sue ricerche hanno dato alla migliore conoscenza di molti aspetti particolari del processo), la sua conclusione principale non può essere accolta, perché la situazione giuridica, così com'egli l'ha configurata, non è il processo, ma l'oggetto del processo. Le aspettative e prospettive di vittoria o di sconfitta sono un modo geniale di rappresentare ciò che le parti portano nel processo, ma appunto perciò non possono essere il processo in se stesso. Partito alla ricerca di una spiegazione di quel che sia, in termini giuridici, il *iudicium*, egli ha finito invece per darci una teoria della *res in iudicium deducta*, e non può quindi pretendere di sostituire con la sua la teoria del rapporto processuale, che — bene o male(1) — ha dato appunto una risposta alla domanda di quel che il processo sia. Basta del resto rileggere con attenzione le sue proposizioni sopra riprodotte per constatare che è stato inutile lo sforzo da lui compiuto per superare il dualismo tra il processo e il suo oggetto; sforzo che può anche avere i suoi lati suggestivi, ma che sembra votato a un fatale insuccesso, perché la controversia e il processo sono entità inconfondibili per la diversità delle loro dimensioni. La controversia è infatti tra le parti, e ad essa il giudice è necessariamente estraneo; viceversa non vi è processo senza un organo giurisdizionale,

---

(1) E certamente meglio della vecchia teoria dalla contestazione della lite (come ha dimostrato da ultimo, con ampia ricerca storica, Pairén nel suo scritto *El desistimiento y su bilateralidad en primera instancia*, Barcelona, 1950).

e anzi del contenuto giuridico del processo non si è detto nulla fino a che non si sono precisati i rapporti tra quest'organo e le parti. E così la teoria della situazione giuridica viene a darci una configurazione del processo in cui è necessariamente ignorata la posizione e la funzione che in esso ha il giudice. Né poteva aspettarsi altro risultato se si tenga presente che nella cosiddetta considerazione dinamica e processuale del diritto il giudice sta fuori della situazione, perché egli è sovrapposto, non sottoposto al diritto (1).

Con ciò Goldschmidt non intende certo sostenere che il giudice sia *legibus solutus*; ma egli crede che le funzioni del giudice siano regolate unicamente dal diritto costituzionale ed amministrativo, secondo rapporti che sarebbero estranei al processo (2); evidente è peraltro la confusione che egli fa tra cose del tutto diverse. Estranei, sebbene non indifferenti, al processo vero e proprio sono certamente i rapporti interni tra l'organo e lo Stato, in forza dei quali il primo è tenuto ad adempiere alle sue funzioni; ed estraneo è pure il rapporto che sottopone alla potestà giurisdizionale dello Stato i cittadini e, date certe condizioni, anche gli stranieri (3). Sono questi i presupposti di carattere generale che rendono possibile l'istituzione e il funzionamento dei tribunali. Ma i rapporti che sorgono effettivamente in ciascun processo tra l'organo giudiziario e le parti — e cioè i singoli poteri concreti che spettano all'organo, i diritti che hanno le parti di promuovere la sua attività e di influire su di essa, la loro soggezione ai vari provvedimenti che egli pronuncia, e così via — formano propriamente il contenuto giuridico specifico del processo e non trovano tuttavia alcun posto nella figura della situazione giuridica, perché il giudice non è uno dei suoi soggetti.

Tutto ciò è tanto vero, che si può avere la situazione giuridica ipotizzata dal Goldschmidt, senza che vi sia processo; e viceversa può darsi processo senza situazione giuridica. Da un lato infatti la situazione giuridica esiste anche prima che sia proposta la domanda, poiché è sufficiente che le parti considerino la possibilità della sua proposizione, perché il rapporto giuridico intorno al quale dissentono, con le prove di cui dispongono, possa venir pro-

---

(1) *Prozess als Rechtslage*, pag. 245 e seg.; *Teoria general*, pag. 48.

(2) *Prozess als Rechtslage*, pag. 77 e seg.; *Teoria general*, pag. 19.

(3) *Prozess als Rechtslage*, pag. 81 e seg.; *Teoria general*, pag. 20.

spettato come complesso di aspettative e speranze di una futura sentenza. E d'altra parte vi è processo, ma non situazione giuridica, sia nell'ipotesi che le parti abbiano transatto stragiudizialmente la loro controversia, senza avere ancora provveduto ad estinguere il processo pendente, sia in ogni caso nel processo d'esecuzione, il quale tende all'emanazione non di una sentenza, ma di un provvedimento di carattere satisfattivo.

Il vero è che la dottrina del Goldschmidt ha rappresentato soprattutto uno sforzo di conciliare la teoria del Wach sul diritto alla tutela giuridica con quella del Kohler, che configurava il rapporto processuale come esistente tra le sole parti, ed appartiene quindi, per questa parte, a una fase superata dello sviluppo della dottrina processuale. Ma essa è stata anche l'unico tentativo serio di dare qualche consistenza alla corrente dottrinale, non mai spenta del tutto, che cerca di dare un fondamento sostanziale al processo e non vuole distinguere tra processo e diritto soggettivo, sforzandosi di appoggiare quello su questo (1). Senonché il tentativo deve considerarsi fallito. Nonostante la sottigliezza con cui Goldschmidt ha cercato di dare una configurazione processualistica alle ragioni sostanziali delle parti, esse non sono gli elementi costitutivi del processo, che non è formato, dal lato soggettivo, dalle prospettive di vittoria o di sconfitta dell'una e dell'altra parte, ma dai mezzi, cioè dai poteri, diritti, oneri e soggezioni, dal cui combinato esercizio nascerà e spiegherà la sua efficacia il provvedimento finale. Essenziali sono i rapporti tra parti e giudice, ed essi non possono essere se non « astratti », cioè indipendenti dalla ragione o dal torto di ciascuna delle parti, poiché il giudice, mentre deve svolgere la sua funzione in obbedienza alle regole che la disciplinano, non si trova peraltro vincolato verso le parti in ordine al contenuto del suo futuro provvedimento. Finché dura il processo, entrambe le parti hanno diritti uguali di far valere le loro ragioni, nei limiti fissati dalla legge: diritti che non sono commisurati in funzione della maggiore o minore fondatezza delle loro pretese, poiché sono anzi conferiti per dare alle parti ogni possibilità di difenderle, fondate o infondate che siano, e il giudice è là ad ascoltare appunto per giudicare se siano o non siano fondate. Solo così quei diritti possono avere la precisione, l'uniformità, la

---

(1) In questo senso, a quanto sembra, Satta, *op. loc. cit.* Ogni sentenza che rigetta le domande dell'attore basta a confutare un così ingenuo punto di vista.

rigidità che è loro caratteristica, e che andrebbe altrimenti perduta nella cangiante fluidità delle prospettive intorno all'esito del processo. Prendiamo ad esempio il diritto del soccombente di appellare contro la sentenza di prima istanza: questo è un tipico diritto processuale ed esso sarà assolutamente identico, qualunque possa essere la sua speranza di ottenere la riforma della sentenza, e cioè tanto se la sua domanda è infondata ed è perciò sommanente probabile che il giudice d'appello confermerà la sentenza impugnata, quanto nel caso inverso, in cui possa apparire evidente che la sua domanda fu rigettata per errore e sarà finalmente accolta. Lo stesso discorso potrebbe essere ripetuto, *mutatis mutandis*, per tutte le altre posizioni soggettive che concorrono insieme a formare il processo. La differenza esistente nelle due ipotesi accennate riguarda unicamente il diritto sostanziale, dal quale dipende se la domanda è più o meno fondata, e non sembra possibile immaginare un punto di vista sintetico, insieme processuale e sostanziale, nel quale il diritto di appellare acquisti maggiore consistenza per il fatto di trovarsi ad essere esercitato da un litigante che ha ragione. Vi sarà tutt'al più, nell'animo di questi, un riflesso della sua valutazione soggettiva intorno al merito della causa, che potrà essere per lui un motivo per dare al suo appello molta o scarsa importanza. Siamo nel campo della psicologia, non del diritto. E, in fondo, l'idea stessa del diritto giustiziale materiale, che costituisce (come si è detto) la base di tutto il pensiero del Goldschmidt, priva com'è di vero valore giuridico (1), ha invece un certo rilievo psicologico, perché permette di comprendere il diverso significato che hanno le norme giuridiche per il singolo individuo, a seconda che egli consideri i suoi rapporti nei confronti diretti con la controparte (quando le norme valgono come regole di condotta per gli interessati), oppure nella mutata prospettiva di una causa, in cui per vincere bisogna combattere (e allora esse si presentano come regole di giudizio per il magistrato). Ma è chiaro che gli apprezzamenti congetturali che ne discendono, con le alternative di speranze e di apprensioni, riguardano comunque il merito della causa e quindi l'oggetto del processo, e sono invece del tutto irrilevanti ai fini della determinazione di quelle posizioni soggettive che formano il tessuto giuridico interno del processo stesso.

---

(1) Cfr. Liebman, *Norme processuali nel codice civile*, in questa *Rivista*, 1948, I, pag. 154 e seg., spec. n. 3; Schönke, in questa *Rivista*, 1948, I, pag. 132 e seg., n. 9.

6. — Accertata la necessità di tener fermo il concetto del rapporto processuale, rimane ancora da chiarire come questo rapporto si debba intendere, e a tal riguardo sono in gran parte esatte le obiezioni di Goldschmidt, di Carnelutti e di altri al modo d'intenderlo di Bülow e dei suoi seguaci. È da escludersi infatti che il contenuto fondamentale del rapporto consista nell'obbligo del giudice di provvedere sulla domanda delle parti, cui corrisponderebbe il diritto di queste al provvedimento; e ciò per le stesse ragioni per cui l'azione non può venir configurata come un diritto contro lo Stato (1): cioè perché l'attività dell'organo giurisdizionale è diretta a soddisfare un interesse di carattere pubblico, di cui è titolare appunto lo Stato, il quale mira, con la istituzione dei tribunali e con l'amministrazione della giustizia, a svolgere una delle sue funzioni fondamentali, il cui adempimento non diventa in nessun modo oggetto di un vero obbligo giuridico verso le parti. È un capovolgimento della realtà far apparire come soggetto passivo del rapporto processuale quello che per definizione è il soggetto attivo del processo, colui che « procede » ed occupa nel processo la posizione preminente. Questo modo di configurare il rapporto ha il difetto, già rilevato ad altro proposito (2), di corrispondere al punto di vista unilaterale delle parti.

Si tratta del resto di una conclusione ovvia, se si considera che il rapporto processuale non è un rapporto del diritto sostanziale, ma del diritto processuale, cioè di un diritto che ha natura strumentale (3). Estraneo a questo ramo del diritto è lo schema di un rapporto, in cui al diritto soggettivo si contrappone un obbligo, mentre esso è normale nel diritto sostanziale, che è essenzialmente un regolamento di interessi in conflitto. Il diritto processuale è invece la disciplina delle attività dirette ad attuare quel regolamento: viene in prima linea l'attività dell'organo giurisdizionale, i cui poteri sono esattamente stabiliti, insieme con le forme e le garanzie del loro esercizio; le parti, a loro volta, possono stimolare e promuovere quell'attività, interferire con essa, influire sulla sua direzione e sul suo contenuto, e non possono, d'altra parte, evitare che essa si compia conformemente alle leggi, producendo

---

(1) Cfr. Liebman, *L'azione nella teoria del processo civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1950, pag. 47 e seg., n. 4 e 5.

(2) *Op. ult. cit.*, n. 1.

(3) Cfr. *op. ult. cit.*, nota 47 a pag. 61 e autori ivi citati, in modo particolare Carnelutti.

tutti i suoi effetti, eventualmente anche a danno dei loro interessi. Si ha perciò un incontro e una combinazione di forze giuridiche diverse, dirette a raggiungere i loro scopi, delimitate rigorosamente nella loro nascita, esercizio ed effetti, la cui risultante trova la sua espressione nel provvedimento finale dell'organo giurisdizionale. Il diritto processuale è appunto la disciplina di questa dinamica giuridica. Le posizioni soggettive sono quelle già indicate: poteri dell'organo, diritti soggettivi, oneri, soggezioni delle parti; ed esse si raccolgono tutte nel rapporto processuale, il cui contenuto fondamentale è dato dalla potestà dell'organo di provvedere nei confronti delle parti e nell'ambito dell'oggetto dedotto in giudizio, cui corrisponde un'analogia soggezione delle parti al provvedimento che sarà pronunciato. Tutto il processo è regolato e ordinato allo scopo di permettere al giudice di pronunciare questo provvedimento. È vero che egli è investito di quella potestà fin dal momento in cui è istituito nella qualità di organo della giurisdizione, ma essa rimane allo stato di riposo, meramente generica e potenziale, fino al momento in cui interviene un atto di parte a renderla attuale ed effettiva, capace di esercitarsi in concreto di fronte a quelle parti, in ordine a quel determinato oggetto. Si produce allora tra l'organo e le parti quello stato di *pendenza* (Chiovenda) o di *tensione* (Goldschmidt) in cui appunto il rapporto processuale consiste e che si risolverà soltanto col provvedimento finale. Il divieto di pronunciare *extra* od *ultra petita* (art. 112 cod. proc. civ.) e (nel processo penale) di attribuire all'imputato una responsabilità per reato diverso da quello che gli fu contestato (art. 447 e 155 cod. proc. pen.) è una delle più caratteristiche manifestazioni e conseguenze del contenuto del rapporto processuale: fuori dei limiti posti dalla domanda o dall'accusa manca al giudice la potestà di giudicare.

Questa sommaria indicazione del contenuto del rapporto processuale (1) fa sorgere il quesito se si tratti veramente di un rapporto giuridico, dalla cui consueta figura si allontana innegabilmente. Ma il vero è che la diversità delle norme sostanziali e strumentali ha per naturale conseguenza la differente struttura dei

---

(1) Un semplice confronto permetterà di rilevare le molte affinità (e qualche divergenza) del punto di vista sopra esposto con quelli di Betti, *Diritto processuale civile*, Roma 1936, pag. 109 e seg., di Redenti, *Diritto processuale civile*, I, Milano 1947, pag. 79 e seg. e di Caramandrei, *Ist. S.*, I, pag. 167 e seg.

rapporti da esse regolati. Rimane solo da domandarsi se convenga usare la stessa espressione tecnica per designare fenomeni tanto diversi. Tuttavia non è da trascurare il fatto che si tratta di una terminologia ormai entrata largamente nell'uso e che non vi è ragione sufficiente per bandirla dal linguaggio scientifico, purché sia ben chiaro che il rapporto giuridico strumentale ha le sue proprie caratteristiche, nettamente diverse da quelle dei rapporti giuridici sostanziali.

Non occorre insistere sul carattere « astratto » del rapporto processuale; importa invece chiarire che sarebbe meno esatto qualificarlo come « formale ». Le posizioni soggettive che concorrono a formarlo hanno anch'esse un loro contenuto di interessi, sebbene siano diversi da quelli che formano il contenuto dei rapporti sostanziali: sono gli interessi che hanno per oggetto il provvedimento dell'organo giurisdizionale, considerato come un mezzo per ottenere la tutela giurisdizionale dei diritti. Naturalmente ciascuna delle parti cerca di condurre la causa in modo da assicurarsi la vittoria; ma questa non può ottenersi altrimenti, che facendo uso dei mezzi predisposti dall'ordinamento del processo, e questo garantisce alle parti il provvedimento sulla domanda, non un provvedimento favorevole. Sono appunto questi interessi strumentali che formano la materia viva dei diritti e dei rapporti processuali.

7. — Il ricordo di uno dei maggiori maestri dei nostri studi, la cui opera scientifica è ben degna di essere meditata e giudicata per quello che essa ha realmente significato nella storia delle dottrine, ha dato l'occasione per riesaminare e rivedere un problema fondamentale della sistemazione teorica del processo. A questo problema le sue ricerche hanno dato un contributo di prim'ordine, rinnovando e ravvivando la visione che avevamo del processo, un poco statica e fredda, e da lui riportata nel suo vero clima, col suo insopprimibile contenuto di lotta per il diritto. È questo un suo merito duraturo, definitivo, per nulla diminuito dal fatto che non si possa seguirlo nella parte più ardita e più nuova del suo insegnamento, in cui è probabilmente da vedersi un riflesso di quella che oggi si usa chiamare la crisi del diritto. Gli elementi componenti del processo hanno forme precise, sicure, solidamente costruite e non si lasciano dissolvere nella liquida e mutevole incertezza delle opposte prospettive intorno al suo risultato finale.

Il processo ha una finalità, e quindi una funzione strumentale

rispetto al diritto, e in esso le parti devono lottare se vogliono vincere, usando le armi che la legge loro concede; ma il processo è a sua volta un evento di carattere giuridico, la cui essenza e struttura sono nettamente distinte e indipendenti dal diritto per il cui riconoscimento le parti combattono, e la sua validità ed efficacia sono condizionate soltanto dalle esigenze della sua propria disciplina.

Il concetto ormai tradizionale del rapporto giuridico processuale è servito e serve tuttora ad esprimere quest'autonomia: cioè la giuridicità, l'unità e l'astrattezza del processo.

ENRICO TULLIO LIEBMAN

*professore ordinario nell'Università di Pavia*

---

## LA TUTELA GIURISDIZIONALE SPECIFICA DEI DIRITTI (\*)

**SOMMARIO:** 1. Il concetto dell'esecuzione forzata in forma specifica e la sua priorità logica rispetto all'esecuzione in forma generica. — 2. Il postulato chiovendiano del « tutto quello e proprio quello che il creditore ha il diritto di conseguire », come esigenza delle moderne concezioni dell'esecuzione forzata e dell'obbligazione, a compimento dello sviluppo storico di questi istituti. — 3. Il risarcimento del danno in forma specifica nel quadro della realizzazione specifica dei diritti.

1. — La violazione di un diritto (1) — intesa questa espressione in un senso tanto ampio da comprendere non solo la violazione di un divieto, ma anche la inosservanza di un comando (2) — determina il sorgere di

---

(\*) Questo scritto costituisce la prima parte di un più ampio studio in corso di pubblicazione.

(1) Questa tradizionale espressione, che corrisponde a quella di *Rechtsverletzung* usata dal Savigny ed in generale dalla dottrina tedesca (Cfr. Muther, *Zur Lehre von der römischen actio*, Erlangen, 1857, p. 43-47; lo stesso concetto in Wach, *Handbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, Leipzig 1885, p. 15, 29 ss.; dal Von Tuhr, *Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, München 1918, 3<sup>a</sup>, p. 45a e ss., l'espressione è usata invece nell'ambito del concetto di *Unrecht*), mi sembra la più idonea a rappresentare l'esigenza di ricondurre la situazione di fatto nell'ambito del diritto, che è poi l'esigenza fondamentale dell'esecuzione forzata. (*Zurückführung des tatsächlichen Zustandes auf das wahre Rechtsgebiet*; Savigny, *Obligationenrecht*, Berlin 1851, II, p. 293).

Per la dottrina italiana si veda: Chiovenda, *Istituzioni*, Roma 1935, I, p. 15; Redenti, *Dir. proc. civ.*, Milano 1952, p. 14; Redenti, *Profili pratici*, Milano 1939, p. 46; Carnelutti, *Sistema*, Padova 1936, I, n. 10, p. 23.

(2) La ragione per la quale ho ritenuto di dover prendere le mosse proprio dal concetto di *violazione di un diritto*, sta appunto nella sua ampiezza, idonea ad esprimere ogni situazione di contrasto tra fatto e diritto e quindi ogni esigenza di restaurazione.

Da quegli autori che, a questo proposito, parlano di violazione di un obbligo, non si intende naturalmente dire nulla di più ristretto, perché ogni divieto è anche obbligo di astensione. A me sembra tuttavia opportuno da una parte tener presente fin dal momento anteriore alla violazione il duplice aspetto che questo può assumere, e dall'altra rappresentare, usando un'unica ampia espressione, l'identità del fenomeno.

Il parlare semplicemente di obblighi può essere fonte di equivoci: si potrebbe infatti essere indotti a ritenere indicato, con quell'espressione, il diritto sostanziale non quale è prima della violazione, ma quale è dopo la violazione (giacché in quel momento sempre e propriamente un obbligo); in secondo luogo, l'uso di quell'espressione a proposito dell'esigenza di restaurazione mediante l'esecuzione forzata potrebbe legittimare l'opinione che solo gli obblighi in senso proprio, ossia quelli che corrispondono a

una esigenza di restaurazione (1). L'ordinamento giuridico, allo scopo di perseguire codesta restaurazione, appresta una serie di istituti, di diritto

---

diritti relativi, possano essere idonei all'esecuzione forzata. Ora, poiché non è mancato — come si vedrà ampiamente nel corso di questo studio — chi si sia spinto fino a questa conclusione (Satta, *Esecuzione ed espropriazione*, in *Studi in onore di Redenti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1949, 549, ed ora cap. 2° del vol. *L'esecuzione forzata*, Torino 1952), cui non ritengo di poter accedere, è opportuno che fin d'ora si sottolinei il fatto che « tutti i diritti privati e non le sole obbligazioni, ove siano violati, hanno per risultato di far nascere le azioni giuridiche riparatorie ». (Giorgi, *Obbligazioni*, II, Firenze 1903, p. 126).

(1) È opportuno anche porre in rilievo che indicando nella « violazione di un diritto » l'elemento determinante dell'esigenza di restaurazione, si accede alla teoria — di gran lunga prevalente in dottrina (non è il caso di compiere richiami bibliografici assai noti; tra gli studiosi di teoria generale si veda Kelsen, *General Theory of Law and State*, trad. it., Milano 1952, p. 153; tra gli studiosi del diritto processuale, si veda da ultimo: Liebman, *L'azione nella teoria del processo civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1950, 47 e ss.) — che ammette l'esistenza del diritto sostanziale « in sé », cioè prima ed indipendentemente dalla sussunzione della fattispecie ad opera del giudice. È noto che contro questa concezione è indirizzata la penetrante critica del Binder (*Process und Recht*, Leipzig 1927, p. 103 e ss. 333 e ss.), il quale rigetta il *Rechtsdualismus* di un ordinamento sostanziale autonomo da quello processuale, e vede nella *Rechtsnormbetroffenheit* della fattispecie l'idoneità di questa a dar luogo ad un diritto soggettivo sostanziale (op. cit., p. 314).

La dottrina successiva non ha seguito l'insigne giurista tedesco sul rilievo che codesta concezione è frutto di un punto di vista troppo generale. (Così Furno, *Disegno sistematico delle opposizioni nel processo esecutivo*, Appendice, Firenze 1942, p. 335; in questo stesso senso si veda: Redenti, *Profili*, Milano, 1939, p. 84; Liebman, *L'azione nella teoria del processo civile* cit.). Cfr. anche Barbero, *Il diritto soggettivo* in *Faro it.*, 1939, IV, p. 21. Anche quegli autori che, come il Pugliese (*Actio e diritto subiettivo*, Milano 1939, p. 43, così Allorio, *Per una nozione del processo cautelare*, in questa *Rivista*, 1936, I, p. 22; id., *Saggio polemico sulla giurisdizione volontaria*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1948, I, p. 499 e ss.) molto hanno concesso alla teoria in esame, non hanno mancato di rilevare che il fatto che il potere di chiedere la tutela venga a spettare al legittimato è « una conseguenza del subbiettivarsi della norma giuridica con cui sorge il diritto subiettivo, non già un *præius* rispetto ad esso ». Si veda però: Thon, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, trad. Levi, Padova 1951, p. 220.

Da parte mia è sufficiente in questa sede il rilievo, già implicito negli autori citati, che il postulato fondamentale di tutta la teoria del Binder, quello dell'unità dell'ordinamento giuridico, spinge questo Autore a vedere un'unità anche laddove è un semplice coordinamento.

Ora la nostra indagine, se vuole studiare nella sua realtà il complesso fenomeno che culmina nell'esecuzione forzata, non deve tanto preoccuparsi di sintetizzarne i singoli momenti sotto l'unico angolo visuale del fine cui tendono, quanto invece deve cercare di analizzarli per sé stessi, rappresentando e formando anche il loro nesso teleologico.

Sotto il profilo in esame — l'esistenza o meno di diritti soggettivi sostanziali autonomi dall'ordinamento del processo — si avvicina alla teoria del Binder quella del Pekelis (*Voce Azione*, in *Nuovo Dig. it.*, Torino 1939) secondo il quale tutto il diritto sostanziale non sarebbe che un riflesso di quello riconosciuto dal diritto processuale pubblico di azione.

sostanziale (1) e di diritto processuale (2), l'uno all'altro concatenati, che, pur sempre attendendo la restaurazione spontanea, sono tutti in funzione di quell'istituto la cui caratteristica sta nell'assicurare la restaurazione prescindendo dalla volontà del soggetto passivo del rapporto: l'esecuzione forzata (3).

Chi si domandi in che maniera e fino a che punto l'ordinamento giuridico realizzi la restaurazione, o, più precisamente, in quale relazione la situazione giuridica sostanziale successiva alla restaurazione coattiva venga a trovarsi rispetto a quella anteriore, non potrà trascurare di esaminare innanzi tutto quali conseguenze sulla situazione giuridica originaria abbia determinato il fenomeno della sua violazione.

La violazione di un diritto si risolve nell'arbitrario sacrificio di un interesse di altri ad un determinato bene della vita (4). È poiché i sin-

(1) La prima reazione dell'ordinamento giuridico alla violazione del diritto è di natura sostanziale: è la determinazione della sanzione, come diritto secondario. « Le conseguenze giuridiche della trasgressione della norma — osserva il Thon (*Rechtsnorm* ecc., cit., trad. Levi, p. 17) — non consistono se non nell'entrare in vigore di nuovi imperativi. Potranno, questi nuovi imperativi in cui si sostanzia la sanzione, presentare un contenuto già totalmente mutato da quello originario (come nel trasformarsi di un credito di fare infungibile in un credito al risarcimento dei danni) o potranno invece mantenere lo stesso identico contenuto del diritto violato». In quest'ultimo caso si potrà dire che la violazione ha lasciato intatto il diritto sostanziale, ma non si dovrà dimenticare che una tale riaffermazione è già il contenuto dell'esigenza di restaurazione che sorge sempre con la violazione.

Il diritto secondario (sanzione) diverge dal diritto primario violato, soltanto se ed in quanto ciò sia richiesto dall'infonità, che esso deve avere, di essere oggetto di realizzazione coattiva. E dal momento che « non esiste una realizzabilità in astratto indipendente dai mezzi di realizzazione » (Betti, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, Pavia 1929, p. 96), questa eventuale necessità di trasformazione sarà in diretta relazione con le possibilità offerte dai diversi mezzi di realizzazione approntati dall'ordinamento giuridico. E poiché questi mezzi appartengono indubbiamente al campo del diritto processuale (Allorio, *Esecuzione forzata in genere*, voce in *Nuovo Dig. It.*, p. 507), è facile rendersi conto di come queste trasformazioni del diritto sostanziale siano coordinate ad istituti di diritto processuale. Si veda in argomento: Savigny, *Sistema*, trad. Scialoja, § 59, 204, 205; Betti, *Il concetto dell'obbligazione* cit., p. 64. Per una diversa concezione della sanzione: Allorio, *Per una nozione del processo cautelare*, in questa *Rivista*, 1936, cit., p. 19, 20.

(2) Quando il diritto sostanziale ha assunto l'aspetto di pretesa sempre esecutivamente realizzabile, entra in gioco una ulteriore serie di poteri che si esercitano in sede processuale, coordinati col diritto sostanziale (azione di condanna, azione esecutiva): Betti, *Il concetto dell'obbligazione* ecc. cit., p. 28.

(3) L'adempimento spontaneo dopo la violazione, non è che una possibilità di improvvisa interruzione dell'*iter* verso l'esecuzione forzata (qualora, naturalmente, questo *iter* sia stato intrapreso). Perciò tutti gli istituti, sia sostanziali che processuali, predisposti dall'ordinamento per la restaurazione non sono che mezzo al fine dell'esecuzione forzata.

(4) Cfr. De Capis, *Il danno*, Milano 1946, cap. 2<sup>a</sup>; id., *Diritti della personalità*, p. 34; Del Vecchio, *Il concetto del diritto*, Bologna, 1906, p. 138.

goli beni non sono soltanto idonei a soddisfare l'interesse specifico attribuito loro dal titolare del corrispondente diritto, ma possono da questo essere considerati idonei a soddisfare anche altri interessi gradualmente sempre più generici, fino al limite della pura utilità economica o valore di scambio che rappresentano nel patrimonio del titolare, è chiaro che la violazione del diritto, che è innanzi tutto sacrificio dell'interesse specifico, è insieme sacrificio di quella utilità che genericamente il bene venuto a mancare al suo titolare, rappresentava nel patrimonio di questo (1).

A questo duplice aspetto della violazione del diritto corrisponde un duplice aspetto dell'esigenza di restaurazione (2): a) restaurazione diretta dell'interesse specifico sacrificato, attraverso la rimozione dello stato antiggiuridico con conseguente ricostituzione della situazione giuridica turbata dalla violazione (3): *restitutio*, non nel senso particolare e legato al concetto di risarcimento che la dottrina germanica (4) attribuisce all'espressione *Naturalherstellung* o *Wiederherstellung* (5), ma nel senso di *restitutio in integrum*, ossia nel senso in cui la parola è usata dal Carnelutti (6); b) restaurazione dell'utilità che il bene sacrificato rappresentava nel patrimonio del titolare (*risarcimento*) (7).

(1) Cfr. Mandrioli D., *Risarcimento del danno in forma specifica*, in *Riv. dir. comm.*, 1922, 1<sup>a</sup>, p. 352 e ss., n. 1.

(2) Il duplice significato che, nelle righe che seguono nel testo, ho ritenuto di poter conglobare sotto il concetto di restaurazione (*restitutio* e *risarcimento*) non suole dagli autori essere assunto sotto un solo concetto.

Il Degenkolb (*Der spezifische Inhalt des Schadensatzes*, in *Archiv für Civ. Praxis*, 1890, vol. 76, p. 18 e ss.) usò per aggruppare questi due concetti la parola *restitutio*, ma si è osservato (Romano S., *Il risarcimento del danno in forma specifica*, Perugia, 1929, p. 16) che tale espressione non è mai passata con quel significato nel diritto positivo.

(3) Oppure, nel caso in cui la violazione consista nella inosservanza di un comando, costituzione della situazione giuridica di cui, prima della violazione, sussisteva l'esigenza.

(4) Si veda, oltre la citata opera del Degenkolb, anche, per ampi riferimenti e citazioni: Enneccerus, Kipp und Wolff, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, Marburg, 1932, 2, p. 59 e ss.

(5) Si veda il § 249 del *bürgerliches Gesetzbuch*, in cui si delinea una forma di risarcimento del danno in forma specifica, come si vedrà più avanti (n. 3).

(6) « Mettere il mondo esteriore nelle condizioni in cui dovrebbe trovarsi ove il precetto fosse stato osservato » (Carnelutti, *Sistema*, Padova 1936, I, n. 10, p. 23; id., *Teoria generale del diritto*, Roma 1952, p. 27 ss. Si veda anche Redenti, *Profilo cit.*, p. 46).

(7) Carnelutti, *Processo di esecuzione*, Padova 1932, p. 18.

La possibilità della *restitutio* nel senso sopra accennato, estranea al diritto romano dove le espressioni: *restitutio in integrum* e, specialmente, *restitutio in pristinum statum* avevano tutt'altro significato (Girard, *Manuel élémentaire*, Paris 1929, p. 11275 e ss., p. 1075 e ss.), comincia ad affermarsi con la glossa: « *Vide in ista lege dupli-*

Esigenza duplice, nel senso che la soddisfazione dell'una soddisfa anche l'altra (1), senza peraltro che, tra le due esigenze, si de'ermi un vero rapporto di alternatività (2). Quale delle due esigenze debba considerarsi prevalente sull'altra è, già da un punto di vista economico, del tutto evidente, sol che si pensi che, mentre l'esigenza della restaurazione riguarda immediatamente lo specifico interesse violato, l'esigenza del risarcimento si ricollega allo stesso interesse solo in maniera mediata, ossia attraverso un interesse generico idoneo a soddisfare, in un secondo tempo, anche l'interesse specifico.

Sulla base di questa realtà economica, l'ordinamento non attribuisce valore giuridico all'esigenza di risarcimento, se non quando risulti impossibile, per ragioni indipendenti dall'ordinamento stesso, conseguire la restituzione o comunque conseguirla in maniera integra ed esatta (3).

Mi sembra anzi che proprio questo elemento della *impossibilità della restituzione*, che si inserisce come elemento accidentale nel semplice meccanismo della soddisfazione diretta degli interessi pregiudicati, valga a spiegare perché mai un particolare stato soggettivo, doloso o colposo, sia richiesto nel violatore per il risarcimento e non per la restituzione.

*rem formam libelli; unam in qua concluditur ad restitutionem damni, aliam in qua concluditur ad restitutionem in pristinum statum.* (Baldo, Opp. 216, come cita il Rotondi, *Dalla lex Aquilia all'art. 1151*, in *Riv. di dir. comm.*, 1917, I, p. 244). Ma il passaggio da una restituzione puramente materiale ad una vera e propria eliminazione dello stato antigiuridico si ha solo con i giusnaturalisti, ed in generale con gli ispiratori dei codici prussiano e austriaco.

Così il Savigny parla di *«Beseitigung des rechtswidrigen Haben»* (*Obligationenrecht* cit., p. 294).

Fu soltanto il Degenkolb (*Der spezifische Inhalt* ecc. cit., p. 18 e ss. 52 e ss.) a rilevare come la diversità tra restaurazione e risarcimento corrisponde ad una diversità dell'oggetto da restaurare. Ma neppure questo autore ricollegò l'esatta distinzione alla sua vera fonte, che è la *duplicità di lesioni*, o si limitò così a cogliere della distinzione stessa soltanto l'aspetto esteriore. (Cfr. Mandrioli D., *Risarcimento del danno in forma specifica* cit., p. 353).

Intorno allo sviluppo storico del concetto della restituzione si veda il classico studio del Rotondi, *Dalla lex Aquilia all'art. 1151*, cod. civ., in *Riv. dir. comm.*, 1916, I, p. 942 e ss.; 1917, I, p. 244 e ss.

(1) Salvo un piccolo margine di differenza determinato dal fatto che la seconda e non la prima tiene conto del diverso momento nel quale la restaurazione avviene. Su tale margine torserò più oltre nel testo (alla fine di questo numero).

(2) Cfr. Giorgianni, *L'obbligazione*, Catania 1945, p. 20. Si tratterebbe, semmai, come si vedrà meglio nelle righe che seguono, di una alternatività che si potrebbe definire subordinata.

(3) Giorgi, *Teoria delle obbligazioni*, II, Firenze 1903, p. 130; Venezian, *Danno e risarcimento*, Roma 1917, cit., p. 19; Carnelutti, *Processo di esecuzione*, Padova 1932, p. 16.

Perfino quegli autori che negano l'esistenza di un diritto del creditore alla prestazione (Brunetti, *Il delitto civile*, Firenze 1906, p. 404) ammettono che la non esecuzione della prestazione è condizione di attuabilità del diritto al risarcimento del danno.

Quest' ultima, infatti, quando è possibile, assume rilevanza giuridica in maniera automatica; né occorre altro per affermare giuridicamente l'esigenza di restaurare un equilibrio turbato e restaurabile (1). Ma quando questa restaurazione diretta non è possibile, ed è dunque necessario, per conseguirla ugualmente in via indiretta, pregiudicare il patrimonio del violatore in una maniera diversa da quella corrispondente all'interesse violato, occorre allora accertare che questo nuovo elemento perturbatore dato dalla impossibilità, sia riferibile all'autore della violazione (2).

Anche in termini strettamente giuridici, dunque, l'impossibilità della restaurazione diretta è necessario presupposto perché l'esigenza alla restaurazione indiretta (sorta con l'altra all'atto della violazione (3)), assuma giuridica rilevanza. Se la restituzione fosse sempre integralmente possibile, il concetto stesso della contemporanea violazione dell'interesse generico rimarrebbe nell'ombra ed inutile (4). In considerazione, invece,

(1) Thon, *Rechtsnorm* ecc. cit., cap. 2<sup>a</sup>, trad. it., p. 102; Von Tuhr, *Allgemeiner Teil* ecc., trad. franc., Lausanne 1929, p. 487; Chiovenda, *Istituzioni* cit., I, 171; Satta, *Esecuzione forzata*, Torino 1952, p. 7.

(2) Per un accenno in questo senso, si veda: Barassi, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano 1948, p. 53; III, p. 1036; Mandrioli D., *Risarcimento del danno* ecc. cit., p. 373.

Osserva il Carnelutti (*Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, in *Studi in onore di Chiovenda*, p. 263): « Appunto perché l'obbligo è un vincolo imposto alla volontà, il danno cagionato senza alcun concorso di questa non può costituire la violazione ». Se per quest'obbligo di risarcimento — credo di poter precisare — si richiede dalla legge un nuovo riferimento al concorso della volontà, è segno che quest'obbligo è appunto considerato nuovo, ossia eventuale e subordinato alla impossibilità dell'adempimento o comunque della restituzione.

(3) Anche l'esigenza di risarcimento, come esigenza economica, e soltanto come tale, a me sembra che sorga all'atto della violazione, insieme (in senso alternativo, s'intende) con quella della restituzione. È solo in un momento successivo, almeno logicamente, che previa valutazione intorno alle concrete possibilità di restaurazione diretta, l'ordinamento giuridico attribuisce rilevanza all'una o all'altra.

Anche il danno, che è fenomeno innanzi tutto economico e che sta alla base dell'esigenza di risarcimento, sorge dunque al momento della violazione sempre (Enneccerus, Kipp und Wolff, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, Marburg 1932, 2<sup>a</sup>, p. 59) e non, come si è sostenuto (Venezian, *Danno e risarcimento* cit., p. 16, 19) soltanto quando la violazione del diritto è irreparabile. Il concetto del danno, nella sua accezione giuridica, è stato infatti, elaborato dal diritto romano (come *damnum iniuria datum*) cui, come si vedrà più oltre (n. 2) la reintegrazione specifica era ignota.

(4) Oserci dire di più; e cioè che nell'ipotesi ora fatta nel testo la stessa attribuzione di rilievo giuridico al concetto di danno sarebbe superflua.

Ciò mi sembra non sia stato tenuto presente dall'Autore di una recente teoria (De Cupis, *Il danno*, Milano 1946) che propone di considerare le forme di restituzione diretta che ho considerato nel testo sotto la qualifica di « restituzioni » come casi di « reintegrazione in forma specifica » e di raggruppare questa categoria con quella del risarcimento (in forma specifica o generica) a formare la più ampia categoria della « repressione del danno » contrapposta a quella della « prevenzione del danno ».

Ma a me sembra che anche eliminando un danno, e non soltanto prevenendolo,

della limitazione dei mezzi, il risarcimento si delinea come un espediente; (1) conseguentemente anche quell'istituto processuale che normalmente tende alla realizzazione coattiva del risarcimento, l'espropriazione forzata, deve essere inteso, in quanto abbia questa funzione, come mezzo per l'attuazione di un espediente.

Delle due esigenze di restaurazione sopra indicate, la priorità logica spetta dunque a quella che tende alla restituzione. E se quest'ultimo termine si intende, come si è visto, in un senso tanto ampio da significare ogni ricostituzione della identica situazione giuridica precedente, o, nel caso di inosservanza di comandi nel senso di creazione della identica situazione giuridica di cui prima della violazione sussisteva l'esigenza, è possibile definire quelle forme di esecuzione che tendono ad essa, come forme di esecuzione forzata in forma specifica.

Esaminiamo meglio questo concetto.

Restaurazione della identica situazione giuridica anteriore significa eliminazione degli effetti diretti della violazione sulla situazione giuridica violata, ossia soddisfazione diretta dell'interesse che da quella situazione era tutelato.

Che un siffatto risultato sia, in generale, possibile attraverso la esecuzione forzata, ossia nonostante il fatto che l'iniziativa della restaurazione spetti ormai non più al debitore, ma all'organo esecutivo (2), è pro-

si possa realizzare immediatamente un diritto: l'essenziale non è vedere se un danno giuridicamente apprezzabile si sia verificato o meno, ma vedere se è possibile soddisfare immediatamente e specificamente l'interesse protetto.

Ponendo l'accento sul danno (che è effetto economico della violazione ed è destinato a rimanere nell'ombra qualora sia possibile la restaurazione diretta dell'interesse violato) questa teoria non mette in sufficiente luce la violazione come prima e autonoma lesione con una propria esigenza di restaurazione, soddisfacendo la quale rimane inutile la stessa attribuzione di portata giuridica al concetto di danno.

Prima che reprimere il danno, l'ordinamento giuridico può eliminarlo eliminandone la causa, ossia rimuovendo la situazione antiggiuridica. Non esclude che al concetto di repressione del danno l'Autore di questa teoria abbia inteso attribuire una portata tanto ampia da comprendere appunto questa rimozione indiretta; ma allora l'espressione non sembra del tutto esatta.

(1) Redenti, *Profili cit.*, Milano 1939, p. 46.

(2) Non è necessario per affermare ciò, come ritiene invece il Pugliese (*Actio e diritto subiettivo*, Milano, 1939, p. 305), affermare anche che fine del processo sia la realizzazione del diritto subiettivo piuttosto che di quello obbiettivo. Ciò che si tratta di constatare è se il diritto obbiettivo da realizzare, nel determinare la sanzione conseguente alla violazione del diritto soggettivo, consenta o meno la realizzazione anche del diritto soggettivo stesso, conformando la sanzione come un rafforzamento e un rinnovamento degli imperativi primari del diritto soggettivo violato. Stabilire, dopo ciò, se lo scopo sia la realizzazione del diritto soggettivo o del diritto obbiettivo, non è che questione di angolo visuale.

blema cui la migliore dottrina (1) ha ormai da tempo dato una soluzione positiva sul rilievo che il bene che l'esecuzione forzata fa conseguire al titolare, è un risultato da prendere in considerazione obbiettivamente, in quanto idoneo a soddisfare direttamente l'interesse di quest'ultimo (2).

Se ciò è vero, è chiaro che l'esecuzione forzata in forma specifica è possibile qualora sussistano questi due presupposti: che, in primo luogo, la soddisfazione possa avvenire *in via immediata*; e che, in secondo luogo, essa faccia conseguire al titolare l'identico interesse sacrificato dalla violazione.

Per quanto riguarda il primo requisito, basti rilevare che il bene è idoneo alla soddisfazione immediata quando non deve più subire alcuna trasformazione oggettiva dopo il suo conseguimento, ma può essere nella sua stessa identità, destinato alla soddisfazione dell'interesse (3); per quanto riguarda il secondo requisito, occorre distinguere se l'interesse tutelato dal diritto violato avesse riferimento ad un bene nella sua identità (obbligazione di fare *inuitu personae*, di dare cosa certa e determinata per sue caratteristiche esclusive) oppure ad un bene assunto genericamente o in considerazione della sua utilità generica. Nel primo caso (bene infungibile) l'identico interesse sarà soddisfatto solo facendo

(1) Pugliatti, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano 1935, n. 3 p. 8 e ss.; Chiofenda, *Principi di dir. proc. civ.*, Napoli, 1923, p. 235 e ss.; id., *Dell'azione nascente dal contratto preliminare*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, I, 69 e ss.; Polacco, *Le obbligazioni, nel dir. civ. it.*, Roma 1915, p. 560, 561; Dernburg *Obbligations*, trad. id., 1903, p. 5; Gierke, *Deutsches Privatrecht*, 1<sup>a</sup>, München und Leipzig, 1936, p. 261; Hartmann, *Die Obligation, Untersuchungen über ihren Zweck und Bau*, Erlangen, 1875, 33, il quale rileva come specialmente importi non tanto che la prestazione venga eseguita dal debitore, quanto che venga conseguita dal creditore; Gangi, *Debito e responsabilità nel nostro diritto vigente*, in *Riv. dir. civ.*, 1927, p. 540, 541; Carnelutti, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, in *Studi per Chiofenda cit.*, n. 10, n. 11, p. 250 e ss.; id., *Processo di esecuzione*, Padova 1932, p. 11; Schultze, *Privatrecht und Prozess in ihrer Wechselbeziehung*, Freiburg 1883, p. 72 e ss.; Betti, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione cit.*, p. 194, 195 nota, 153 nota, il quale parla dell'« obbiettivazione della prestazione »; Nicolò, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano 1936, nn. 3, 4, 5; spec., p. 60 e ss.

(2) Da questo punto di vista — come si è esattamente osservato (Betti, *Il concetto dell'obbligazione cit.*, n. 17) — è restaurazione diretta anche l'espropriazione forzata rispetto a un credito di denaro, giacché la somma di denaro che attraverso la espropriazione forzata, ossia con un procedimento indiretto, si consegue, è idonea, in quanto fungibile, a soddisfare direttamente l'interesse lesso.

(3) Si può dire per ciò che il requisito della soddisfazione *immediata* dell'interesse sussiste anche quando codesta soddisfazione viene conseguita attraverso la soddisfazione di quelle altre esigenze che sorgono in conseguenza del fenomeno della violazione del diritto ed in vista della sua restaurazione.

Se così non fosse, l'esecuzione forzata — che presuppone sempre la violazione del diritto — non potrebbe mai essere in forma specifica, o quanto meno, bisognerebbe considerare l'esecuzione forzata in forma specifica nient'altro che uno dei mezzi per conseguire *in via mediata* l'interesse finale del creditore.

conseguire al titolare l'identico bene; nel secondo caso, l'identico interesse sarà soddisfatto anche facendo conseguire al titolare un bene equivalente (1).

Certamente, un limite all'integralità della restaurazione diretta sarà sempre determinato dalla mancata tempestività (più esatta l'espressione tedesca: *Rechtszeitigkeit*) della realizzazione. Ma poichè questa mancata tempestività dipende direttamente dal fatto che una violazione storicamente avvenuta è ormai insopprimibile e si ricollega così ad una impossibilità logica, prima ancora che pratica, della coincidenza temporale tra violazione e restaurazione, essa dovrà essere considerata un limite costante e ineliminabile della esecuzione forzata in forma specifica (2).

Esecuzione forzata in forma specifica è dunque quella forma di esecuzione che è idonea alla restaurazione della identica situazione giuridica violata, attraverso una diretta restituzione, e che realizza integralmente in via diretta codesta restaurazione col solo limite derivante dalla mancata tempestività della stessa.

2. — Se i rilievi che precedono sono esatti, l'esecuzione forzata in forma specifica deve essere considerata dall'ordinamento giuridico positivo come la regola (3), mentre l'espropriazione, in quanto è forma di esecuzione generica e solo quando è tale (4), l'eccezione.

Se gli stessi rilievi sono esatti, gli ordinamenti giuridici positivi devono considerare loro scopo la necessità di dare — come diceva il Chioven-  
da (5) — « per quanto è possibile praticamente, a chi ha un diritto, tutto quello e proprio quello che ha diritto di conseguire »; devono in altri termini ispirarsi all'orientamento politico di apprestare tutti i mezzi possibili per la realizzazione immediata degli interessi specifici (6).

(1) Carnelutti, *Processo di esecuzione*, Padova 1932, cit., p. 11; Von Tuhr, *Alg. Teil*, Lausanne 1929, cit., p. 492. Il concetto di fungibilità cui necessariamente ora si deve fare riferimento è assunto come contrapposto a quello di infungibilità naturale. Si parla anche, da una parte della dottrina, di infungibilità giuridica (Calamandrei, *La sentenza come atto di esecuzione forzata*, in *Studi*, 3<sup>a</sup>, Padova 1934, p. 19 e ss.). Sulla necessità di far riferimento all'interesse nel determinare la fungibilità di un bene sotto il profilo della sua realizzazione esecutiva diretta, cfr. Schönke, *Zwangsvollstreckungsrecht*, Karlsruhe 1946, p. 186.

(2) Thon, *Rechtsnorm* cit., p. 51; Carnelutti, *Processo di esecuzione* cit., I, p. 41, 42.

(3) Cfr. Laurent, *Principes de droit civil*, 16<sup>e</sup>, Paris, Bruxelles, 1878, p. 258.

(4) V. retro, nota 2 a p. 37.

(5) *Dell'azione nascente dal contratto preliminare*, cit., p. 103.

(6) Che questo orientamento politico sia opportuno da un punto di vista meramente pratico negano alcuni autorevoli autori, come il Von Tuhr, *Naturalherstellung und Geldersatz*, in *Jhering's Jahrbücher*, 46<sup>e</sup> (1904), p. 4<sup>o</sup>, e lo Schlossmann, *Über die Geldcondemnation und die Grundrheber Einführung*, in *Jhering's Jahrbücher*, 46<sup>e</sup> (1904), p. 319 e ss.

Estremamente interessante sarebbe una ricerca intorno alla diversa intensità con la quale questa esigenza si venne storicamente affermando, ed intorno ai diversi modi di attuazione che venne incontrando negli ordinamenti giuridici succedutisi nel tempo. Ma se tanto non mi è consentito, non può tuttavia essere trascurato il rilievo che gli ordinamenti giuridici moderni presentano su questo punto una notevolissima divergenza da quelli che li hanno preceduti, divergenza sempre più accentuata di mano in mano che si risale nel tempo, sì da autorizzare a parlare di una costante evoluzione dalla primitiva concezione romana preclassica fino a quello che può considerarsi il punto di arrivo rappresentato dagli ordinamenti giuridici moderni.

Questa evoluzione va naturalmente parallela a quella del concetto dell'obbligazione, sia perché la sanzione da realizzare esecutivamente è ancora diritto sostanziale (1), sia perché la coercibilità è l'elemento che maggiormente influisce sulla giuridicità del vincolo obbligatorio e che ne determina la struttura e le caratteristiche (2). In diritto romano, che non conosceva l'esecuzione forzata come istituto generale (3), l'indagine può essere portata solo sul terreno dell'obbligazione (4).

È comune insegnamento (5) che l'obbligazione romana si risolveva originariamente in un vincolo che legava la persona stessa del debitore, soggetta alla *manus injectio*, e che in questo senso i romani parlavano di azioni *in personam* contrapposte alle azioni *in rem* (6). Ma poiché il vincolo della persona era, per essi, non tanto un vincolo dell'attività, quanto un vincolo del corpo che si traduceva nella possibilità di imprigionare e di uccidere, è chiaro che da questa primitiva concezione del vincolo obbligatorio esulava ogni possibilità di ottenere in via coattiva la prestazione stessa che costituiva oggetto dell'obbligo non adempito.

(1) Allorio, *Esecuzione forzata in genere*, voce in *Nuovo Dig. It.*, n. 5 sub. a); id. *Per una nozione del processo cautelare*, in questa *Rivista*, 1936, I, p. 19-22; Carnacini, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in *Studi per Redenti*, II, n. 11, p. 265.

(2) Binder, *Prozess und Recht*, Leipzig, 1927, p. 103 e ss.

(3) Pugliese, *Actio e diritto sabbietivo*, Milano 1939, p. 305.

(4) Da quanto ho detto al n. 1 appare evidente che il mio discorso non è riferito solo ai diritti di obbligazione. Mi è possibile tuttavia basarmi ugualmente sulla rilevata corrispondenza tra il vincolo obbligatorio e l'esecuzione forzata avvertendo come, negli ordinamenti moderni, nelle ipotesi in cui il diritto violato non sia originariamente obbligatorio, questa natura assume al momento della violazione. In diritto romano la violazione dei diritti assoluti (specie di quelli reali) determinava invece conseguenze assai diverse, in relazione alla natura del diritto reale, concepito come rapporto diretto con la cosa.

(5) Betti, *Diritto Romano*, Padova 1935, 1<sup>a</sup>, pp. 73, 430; Pugliese, *Actio e diritto sabbietivo* cit., pag. 305; Girard, *Manuale*, trad. It., cit. 1909, p. 997 e ss.

(6) Betti, *Diritto romano* cit., pag. 73.

Trattavasi — come si è rilevato (1) — di una forma di esecuzione a carattere *universale* nel senso che assorbiva, per un solo debito, l'intera responsabilità di cui il debitore era capace. Ora, se ciò è vero, è indubitabile che il vincolo di tutta la persona è qualcosa di più del vincolo della sua sola attività ed esprime concretamente un vero e proprio obbligo alla prestazione (2), ma sta anche di fatto che la prestazione stessa nella sua identità poteva essere conseguita solo come risultato dell'adempimento e mai come risultato dell'esecuzione.

Questa apparente impotenza (3) dell'ordinamento giuridico romano primitivo, che viene da alcuni (4) considerata come una conseguenza del rispetto del diritto reale del debitore in contrasto col suo obbligo, indusse anche a rilevare il carattere di coercizione indiretta della volontà, che spetta a questa forma di esecuzione (5); ma soprattutto determinò il rilievo che tra l'oggetto del debito e quello del rischio cui il debitore si espone per l'ipotesi del mancato adempimento, sussiste una fondamentale divergenza (6).

È noto come proprio su questo rilievo abbiano insistito le moderne teorie che scindono il rapporto obbligatorio nei due elementi del debito e della responsabilità (o rispondenza) e che in quella rilevata divergenza vedono la conferma storica delle loro ardite costruzioni logiche (7). Ma pur lasciate da parte queste ultime, come mi impongono i fini di questa ricerca, non posso omettere di porre in rilievo che il lungo cammino compiuto nei secoli dall'istituto dell'obbligazione, da Roma antica ai nostri giorni, rappresenta le diverse tappe di un graduale processo di avvicinamento e di identificazione del debito con la responsabilità, dell'oggetto della prestazione originaria con l'oggetto

(1) Betti, *Il concetto dell'obbligazione* cit., pag. 150.

(2) Savigny, *Sistema*, trad. it., 1<sup>a</sup>, Torino 1886, 341-342; Pugliese, *Actio* cit., p. 290; Barassi, *Teoria generale delle obbligazioni*, 1<sup>a</sup>, 1948, p. 19.

(3) Sohn, *Der Begriff des Forderungsrechts*, in *Grünhuts Zeitschrift*, VI, 1877, p. 459. È da rilevare anche come manchi in diritto romano classico e preclassico ogni forma di esecuzione specifica per consegna o rilascio. Ciò si spiega con la mancanza in quell'ordinamento, della sanzione che sarebbe da realizzare, la restituzione (Allorio, *Esecuzione forzata in genere* cit., n. 6).

(4) Carnelutti, *Diritto e processo* cit., p. 248.

(5) Carnelutti, *Diritto e processo* cit., p. 206, Pugliese, *Actio* cit., p. 318 e ss.; Allorio, *Esecuzione forzata* cit., n. 5.

(6) Betti, *Il concetto dell'obbligazione* cit., p. 150; Pugliese, *Actio* ecc. cit., p. 284 e 285 con rilevanti riserve.

(7) Gierke, *Schuld und Haftung in ältern deutschen Recht*, Breslau, 1910, p. 98 e ss. e l'ampia letteratura successiva citata dal Gangi (*Debito e responsabilità nel vigente diritto tedesco*, pp. 29 e ss., 109 e ss., in *Scritti giuridici vari*, Padova 1933) e dal Pacichioni, *Il concetto dell'obbligazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1924, I, p. 209. In particolare per quanto riguarda il diritto romano, si veda Betti, *Diritto romano* cit., 1<sup>a</sup>, p. 73; e *Il concetto dell'obbligazione* cit., p. 80 e 219.

della sanzione, del risultato dell'adempimento col risultato dell'esecuzione forzata (1).

Le tappe di questa evoluzione sono quanto di meno brusco e di meno rapido si possa immaginare. Già il primo passaggio dalla responsabilità personale alla responsabilità patrimoniale, che pure si suole indicare con una data, quella dalla *lex Petelia* (326 a. C.), appare il risultato di una evoluzione graduale, sia perché trova la sua prima spiegazione nella redimibilità dalla prigionia che seguiva la *manus injectio* (2), e sia perché, anche quando il vincolo del patrimonio cessò di essere un semplice riflesso del vincolo della persona, mantenne tuttavia a lungo il carattere di responsabilità universale (3).

Tuttavia, col delinarsi della responsabilità patrimoniale, un progresso molto importante è compiuto verso la realizzazione coattiva della prestazione; si è affermata la possibilità del sacrificio dei diritti reali del debitore in contrasto con i suoi obblighi, si è cioè superata quell'assoluta esigenza di rispetto dei diritti reali che, negli ordinamenti primitivi, era, come si è visto, avvertita ancor più che non l'esigenza del rispetto della persona (4).

L'affermarsi di quest'ultima esigenza ed il contemporaneo ammettersi del sacrificio del diritto reale, segna il passaggio alla concezione moderna dell'obbligazione come diritto che, privato della sua garanzia sulla persona (corpo), tende ormai alla sua realizzazione anche in contrasto con i diritti reali del debitore (5); ed insieme, questi fenomeni, segnano il passaggio alla concezione moderna dell'esecuzione forzata, come possibilità di invasione dell'altrui sfera giuridica patrimoniale (6).

Allorché, ancora più tardi, la responsabilità, postasi ormai sul piano del patrimonio, incomincia a perdere la caratteristica dell'universalità e a commisurarsi all'importo del debito, è ormai delineata e affermata quella forma di esecuzione forzata che sopra (n. 1) ho definito esecuzione forzata in forma generica, nel senso moderno dell'espressione. Quando ciò sia avvenuto, non è il caso di tentare qui di precisare.

(1) Betti, *Il concetto dell'obbligazione cit.*, p. 203; Carnelutti, *Diritto e processo cit.*, p. 248.

(2) Betti, *Diritto romano cit.*, p. 479; l'Allorio (*Esecuzione forzata in genere, cit.*, n. 5 e n. 6), rileva come « il patrimonio costituiva, in quella forma processuale, il surrogato del corpo ».

(3) Betti, *Il concetto dell'obbligazione cit.*, p. 150. Questo Autore rileva anche come la *pignoris capio*, sia un istituto antico, ma del tutto eccezionale. L'Allorio (*Esecuzione forzata cit.*, n. 6) considera la *pignoris capio* una forma di autotutela esecutiva, piuttosto che un processo esecutivo.

(4) Carnelutti, *Diritto e processo ecc. cit.*, pp. 248, 309, e *passim*.

(5) Carnelutti, *Op. loc. cit.*

(6) Carnelutti, *Op. loc. cit.*; Satta, *Esecuzione forzata*, Milano 1937, p. 37.

Né, d'altra parte, è necessaria qui la ricerca di quando e come storicamente abbia cominciato a farsi sentire e ad attuarsi l'esigenza dell'esecuzione forzata in forma specifica (1), perché si possa affermare che quando ciò avviene, le parabole dell'obbligazione e insieme quella dell'esecuzione forzata, si avvia al suo compimento: da una primitiva responsabilità personale legata al corpo del debitore, attraverso la responsabilità patrimoniale, si è tornati ed una nuova responsabilità personale legata ormai al *comportamento* del debitore stesso, e si è giunti così ad avvicinare quanto più possibile l'identità della prestazione con lo strumento della responsabilità (2); da una esecuzione forzata personale, ma a carattere di misura coercitiva, attraverso un'esecuzione destinata ad agire direttamente nella sfera giuridica del debitore e pur tuttavia generica, si tende ormai ad un'esecuzione forzata diretta e specifica.

Da quando, infatti, la responsabilità incominciò a ridivenire personale, sia pure in un senso diverso, lo stesso concetto della *coazione*, che fu anticamente limitazione della libertà corporale della persona, tornò ad agire sulla personalità, sia pure limitatamente alla sua autonomia di comportamento. Comincia così ad apparire meritevole di revisione la stessa concezione dell'esecuzione forzata come invasione dell'altrui sfera giuridica.

Poiché realizzare coattivamente un diritto significa ormai conseguire la possibilità di esercizio di quel diritto contro la volontà del debitore, ossia *compiere quanto solo esso debitore avrebbe potuto compiere*, la penetrazione coattiva che con l'esecuzione si effettua, non si verifica tanto nella sfera giuridica del debitore (che non viene privato di alcun diritto, tranne che nell'espropriazione), quanto nella di lui sfera di autonomia (3). Que-

(1) Secondo il Pugliese (*Actio* ecc. cit., p. 305), dal diritto giustiniano in poi la condanna è per lo più *in ipsam rem*, ossia il comando secondario o sanzione consiste in un rinnovamento o rafforzamento del comando primario o diritto soggettivo.

(2) Betti, *Il concetto dell'obbligazione* cit., p. 157; Carnelutti, *Diritto e processo* cit., cap. 4<sup>a</sup>. Secondo il Betti il processo di avvicinamento e identificazione della prestazione con la responsabilità è ormai compiuto; non per il Carnelutti, che segnala ancora gli ostacoli dell'incoercibilità delle obbligazioni di fare e della realizzazione dei diritti di credito in contrasto con quelli reali. Si veda anche: Polacco, *Obbligazioni*, Roma 1915, n. 16 ter, p. 91 e Bonfante, *Le obbligazioni e il debito di gioco*, in *Scritti giuridici varii*, 3<sup>a</sup>, Torino 1921, p. 82 e p. 85.

(3) Se infatti, parlando di invasione della sfera giuridica del debitore, si intende esprimere la sottrazione di un diritto al patrimonio del debitore, con quell'espressione non si rappresenta più il fenomeno caratteristico dell'esecuzione forzata: giacché, se è chiaro che la realizzazione coattiva di un diritto non priva affatto il debitore dell'identico diritto da realizzare, che *grá spetta al creditore*, non è meno chiaro che solo allora il debitore verrà privato di un altro diritto quando l'esecuzione si effettuerà per equivalente, ossia quando viene realizzato coattivamente un diritto ormai trasformato da quello originario.

Ma quando il diritto che si realizza coattivamente è proprio quello originario, ciò di cui il debitore viene privato non è un diritto, ma è la facoltà di trarre utilità

st' ultima espressione, appunto, sembra a me la più adatta per rappresentare in ogni caso la caratteristica dell'esecuzione forzata, rispetto all'attuale funzione dell' istituto.

È chiaro infatti che l'organo esecutivo, allorché procura al creditore la soddisfazione del suo interesse, sostituendo, come è caratteristica dell'esecuzione forzata (1), la propria attività a quella del debitore, svolge la sua azione nell'ambito di poteri che il debitore stesso avrebbe potuto e dovuto esercitare. La sostituzione avviene dunque in relazione a poteri del debitore diretti all'attuazione del suo obbligo.

Ora, se si pensa che non si può concepire un diritto del debitore in contrasto con la volontà concreta di legge che costituisce il fondamento dell'esecuzione, risulta evidente come la sostituzione ora accennata non costituisce invasione della sfera giuridica del debitore, cui non viene sottratto o di cui non viene violato alcun diritto.

Vera e propria invasione della sfera giuridica del debitore si ha invece con l'espropriazione forzata, ove il debitore non solamente subisce la sostituzione nell'esercizio di sue proprie facoltà, ma viene addirittura privato del diritto di proprietà sulle cose espropriate. Senonché, giunti all'attuale momento nello sviluppo storico dell'esecuzione forzata, l'espropriazione è ormai ridotta, come si è visto, a quel ruolo di surrogato che indubbiamente le compete anche da un punto di vista meramente logico.

Perfino nei casi di realizzazione specifica di un credito in contrasto con un diritto reale (2), è ormai lecito affermare che il sacrificio del diritto reale del debitore non si verifica a seguito dell'esecuzione, ma per effetto immediato del sorgere dell'obbligazione, la cui forza giuridica (da un punto di vista oggettivo e non soggettivo, ossia dal punto di vista del reciproco conflitto) è ormai pari a quella del diritto reale, cosicché il debitore subisce ora una semplice invasione della sua sfera di autonomia (3).

dal bene oggetto del diritto, ossia di trattenerlo nel proprio ambito di disponibilità diretta. Il mutamento avviene nella situazione di fatto; ma non si tratta tuttavia di un fatto indifferente per il diritto, poiché si tratta di un adeguamento di fatto che non può essere compiuto senza sottrarre al debitore una facoltà, senza cioè privarlo di una manifestazione della sua autonoma personalità, senza, in altri termini, *invasione in sua sfera di autonomia*.

Lo Schönke, *Zwangsvollstreckungsrecht*, Karlsruhe 1946, cit., p. 186 accenna all'«*Eingriff in die Machtsphäre des Schuldners*».

(1) Pugliatti, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano 1935, n. 3, p. 8, e ss.

(2) Si pensi all'obbligo del locatore proprietario di rilasciare al conduttore la cosa locata.

(3) Non mi sembra che, negli ordinamenti moderni, sia più possibile convenire col Carnelutti laddove (*Diritto e processo* cit., p. 246) rileva che «l'obbligo del debitore è meno obbligo dell'obbligo del non dominus». Per un accenno intorno alla possibilità di pregiudicare i diritti reali con obblighi personali, cfr. Barassi, *I diritti reali limitati*, Milano 1947, p. 8.

Posso concludere questo rapido esame degli sviluppi storici dell'istituto, con la conferma che il postulato chiovendiano richiamato all'inizio di questo paragrafo, esprime dunque le esigenze dei moderni ordinamenti giuridici in relazione all'attuale funzione dell'esecuzione forzata ed alla attuale portata del vincolo obbligatorio.

3. — Mi propongo anche di porre in luce un altro criterio cui il nostro legislatore si è ispirato e che, se pur distinto da quello sopra accennato, e per ciò ai margini dell'argomento di questa ricerca, costituisce tuttavia un'ulteriore e vorrei dire parallela manifestazione dello stesso principio richiamato con le parole del Chiovenda. È il criterio che induce il legislatore, quando è posto di fronte ad una impossibilità naturale o materiale di realizzazione specifica del diritto, ed è per ciò costretto a scendere al risarcimento, a consentire che codesto risarcimento avvenga nella cosiddetta forma specifica (1).

Quando, infatti, per ragioni di impossibilità di fatto, è necessario ricollegare alla violazione del diritto la sanzione della obbligazione sussidiaria del risarcimento dei danni, l'ordinamento giuridico, che tiene presente come gli interessi stiano tra loro in una scala di progrediente genericità, cerca di evitare, appena possibile, la discesa all'ultimo gradino, ossia al danaro, che è l'oggetto del più generico degli interessi; l'ordinamento giuridico si sforza di ottenere la realizzazione in una maniera che, se non è soddisfazione diretta dell'identico interesse, sia almeno *soddisfazione diretta di un interesse equivalente* (2). Non si tratterà, naturalmente, di una equivalenza integrale, come quella che caratterizza la fungibilità del bene violato (nella quale ipotesi sarebbe

(1) Come si vedrà meglio oltre nel testo, il concetto coincide in un certo senso, con quello della *Naturalwiederherstellung* della dottrina tedesca.

(2) In senso contrario, cfr. Satta, *Esecuzione forzata*, Torino 1951, p. 19. Secondo questo Autore, il risarcimento del danno in forma specifica non indicherebbe altro che la estensione della misura del risarcimento. « A nessuno verrebbe in mente di sostenere — aggiunge — che, rubato ad es. un cavallo, il derubato abbia diritto ad appropriarsi di un altro cavallo esistente nel patrimonio del ladro ». Ora, a mio modesto parere, se si vuol dare un significato all'art. 2058 cod. civ., bisogna che, nell'esempio indicato dal Satta, sia riconosciuto al derubato il diritto di ottenere la condanna alla consegna di un altro cavallo avente il medesimo valore di quello rubato e la cui restituzione è divenuta impossibile per un qualsiasi motivo. Il nuovo diritto così configuratosi, deve poi essere riconosciuto eseguibile in forma specifica, secondo i principi che regolano l'esecuzione forzata in forma specifica degli obblighi di consegnare una cosa determinata sempre che nel patrimonio del ladro esista un cavallo con i requisiti richiesti, altrimenti applicando i principi relativi all'esecuzione degli obblighi di fare.

Una siffatta interpretazione dell'art. 2053 mi sembra anche conforme alla tradizionale portata del § 249 del *bürgerliches Gesetzbuch*.

senz'altro possibile, come si è visto (n. 1 in fine), l'esecuzione forzata in forma specifica); ma di una equivalenza che sta, per così dire, a metà strada tra quella che determina la fungibilità e quella, del tutto generica, del risarcimento pecuniario (1).

Naturalmente la trasformazione del diritto violato in un diritto specificamente equivalente (se mi si consente l'espressione) ossia in un diritto equivalente che non è ancora il risarcimento pecuniario, in tanto ha un significato in quanto questo nuovo diritto sia a sua volta eseguibile coattivamente in forma specifica. E in effetti la legge, laddove disciplina questo istituto con una norma (art. 2058 cod. civ.) che giustamente si ritiene avere una portata più ampia di quella della sua collocazione (2), condiziona la applicabilità di quella norma alla concreta possibilità di esecuzione forzata in forma specifica del diritto sostanziale in questo suo nuovo aspetto.

Questi brevi cenni sono sufficienti per porre l'istituto del risarcimento dei danni in forma specifica al giusto posto nel quadro della restaurazione dei diritti violati.

(1) Questa non è, invece, l'opinione del Romano Salv. (*Risarcimento del danno in forma specifica cit.*, pp. 45, 56) secondo il quale non ci sono che due possibilità: o è adempiuta la prestazione precisa o sorge l'obbligazione del risarcimento pecuniario. Ma non vedo come possa bastare a dimostrazione di questa affermazione, il rilievo che il creditore non può essere costretto ad accettare una cosa diversa da quella che gli è dovuta. È facile rispondere che, se così non fosse, la prestazione di una cosa diversa non sarebbe risarcimento (in forma specifica), ma adempimento (in forma specifica), ossia, da un punto di vista giuridico, l'una cosa sarebbe considerata come fungibile con l'altra.

È necessario porre l'accento su questo criterio della fungibilità o meno della prestazione come elemento distintivo tra adempimento in forma specifica e risarcimento in forma specifica. Se non vi fosse la possibilità di ricorrere a questo criterio discrezionale, il concetto di risarcimento del danno in forma specifica sarebbe veramente inutile e ingombrante (come ritiene il Romano (*op. loc. cit.*)); ma evidentemente il legislatore del 1942 ha ben tenuto presente un criterio discrezionale, se ha ritenuto di dare, secondo i voti della prevalente dottrina, forma normativa al concetto di risarcimento del danno in forma specifica, ciò che ha fatto con l'art. 2058 cod. civ.

La dottrina precedente, del resto, riteneva già sussistente un principio in questo senso. Si veda: Chironi, *Colpa extracontrattuale*, 2.a ed., 2<sup>a</sup>, n. 432; Giorgi, *Obbligazioni*, 5<sup>a</sup>, n. 230; Ascoli, *Risarcimento del danno in forma specifica*, in *Riv. dir. civ.*, 1915, p. 680 e ss.; Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, 2<sup>a</sup>, Paris 1925, p. 322; Planiol, *Traité élémentaire*, 2<sup>a</sup>, n. 895; Mandrioli D., *Risarcimento del danno in forma specifica cit.*, p. 370 e ss.

Nei paesi nei quali vigono legislazioni a tipo germanico, che come è noto, da tempo affermano il principio della *Naturalwiederherstellung*, le opinioni sono naturalmente concordi. Per il diritto svizzero, cfr. Von Tuhr, *Allg. Teil* (svizz.) cit., pp. 95, 96 che peraltro non chiarisce il criterio distintivo con l'adempimento in forma specifica.

(2) Betti, in *Giur. it.*, 1948, I, 2, 258; contra: Restaino, *Esecuzione coattiva in forma specifica cit.*, p. 38; Cass., 14 gennaio 1946, in *Giur. Comp. Cass. civ.*, 1946, 289.

Chi tenga presente, ad evitare equivoci, che il risarcimento è in ogni caso, e quindi anche se in forma specifica, diritto sostanziale e per ciò ancora suscettibile di esecuzione forzata, comprende come l'istituto del risarcimento del danno in forma specifica non debba essere contrapposto all'esecuzione forzata in forma specifica, istituto processuale e a quello del tutto eterogeneo (1), ma piuttosto all'istituto dell'adempimento in forma specifica (2).

Certo che il concetto di esecuzione forzata in forma specifica ha un'influenza diretta in questa contrapposizione, dal momento che proprio ad esso si deve fare riferimento per constatare se è possibile (coattivamente) l'adempimento in forma specifica; solo se questo non sarà possibile, infatti l'ordinamento dovrà ricorrere alla restaurazione indiretta attraverso il risarcimento dei danni in forma specifica, o, se neppure questo sarà possibile, attraverso il risarcimento generico.

Ma è un fatto che anche il risarcimento dei danni in forma specifica, come l'adempimento in forma specifica, esige l'esecuzione forzata in forma specifica e si distingue da questa solo nel senso che, anziché realizzare l'identico interesse tutelato dal diritto violato, ne realizza uno equivalente senza che sussista una situazione di fungibilità tale da identificare l'uno interesse con l'altro.

**CRISANTO MANDRIOLI**  
avvocato in Milano

---

(1) Talora non viene neppure contrapposto, ma addirittura confuso. Si vedano i rilievi in proposito compiuti dal Mandrioli D. (op. cit., p. 371) e dal Romano S. (op. cit., p. 46) intorno al pensiero del Giorgi (*Obbligazioni* cit. 2<sup>a</sup>, nn. 78, 87, 88). Si vedano anche i rilievi del Carnelutti (*Il danno e il reato*, p. 35).

(2) Mandrioli D., op. cit., § 8 specialmente in fine (pp. 376 e 377). Meno convincente su questo punto è il Romano (op. cit., § 9, 16, 11) che segnala il pericolo di confusioni tra l'esecuzione in forma specifica e il risarcimento del danno in forma specifica (p. 32), ma anziché poggiarne la differenza sul semplice rilievo che quest'ultimo non è che un diritto sostanziale trasformato e per ciò suscettibile di esecuzione forzata, logicamente in forma specifica, si indaga a spiegare (pp. 36-38) come l'esecuzione forzata determini nel debitore una soggezione del tutto diversa dall'obbligo che questi ha di adempiere.

L'osservazione, che si riallaccia a noti rilievi del Carnelutti (*Diritto e processo*, p. 322 e ss.) è in sé esatta, ma applicata a questo problema non costituisce criterio risolutivo (poiché il momento dell'esecuzione dovrà pur presentarsi anche nel caso del risarcimento, in forma specifica o meno) né rigoroso poiché la soggezione alla coazione non solleva affatto il debitore dal suo obbligo, che attende, fino all'ultimo, un adempimento non coattivo.

---

## IL METODO DEL « NON SO COME » ?

---

1. — Bisogna parlarne. Può darsi che a più d'uno tra i lettori della *Rivista* la mia insistenza su questi temi generali sembri eccessiva; ma noi abbiamo sempre mirato, da quando, con la insigne compagnia di Giuseppe Chiovenda, la *Rivista* fu fondata, soprattutto a creare un clima, nel quale possa prosperare quella scienza italiana del processo, che fin dal principio del secolo s'era cominciata ad affermare sul piano internazionale, specialmente in confronto con la fortissima scienza tedesca. Può darsi che, un giorno, qualcuno tenti di fare un bilancio dei fattori, che hanno determinato quello che, fino ad ora, è stato certamente un successo dei nostri studi; non vorrei che ci fosse rimproverata in quel giorno una negligenza di fronte ad un fenomeno, che comincia a diventare pericoloso. Alludo a quella svolta nel pensiero del Satta, che s'è annunciata nella prefazione alla quinta edizione del suo *Diritto processuale civile* (Padova, Cedam, 1957) e s'è spiegata in una specie di manifesto, quale può essere definita la prefazione al recentissimo *Commentario* (Milano, Vallardi, 1959). I cenni, che ne furono fatti nell' *Indice bibliografico* (1959, p. 612 e 1960, p. 83), non mi sembrano adeguati alla gravità del pericolo determinato dall'alta posizione accademica del Satta, dalla sua abilità di scrittore e dalla seduzione, che la novità del suo atteggiamento può determinare sulla gioventù.

2. — Sono note agli studiosi le vicende, attraverso le quali si è svolta l'opera di questo singolare pensatore. Non deve recar meraviglia se, dal principio, egli s'è profondamente mutato; la vita è, non può non essere, mutamento. La preoccupazione della coerenza, se imbriglia il libero svolgersi del pensiero, nuoce alla scienza come all'arte, anzi che giovare. Il problema non è se egli sia mutato, ma se il mutamento segni una evoluzione o una involuzione ai fini della conoscenza di quel settore della realtà, che costituisce l'oggetto dei nostri studi.

Chi, come me, ha seguito con viva simpatia, sin dal principio, il suo cammino (si veda la recensione al suo primo libro in questa

*Rivista*, 1934, I, pag. 221), ha potuto notare una costante nel suo mutamento, che si potrebbe definire (certo la definizione non gli dispiace) come un progressivo disgusto dell'astratto e un correlativo gusto del concreto o, con altre parole, uno spostamento verso l'unità. Così dalle prime monografie al trattato, egli è venuto man mano attenuando la separazione tra il diritto processuale e il diritto materiale; e dal trattato al commentario s'è risoluto, nientemeno, ad una rivoluzione nel metodo, per non dire alla abolizione del metodo, poiché, alla chiusa dell'ultima appassionata e perfino accorata prefazione, finisce per celebrare, rammentando un'antica massima cinese, quello che si potrebbe chiamare il metodo del *non so come*, che è, come ognuno vede, il *non metodo* poiché metodo non è altro che sapere o, almeno, cercar di sapere *come si fa*.

Non mi par dubbio che si tratti di una crisi, anzi dell'acme della crisi del metodo, la quale è in atto da parecchio tempo, non sono nuove le reazioni contro l'abuso dei concetti, ma a una sconfessione così aperta come quella del Satta non si era ancora giunti mai: nessuno aveva avuto, come lui, il coraggio di dichiarare, come ora ha dichiarato, che dieci anni fa s'è accorto « di non sapere la procedura », il che vuol dire che dai suoi maestri (Satta è stato scolaro di Marco Tullio Zanzucchi) non ha imparato nulla onde, per sapere, bisogna cambiare strada; ma quale strada si debba seguire è quello che non si sa.

Tutto questo non deve essere preso leggermente, non solo per rispetto ad uno studioso, del quale non si possono discutere né l'ingegno né la buona fede; ma, ancor più, proprio perché, portata a codeste manifestazioni estreme, la crisi, se non erro, ha forse raggiunto la sua risoluzione.

3. — Io comprendo lo stato d'animo del Satta. Basterebbe averlo ascoltato anni fa, a Firenze, al congresso internazionale di procedura civile, quando parlava del *Mistero del processo*, per scoprire in lui le radici della crisi. Il motivo del mistero echeggia, del resto, anche nelle pagine del *Commentario*. Nessuno, quanto me, condivide questo modo di pensare, anzi di sentire. Il mistero è, per lui, come per me, quello, che egli chiama « l'inarrestabile moto » dell'esperienza e non è poi, veramente, se non il mistero dell'essere, che si spiega ai nostri occhi attoniti nella sterminata diversità del divenire.

Questo è, dopo tutto, il nostro banco di prova: ci sono quelli che si accorgono, ma i più non s'accorgono del mistero. Al Satta dobbiamo riconoscere questo merito: egli fa parte della minoranza dei meravigliati. Anche se della sua meraviglia molto sia dovuto all'influenza di Capograssi, infinitamente caro a lui come a me, il merito rimane; nessuno di noi sente e pensa da solo, per quanto possa credere di non essere in compagnia.

Ma quale deve essere il nostro atteggiamento di fronte al mistero? Quello che ci si richiede è, prima di tutto, del coraggio. Il mistero è l'infinito; e noi siamo l'infinitesimo, che, se non lo può raggiungere, può approssimarsi senza fine. In ciò sta la nostra miseria e la nostra grandezza. Perciò la nostra vita è un cammino. E il cammino implica una strada. La necessità del metodo è questa: scegliere la strada per arrivare alla meta; o, meglio, per approssimarsi, se non anche per raggiungerla.

4. — Certo si può infilare la strada buona anche *senza sapere come*; la massima cinese non è punto una sciocchezza. Probabilmente questo è il caso dell'artista. Intorno ai rapporti tra scienza ed arte non si medita mai abbastanza. Logicamente la scienza è implicata nell'arte; storicamente, invece, è l'arte che viene prima nel senso che, se il nucleo dell'opera d'arte è sempre un sapere, può essere, anzi sempre è un sapere di chi non sa di sapere. Perciò i giureconsulti romani sono stati degli artisti anzi che degli scienziati. Può anche darsi che si sapesse allora più di quanto si sappia adesso; ma era un sapere ingenuo e nativo, non ancora ripiegato su sé medesimo.

Satta, certamente, è un artista del diritto; e se si contentasse di risolvere un caso, potrebbe non saper come lo risolve e tuttavia imbroggiare la strada buona. Il guaio è, però, ch'egli non si contenta di fare dell'arte; il compito, che si propone di adempiere con i suoi libri, è, per adottare la formula consueta, un compito teoretico, non un compito pratico; insomma egli fa della dottrina non della giurisprudenza soltanto; i suoi libri non contengono né delle difese né delle decisioni, ma delle monografie o dei trattati.

Ora, fare della scienza anzi che dell'arte non vuol dir altro, in verità, se non *sapere come si fa*. Scienza ed epistemologia si implicano a vicenda. Il problema del metodo per lo scienziato è imprescindibile. Perciò, se le ultime parole della prefazione al

*Commentario* si dovessero prendere alla lettera, esse riprenderebbero, se pure per diverso motivo, la vecchia tesi del Kirchmann, negativa della scienza del diritto; anzi, come tosto si vedrà, di qualunque scienza, non solamente della scienza del diritto.

5. — Invero, la difficoltà opposta dall'« inarrestabile moto » della esperienza, e meglio sarebbe dire dell'esistenza, non è una difficoltà che riguardi soltanto il sapere giuridico, ma qualunque sorta di sapere.

Per il diritto può essere, o sembrare, più grave perché il diritto è storia, anzi che natura; e per la storia sembra che il moto sia più veloce o almeno più disordinato che per la natura; da ciò, posto che il rigore, come per lo più si crede, è il *proprium* della scienza, l'impressione, per non dire la superstizione, che la conoscenza della natura abbia, se non proprio un titolo esclusivo, per lo meno un titolo pozione alla dignità di scienza in confronto con la conoscenza della storia. Ma la verità è che anche la natura muta come la storia; se non mutasse, non nascerebbe, cioè non sarebbe natura; anche, pertanto, la scienza naturale si trova dinnanzi al mistero del divenire; se, per colpa di codesto ostacolo, chi cerca di conoscere la natura dovesse camminare senza sapere come, il sapere scientifico sarebbe interdetto non solo quanto al diritto, ma in ogni campo della realtà.

6. — Ma il vero è che il Satta (l'ultimo Satta, si direbbe, secondo un'espressione cara ai critici d'arte), se pure richiama il *non so come* del saggio cinese, sa o crede di sapere come si fa a conoscere il diritto; sa o crede di sapere che con il vecchio metodo non si arriva a conoscerlo e perciò sa o crede di sapere che fino a dieci anni fa (quando, intendiamoci, aveva già scritto non solo le sue monografie ma anche il trattato) non sapeva il diritto processuale, per quanto già lo insegnasse; ma ora crede di aver trovato la strada buona, ossia il metodo buono; altrimenti, da quel galantuomo che è, si sarebbe limitato, d'ora in poi, a far l'artista, cioè l'avvocato, e non avrebbe intrapreso l'opera solenne, che è il *Commentario*, la quale vuol essere certa opera di scienza e perciò senza metodo non potrebbe essere compiuta.

Qual'è stato dunque l'errore dei suoi maestri, errore così grave da costringerlo a confessare « di non sapere la procedura » e di « dover cominciare letteralmente da capo »? Ora vengono le

sue parole decisive : « il diritto, il processo è tutto nella esperienza, e il compito del giurista è quello di cercare le fonti di questa esperienza, non per fermarla, in una specie di utopistico Digesto, ma per seguirne l'inarrestabile moto ».

Ora che il diritto sia nell'esperienza non è una novità ; qui c'è l'eco dell'insegnamento di Capograssi, e sta bene ; ma anche prima di dieci anni fa, che dev'essere, presso a poco, l'epoca del suo incontro con Capograssi, era stato detto che i giuristi hanno da studiare non già in genere, come scrive Satta, « la gente che ha vissuto e che vive », ma, più precisamente, la gente che fa le leggi, che le applica, che le infrange ossia gli atti del legislatore, del giudice e del *subditus*, nei quali atti si risolve l'esperienza giuridica ; e perciò, come oggi scrive il Satta, hanno da guardare « per le vie, nei fori, nei mercati, nelle prigioni, negli stessi giornali » ; proprio perché queste cose si dicevano nella mia *Metodologia del diritto* (anteriore di molto a dieci anni fa), il Capograssi se n'è occupato in un articolo, che mi recò molta gioia e grande onore.

7. — Ma il Satta non si contenta di dire che il compito del giurista sta nell'osservare l'esperienza, bensì che non deve « fermarla .... ma .... seguirne l'inarrestabile moto ». Sono poche parole, delle quali probabilmente non ha valutato il peso ; ma son quelle che costituiscono la novità e, insieme, la chiave del metodo, che il suo *Commentario* vorrebbe inaugurare. Egli crede, insomma, che l'esperienza *debba*, e perciò *possa, essere osservata senza essere fermata*. Qui sta il nodo della questione.

E qui il pensiero del Satta mostra il candore del neofita, il quale, avendo scoperto che il diritto è esperienza, crede che basti l'esperienza a conoscere il diritto e così finisce per confondere l'esperienza con la conoscenza : qualcosa come uno scambio della materia prima con il prodotto finito. L'esperienza è, appunto, la materia grezza, sulla quale il giurista deve lavorare ; ma se il vasaio non tiene ferma nelle sue mani la creta, come farà a costruire il vaso ? Il lavoro commesso a noi, artigiani del diritto, si chiama, appunto, *analisi dell'esperienza giuridica* ; invece di analisi potrebbe chiamarsi *anatomia*, per farci meglio intendere dai profani ; e basta dire, appunto, *anatomia per capire che, ai fini dell'analisi, l'esperienza deve essere fermata*.

8. — Come si può fermare, dunque, l'« inarrestabile moto » ? Come fa il chimico a far l'analisi dell'acqua di un fiume ? Se la

lascia scorrere, non ci potrebbe riuscire. Egli inmerge nel fiume un recipiente e, così, ha l'acqua ferma nelle sue mani.

La natura scorre, come un fiume; e del pari la storia. Se lo storico, il giurista, in particolare, non ne estrae una parte, a sua volta l'analisi non gli riesce. Per il nostro lavoro, invece di *estrarre*, si dice *astrarre*; si estrae con le mani, si astrae con il pensiero. Il primo frutto dell'astrazione è il *fatto*. Ho già avvertito più volte che i giuristi, per sapere cos'è il diritto, dovrebbero sapere che cosa è il fatto; e non i giuristi soltanto ma i cultori di qualunque scienza, perché il rigore del conoscere non si può ottenere se non attraverso le leggi e le leggi, che rappresentano un collegamento necessario tra i fatti, senza i fatti non si potrebbero scoprire: c'è bisogno, a tal fine, di inquadrare la realtà in una serie di fatti, presso a poco come fa il geografo, il quale, per conoscere la terra, la imprigiona nella rete dei meridiani e dei paralleli. Se con il moto inarrestabile dell'esperienza non si fa qualcosa di simile, non si può andare al di là della meraviglia; ma se la meraviglia è necessaria, non è sufficiente al sapere.

La prima cosa da sapere, dunque, è che il fatto è un *pezzo di realtà* e perciò un astratto non un concreto: concreta è la realtà tutta intiera, nella quale il fatto estende le sue radici e le sue propaggini così che spesso nell'osservare il fatto sentiamo l'insufficienza della sua definizione ossia l'angustia dei suoi confini e così il bisogno di oltrepassarli per poterne conoscere appieno il valore; e se non sempre si avverte questo bisogno è perché ci contentiamo di una conoscenza incompiuta e approssimativa. A rigore, è frutto di astrazione perfino il distinguere tra storia e natura, che sono due facce della realtà indissociabili una dall'altra così che non si può veramente conoscere la storia senza la natura né la natura senza la storia.

Basterebbe, se il Satta vuol riflettere, ch'egli ponesse mente alle parole: perché mai *capire*, come *comprendere*, esprimono l'idea del *prendere*? Non basta *seguire* l'inarrestabile moto della realtà; prenderla bisogna; ma chi ne può prendere se non una piccola parte? Egli stesso si serve, non può non servirsi del *fatto*; ma quando se ne serve, si serve, per quanto non se ne accorga, dell'astrazione.

9. — Come si fa, dunque, ad *astrarre*, o diciamo pure a *estrarre* un fatto dal corso della natura o della storia? Ci vuole

un secchio per attingere acqua dal fiume. Un recipiente (e chiedo scusa della mia semplicità o, forse, della mia volgarità) è lo strumento indispensabile per l'astrazione come l'astrazione è indispensabile per valersi dell'esperienza. Il Satta è uno scrittore assai piacevole; ma neppure lui, come tanti altri, fa attenzione al valore delle parole; così gli capita di dir male dei concetti, senza sapere veramente cosa sono. Perché non ha riflettuto che concetto è composto da *cum* e da *capere*? Proprio lo strumento, che ci vuole al fine di prendere quel pezzo di realtà, che si chiama *fatto*.

Quando, poi, se ne fa l'analisi, ci si accorge che il concetto è costruito con certi elementi logici, che si chiamano *caratteri* e servono, appunto, a definire, cioè a segnare i confini; come si farebbe, senza di questi, a ritagliare il *pezzo*, cioè la *parte* dal tutto della realtà, natura o storia che sia? Adagio dunque, amico Satta, con l'ironia verso la *costruzione* o il *costrutto*; a questo modo diventa impossibile di comprendere (un altro verbo trasparente, no?) non tanto il diritto quanto, nientemeno, il pensiero, il quale (e questa è la scoperta memorabile di Kant, se pure non l'abbia fatta da solo) non tanto riceve quanto elabora la realtà: *jabbrica*, dice Maritain, traducendo in parole chiare l'oscuro discorso del filosofo tedesco.

Un concetto, appunto, è la *fattispecie*, della quale i giuristi moderni fanno largo uso ed abuso: fattispecie non è il fatto, ma lo stampo, entro il quale si cala la realtà, per ricavarne il fatto. Logicamente, pertanto, e sarà bene che i giuristi lo ricordino, la fattispecie è il *prius* del fatto, non il fatto della fattispecie.

O, dunque, il Satta rinuncia a servirsi persino del fatto per capire il diritto; o deve adattarsi, anche lui, a *costruire*.

10. — Anzi, deve adattarsi a distruggere, prima di costruire. Il giuoco del pensiero è proprio questo: *costruendo destruit* e *destruendo costruit*: un giuoco alterno di analisi e di sintesi, in altre parole, che ha la sua chiave nel *fatto* e nel *concetto*. Fatto e concetto sono indissociabili, come il diritto e il rovescio di una stessa medaglia.

L'esigenza dell'analisi è senza fine. Il fatto è il primo anello di una serie, che non finisce mai. Già il senso comune, foggiando il proverbio: «cosa fatta capo ha», ha scoperto che ogni fatto è una causa. La separazione del fatto dalla realtà non ha altra ragione che non sia quella di scoprire la concatenazione tra i fatti e, con

essa, penetrare il mistero dell' « inarrestabile moto ». Ma proprio la risoluzione del fatto nella causa determina l'analisi del fatto, poiché, quando il fatto si considera come causa, ci si accorge che esso consta dell'unione di due parti, che chiamiamo *cose*: causa del germoglio di una pianta non è né il seme né la terra, ma l'unione dell'uno con l'altra; codesta unione è il fatto. Il fatto, dunque, non è semplice, ma composto; e se è composto, deve, a sua volta, essere scomposto, per penetrarne il mistero. Di qui, quella che chiamerei, con la consueta semplicità, la tendenza anzi l'esigenza che il fatto si rimpicciolisca sempre più.

Basta seguire la meravigliosa avventura della fisica per averne la prova. Una volta s'era creduto che l'atomo fosse il punto di arrivo dell'analisi; e per questo s'è foggiate la parola atomo, che vuol dire qualcosa che non si può dividere; ora, l'analisi non è che divisione. Oggi, invece, la microfisica non solo è proceduta al di sotto dell'atomo (e per questo si chiama anche *subatomica*), ma perfino al disotto del nucleo, che è l'elemento positivo dell'atomo; e s'è finito per capire che la possibilità di dividere non finisce mai, tanto da essersi formulato il principio della *discontinuità della materia*, il cui valore, ancor più per la metafisica che per la fisica, è decisivo.

La verità che se ne ricava, intanto, sul piano logico, è la *implicazione della cosa nel fatto*: ogni cosa è fatto; l'atomo si credeva una cosa e non un fatto; invece s'è scoperto che pure l'atomo è un fatto, perché risulta dall'unione di elementi, i quali, a loro volta, sono cose che si risolvono in fatto e così via; alla frattura dell'atomo è seguita la frattura del nucleo, così che la ricerca del principio sembra dover essere vana.

11. — Ma non è così. Il principio, invece, proprio con l'analisi fisica, s'è trovato. S'è trovato, anche se non se n'è ottenuta né se ne può ottenere la percezione, sia pure indiretta o strumentale. Quello che s'è trovato è che gli elementi dell'atomo, come quelli del nucleo, per quanto siano *diversi*, sono *uniti*; né potrebbero essere uniti senza un *quid* che li unisce. Né codesto *quid* è qualcosa che esista *in mente hominis*: tanto esiste *in rerum natura* che quando gli elementi dell'atomo si riescono a dissociare se ne sprigiona una forza spaventosa, la quale donde può procedere se non dal *quid* che li tiene uniti? Il vero è che la discontinuità della materia si risolve nella sua unità.

L'analisi, infatti, è riuscita a dissociare ciò che è unito; l'unità è l'effetto della unione, e l'unione implica l'*unum*, il principio unificatore. Questo è l'impareggiabile valore delle ultime scoperte della fisica nucleare: se i fisici si fossero contentati di seguire l'esperienza, senza cercare di fermarne l'inarrestabile moto, non si sarebbe capito nulla della costituzione fisica dell'universo.

12. — Allo stesso modo dei fisici hanno operato i biologi quando hanno cercato di spiegare, oltre il mistero della materia, il mistero della vita.

Quello che per i fisici è l'atomo, per i biologi è la cellula. Anche la cellula come l'atomo, come il fatto, è un pezzo di realtà; e così il frutto dell'astrazione, cioè, detto brutalmente, della distruzione: anch'essi hanno fatto quello che fanno i fanciulli, quando avendo tra le mani il giocattolo, che li meraviglia perché, dopo essere stato caricato, si muove, lo disfano per scoprirne il segreto.

È una specie di scandalo, codesto disfare; capisco perché il Satta, che ha un senso religioso della realtà, ne sia scandalizzato. Tuttavia, anche qui, *oportet ut scandala eveniant*. L'analisi della cellula ha dato risultati analoghi a quella dell'atomo: anche in essa due elementi, uno positivo e uno negativo, uno attivo ed uno passivo; nucleo anche nella cellula, come nell'atomo; ma non nucleo soltanto, sibbene anche il suo diverso o il suo opposto, che è la stessa cosa: nucleo e citoplasma tenuti insieme dalla forza di un *quid*, che è il principio della vita.

13. — Allo stesso modo dei fisici e dei biologi hanno operato i logici; e il loro operato li ha avvicinati ancor più, se pure non hanno valutato l'importanza del dato, alla soluzione del problema.

Sul piano logico l'equivalente dell'atomo e della cellula è il giudizio. E anche il giudizio è qualcosa che non si può separare se non astraendo dal flusso (inarrestabile, direbbe il Satta) del pensiero; il trovato di un'analisi, insomma, al pari del fatto; analisi, anatomia, astrazione sono, in radice, la medesima cosa. Il logico, che opera sul pensiero, quando isola il giudizio, fa il paio con l'anatomico quando separa dal corpo umano il cervello od il cuore.

Ma a sua volta il giudizio è stato sottoposto all'analisi, come

l'atomo o come la cellula ; un'analisi, che sul piano grammaticale, prima che sul piano logico, s'impara nelle scuole elementari ; ma qui l'analisi dà un risultato più interessante perché ne risultano tre elementi, invece di due : *soggetto, predicato e copula* ; così almeno si usa dire, ma quella che si chiama la *copula* non è un elemento come gli altri due, bensì il principio che li tiene insieme ; quello che, nell'indagine sulla materia o sulla vita, rimane nell'ombra, viene in luce nell'indagine dello spirito e, più precisamente, di quell'aspetto dello spirito che è il pensiero ; ma è una luce così abbagliante, che non la possiamo sostenere : sappiamo che la copula è il verbo e che il verbo si riduce all'essere, ma di quello che sia l'essere non possiamo dire se non che è *ciò che unisce*.

Comunque quella luce, balenata dall'indagine logica, si riflette sulla fisica e sulla biologia : l'*unum* che tiene insieme gli elementi dell'atomo o della cellula è quello stesso, che collega gli elementi del giudizio.

E qui la conoscenza si arresta : si sa che l'essere unisce ; ma non si riesce a dirne altro se non che è il principio, che sta all'origine dell'inarrestabile moto.

14. — Fisici, biologi, logici debbono dunque i loro successi all'analisi dell'esperienza ; e perciò dei concetti, che ne sono gli indispensabili strumenti. Pertanto, se si vuol distinguere la scienza dalla conoscenza, come il mezzo dal fine o dal risultato, la scienza non è, non può essere che un sistema di concetti ; e i concetti, come dicevo, sono costruiti, perché il pensiero lavora disfacendo e rifacendo, distruggendo e ricostruendo ; e gli scienziati non sono dei « costruiti », come dice ironicamente il Satta, ma dei *costruttori*. Solo i cultori della scienza del diritto dovrebbero fare eccezione ? A questo si riduce la disperata metodologia del Satta : essi soli dovrebbero rinunciare all'analisi proprio in nome di quel richiamo all'esperienza, che Capograssi non ha fatto, non ha potuto fare se non per dirci che i concetti sono strumenti e non debbono confondersi né con la materia né con il risultato della nostra fatica.

Il settore, nel quale operano i giuristi, è la sociologia : per loro la realtà non si presenta come materia, né come vita, né come pensiero, ma come *società*, e perché non dire come *umanità* ? Noi abbiamo un po' tutti l'impressione che pertanto, qui, il reale, il concreto, l'esperienza infine, secondo il Satta, sia « la

gente» come dice lui o, con maggiore esattezza, l'*individuo*, come amava dire Capograssi. Ma non è così: anche l'*individuo*, come l'atomo, come la cellula, come il giudizio, è un astratto, non un concreto; anche lui è un *pezzo di umanità*. La realtà, o diciamo pure l'esperienza, non siamo né il Satta né io, ma noi due insieme, ossia i due capi del dialogo (e perché non ricordare Hölderlin: *wir Menschen sind ein Gespräch* ?); e ancora non solo lui ed io, sibbene tutti gli altri che ascoltano il nostro discorso.

Singolare per non dire sorprendente che le due parole: *individuo* e *atomo* esprimano la medesima idea, che è, dopo tutto, l'idea dell'unità. L'*individuo* è, appunto, l'*atomo sociale*. Ma è anch'esso, proprio perché una unità, il risultato dell'unione di elementi diversi, che qualcosa di misterioso (altro che mistero!) tiene uniti. Senza di esso, fra altro, l'*identità*, espressione essenziale dell'*individuo*, non avrebbe senso; e senza l'*identità* la *responsabilità* non potrebbe essere concepita.

Ma pure codesta unità dev'essere divisa, e diciamo pure frantumata, altrimenti l'*individuo*, come l'atomo, come la cellula, come il giudizio, ci resterebbe ignoto: anche nell'*individuo*, come fanno i ragazzi con il giocattolo, bisogna *guardarci dentro*, a costo, purtroppo, di perdere di vista la sua unità. Fino a che il Satta si rammarica di questa perdita, che vuol poi dire dei limiti invalicabili della conoscenza, lo capisco; ma rinunciare, per questo, all'analisi, è solamente un gesto di disperazione.

Del resto l'analisi dell'*individuo* è lui stesso che la fa, che la deve fare proprio quando crede di non farla! Invero la gente che contratta, che litiga, che soffre, nei mercati, nei tribunali, nei penitenziari, quale egli ci richiama ad osservare, non è che un aspetto dell'*individuo*, come il giudice, come il difensore, come il perito, come il testimone: tutti concetti, codesti, non realtà perché la realtà dell'*individuo* è un poliedro a lati innumerevoli, dei quali non possiamo osservare, di volta in volta, per la nostra finitezza, se non un lato solo.

Basta, pertanto, sfogliare le pagine proprio del suo ultimo libro per concludere che, sia pure di malavoglia o a sua insaputa, è un distruttore e un costruttore anche lui.

15. — Tutto sommato il valore del suo *Commentario*, tutt'altro che trascurabile, sta in una svalutazione della dottrina e in una rivalutazione della giurisprudenza. Di ciò non nego

affatto il bisogno: molti tra di noi, per non dire la maggior parte, sono inclinati a tenere maggior conto della prima che della seconda, e così a valersi più del ragionamento che dell'esperimento; ora, la giurisprudenza tiene il posto dell'esperimento, che la scienza del diritto e, in genere, la sociologia, a differenza dalle scienze della natura, non ha la possibilità di provocare: esperimento è niente altro che una esperienza artificiale fatta apposta per collaudare i risultati dell'analisi delle esperienze naturali o spontanee; e, non di rado, anziché collaudarli, li smentisce. Il vero è che dell'analisi dell'esperienza nessuno, ormai, sostiene la infallibilità: essa è, semplicemente, necessaria ma non sufficiente; riconoscere la sua insufficienza corrisponde a quel movimento diretto a ridurre in giusti limiti il valore della ragione (oggi si direbbe: a ridimensionarla), che costituisce il tratto più significativo dell'ultima filosofia, nelle sue varie correnti. Il giudice, per risolvere il caso, mette alla prova gli strumenti, che la dottrina gli fornisce; e spesso si accorge che non sono idonei alla bisogna; se ne accorge alla stregua di quel senso di giustizia o senso dell'ordine, il quale non è, al postutto, se non buon senso ossia senso del bene. Se il Satta avesse detto questo avrebbe pienamente ragione: al postutto la decisione del caso secondo giustizia, che è la meta, alla quale tendono praticamente le nostre fatiche, non è irrazionale, ma certo metarazionale. Ci sono, tra i componenti della giustizia, degli elementi, che mutuando il linguaggio dalla fisica, la quale parla di infrasuoni e di ultrasuoni, chiamerei infraragioni e ultraragioni: ragioni, insomma, inafferrabili, al di là di quella gamma che si adegua alle possibilità dell'umano intelletto. Ma la insufficienza non tanto non esclude quanto implica la necessità. Perciò all'impeto del Satta oserei contrapporre la prudenza di Menenio Agrippa; guai se le due ancelle del diritto non vanno d'accordo aiutandosi a vicenda.

Senza dubbio la giurisprudenza non solo arricchisce la nostra esperienza permettendoci di osservare una diversità di fatti senza confronto maggiore di quella che può offrire la nostra esperienza personale, ma altresì controlla i risultati dell'analisi che siamo riusciti a compiere. Sotto questo profilo uno dei più ricchi tra noi è Virgilio Andrioli: l'ultimo suo libro ha questo merito esemplare.

Il compito del giudice, però, non è tanto quello di raccontare ciò che gli è capitato sott'occhio; egli deve, prima di tutto,

definire il fatto storicamente per poi valutarlo criticamente; ma già la sua definizione suppone la fattispecie, come ho cercato di dimostrare; e la fattispecie è un concetto, no? Il giudice insomma, deve trattare la storia con i concetti; e questi chi glieli insegna?

Rivalutare dunque la giurisprudenza sta bene, ma non svalutare la dottrina. Il rapporto tra l'una e l'altra è circolare: la giurisprudenza fornisce l'esperienza, che il dotto deve sottoporre all'analisi; la dottrina fornisce al giudice quei risultati dell'analisi, senza i quali neppure il fatto si potrebbe definire. Il quale rapporto non finisce mai: la giurisprudenza, soprattutto con le sue resistenze, per non dire con le sue ripugnanze, avverte la dottrina quando nel suo lavoro c'è qualche cosa che non va; ed allora non c'è altro da fare che riprendere le analisi; uno scambio di servizi tra l'una e l'altra continua senza fine.

Se, veramente, il Satta avesse fatto nel *Commentario* quello che nella prefazione s'era proposto di fare, gli effetti del suo insegnamento sarebbero molto più disastrosi di quanto, secondo il suo giudizio, non siano stati quelli dell'insegnamento dei suoi maestri su di lui.

In quale misura il proposito sia stato attuato e pertanto quale sia il valore scientifico e didattico del suo *Commentario* non è un discorso, che io qui voglia fare. Certo è che quel tanto di valore, che gli si potrà e gli si dovrà riconoscere, sarà frutto del vecchio metodo; il metodo positivo, consistente nell'analisi dell'esperienza, al quale la scienza del diritto e, in particolare, la scienza italiana del diritto e del processo deve i suoi indiscutibili successi.

Qui io ho voluto soltanto reagire al suo programma metodologico in vista del pericolo che può derivarne allo svolgimento della scienza italiana, il cui primato nel mondo, per quanto ormai seriamente minacciato, le impone particolari responsabilità. La genialità e l'autorità del Satta esercitano senza dubbio del fascino sui lettori; d'altra parte, la formula del *non so come*, in tempi disorientati come quelli che stiamo attraversando, potrebbe diventare il germe di una scapigliatura, contro la quale ho creduto di dover mettere in guardia soprattutto la nostra impressionabile gioventù.

FRANCESCO CARNELUTTI

---

## CONSIDERAZIONI SULLA LEGITTIMAZIONE AD AGIRE (\*)

1. — Un consolidato orientamento giurisprudenziale (1) e notevoli incertezze da parte della dottrina, anche più recente (2), mi pare rendano attuale la necessità di fare il punto sul concetto di legittimazione ad agire e addirittura sulla legittimità di siffatto concetto, rispetto al quale ha scritto pagine profonde il Maestro che si onora (3); pagine che portano un contributo ancor oggi fondamentale per la costruzione di una nozione, con la quale operano non solo puri teoreti, ma i giudici, nel decidere le controversie.

Per dare subito il senso del concreto, penso sia preferibile partire dall'esame di una recente pronuncia del S. C. (4), la quale, ribadendo un principio ormai ricevuto e consolidato presso quella Corte, afferma che « la *legitimatio ad causam*, intesa come identità del soggetto che agisce in giudizio con quello che è titolare dell'azione proposta, è una condizione della azione la cui sussistenza è necessaria per ottenere una pronuncia favorevole sul merito, ma non incide sulla valida costituzione del rapporto pro-

---

(\*) Questo scritto è destinato agli Studi in onore di Emilio Betti.

(1) V., ad es., Cass. 31 marzo 1958, n. 1122; 28 luglio 1956, n. 2951; 5 gennaio 1952, n. 11; 11 maggio 1951, n. 1153.

(2) Si vedano, al riguardo, tra i più recenti scritti di maggiore rilievo quelli del Satta, *Interesse ad agire e legittimazione*, in *Foro it.*, 1954, IV, 169 ed ora in *Commentario al cod. proc. civ.*, I, all'art. 100, n. 5, che ha riproposto il problema e sulle cui tesi v. Alborio, *Per la chiarezza delle idee in tema di legittimazione ad agire*, in *Giur. it.*, 1953, I, 1, 961 e *ibid.* 1952, I, 1, 101; *Diatriba breve sulla legittimazione ad agire*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, 129 e ss. vedasi anche un vivace intervento del Carnelutti, *Titolarietà del diritto e legittimazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1952, II, 121, che ha portato ad un chiarimento delle posizioni (v. dello stesso C. sempre in *Riv. dir. proc.*, 1954, I, 970 e 1955, II, 36 e *Diritto e processo*, n. 66, 114); inoltre Liebman, *Manuale dir. proc. civ.*, I, 1, 42; Andrioli, *Lezioni dir. proc. civ.*, I, 230; Micheli, *Corso dir. proc. civ.*, I, 29.

(3) Betti, *Dir. proc. civ.*, p. 157 e s. e in *Giur. it.*, 1949, I, 763.

(4) Cass. 8 ottobre 1958, n. 3153, in *Foro it.*, I, 1421.

cessuale». Il caso deciso era il seguente: la casa editrice Salani aveva citato l'editore Corticelli assumendo che quest'ultimo aveva pubblicato un romanzo di Malot, *En famille*, in violazione dei diritti di traduzione del romanzo stesso che la prima sosteneva di aver acquistato dal giornale «La Tribuna» che, a sua volta, l'avrebbe acquistato dall'editore Flammarion, nella sua qualità di mandatario dell'autore. L'editore Corticelli, mentre nel merito si opponeva alle richieste della Salani — in quanto il diritto di pubblicazione in italiano sarebbe caduto in pubblico dominio —, eccepiva preliminarmente la carenza di legittimazione della Salani medesima, in quanto l'editore Flammarion avrebbe invalidamente disposto del diritto di traduzione del romanzo, talché invalidi sarebbero stati perciò i successivi trasferimenti di quel diritto.

La Cassazione ha ritenuto appunto che, nella specie, la questione relativa alla validità o meno del trasferimento del diritto di traduzione del romanzo importasse l'esigenza di accertare se l'attore Salani avesse oppur no la legittimazione ad agire contro il presunto violatore del diritto di cui esso attore si afferma titolare; e ne ha inferito il potere-dovere della Corte «di accertare la *legittimità ad causam* anche mediante indagini di merito sugli elementi acquisiti al giudizio» (secondo un indirizzo giurisprudenziale consolidato) (1). Nella specie la Corte ha ritenuto, in base alle emergenze processuali, che fra lo scrittore Malot e l'editore Flammarion non era intervenuto un contratto di cessione del diritto di traduzione, bensì un mandato del primo a favore del secondo perché cedesse il diritto di traduzione spettante al primo. Ma con questo, la Corte non ha svolto un'attività di controllo sul giudizio di fatto, formulato dai giudici di merito, bensì ha riveduto, confermandola, la valutazione che dei fatti avevano effettuato quei giudici nella loro qualificazione giuridica, sia pure in sede di interpretazione delle clausole del contratto, intervenuto tra lo scrittore e il Flammarion. Ed infatti il S. C. riconosce che il giudice di merito non era incorso in alcuna violazione «di regole di ermeneutica contrattuale» nel ritenere che il contratto stesso conteneva, anziché una cessione,

---

(1) Cass. 13 marzo 1956, n. 736, in *Giustizia civ.*, I, 1726. Direi che nello stesso senso è l'Andrioli, *Lezioni*, I, p. 233.

un mandato dell'autore all'editore di stipulare per suo conto contratti di traduzione dell'opera.

La Cassazione, adottando una nozione perlomeno ambigua di *legitimatío ad causam*, tende a portare la cognizione della questione oltre ai limiti istituzionali propri di quel S. C. e ad estendere alla cognizione stessa quei maggiori poteri che sono ad essa riconosciuti rispetto agli *errores in procedendo* e comunque alle questioni relative al processo ed alla valida instaurazione di esso (1). Ma attraverso questa via quel giudice effettua (o meglio, può effettuare) un riesame del fatto che gli sarebbe precluso, sotto il profilo che dovrebbe considerarsi questione attinente alla legittimazione quella diretta all'accertamento della « identità del soggetto che agisce in giudizio con quello che è titolare dell'azione proposta ». Non mi pare esatto, pertanto, considerare la via seguita dalla giurisprudenza, come una inutile diversione per giungere ad un risultato che la Cassazione potrebbe conseguire in ogni caso (2). In realtà, considerando la questione concernente l'esistenza del diritto, affermato dall'attore a fondamento della propria richiesta, come problema relativo alla legittimazione, anziché come parte del merito, il S. C. tende ad allargare sensibilmente l'ambito e l'oggetto del suo accertamento. Ciò che non esclude l'eventualità — probabilmente verificatasi nel caso in esame — che l'invocare quella nozione sia superfluo al fine di giungere a quel risultato; quantomeno se si ritiene censurabile in cassazione la violazione delle norme sull'interpretazione dei contratti, per quanto attiene alla qualificazione giuridica dei fatti accertati dal giudice di merito e non al sindacato relativo all'accertamento dei fatti stessi (3).

2. — La giurisprudenza ripete dunque quello che è stato l'insegnamento del Chiovenda in proposito (4) e perciò relati-

---

(1) In proposito si possono vedere Calamandrei-Furno, *Cassazione civ.*, voce in *Nov. dig. it.*, III, 1090; Giudiceandrea, *Le impugnazioni civ.*, II, 330; Micheli, *Corso dir. proc. civ.*, II, 394.

(2) Così infatti Allorio, in *Giur. it.*, 1953, I, 1, 968.

(3) Cfr. Carnelutti, *L'interpretazione dei contratti e il ricorso per cassazione*, in *Studi dir. proc.*, I, 393; nella giurisprudenza v. Cass. 30 giugno 1955, in *Giustizia civ.*, II, 1809.

(4) Chiovenda, *Principi dir. proc. civ.*, 151 e s. e *Istit.*, I, 164; v. anche Costa, *Manuale dir. proc. civ.*, 22.

vamente ad una concezione dell'azione come diritto al provvedimento favorevole; d'altra parte lo stesso Chiovenda avvertiva che « nel maggior numero dei casi, la questione dell'appartenenza d'un diritto o d'una azione si confonde colla questione dell'esistenza del diritto e dell'azione », precisando peraltro che « talora la questione della esistenza *oggettiva* del diritto e dell'azione e della sua appartenenza *soggettiva* si offrono staccate al giudice » e sorge allora questione di legittimazione che si presenta fra l'altro specialmente « quando abbia avuto luogo un passaggio di diritti », come era nella specie decisa nella sentenza ricordata al n. prec. Ma il Chiovenda non menziona, tra le questioni per la decisione delle quali la Corte può compiere indagini sui fatti, quella relativa alla *legitimatō ad causam*, anzi le annovera tra quelle di merito (1), talché l'opinione della giurisprudenza sembra il frutto di una inconsapevole contaminazione di due piani prospettici differenti. La concezione sostanziale dell'azione, come diritto alla sentenza favorevole (comunque poi esso venga costruito), non dovrebbe portare a conseguenze alle quali si dovrebbe giungere, se mai, partendo da una nozione di azione diametralmente opposta, nella quale si rinunci a considerare quale elemento integrante il risultato del processo (2), venga poi l'azione qualificata come potere (o diritto) ad un provvedimento di merito o addirittura come potere di iniziare il processo (ed in esso di contraddire).

Senza ripetere cose già dette altrove anche da me (3) e, meglio di me, da altri (4), la nozione di legittimazione ad agire ed a contraddire come presupposto perché il giudice possa scendere alla considerazione del merito della domanda può acquistare un significato solo se l'esercizio dell'azione è posto in relazione alla prospettazione nel processo di una domanda con la quale la parte avanza una pretesa ed il convenuto si difende da essa. In questo momento puramente processuale l'attività assertoria dell'una e dell'altra parte acquista necessariamente una

(1) Chiovenda, *Principi*, 154 e nt. 1 e Istit., II, 480.

(2) V. le considerazioni dell'Allurio, *op. cit.*, 966 e Autori *ibi cit.* cui addde Liebman, *Manuale*, II, 42; Micheli, *Corso dir. proc. civ.*, I, 20 s.

(3) V. spec. quanto osservato in *Giurisprudenza e azione*, in *Scritti giur. in memoria di Calamandrei*, III, 493.

(4) Garbagnati, *Sostituzione proc.*, 137 s., 170; v. anche Fazzolari, *Note in tema di diritto e proc.*, 132 ss.

dimensione che sembra venir meno quando il processo è finito, perché allora è la sentenza che *dicit jus*, stabilendo chi ha ragione e chi ha torto e perciò se chi ha chiesto la tutela al giudice rispetto ad un diritto da lui affermato a base della propria pretesa aveva oppur no ragione e quindi era o meno titolare del diritto medesimo nei confronti del soggetto evocato in giudizio. Quando si lasci questo angolo di osservazione della realtà e si consideri il processo nel suo risultato, tutto ciò che è stato (strumentalmente) necessario per giungere ad esso pare perdere quella tal dimensione di cui facevo prima cenno, e quanto è stato fatto per il processo ed in occasione di esso sembra divenire ombra proiettata dal diritto che è stato oggetto del processo stesso e perciò della tutela conseguita attraverso quest'ultimo.

Questa svalutazione del momento del processo, necessario per la realizzazione della tutela del diritto in determinate condizioni, porta ovviamente a considerare come non qualificabili giuridicamente le posizioni soggettive che le parti assumono nel processo nell'affermare la fondatezza della propria pretesa o nel resistere a quella avversaria ed i tentativi in questo senso da ultimo attuati dal Satta (1) se appaiono assai suggestivi per quello struggente senso di unità dell'ordinamento giuridico alla quale essi si ispirano, non conducono però a risultati, a mio parere, soddisfacenti.

Intanto, rispetto alla questione dalla quale si sono prese le mosse, è da osservare che il Satta, proprio con riferimento alla sentenza del S. C. 8 ottobre 1958 cit., conclude nel senso di identificare la questione di legittimazione con la questione di merito (2): « negare .... la legittimazione e negare il diritto sono la stessa identica cosa, perché la legittimazione è in funzione del diritto che si fa valere » ed allora la conseguenza che la Cassazione ritiene di dover trarre, come s'è visto, in tema di accertamento della legittimazione, per quanto attiene ai suoi poteri, rispetto alla ricostruzione dei fatti, non avrebbe — anche sotto questo profilo — fondamento.

---

(1) V. la più recente formulazione del pensiero del Satta, in *Commentario* cit., I, 44 s., 354, 360.

(2) Satta, *Commentario*, I, 355.

3. — Le mie perplessità, nei riguardi del pensiero del Satta, vanno peraltro più in là e toccano il fondo del problema del metodo di studio del processo, come parte dell'esperienza giuridica. Secondo il pensoso scrittore, non esiste un diritto in sé, talché non ha alcuna rilevanza giuridica quella incertezza sull'esistenza del diritto « in cui si versa prima della decisione », mentre quel « che noi chiamiamo diritto è in concreto il singolo interesse che facciamo valere in giudizio, e che, appunto perché lo facciamo valere in giudizio, si concreta nell'azione, cioè nella postulazione di un giudizio favorevole » (1).

È questo un modo di considerare il processo che se ha numerosi ed illustri precedenti (sia pure in differenti formulazioni e partendo da altre premesse), nei confronti di esso sono stati fatti valere argomenti che mi paiono non facilmente superabili e che, d'altra parte, il Satta non sottopone a critica convincente. Così quando egli afferma che « la situazione giuridica che si concepisce come proprietà è una astrazione, che come tale non può essere paragonata con l'azione: bisogna pensare la proprietà come negata, contestata per capire che allora il discorso sul diritto di proprietà non ha più alcun valore; ma solo ha valore l'azione » (2). Con questa posizione del problema, il Satta considera il processo come l'unico momento dell'esperienza giuridica, negando al diritto, al di fuori di esso, ogni realtà, quando esso sia contestato. E questo è, a mio fermo avviso, smentito oltre che dalla stessa esperienza giuridica, dalla realtà del nostro ordinamento positivo che eleva a giuridica rilevanza determinati comportamenti umani, indipendentemente dalla necessità di dover ricorrere al giudice per ottenere da quest'ultimo la tutela giuridica dell'interesse (3).

La tutela giurisdizionale assume infatti un significato eventuale, rispetto alla situazione da tutelare ed il processo è necessario proprio perché occorre accertare chi delle parti, in conflitto tra loro, sia titolare della situazione stessa. Nell'ambito del pro-

(1) Satta, *Commentario*, I, 342.

(2) Satta, *op. cit.*, 343.

(3) V. invece Satta, *Commentario*, I, 255, secondo il quale se sorge controversia e perciò non c'è obbedienza è « vano parlare di un ordinamento come esistente »; in questi casi l'ordinamento esisterebbe solo come giudizio. V. anche le considerazioni critiche dell'Orestano, *Diritti sogg. e diritti senza soggetto*, in *Ius*, 1960, 34.

cesso quindi, anche a partire dalle premesse assunte dal Satta, rimane pur sempre quella situazione di incertezza iniziale che la pronuncia del giudice è chiamata a rimuovere, talché il considerare l'azione come postulazione della sentenza favorevole non risolve — a mio parere — il problema dei rapporti tra diritto ed azione, né esaurisce affatto la definizione del contenuto e della natura di quest'ultimo concetto.

Sempre con riferimento al diritto positivo (non è escluso che si possa giungere a differente soluzione rispetto ad ordinamenti giuridici di diversa struttura), non si vede come possa esaurirsi la nozione di diritto subiettivo, inteso come azione, cioè come postulazione di un provvedimento favorevole, quando le postulazioni possono essere ..., almeno due ed in senso antitetico l'una rispetto all'altra. Ciò significa che se ci si pone sul piano del processo, e cioè delle postulazioni, occorre rifarsi alle pretese poste dalle parti alla base delle rispettive domande, riconoscendo a queste ultime un valore puramente strumentale, nel richiedere il riconoscimento del diritto, quando questo abbia bisogno di una forma di tutela che il soggetto non può ottenere altrimenti che dal giudice. Ed allora le « postulazioni » delle parti acquistano, sul piano della dottrina giuridica, la loro effettiva dimensione, la quale peraltro involge il riconoscimento del momento del processo come ineluttabile, in certe condizioni, per la realizzazione del diritto; ma non esclusivo, per l'esistenza di questo.

Non è esatto quanto afferma il Satta (1), secondo il quale le varie dottrine che considerano il fenomeno dell'azione come spiegabile sul piano esclusivamente processuale ed in vista del funzionamento del processo, si fondano sull'erronea concezione che esista un diritto come una realtà naturale, originaria, assolutamente immobile, poiché l'esigenza di distinguere il momento dinamico processuale da quello statico è frutto di un più completo esame della realtà che, del resto, neppure il Satta può negare, quando ritiene che « una situazione può essere qualificata e concepita come diritto, in quanto sia pacificamente riconosciuta da chi deve riconoscerla; se invece è contestata non avrebbe senso parlare di diritto e di azione a tutela del diritto perché

---

(1) *Commentario*, I, 45 s.

« quel che esiste è solo l'interesse che si postula riconosciuto dall'ordinamento, e quindi l'azione, che non è altro se non quell'effettivo postulare » (1).

4. — È da chiedersi però, a questo punto, se, non assorbendo il diritto subiettivo nell'azione in ogni caso, ma solo quando è necessario l'agire per ottenere dal giudice il riconoscimento del diritto violato o per la produzione di un effetto giuridico altrimenti non raggiungibile, sia conseguente ricollegare l'azione così intesa con il risultato del processo, epperò al provvedimento favorevole. Giacché secondo la concezione del Satta il fenomeno processuale è posto nella sua luce piena e non ridotto ad un mero riflesso del diritto sostanziale fatto valere nel processo. Ed in ciò sta, probabilmente, il significato più vivo e pregnante di quella suggestiva indagine, pur sotto altro profilo e nei suoi risultati definitivi inappagante, come quella che non tiene conto compiutamente di tutti gli aspetti della realtà, in omaggio ad una concezione unitaria, non rettamente intesa che non esaurisce tutti i dati dell'esperienza e del diritto positivo.

La preoccupazione del Satta di superare ogni duplicità di piani tra diritto e processo è, forse, l'eco delle sue meno recenti reazioni contro quelle teorie in vario modo tendenti a vedere nell'ordine processuale qualche cosa di contrapposto all'ordine sostanziale e della preminenza da lui data a quest'ultimo rispetto al primo (2), trova ora una differente spiegazione nell'unità del procedimento di attuazione dell'ordine giuridico. Appare più evidente peraltro che l'identificare l'azione con il diritto implica disconoscere il significato del processo, anche partendo dai postulati da cui il Satta ha preso le mosse, poiché o si considera la « postulazione » in giudizio come un mero fatto, prendendola in considerazione nel suo effettuarsi (3), oppure si cerca una

---

(1) Satta, *op. cit.*, 46 s. V. anche Orestano II., *Azione*, voce in *Enc. dir.*, IV, 808 ss., il quale ricollega l'impostazione sattiana a quelle esigenze di unità dell'ordinamento che hanno ispirato le concezioni del Kelsen, del Händer e del Pekelis (e rispetto alle quali v., se vuoi, le considerazioni critiche formulate in *Giurisprudenza ed azione cit.*, 478 s.).

(2) V., del resto, sull'evoluzione del pensiero del Satta e sul significato di essa anche rispetto alla espressione più recente del suo pensiero Orestano, *Azione cit.*, 809 del quale è ora da consultare anche *Dir. soggettivo cit.*, 27 s.

(3) È il profilo che è stato particolarmente considerato dal Satta, in *Dir. proc. cit.*,<sup>2</sup> 81.

giustificazione di essa nel processo e per il processo, giacché dalla domanda prendono radice tutti i successivi atti processuali, delle parti, dei terzi e del giudice. La prima maniera di considerare l'attività processuale in sè presenta, a mio parere, un grave inconveniente: occorre disconoscere il dato positivo di legge, secondo il quale l'atto processuale è lecito, indipendentemente dalla fondatezza della domanda cui esso si coordina (1). Non resta perciò che indagare allora come l'atto del processo abbia in sè la propria ragion d'essere, in relazione alla domanda avanzata in giudizio, perchè ne venga dal giudice vagliata e « giudicata » la fondatezza, senza con questo postulare una realtà fuori del processo, in contrasto con quanto si afferma nel processo stesso ed in esso si potrà accertare.

È questa una visione dei rapporti tra diritto e processo che la scienza del processo ha in Italia conseguito da parecchio tempo ed anche per merito del Betti (2), sempre pensosa di quella esigenza dell'unità dell'ordine giuridico che ha condotto il Satta alle sue ultime formulazioni dommatiche. Se la « postulazione » ha un significato nel processo, infatti, non è tanto perchè essa importa l'affermazione di un interesse che si afferma riconosciuto dall'ordinamento, ma perchè questa affermazione ha alla propria base una « ragione », l'asserzione unilaterale della parte della valutazione o del modo di essere di un rapporto o di uno stato giuridico (3). Quello scambio tra realtà del diritto e miraggio che il Satta imputa alla dottrina processualistica prevalente è invece proprio da riconoscersi alla stessa impostazione sattiaiana, poiché il chiedere in giudizio, « l'effettivo postulare » non è ancora il riconoscimento per opera del giudice che la parte che chiede ha ragione e non è più il diritto *tout court*, pacificamente riconosciuto dai consociati e da chi avrebbe interesse a disconoscerlo.

In sostanza, nell'esigenza dell'unità, il Satta ha individuato il momento necessario del processo come momento essenziale dell'esperienza giuridica ma, per quella esigenza dell'unità del-

(1) V. per più ampi svolgimenti critici il mio studio *Giurisdizione e azione*, 477 s.

(2) L'esigenza della considerazione unitaria della norma è particolarmente sottolineata dal Betti, oltre che negli scritti ricordati, anche nella *Teoria generale delle obbligazioni*, II, 7 s.

(3) V. spec. Betti, *Ragione e azione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1932, I, 205 e *Dir. proc. civ.*, 63 s.

l'ordinamento, ha ritenuto che esso potesse essere ricollegato alla domanda « fondata », ad un agire qualificato dal risultato del processo. Ed è dubbio, a mio parere, che per questa via si siano fatti passi sensibili, nel senso di intendere il fenomeno del processo, nonché le norme positive che lo regolano. Il dire, con il Satta (1), che l'attività delle parti nel processo è « nella sua essenza svolgimento di azione, cioè assunzione di posizioni concrete in relazione al giudizio che con l'azione si postula », non esaurisce certo il problema della liceità e della rilevanza dell'atto processuale di parte, anche se rispetto ad esso il requisito della volontà non si pone nello stesso modo che rispetto agli atti sostanziali (2).

Direi, anzi, che il riconoscimento della giuridicità di questa attività delle parti del processo rende ancor più evidente la necessità di distinguere quanto attiene alla loro « postulazione » in giudizio — e, pertanto, all'attività che le parti svolgono nel processo per presentare e per sostenere la rispettiva domanda —, da quanto concerne la decisione del giudice ed il contenuto della decisione stessa che può essere di accoglimento o di rigetto dell'una o dell'altra domanda. E con questo non si misconosce l'unità dell'ordinamento che il Satta ha inteso sottolineare marcatamente, negando il significato strumentale che l'attività medesima riveste per il conseguimento della tutela da parte del giudice.

5. — L'unità dell'ordinamento porta invero il Satta a negare ogni portata alla nozione di legittimazione; secondo lui « negare ... la legittimazione e negare il diritto sono la stessa, identica cosa, perché la legittimazione è in funzione del diritto che si fa

---

(1) Satta, *Commentario*, I, 478.

(2) Satta, *op. cit.*, I, 479 § v. anche Redenti, *Atti processuali*, voce in *Enc. dir.*, IV, 113. Entrambi questi Autori considerano l'atto del processo « in se » e non lo ricollegano alla posizione del soggetto che lo pone in essere, per la già cennata preoccupazione di creare una realtà processuale in contrasto con quella offerta dal diritto sostanziale; ciò non ostante la realtà del processo si impone ed essi sono costretti a studiare quegli atti di parte in relazione al concreto agire delle parti nel processo eppertanto come indipendenti dall'esito del processo stesso; ed è ciò che si intende fare appunto da chi ricollega razionalmente l'agire con la previsione normativa che rende legittimo quell'agire non per dare corpo a fantasmi o scambiando concetti per oggetti esistenti *in rerum natura*, ma per spiegare la realtà del processo nell'unità dell'ordinamento, quando all'attuarsi di esso è necessario il ricorso al giudice da parte di chi invoca tutela e cioè di chi chiede che sia resa attuale l'efficacia dell'ordinamento.

valere » (1). Ora questa necessaria connessione tra il piano processuale e quello sostanziale non è certo negato dalla dottrina prevalente, anche da quella che non definisce l'azione, facendo riferimento all'esito del processo. Ed il Betti ha anzi chiarito come il piano del processo e quello del diritto litigioso non sono « separati e astraibili l'uno dall'altro, bensì fra loro connessi da una correlazione teleologica » (2) che è caratterizzata dalla qualificazione di un rapporto giuridico per mezzo di un altro rapporto od' ancora dal collegamento normativo per cui la fattispecie di una situazione giuridica va ricercata, per qualche suo elemento, in un rapporto diverso, disciplinato da una differente branca del diritto.

La legittimazione ad agire risulta pertanto, pur avendo essa una esclusiva rilevanza del processo e per il processo, qualificata dal diritto sostanziale litigioso che funziona come rapporto qualificante (secondo la terminologia, assai espressiva, del Betti) ed è per questa ragione che non sembra possibile scindere la questione, relativa alla legittimazione ad agire dalla questione di merito, là dove il giudice si pronunzia sul rapporto qualificante negandone l'esistenza. E questo è appunto il caso che si è presentato al S. C. e che è stato deciso con la sentenza 8 dicembre 1958 cit. (v. n. 1). In altri termini, la questione relativa alla spettanza del diritto è risolta dal giudice come parte del merito, assorbendo così la questione preliminare attinente alla legittimazione ad agire: se il soggetto che chiede una data forma di tutela risulta, attraverso l'accertamento compiuto nel processo stesso, titolare del diritto rispetto al quale quella tutela è domandata, la soluzione della questione della legittimazione ad agire, ed a contraddire, è implicita nella soluzione della questione di merito. Ed è appunto quanto la dottrina esprime, sotto altro profilo, quando rileva che, di regola, la legittimazione ad agire ed a contraddire spetta a chi si afferma titolare del diritto fatto valere e nei confronti di chi è soggetto passivo di una determinata situazione giuridica (oppure viene riferita a chi risulta titolare del diritto o soggetto della situazione passiva).

---

(1) Satta, *Commentario*, I, 355; in senso contrario v. Allorio, in *Riv. telem. dir.*, proc. civ., 1955, 139; Andrioli, *Lezioni*, 230.

(2) Betti, in *Giur. it.*, 1949, I, 1, 762.

È da vedere, peraltro, se non sussistano ipotesi in cui la decisione sulla legittimazione ad agire, od a contraddire, non possa dare luogo ad una questione preliminare al merito, ma distinta dal merito stesso, tale quindi che la relativa sentenza che decida sulla legittimazione non esaurisca con ciò il merito della domanda e non precluda perciò, con efficacia del giudicato, l'eventualità di un nuovo giudizio. È un'eventualità che il Chioventa (1) aveva già ammesso, pur partendo dalla sua concezione dell'azione, e che più di recente (e in base a differente concezione dell'azione) e il Betti e l'Allorio (2) hanno efficacemente difeso, con particolare riferimento alle ipotesi di litisconsorzio necessario. Mentre l'Andrioli (3) ne ha sostenuto la più ampia applicabilità anche rispetto al processo con due parti.

A mio parere, se non si può sicuramente negare che una autonoma questione di legittimazione sorga quando non siano in causa uno o più dei litisconsorti necessari, altrettanto deve essere detto nei casi, sia pure più rari, in cui nei processi con due parti l'attore prospetta, a base della propria domanda, una pretesa al cui fondamento sta un diritto che, se anche fosse dimostrato fondato, non gli darebbe mai la giuridica possibilità di ottenere la forma di tutela richiesta. In queste ipotesi l'affermazione contenuta nella postulazione dell'attore non è neppure idonea a porre il giudice in grado di entrare nel merito della domanda stessa, poiché anche nel caso in cui l'organo giurisdizionale accertasse la fondatezza della premessa su cui l'attore pone il fondamento della propria domanda, egli non avrebbe diritto a conseguire quanto chiede. Il giudice, allora, può respingere la domanda, senza conoscere tutta la domanda stessa, senza violare l'art. 112 cod. proc. civ., in quanto la decisione sulla qualità giuridica che lo stesso attore prospetta, e che il giudice medesimo può controllare negli atti ed accertare anche d'ufficio, non toglie al convenuto la possibilità di proporre, a sua volta, un'azione per ottenere la dichiarazione dell'inesistenza del diritto, nei confronti del legittimo contraddittore, di chi cioè potrebbe domani vantare quel

---

(1) Chioventa, *Principi*, 154, e *Ist.*, I, 164.

(2) V. Betti, *op. e loc. cit.*; Allorio, in *Giur. it.*, 1953, I, 1, 965 e in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, 133; v. pure Redenti, *Dir. proc. civ.*, II, nn. 64, 65; Carnelutti, in *Riv. dir. proc.*, 1954, II, 97.

(3) Andrioli, *Lezioni*, I, 232.

diritto nei di lui confronti. E così pure l'attore potrà in altro processo proporre domanda contro chi è legittimato a contraddire, dopo una sentenza che abbia negato ad altro soggetto la legittimazione passiva (1).

6. — Dire, in tali casi, che negare la legittimazione è negare il diritto fatto valere non è esatto ed è contraddetto dalla realtà dei fatti, quali la stessa giurisprudenza ci presenta. Così esattamente Cass. 4 gennaio 1952, n. 5 (2) ha considerato come questione attinente alla legittimazione ad agire quella che concerne l'accertamento, e pertanto la decisione della questione se il mittente possa, dopo lo svincolo della merce spedita, chiedere al vettore il risarcimento dei danni per perdita parziale del carico. Qualora si interpreti l'art. 1689 cod. civ. nel senso che i danni spetterebbero al destinatario del carico e non al mittente, il giudice ben può rigettare la domanda di quest'ultimo con il negargli la legittimazione ad agire, o per carenza di azione come si dice tradizionalmente, senza necessità di indagare in merito all'effettivo verificarsi dei danni stessi. Se invece il giudice accogliesse la contraria opinione, difesa da ultimo con particolare acutezza dal Garbagnati (3), il giudice avrebbe avuto ingresso alla decisione nel merito sulla domanda proposta dal mittente ed avrebbe dovuto affrontare la questione relativa all'*an* ed al *quantum*. Ora, una pronuncia sulla carenza di legittimazione da parte del mittente non toglie al vettore la possibilità di agire per ottenere, nei confronti del destinatario (secondo la tesi del S. C.), una pronuncia di accertamento negativo in merito alla sua presunta responsabilità per la perdita parziale della merce, come d'altra parte il destinatario potrà svolgere lui l'azione nei riguardi del vettore medesimo.

Pure esatta mi pare l'applicazione che del concetto di legittimazione ad agire ha fatto Cass. 18 aprile 1958, n. 1268 (4), considerando applicabile l'art. 2498 cod. civ. anche alla trasformazione di una società collettiva irregolare in società per azioni. In tal modo il S. C. ha ritenuto che questa ultima fosse stata ritualmente chiamata in giudizio per rispondere delle obbligazioni

(1) Andrioli, *Lezioni*, I, 233; Micheli, *Corso*, I, 23.

(2) V. pubblicata in *Giur. it.*, 1953, I, 1, 969.

(3) Garbagnati, in *Giur. it.*, 1950, I, 2, 613.

(4) In *Giustizia ebb.*, I, 1045.

assunte, o che si asserivano assunte, dalla prima società. Se il giudice fosse giunto ad opposta conclusione od avesse ritenuto che non aveva avuto luogo, in fatto, la trasformazione, con gli effetti previsti dall'art. 2498, ult. comma cit., la sentenza avrebbe potuto constatare la mancanza di legittimazione passiva nella società convenuta; con ciò, peraltro, non pregiudicando la possibilità che i creditori della prima società chiamassero in giudizio i (già) soci illimitatamente responsabili. Come ho detto sopra, al n. 1, la nozione di legittimazione ad agire non sembra invece opportunamente richiamata là dove sia contestata la validità del trasferimento di un diritto o dell'acquisto del diritto stesso che un soggetto pone a fondamento della pretesa, prospettata nella domanda. In questi casi, la pronuncia sull'esistenza della situazione legittimante o sul rapporto qualificante esaurisce il merito della domanda e non può essere profilata come distinta decisione sulla legittimazione, ad agire od a contraddire, in quanto « in ipotesi » l'affermazione della pretesa dell'attore o nei confronti del convenuto è idonea a dar luogo ad una pronuncia del giudice sul merito della domanda: se poi quella affermazione risulta infondata, il giudice decide sul merito e non sulla legittimazione. La contraria opinione del Chiovenda, si ripete, trova la sua giustificazione nella nozione di azione posta a base del suo sistema e d'altro canto la pronuncia sulla carenza di azione per mancanza di legittimazione anche in ipotesi di trasmissione di diritti è considerata come pronuncia di merito (1).

Meno agevole, mi sembra, è giustificare la cennata tendenza giurisprudenziale, seguendo con l'Andrioli (2) una differente nozione dell'azione come aspirazione ad un provvedimento di merito, giacché non sembra possibile enucleare una questione pregiudiziale al merito, riguardante la titolarità di situazioni soggettive, la cui soluzione sia tale da definire il giudizio, indipendentemente dall'esame del merito della domanda, là dove non si tratti di determinare se il processo possa o debba svolgersi con la presenza o nei confronti di dati soggetti, ma di accertare le circostanze

(1) V. ancora Chiovenda, *Istit.*, I, 164.

(2) Andrioli, *Lezioni*, I, 232, il quale argomenta finemente dall'art. 102 cod. proc. civ., ma tende ad estendere il risultato dalla sua indagine, in relazione alle norme degli art. 307 e 310, al di là dei confini rispetto ai quali il principio dell'art. 102 è dettato; v. infatti Micheli, *Corso*, I, 23 e le considerazioni limpide e penetranti del Redenti, *Dir. proc. civ.*, II, 10.

cui è ricollegato il trasferimento di una situazione subiettiva attiva o passiva. In questi ultimi casi, la decisione del giudice che pronunci sulla validità o sull'invalidità od ancora sull'esistenza delle circostanze di fatto relative al trasferimento, incide nel merito della controversia e non può essere distinta in alcun modo come decisione sulla legittimazione, anche agli effetti dell'ambito di poteri riconosciuti al giudice nell'accertamento dei fatti. Non c'è bisogno invece di scomodare la nozione di legittimazione per ammettere la rilevanza d'ufficio, da parte del giudice, della mancanza delle « condizioni » (1) che danno vita all'azione, intesa come diritto al provvedimento favorevole e cioè dell'appartenenza del diritto, posto a base della domanda, a favore dell'attore o nei confronti del convenuto. Ma la via seguita dalla giurisprudenza si spiega praticamente, quando si considerano le conseguenze, già poste in rilievo al n. 1, riguardo ai poteri spettanti al giudice di cassazione. Si spiega, ma non si giustifica, però, secondo quanto ho cercato chiarire in questo n. ed in quello che precede.

La questione della legittimazione ha, dunque, una sua rilevanza autonoma (2) e può perciò costituire oggetto di una

(1) V. in proposito Allorio, in *Giur. it.*, 1953, I, 1, 968.

(2) Il problema della legittimazione processuale non viene, a mio parere, sensibilmente spostato, seguendo la concezione del Monacciani, *Azione e legittimazione*, 294, secondo il quale la questione attinente alla legittimazione ad agire riguarda lo stadio preliminare al merito ossia la mera possibilità giuridica della domanda (ed egli si richiama al giudizio esposto dal Redenti nel *Giudizio con pluralità di parti*, 187, 205 s.), talché la legittimazione ad agire è anche da quello scrittore intesa come una condizione della trattabilità del merito (v. in proposito Liebman, *Manuale*, I, 40; Micheli, *Corso*, I, 21; Betti, *Dir. proc. civ.*, 157), ma altresì considerata come una situazione anteriore, diversa dal diritto sostanziale e tuttavia « implicata e radicata in esso, o prodromica ad esso ». Per questa via indubbiamente originale ma non persuasiva, il M. vuole sottolineare il significato della pretesa in giudizio che deve atteggiarsi con riferimento al diritto sostanziale invocato, pur non sapendosi se il giudice la riterrà fondata oppure no. L'illusione di trovare nel diritto sostanziale la ulteriore dimensione della nozione di pretesa ha perciò indotto il M. a ritenere che « sul piano sostanziale il rapporto prodromico sta al rapporto giuridico perfetto, come sul piano processuale il diritto al provvedimento di merito sta al diritto al provvedimento favorevole ». Ma la postulazione di una pretesa nel processo non profila un effetto prodromico rispetto a quello che sarà l'effetto che discenderà dalla sentenza con cui si concluderà il processo: la domanda e tutte le attività che ne sono conseguenza nel processo hanno un rilievo esclusivamente processuale e si esauriscono nel processo stesso, ma non è escluso che in quest'ultimo vi siano atti disciplinati dal diritto sostanziale (v. Allorio, in *Giur. it.*, 1953, I, 1, 969, nt. 7). Come la pretesa non costituisce un *tertium genus* tra diritto e processo così la legittimazione ad agire ha la sua ragione d'essere solo nel processo, il che non esclude che essa si determini, con riferimento al diritto sostanziale fatto valere.

distinta pronuncia del giudice che non coincide con quella di merito in tutte le ipotesi in cui il giudice medesimo è chiamato a decidere o deve decidere in via preliminare, se egli può provvedere nei confronti di due o più soggetti. Queste ipotesi si presentano per lo più, oltre che nei casi di litisconsorzio necessario, nei casi di interventi volontari o coatti, di pluralità di soggetti legittimati a fare valere un diritto, o nei cui confronti un diritto può essere fatto valere, e di sostituzione processuale. È vero che in tutti questi casi l'estensione della legittimazione anche a soggetti diversi da quelli che si affermano titolari del diritto controverso, oggetto della domanda, presuppone un rapporto di connessione o di dipendenza tra situazioni giuridiche (1), ma è pur vero che la asserita connessione tra i rapporti medesimi deve essere tale da permettere, in ipotesi, al giudice di provvedere anche nei confronti di quel soggetto che non è titolare del diritto controverso. Allora il giudice può definire, in tutto od in parte, il processo con una decisione che lascia intatta la materia del contendere, derivante dalla resistenza alla pretesa avanzata dall'attore da parte del convenuto, limitandosi invece a decidere sulla possibilità che il processo prosegua nei confronti di uno o più soggetti od anche nei riguardi di essi (2).

Una conferma della irrilevanza della nozione di legittimazione ad agire ed a contraddire, come riferita al momento processuale assertorio, si è voluta trovare nel diritto internazionale privato, in quanto la legittimazione non potrebbe trovare la sua disciplina nell'art. 27 cod. proc. civ., ma va determinata con riferimento al diritto sostanziale (3). Proprio il Betti ha posto in evidenza come la legittimazione vada fissata risalendo al rapporto qualificante, e cioè al contenuto della pretesa avanzata in giudizio, ma indipendentemente dalla considerazione della fon-

(1) V. al riguardo, ad es., Betti, *Dir. proc. civ.*, 161 e s.

(2) Inesattamente ha fatto ricorso alla nozione di legittimazione ad agire Cass. 31 marzo 1953, n. 861, in *Giar. it.*, I, 1, 960, per definire la questione proposta dal convenuto che si opponeva ad una pretesa dell'attore, asserendo che questo ultimo non aveva lo *ius persequendi in iudicio* in Italia, perchè cittadino sovietico, a norma dell'art. 16 disp. prel. cod. civ. e pertanto in forza del principio di reciprocità ivi enunciato. In questo caso, in realtà veniva contestata la capacità giuridica del soggetto (art. 75 cod. proc. civ.) e perciò l'esistenza di un valido requisito per la valida instaurazione del contraddittorio; v. Allorio, in *Giar. it.*, cit., 962.

(3) Il problema è posto dal Satta, *Commentario*, I, 54, 356, traendone argomento a favore della sua tesi, criticata nel nn. prec.

datezza — in fatto ed in diritto — della prelesione stessa (1). L'applicazione della norma sostanziale va effettuata peraltro in base alla *lex fori* la quale sola indica se e quali elementi di diritto sostanziale sono rilevanti agli effetti della legittimazione attiva o passiva (2). È la legge del luogo in cui si svolge il processo che, ad es., stabilirà se nell'azione surrogatoria debba oppure no essere chiamato in causa il debitore diretto (art. 2900 cod. civ.), ma sarà il diritto che regola il rapporto di obbligazione che indicherà chi è debitore e chi è creditore (3) e, in generale, quale posizione giuridica deve essere invocata da un soggetto affinché questi possa chiedere una data forma di tutela giuridica (4).

G. A. MICHELI

(1) V. spec. in *Giur. it.*, 1949, I, 1, 764.

(2) Cfr. Carnelutti, in *Riv. dir. proc.*, 1955, II, 36; Alberto, in *Giur. it.*, 1953, I, 1, 968 e in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, 134. Riconduce sempre la legittimazione alle norme del diritto sostanziale il Morelli, *Dir. proc. int.*, p. 18, il quale peraltro la intende come condizione dell'azione in senso chiovendiano, eppertanto collegata al favorevole esito del processo, al contenuto della pronuncia del giudice.

(3) Cfr. Riczler, *Internationales Zivilprozessrecht*, 427, il [quale peraltro, in tema di sostituzione processuale, fa una distinzione, a mio avviso inaccettabile, a seconda che tale istituto è regolato da una norma del codice civile o del codice di procedura civile, proprio con specifico riferimento all'azione surrogatoria.

(4) Inesatto appare perciò il richiamo alla nozione di legittimazione, ad agire ed a contraddire, effettuato dalla Cassazione (7 dicembre 1956, n. 4388, in *Giur. civ.*, 1957, I, 1, 1077; 18 dicembre 1958, n. 3910, in *Riv. dir. proc.*, 1960, 300 e ivi nota critica di Carnelutti) per giustificare la necessità che il giudice di merito prima accerti la propria competenza rispetto alla controversia e poi conosca della legittimazione, intesa peraltro nel modo criticato nel testo, come spettante cioè al titolare del diritto. Non si può invece escludere che il giudice possa prendere in considerazione la legittimazione ad agire ed a contraddire (intesa nel senso qui accolto) per determinare la propria competenza, senza con ciò pregiudicare in alcun modo la decisione del merito e precisamente l'esistenza del diritto a favore di un dato soggetto, o di una pluralità di soggetti e nei confronti di uno o più soggetti. Ma ciò non impone un ordine nella trattazione delle varie questioni preliminari al merito; v. Liebman, *Manuale*, I, 59 e II, 226; da ultimo Camber, *Rapporti fra competenza e merito*, 1960, 251, 278. Non ritengo approvabile neppure Cass. 30 marzo 1951, n. 729, in *Giur. compl. Cass. civ.*, III, 17 secondo la quale la delibazione dell'interesse ad agire è preliminare all'accertamento della *legitimitas ad causam* (intesa come condizione dell'azione in senso chiovendiano), essendo esso condizione di proponibilità di qualunque domanda, la cui esistenza è da accertare anche se il giudice adito si dichiara successivamente incompetente (contra Vallillo, *op. e loc. cit.*, il quale però considera la competenza come presupposto processuale e l'interesse ad agire quale condizione dell'azione).

## INTORNO ALLA RELATIVITÀ DELLA DISTINZIONE TRA NORME SOSTANZIALI E NORME PROCESSUALI (\*)

1. — La tendenza, fondamentalmente empirica, della dottrina giuridica dei paesi di *common law*, mirante a relativizzare il criterio di distinzione tra *substance* e *procedure*, fra diritto sostanziale e processo, ha trovato da ultimo, fra i giuristi europei, un deciso oppositore nell'Allorio, il quale, richiamandosi alla « interpretazione razionale dei fenomeni giuridici », ha affermato la necessità di individuare un canone generale, da applicarsi ogni qualvolta i singoli ordinamenti non indichino particolari ragioni per derogarvi (1). Tale criterio, secondo l'Allorio, sarebbe dato dalla distinzione fra situazioni giuridiche idonee a formare autonomo oggetto di un processo autonomo di accertamento e situazioni rilevanti nel corso del processo: le prime sono regolate dalle norme di diritto sostanziale (e quindi determinano il contenuto dell'accertamento giudiziale); le seconde dalle norme di diritto processuale, il cui ambito resta perciò definito per esclusione, comprendendo anche quelle norme che, pur avendo carattere decisorio, non danno vita a situazioni autonomamente accertabili (2).

Ora, a prescindere dai particolari problemi cui la ricordata distinzione dà luogo — problemi troppo intimamente connessi con il « sistema » generale dell'Allorio per essere fatti oggetto di discussione in questa sede — sembra che l'esigenza di « razionalizzare » il criterio di distinzione, riconducendolo a caratte-

---

(\*) Il presente scritto è destinato alla raccolta di Studi in onore di Niceto Alcalá Zamora y Castillo.

(1) Cfr. Allorio, *Per una teoria dell'oggetto dell'accertamento giudiziale*, in *Jur.*, 1955, p. 192 ss. ed, in particolare, p. 196, in sede critica contro l'opinione della Schoch, *Klagbarkeit, Prozessanspruch und Beweis im Lichte des internationalen Rechts*, Leipzig 1934.

(2) Cfr., per le « norme decisorie non sostanziali », Allorio, *op. cit.*, p. 202 ss.

ristiche intrinseche alle norme (o alle situazioni dalle medesime regolate) secondo concetti universalmente validi, contrasti con l'esperienza offerta da quei settori degli ordinamenti giuridici in cui la distinzione assume maggiore rilevanza pratica: i conflitti di legge nel tempo e nello spazio. Invero, ciò che è dato particolarmente rilevare, nell'esperienza giurisprudenziale in materia, non è tanto la variabilità dei criteri con i quali viene operata la scelta nelle cosiddette « zone grigie », o di confine, fra diritto sostanziale e processo (tipico il caso del diritto delle prove), quanto piuttosto la forte influenza che esercitano, nella scelta medesima, direttive *lato sensu* « politiche », che non hanno nulla a che vedere con la razionalità di un sistema costruito *iuxta propria principia*. Talché, alla fine, il vero criterio di distinzione sembra offerto, piuttosto che dalla considerazione della natura delle situazioni giuridiche disciplinate dalle norme, dall'indagine intorno alle finalità di politica legislativa che presiedono alle varie forme di tutela, ed alle conseguenze che dalla scelta in un senso e nell'altro discendono per il raggiungimento di tali finalità.

D'altronde, prima di analizzare gli esempi più tipici, nel modo giuridico contemporaneo, di questo possibile carattere « politico » del criterio di distinzione tra *substance* e *procedure*, giova ricordare che proprio un autore spesso citato come assertore di criteri « razionali » di distinzione, ed in particolare come assertore della processualità delle regole probatorie, il Chiovenda, si era richiamato ad un'analisi teleologica delle finalità della norma, affermando che « le norme relative alle prove hanno o no natura processuale ... secondo che sono determinate o no da ragioni processuali », ossia ispirate alla considerazione, da parte del legislatore, degli scopi, intrinsecamente pubblicistici, del processo civile (3). È evidente come un criterio del genere sfugga ad

---

(3) Cfr. Chiovenda, *La natura processuale delle norme sulla prova e l'efficacia della legge processuale nel tempo*, in *Saggi di dir. proc. civ.*, I, Roma 1930, p. 243: « Se il legislatore pone una nuova norma probatoria perchè, ispirandosi alle mutate condizioni della civiltà, della società, della morale pubblica, la ritiene conforme allo scopo di assicurare un migliore risultato alle liti, sia dal punto di vista della bontà intrinseca delle decisioni, sia della semplicità e della prontezza del procedimento, sono queste ragioni processuali di riforma, e la norma che a queste è dovuta, sia che estenda, sia che limiti i mezzi di prova, troverà applicazione in ogni processo avvenire, in qualunque tempo sia accaduto il fatto che deve provarsi ».

ogni tentativo di sistematizzazione, poiché comporta una valutazione storicamente condizionata e soggetta, come tale, ai mutevoli apprezzamenti intorno a ciò che è « pubblico » o che è « privato » nelle finalità della tutela. Tuttavia, quella che sembrerebbe una deviazione dalla corretta valutazione dei fenomeni giuridici, finisce con l'apparire, nella realtà storica, il criterio prevalente, che ovunque informa, presto o tardi, ogni costruzione eccessivamente generalizzatrice.

2. — Si consideri, anzitutto, l'evoluzione della giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti nel problema dell'applicazione del diritto degli stati da parte delle corti federali, nei casi di *diversity of citizenship*. Com'è noto, posta di fronte alla necessità di discriminare i *substantive rights* (riservati alle *local rules* dalla celebre decisione del caso *Erie*) e le situazioni meramente processuali (che l'*Enabling Act* del 1938 demandava alla disciplina federale, concretatasi nelle « Federal Rules of Civil Procedure »), la Corte Suprema aveva finito, inizialmente, col respingere la tradizionale contrapposizione fra *substance* e *procedure*, affermando doversi considerare come « sostanziali » quelle norme la cui applicazione fosse comunque tale da determinare il risultato della causa (4). Questo criterio (il c. d. *outcome determinative test*) (5) era diretto sostanzialmente a far sì che, nelle controversie in cui la giurisdizione delle corti federali era invocata per la diversa cittadinanza delle parti, l'esito della lite fosse sostanzialmente lo stesso che si avrebbe avuto ove la causa fosse stata discussa in una corte statale: si trattava, in altri termini, di impedire, da parte dei litiganti, il c. d. *forum shopping* tra le corti statali e quelle federali, considerando queste ultime come « only another Court of the State ».

Si delineava così, sotto la spinta di considerazioni di « politica giudiziaria » (o di *policy*, per usare l'espressione propria

---

(4) Cfr., su questo aspetto delle conseguenze dell'*Erie*, Tunks, *Categorization and Federalism: « Substance » and « Procedure » after Erie Railroad v. Tompkins*, in *Ill. L. Rev.*, 3 (1959), p. 271.

(5) Com'è noto, la precisazione in tal senso dell'*Erie doctrine* si ebbe nella decisione della causa *Guaranty Trust Co. v. York* [326 U. S. 99 (1945)], con l'*opinion* del giudice Frankfurter: in argomento, cfr. Kurland, *Mr. Justice Frankfurter, the Supreme Court and the Erie Doctrine in Diversity Cases*, in *Yale L. J.* 67 (1957), p. 187.

dei giuristi nordamericani), un criterio discretivo ispirato a valide ragioni costituzionali (6), ma dichiaratamente contrastante con il concetto di *procedure* come « the judicial process for enforcing rights and duties recognized by substantive law ». Basti ricordare che per questa via si è giunti a far ricadere sotto l'impero dell'*Erie* anche la scelta fra il procedimento arbitrale e quello ordinario, per il motivo che « the change from a court of law to an arbitration panel may make a radical difference in ultimate-result »: l'arbitrato non è mera « form of trial », bensì « matter of substantive import », e perciò questione sostanziale, e non processuale (7).

Il problema, a questo punto, sembrava ridursi alle difficoltà di concreta applicazione dell'*outcome-determinative test*, inerenti alla complessità di una valutazione che doveva prendere per base lo « specific predictable effect on the final outcome of a case », e quindi stabilire il grado di « influenza » che una norma federale doveva possedere per essere disapplicata di fronte ad una diversa norma statale (8). Si tratta, peraltro, di difficoltà che, in maggiore o minor misura, sono proprie di ogni criterio discretivo: anche quello, di apparente razionale chiarezza, enunciato dall'Allorio, non ne è privo, se non altro per l'incertezza che può sorgere intorno alla idoneità di talune situazioni sostanziali ad essere *autonomamente* accertate in giudizio.

Senonché, anche la dottrina dell'*Erie* ha recentemente incontrato delle « policy considerations » che, senza distruggerla, ne hanno limitato notevolmente la portata, richiamando, per negare l'applicabilità delle *local rules*, e riportare la questione nell'ambito processuale (e quindi nel dominio del diritto federale) il criterio, eminentemente « politico » del « trial according to federal standard », molto vicino a quello che abbiamo visto essere il concetto chiovendiano della norma probatoria ispirata a generali fini di giustizia. Ad esempio, si è negata l'applicazione delle leggi statali a proposito del « trial by jury », riconducendolo al diritto federale,

---

(6) Sull'aspetto costituzionale del problema, cfr. Hill, *The Erie Doctrine and the Constitution*, in *Nw. Un. L. Rev.*, 53 (1958), pp. 427 e 541.

(7) Si tratta della causa *Bernhardt v. Polygraphic Co. of America* [350 U. S. 198 (1956)].

(8) Cfr. da ultimo, sul punto, i rilievi del Ladd, *Uniform Evidence Rules in the Federal Court*, in *Virginia L. Rev.*, 49 (1963), p. 692, ed *ibid.*, p. 711.

in quanto « there is a strong federal policy against allowing state rules to disrupt the judge-jury relationship in the federal court » (9), e quindi riconoscendo alle corti federali il potere di qualificare il *relief* come *legal* o *equitable* in base alle leggi federali, ai fini appunto di decidere in base a queste dell'esistenza del diritto alla giuria (10). Con ciò non solo si è posto in dubbio il criterio dell'*Erie*, per cui l'esistenza di un *remedy* e la sua qualificazione come *legal* o *equitable* davano luogo ad una questione « sostanziale », per l'attitudine ad influenzare l'esito della controversia, ma si è affermata, come « countervailing consideration » rispetto alla *policy* dell'*Erie*, l'esigenza di assicurare il miglior funzionamento della giustizia, imprimendo, in ultima analisi, il marchio della « processualità » sulle situazioni suscettibili di tutela (di fronte alle *local rules*) sotto questo profilo di interesse generale (11).

Ancora più recentemente, l'affermazione di una *federal policy* di contro alla dottrina dell'*Erie* si è avuta a proposito della esclusione di determinate prove in base ad una legge statale, attraverso un'indagine sulle finalità ispiratrici delle singole norme probatorie (12). Si finisce ora col riconoscere che esistono questioni le quali possono essere definite « sostanziali » solo in assenza di una preminente « federal policy » e che possono invece essere trattate dal legislatore federale come « processuali » (13): in altri termini, diviene essenziale l'indagine intorno ai fini della norma, nella contrapposizione fra interessi federali e interessi degli stati, in quanto riconoscere natura « processuale » ad una norma signi-

(9) Cfr. la decisione del caso *Byrd v. Blue Ridge Rural Elec. Co-op, Inc.* [356 U. S. 525 (1958)] e, sull'argomento, Green, *Protection of Jury Trial in Diversity Cases Against State Invasions*, in *Tex. L. Rev.*, 35 (1957), p. 768; Sparks, *Federal Courts: Right to Jury Trial in Cases Involving Both Equitable and Legal Issue*, in *Calif. L. Rev.*, 47 (1959), p. 760; McCoid, *Right to Jury Trial in the Federal Courts*, in *Iowa L. Rev.*, 45 (1960), p. 726.

(10) È noto, infatti, che, secondo la *common law*, nelle *equitable actions* non esiste il diritto al *trial by jury*.

(11) Cfr. in proposito il commento a questo indirizzo giurisprudenziale del Vacin, in *Mich. L. Rev.*, 61 (1961), p. 388.

(12) Cfr. la decisione del caso *Monarch Ins. Co. v. Speech* [281 F. 2d 401 (5th Circ. 1960)] e in proposito i rilievi contenuti nello scritto del Vestal, *Erie R. R. v. Tompkins: A Projection*, in *Iowa L. Rev.*, 48 (1963), p. 248, ed *ibid.*, p. 266; scritto di notevole importanza per l'analisi della evoluzione della giurisprudenza della Corte Suprema.

(13) Cfr. il commento *Federal Rule 43 (a): The Scope of Admissibility of Evidence and the Implications of the Erie Doctrine*, in *Col. L. Rev.*, 62 (1962), p. 1049, ed *ibid.*, p. 1073.

fica dare la prevalenza ai « countervailing factors which reflect the federal interest in such litigation » (14).

3. — La problematica, che si è sopra illustrata, assume particolari aspetti a proposito del diritto delle prove, soprattutto perché le medesime « policy considerations » che vengono in rilievo nella recente evoluzione della giurisprudenza suggeriscono di attrarre tutto il diritto probatorio nell'ambito del diritto processuale, al fine di agevolare la promulgazione di regole probatorie uniformi federali, attraverso l'esercizio del potere normativo che l'*Enabling Act* del 1938 ha attribuito alla Corte Suprema per la disciplina del processo civile. Infatti, se le norme probatorie dovessero essere considerate come « sostanziali », non solo l'*Enabling Act* non potrebbe trovare applicazione, ma un eventuale ulteriore intervento autorizzativo del Congresso a favore della Corte Suprema incontrerebbe, nei *diversity cases*, le limitazioni costituzionali imposte dall'*Erie doctrine* (15).

L'orientamento nel senso della « processualità » delle norme probatorie trova un terreno assai agevole nei giuristi nord-americani, tradizionalmente favorevoli a considerare le norme stesse come « relating to the judicial process for enforcing rights » (16), secondo la concezione prevalente nella soluzione dei conflitti di leggi (17). Tuttavia, è chiaro che il criterio corrente urta contro l'*outcome determinative test* dell'*Erie*, in base al quale molte norme probatorie (come quelle sull'onere della prova e sulle presunzioni, e la *parol evidence rule*) sono state considerate sostanziali (18), perciò che la loro applicazione avrebbe potuto determinare il risultato della causa.

(14) Cfr., su questo punto, Vestal, *op. cit.*, p. 272.

(15) Su questi problemi, cfr. l'ampia esposizione del Ladd, *Uniform Evidence Rules*, cit., p. 692 ss. Cfr. pure Degnan, *The Law of Federal Evidence Reform*, in *Harv. L. Rev.*, 76 (1962), p. 275.

(16) Cfr. da ultimo, Morgan, *Rules of Evidence—Substantive or Procedural?* in *Vand. L. Rev.*, 10 (1957), p. 467 ss., il quale muove da una precisa analisi del significato dei termini « substance » e « procedure ».

(17) Cfr. Morgan, *Choice of Law Governing Proof*, in *Harv. L. Rev.*, 58 (1944), p. 157 e per riferimenti generali alla dottrina anglo-americana in argomento, Durante, *La legge regolatrice della prova nel diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int.*, 1954 p. 494 ss.

(18) Cfr., sul punto, Ladd, *op. cit.*, p. 697.

Se pure, infatti, valesse il rilievo che le norme probatorie « provide the means of finding fact, but they do not make them » (19), sarebbe difficile negare, per la maggior parte delle norme stesse (e soprattutto nel sistema delle *rules of exclusion*, proprio della *common law*) l'attitudine ad influenzare direttamente la decisione. Di questa caratteristica delle norme probatorie, d'altronde, si è reso ben conto l'Allorio, quando ha ricondotto « tutte le regole di prova legale, ivi comprese le regole sulla ripartizione dell'onere della prova », alla categoria autonoma delle « norme decisorie non sostanziali », in quanto conducono a porre « a fondamento del decidere fatti, i quali non coincidono con quelli che formano il substrato della situazione di diritto materiale » (20). È evidente che la « deroga per motivi processuali alla regola del diritto sostanziale » che consegue, secondo l'Allorio, all'applicazione di queste norme, finisce con l'escludere quella possibile « neutralità » della norma, rispetto all'esito della lite, che sola potrebbe sottrarla all'impero della *Erie doctrine*.

Ciò spiega perché i giuristi nord-americani, favorevoli alla creazione di un diritto probatorio uniforme federale, abbiano fondato le loro argomentazioni non tanto sulla tesi della processualità delle norme probatorie, quanto sulle « countervailing considerations » insite nella ricordata evoluzione della giurisprudenza della Corte Suprema, e soprattutto sull'interesse pubblico ad un *fair trial* ed al corretto uso degli strumenti giudiziari per l'accertamento della verità. In particolare, si è osservato che il superamento dei principi dell'*Erie* per favorire il *trial by jury* secondo il diritto federale, comporta l'implicito richiamo alle regole probatorie che sono connesse col procedimento federale e si è rilevato che la stessa Corte Suprema ha più volte sottratto alle limitazioni derivanti dall'*outcome determinative test*, per le

---

(19) Ladd, *op. cit.*, p. 712. Il problema non può essere qui discusso: basti ricordare che una larga corrente dottrinale è diversamente orientata, in quanto ritiene che la prova sia un elemento costitutivo dell'effetto giuridico che viene accertato nel processo, e come tale vada ricompresa fra gli istituti del diritto sostanziale. Cfr., ad esempio, Pau, *La prova nel diritto internazionale privato*, in *Studi Economico-giuridici dell'Università di Cagliari*, 1948, p. 22 ss., il quale considera la prova « il grado di evidenza dei fatti giuridici necessario per il prodursi degli effetti giuridici ». Cfr. pure, per analogo orientamento di fondo, se pure diversamente motivato, Satta, *Sulla legge regolatrice delle prove*, in *Giust. civ.*, 1958, I, p. 1252.

(20) Allorio, *Per una teoria dell'oggetto cit.*, p. 203.

stesse considerazioni, quelle norme probatorie che già sono codificate nelle « Federal Rules of Civil Procedure » (21).

Appare, quindi, evidente il ruolo decisivo che, nell'alternativa fra la « processualità » e la « sostanzialità » delle norme probatorie, giocano le scelte « politiche » intorno ai fini delle norme medesime, secondo la già ricordata idea chiovendiana: il « miglior risultato delle liti » ed il « fair trial » sono principi analoghi, ed esprimono un' identica visione degli scopi « pubblici » del processo. Inoltre, la preminenza delle « policy considerations » conduce, pur nel generale orientamento nel senso del carattere processuale delle norme probatorie, ed individuare, fra le norme di questo tipo, quelle che hanno carattere sostanziale, per la finalità non « processuale » che le ispira. Il Ladd ha recentemente addotto l'esempio della distinzione fra *competency* e *privilege* nella disciplina della prova testimoniale: mentre la *competency* si richiama all'attitudine del teste a dire la verità e decidere intorno ad essa rientra nella funzione del giudice, secondo gli *standards* che regolano la testimonianza veritiera, i *privileges* sono previsti per finalità diverse, essendo diretti a tutelare determinati rapporti sociali (il rapporto fra il medico e l'ammalato, o fra l'avvocato e il cliente, ovvero fra marito e moglie), onde la norma che li prevede ha natura sostanziale (22). Perciò, da un lato si afferma l'esigenza di lasciare agli stati la disciplina dei *privileges*, e dall'altro si proclama la libertà di intervento delle corti federali per ampliare la *competency* dei testi, soprattutto allo scopo di evitare l'applicazione dei « dead man statutes », ancora vigenti in molti stati e che si ritengono contrastanti con i principi moderni intorno alla ricerca della verità nel *trial* (23).

Anche nel campo del diritto probatorio, dunque, la qualificazione delle situazioni giuridiche come « sostanziali » o « processuali »

---

(21) Cfr. in argomento, Ladd, *op. cit.*, p. 707 ss.

(22) Cfr. Ladd, *op. cit.*, p. 714 ss. Nel senso che i *privilege statutes* abbiano natura sostanziale e che la loro regolamentazione, secondo i principi dell'*Erie*, debba essere lasciata alle norme statali, cfr. Louisell, *Confidentiality, Conformity and Confusion: Privileges in Federal Courts Today*, in *Yal. L. Rev.*, 31 (1956), p. 101; Louisell e Crippin, *Evidentiary Privileges*, in *Minn. L. Rev.*, 40 (1956), p. 413.

(23) Sulle critiche della dottrina nord-americana ai *dead man statutes* (secondo i quali è vietata la testimonianza del sopravvissuto circa i rapporti con un defunto) cfr. Cappelletti, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, I, Milano 1962, p. 467.

viene compiuta in vista delle conseguenze che dalla scelta derivano quanto alla prevalenza di un dato principio costituzionale (*Erie doctrine*) o alla attuazione di una disciplina normativa che meglio realizzi le esigenze di giustizia, anziché essere compiuta in base alla tradizionale contrapposizione fra « substance » e « procedure ». Se ad un certo momento, quindi, poteva sembrare che il richiamo ad uno scopo sostanzialmente affine (quello di ridurre l'influenza della scelta del foro sulla regolamentazione del rapporto) avvicinasse il criterio adottato per i conflitti interlocali a quello valido per il diritto internazionale privato (24), è chiaro ora che le « countervailing considerations » riportano il problema su un diverso terreno, avendo di mira il perseguimento di finalità di interesse generale, secondo il diritto federale. Talché è perfettamente giustificato concludere, come si è già ricordato, che determinate questioni possono essere considerate come « sostanziali » solo in assenza di una politica legislativa federale, mentre possono essere trattate, in presenza di questa politica, come questioni « processuali » (25).

4. — La riprova della validità, su un piano generale, dell'esperienza sopra riferita, si ha considerando il ripetersi di un'analogha prospettiva, sia pure con posizioni, per così dire, rovesciate, nel diritto svizzero, per l'esistenza di un'unica legge sostanziale federale e di una pluralità di codici processuali cantonali (26). Anche qui il problema è dato dall'esigenza di perseguire determinati fini di politica legislativa, secondo le indicazioni del diritto federale, e dalla possibile resistenza che a tale finalità potrebbe opporre, se applicato, il diritto dei cantoni.

Poiché una precisa norma costituzionale riserva alla competenza dei cantoni la « procedura giudiziaria e l'amministrazione della giustizia » (art. 64 della Costituzione federale), la direttiva che ne è scaturita, nella giurisprudenza del Tribunale federale svizzero, è nel senso di ricondurre al diritto sostanziale un gran numero di situazioni di cui non sarebbe dubbia, secondo i criteri correnti,

---

(24) Cfr., in argomento, i rilievi del De Nova, in *Jus*, 1953, p. 128.

(25) Cfr. il citato commento in *Col. L. Rev.*, 62 (1962), p. 1073.

(26) Sull'argomento, cfr. il recente scritto del Dones, *Diritto privato svizzero e processo cantonale*, in questa *Rivista*, 1963, p. 257 ss.

la natura processuale: ad esempio, la legittimazione ad agire, la capacità processuale, l'ammissibilità di determinati mezzi di prova (27), il grado di certezza necessario per la formazione del convincimento del giudice (28), ecc. La giustificazione di questo orientamento, che trova pienamente consenzienti i fautori della più ampia unificazione legislativa nell'ambito della Confederazione, è precisa: la Confederazione, nella misura in cui accorda un'azione ai contendenti, garantisce loro necessariamente il diritto di provare i fatti sui quali l'azione deve essere fondata; diversamente, il legislatore cantonale potrebbe far fallire il diritto federale (29). In sostanza, siamo molto vicini alle ragioni per cui la Corte Suprema degli Stati Uniti, con la dottrina dell'*Erie*, ha attratto nel diritto sostanziale, a favore delle *local rules*, le norme, la cui applicazione sarebbe stata determinante per l'esito della lite. Giustamente si è rilevato che « il legislatore e il Tribunale della Confederazione si atteggiavano come se essi pure distinguessero, accanto a quelle sostanziali, una classe di norme di dubbia natura processuale, tali che la loro attitudine a condizionare la sorte del processo conduce a farle gravitare nell'orbita del diritto sostanziale » (30).

Tuttavia, sarebbe erroneo dedurre da questo orientamento un criterio suscettibile di « razionalizzazione » in senso dogmatico, poiché la presenza di una « policy » federale, diretta alla più efficiente tutela delle situazioni giuridiche attraverso il miglior funzionamento dei processi, comporta valutazioni che possono divergere norma per norma, rendendo impossibile la sistemazione delle scelte nell'ambito di un principio « razionale ». Ad esempio, mentre si riconosce in via generale la competenza dei cantoni quanto alla disciplina dei mezzi di prova, si afferma che il diritto federale può occuparsi dell'idoneità di determinati mezzi alla verifica di certi fatti, soprattutto laddove sono in gioco tecniche di ricerca (come la perizia psichiatrica o la perizia ematologica)

---

(27) Si veda, per una rassegna della giurisprudenza del Tribunale federale al riguardo, Guldener, *Bundesprozessrecht und kantonales Zivilprozessrecht*, in *Zeit. f. schweiz. Recht*, 80 (1961), p. 3 ss.; Voyame, *Droit privé fédéral et procédure civile cantonale*, Ivi, p. 67 ss.; Dones, *op. cit.*, p. 264 ss.

(28) Cfr. Voyame, *op. cit.*, p. 156.

(29) Cfr. Voyame, *op. cit.*, p. 155.

(30) Dones, *op. cit.*, p. 272.

connesse col progresso tecnico-scientifico dell'indagine giudiziale (31).

Questa *policy* federale assume naturalmente maggiore rilevanza laddove sono in discussione rapporti che presentano un accentuato aspetto pubblicistico, come nelle controversie sullo stato e la capacità delle persone. Le norme emanate dai cantoni rimangono, quindi, « processuali » sin quando non urtino contro l'esigenza di « assicurare ovunque nel territorio statale un'identica fissazione processuale del fatto » e di « impedire che l'ordinamento processuale abbia ad alterare il regime stabilito dal diritto sostanziale circa l'esercizio o la perdita dei diritti soggettivi » (32) : in tal caso, infatti, anche in difetto di una espressa disposizione del diritto federale, la questione viene considerata come « sostanziale », al fine di legittimare i giudici federali ad imporre la regola più consona alla loro interpretazione della *policy* ritenuta conforme ai fini di giustizia.

Assistiamo, dunque, ad un processo inverso a quello dell'esperienza statunitense, ossia all'attrazione nel diritto sostanziale di situazioni e norme che secondo gli schemi correnti dovrebbero ritenersi « processuali », e ciò nel dichiarato ripudio dei criteri che presiedono alla normale contrapposizione « substance-procedure » (33) ed in base a scelte « politiche » eminentemente relative.

Resta così confermato che, in determinati ordinamenti, le esigenze di una particolare politica giudiziaria, mentre impongono l'esame delle finalità cui si ispirano le singole norme, conducono a considerare le norme stesse, di volta in volta, come « sostanziali » o « processuali » per ragioni che nulla hanno a che vedere con la loro intrinseca natura, ma hanno di mira unicamente le conseguenze della loro applicazione o disapplicazione, in un dato ambito di validità territoriale.

---

(31) Cfr., sul punto, Dones, *op. cit.*, p. 266, il quale rileva che in tali ipotesi « il Tribunale federale non si limita a pronunciare l'obbligo di ricorrere ai predetti mezzi tecnico-scientifici, ma esamina esso stesso, volta per volta, i vari procedimenti che in progresso di tempo vengono proposti dalla biologia, e si esprime circa la loro validità ».

(32) Dones, *op. cit.*, p. 263.

(33) Cfr., infatti, Voyame, *op. cit.*, p. 151, il quale afferma espressamente, a proposito dell'onere della prova, l'irrelevanza dei criteri di distinzione fra norme sostanziali e norme processuali, propri del diritto internazionale privato.

5. — Nell'indagine precedente, si è considerata soltanto l'ipotesi di criteri di valutazione adottati in via generale, per risolvere il problema posto dal conflitto interno fra ordinamenti di grado diverso, trascurando deliberatamente le deviazioni che possono manifestarsi, rispetto a criteri assunti come razionalmente validi, nell'ambito della soluzione del problema dei conflitti di legge sul piano internazionale. Ciò che interessa, infatti, non è tanto segnalare le divergenze nella qualificazione di una data situazione come sostanziale o processuale (divergenze che possono rifarsi al diverso modo di concepire il processo e l'attività giurisdizionale in generale, rispetto al problema della tutela dei diritti), quanto piuttosto mettere in luce la variabilità dei criteri che presiedono alla qualificazione, in funzione di esigenze di *policy* giudiziale, come tali non suscettibili di sistematizzazione.

L'idea del Chiovenda, mirante ad individuare la *ratio* della singola norma dal punto di vista delle finalità politico-legislative che l'hanno ispirata, appare dunque — verificata alla luce delle esperienze sopra ricordate — assai più feconda, sul piano metodologico, di quanto non sia stato anche recentemente ritenuto (34). Non solo, infatti, questo criterio discretivo riemerge fatalmente anche in coloro che lo ripudiano in via di principio (e sia pure per giustificare le eccezioni alla applicazione delle categorie concettuali correnti) (35), ma esso costituisce un valido strumento di lavoro laddove si tratta di rendersi conto dell'esperienza di ordinamenti in cui una diversità di fonti normative (diritto federale e diritto statale o cantonale) comporta una diversa competenza per la disciplina delle situazioni processuali e di quelle sostanziali.

La conclusione cui vogliono pervenire queste rapide note è che la qualificazione come « processuale » o « sostanziale » di una data fattispecie non può essere univocamente ricondotta ad un

---

(34) Cfr. le critiche avanzate in proposito dal Balladore Pallieri, *L'ammissibilità dei mezzi di prova nel diritto internazionale privato. Relazione al Congresso intern. di diritto proc. civ.* (Venezia 12-15 aprile 1962), Milano 1962, p. 15, il quale nega che si possa giustificare la distinzione fra norma processuale e norma sostanziale « in base semplicemente agli intendimenti più o meno presunti del legislatore ». La relazione è pubblicata anche in questa *Rivista*, 1963, p. 5.

(35) Cfr. infatti, quanto alle limitazioni all'ammissibilità di dati mezzi di prova, Balladore Pallieri, *op. cit.*, p. 18, il quale riconosce che « non mancano esempi in cui ai fini particolari del diritto internazionale privato, certe norme siano qualificate in altro modo da quello che sarebbe ad esse proprio ».

astratto criterio sistematico, di immediata validità sul piano razionale, ma appare assai spesso il frutto di valutazioni compiute dalla giurisprudenza, in base a considerazioni di *policy* riferite alle caratteristiche proprie dei vari ordinamenti, e con riguardo alle conseguenze che, nell'ambito degli ordinamenti medesimi, possono scaturire dalla preferenza per l'una piuttosto che per l'altra qualificazione.

Ciò non significa che si debba limitare lo studio del problema ad un'analisi di casi giurisprudenziali, pragmaticamente orientata: le vedute in tal senso della dottrina nord-americana sono senz'altro eccessive (36), poiché le soluzioni che abbiamo esaminato sono dotate di coerenza, nell'ambito di una determinata problematica dei conflitti di leggi. I giudici, infatti, non scelgono l'una o l'altra soluzione in base a considerazioni attinenti alle caratteristiche del caso singolo, bensì — come si è visto — sul presupposto di valutazioni generali di « politica giudiziaria », per la preminenza riconosciuta a determinati fini di interesse pubblico. La *relatività* del criterio discretivo è data, quindi, dal suo porsi come valido solo in relazione ad una concreta soluzione dei conflitti di leggi, attuata storicamente, alla luce di determinati problemi politici e costituzionali.

Se un insegnamento « razionale » si può trarre da queste esperienze, è dunque nel senso che la natura « processuale » o « sostanziale » di una norma non si deduce necessariamente dai suoi connotati intrinseci (o, il che è lo stesso, dalla natura degli effetti giuridici che dall'applicazione della norma scaturiscono), ma può discendere dalla comparazione degli effetti che conseguono alla diversa qualificazione, sul piano delle competenze normative, ed alla luce di criteri desunti dai singoli ordinamenti giuridici.

Ciò almeno sin dove la distinzione non abbia finalità meramente classificatorie, o di pura teoresi, ma tenda a risolvere concreti problemi dell'esperienza giuridica: in altri termini, dove la contrapposizione *substance-procedure* cessi di essere un esercizio accademico e divenga una « questione » per il giudice, posto di fronte

---

(36) Cook, « Substance » and « Procedure » in the Conflict of Laws, in *Yale L. J.*, 42 (1933), p. 333 (anche in *The Logical and Legal Bases of the Conflicts of Law*<sup>2</sup>, Cambridge, Mass., 1949) e, al riguardo, la critica di Alario, *op. cit.*, p. 198. Cfr. in argomento anche Altes, *Substance and Procedure in the Conflict of Laws*, in *Mich. L. Rev.*, 30 (1941), p. 392.

ai divergenti risultati che i contendenti pretendono di dedurre dall'una o dall'altra qualificazione.

D'altronde, la « relatività » del criterio discrezionale risulta, oltre che dalla comparazione nello spazio dei diversi ordinamenti giuridici (e dal raffronto fra i diversi tipi di conflitti di legge, previsti dai singoli ordinamenti), dalla comparazione nel tempo: basti pensare all'evoluzione storica che ha portato ad allargare i confini del « processo », sotto la spinta della concezione pubblicistica dei suoi fini, e ad affermare la natura processuale di norme e situazioni già considerate come « sostanziali » (37). Se è giustificato, quindi, che in un determinato contesto storico e normativo si elaborino categorie concettuali dotate di rigore e coerenza, per qualificare le norme (e le situazioni giuridiche) come « sostanziali » o « processuali » (38), è necessario non dimenticare i limiti di tale concettualizzazione e la intrinseca relatività dei suoi risultati.

VITTORIO DENTI

*prof. ord. nell'Università di Pavia*

---

(37) Cfr. al riguardo, Liebman, *Norme processuali nel codice civile*, in questa *Rivista*, 1948, I, p. 154 ss.

(38) È appena il caso di avvertire che tale qualificazione non opera soltanto ai fini della soluzione del conflitto di leggi, ma anche per determinare l'ordine delle questioni che debbono essere decise dal giudice e l'efficacia delle relative decisioni.

## IL SIGNIFICATO DEL CONTROLLO GIUDIZIARIO DI COSTITUZIONALITÀ DELLE LEGGI NEL MONDO CONTEMPORANEO (\*)

SOMMARIO: 1. Lo straordinario movimento espansivo dell'istituto del controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel mondo moderno. — 2. L'influenza esercitata su quel movimento dall'istituto americano della «judicial review of legislation». — 3. «Giustizia naturale», «giustizia legale», «giustizia costituzionale»: tre grandi tappe della storia giuridica universale. — 4. Analogie, differenze, confluente. — 5. Il comune fondamento ideale dei vari sistemi di controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi. — 6. Il significato sociale dell'istituto in esame. Conclusione.

1. — Una prima, ovvia constatazione: introdurre un corso italiano sull'istituto della *judicial review* americana, implica chiarire l'importanza di tale istituto non tanto o non soltanto in America, ma anche fuori di quel paese, — in Italia in particolare, e nel mondo in generale. Quale è insomma, per lo studioso, per lo studente, per il giurista non americano, e in particolare per il giurista italiano, il significato dell'istituto della *judicial review of the constitutionality of legislation*, ossia del controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi (1)?

A questa domanda possiamo dare una duplice risposta, anzi, sostanzialmente, un'unica risposta ma articolata in due momenti distinti: primo, dimostrando la straordinaria forza espansiva, e sarei tentato di dire esplosiva, dell'istituto della *judicial review* nel mondo moderno; secondo, dimostrando come non sia sostanzialmente scorretto ravvisare nell'istituto americano la vera e

---

(\*) È il testo, con l'aggiunta di alcune note di riferimento, della lezione inaugurale di un corso sulla «Giustizia costituzionale negli Stati Uniti», letta il 27 marzo 1967 presso la Facoltà di Scienze Politiche dell'Università di Roma.

(1) Per un'indagine comparativa sull'istituto, rinvio al mio vol. *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano, Giuffrè, 1968.

propria matrice, ricchissima di influenze dirette o indirette, di siffatto impressionante movimento espansivo.

Esaminiamo dunque anzitutto, nelle sue linee sintetiche, questo movimento.

1803: John Marshall, nel celebre caso *Marbury versus Madison*, tiene per così dire a solenne battesimo l'idea fondamentale della disapplicazione, da parte di tutti i giudici (e del resto non soltanto dei giudici), delle leggi incostituzionali: « il sacro principio, che si ritiene essere essenziale a tutte le costituzioni scritte, che una legge repugnante alla Costituzione è nulla, e che gli organi giudiziari, come pure gli altri organi, sono vincolati dal testo costituzionale ».

*Secolo XIX e primi anni del XX secolo*: L'idea della disapplicabilità delle leggi incostituzionali comincia faticosamente a farsi strada anche fuori degli Stati Uniti d'America: nel Messico, con l'Istituto dell'*amparo contra leyes* (2); in Svizzera (limitatamente alle leggi cantonali), con l'istituto del *recours de droit public* o *staatsrechtliche Beschwerde* (3) nonché in base al principio secondo cui « Bundesrecht bricht kantonales Recht » (4); e poi ancora in Norvegia sulla fine del secolo scorso e in Danimarca nei primi decenni del nostro secolo (5); sporadicamente, e pur senza prospettive di permanente successo, anche altrove come in Romania, in Grecia, in Portogallo (6). Sembra corretto affermare, tuttavia, che si tratta ancora, per lo più, di manifestazioni attenuate, incerte, e nel complesso tuttora scarsamente significanti.

*Primo dopoguerra*: nella piccola Repubblica Austriaca, sconfitta ed umiliata nelle sue secolari ambizioni imperiali, Hans Kelsen elabora una grande Costituzione, la Costituzione di un nuovo Stato democratico. In essa, la *Verfassungsgerichtsbarkeit* assume una posizione centrale: è la giustizia costituzionale che — seppure accentrata in un unico organo giudiziario per di più ermeticamente chiuso, almeno nei primi anni ossia fino alla *Verfassungsnovelle* del 1929, alle più concrete esigenze della vita — im-

(2) Sull'*amparo* cfr. da ultimo M. Secci, *Profili costituzionali e processuali del Juicio de amparo messicano*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1967, p. 209 ss., e bibliografia ivi.

(3) Per riferimenti cfr. il mio vol. *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Milano, Giuffrè, 1955, p. 21 ss.

(4) Cfr. *Il controllo giudiziario ecc.*, cit., p. 54 s. con riferimenti.

(5) *Op. cit.*, p. 55.

(6) *Op. cit.*, p. 56 s., nota 12.

plica tuttavia già una prima affermazione del principio che anche per la legge esiste il limite e il controllo di una superiore legalità (7). Contemporaneamente, anche se con ben minore successo, lo stesso fenomeno si manifesta in Cecoslovacchia, con la Costituzione del 1920; e si ripete un decennio più tardi in Spagna, con quel glorioso documento lacerato dal fascismo spagnolo e straniero, che fu la Costituzione repubblicana del 1931 (8).

Ma la giustizia costituzionale non si addice alle dittature. Penetrata, specie dopo una famosa pronuncia del *Reichsgericht* del 4 novembre 1925, nella Repubblica di Weimar non per preciso dettato costituzionale, ma per l'intrinseca forza del principio che, se nella gerarchia delle fonti prima è la norma costituzionale, questa deve prevalere sulla norma ordinaria — *Grundgesetz bricht ordenliches Gesetz* —, la giustizia costituzionale sparisce immediatamente nella Germania del Führer. E così sparisce nell'Austria dello *Anschluss*. E così nella Spagna di Franco. Quanto all'Italia « imperiale e fascista », la cosa fu più semplice di fronte ad un testo costituzionale teorizzato *ab origine* come « flessibile », che, in quanto tale, solo marginalmente e vorrei quasi dire per nobile ozio di scuola poteva imporre il problema della validità delle leggi.

Ma se fino all'ultima guerra mondiale l'Italia è stata ai margini di questo grande fenomeno, essa ne è divenuta invece partecipe e protagonista nei due decenni del dopoguerra. C'è voluto, ahimè, il cataclisma della guerra, esterna e civile; c'è voluto lo scempio che di certi valori supremi dell'uomo, della società, dello Stato, è stato perpetrato, per spazzar via il « flessibile » testo albertino ed imporre alla rinnovata coscienza nazionale un testo cogente — « rigido » — di strutture e di valori. La prima fase — 1948-1956 — risente ancora della vecchiaia degli spiriti e delle menti; le corti ordinarie, quella di Cassazione in particolare (bisogna dirlo con spietata franchezza), non riescono a levarsi all'altezza della rinnovata concezione dello Stato e del diritto e delle sue fonti. Ma una fase nuova ha inizio con la creazione della Corte costituzio-

---

(7) Sul sistema di *judicial review* introdotto in Austria dalla Costituzione austriaca del 1920, e sulle riforme del 1929, cfr. Felix Ermacora, *Der Verfassungsgerichtshof*, Graz-Wien-Köln, Styria, 1956, pp. 76 ss., 221 ss.; *Il controllo giurid.*, cit., pp. 52, 80 s., 92 ss., 105 ss., 111 ss.

(8) Riferimenti nell'*op. ult. cit.*, p. 57.

nale, la quale per alcuni anni è stata, pur con tutte le sue forse in parte inevitabili manchevolezze, lo strumento più efficace, o meno inefficace, di attuazione di quella che tanto incisivamente è stata chiamata allora, e seppure in minor misura è tuttora, una Costituzione inattuata (9).

Ma il fenomeno della grandiosa espansione della giustizia costituzionale ha avuto nell'ultimo dopoguerra, insieme al nostro Paese, altri protagonisti. Gli altri due « vinti » anzitutto, Germania e Giappone, che come l'Italia in quell'istituto hanno visto un efficace strumento di prevenzione contro il ritorno di governi autocratici e contro rinnovate violazioni dei supremi valori di libertà individuale e di giustizia sociale; e l'Austria, che fin dal 1° maggio 1945 rimette in vigore la Costituzione kelseniana soppressa dalla dittatura e dall'annessione. Ma il fenomeno non si limita a questi Paesi e alle loro Costituzioni sorte dal crogiuolo delle guerre, delle persecuzioni inumane, dei Lager, delle sconfitte. Altri s'aggiungono, nella lista ormai numerosa, in anni a noi vicinissimi. Una Corte costituzionale con compiti di *judicial review* è introdotta dalla Costituzione della Repubblica di Cipro del 16 agosto 1960 (10), come pure dalla Costituzione della Repubblica di Turchia del 9 luglio 1961 (11): ed è significativo il fatto che anche qui il nostro istituto si manifesti per la prima volta proprio in Paesi dalla vita travagliata per sommovimenti e guerre intestine, — quasi un'ancora, o un fermo punto d'approdo, cui si ricorre nei momenti di più violenta bufera. E penetra infine, il nostro istituto, anche in un primo Paese della « famiglia giuridica socialista », la Jugoslavia, con la Costituzione del 7 aprile 1963 (12): avvenimento a mio giudizio importantissimo, perché viene ad incidere in maniera singolare su tutta la concezione marxistico-leninistica del diritto e dello Stato, con risultati che a lungo raggio potranno forse rivelarsi di grande momento in una evoluzione della ideologia giuridica comunista; avvenimento, per di più, destinato probabilmente a non rimanere isolato, se ci è dato presumere da

---

(9) Cfr. P. Calamandrei, *La Costituzione e le leggi per attuarla*, 1955, ora in *Opere giuridiche* di P. Calamandrei (a cura di M. Cappelletti), III (con presentazione di C. Mortati), Napoli, Morano, 1968, p. 511 ss.

(10) Riferimenti in *Il controllo giudiz. cit.*, p. 58.

(11) *Op. et loc. cit. cit.*

(12) *Op. cit.*, p. 58 s.

certi istituti — ancorché assai più attenuati — introdotti in Romania (13) ed anche nella Repubblica democratica tedesca (14), e da certi discorsi che si intendono fare e si leggono nella dottrina costituzionalistica di altri Paesi, per esempio in Polonia (15) e in Cecoslovacchia (16). Sicché quest'ultima tappa, — Jugoslavia, 1963 — solo provvisoriamente sembra dunque essere l'ultima in un movimento già tanto imponente. Anzi essa non è nemmeno l'ultima, poiché è del 13 novembre 1964 la ormai famosa pronuncia della Suprema Corte svedese, che pure in mancanza di un esplicito dettato costituzionale e di un organo appositamente costi-

(13) *Op. ult. cit.*, p. 15 in nota.

(14) Come in Romania, così nella *Deutsche Demokratische Republik*, mentre viene vietato ai giudici ogni tipo di controllo di costituzionalità delle leggi (art. 89, comma 1°, Cost. DDR), esiste una « Commissione costituzionale », la quale è formata dall'Assemblea popolare (Parlamento) e composta da un certo numero di membri dell'Assemblea popolare stessa, in proporzione delle forze in essa rappresentate, da 3 membri della Corte Suprema della Repubblica e da 3 cultori del diritto pubblico, tutti nominati dall'assemblea (art. 66, commi 1° e 2°, Cost. DDR). Tale Commissione mista esamina, su richiesta o di almeno un terzo dei membri dell'Assemblea popolare, oppure del Presidium dell'Assemblea, dello Staatsrat (organo collegiale che è venuto praticamente a sostituirsi al Presidente dello Stato), o del Governo della Repubblica (art. 66, comma 4°, Cost.), la conformità delle leggi alla Costituzione stessa. Questa Commissione deve però limitarsi ad emettere un parere, sul quale deciderà poi, in via definitiva ed in modo vincolante per tutti, l'Assemblea popolare (art. 66, comma 6°, Cost. DDR). Cfr. in argomento ad es. Siegfried Mampel, *Die Entwicklung der Verfassungsordnung in der Sowjetzone Deutschlands von 1945 bis 1963*, in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, 13 (1964), pp. 455, 517. Vedi anche *infra*, nota 16.

(15) Scrive ad es. un noto giurista polacco, Stefan Rozmaryn (*La Constitution, loi fondamentale de l'Etat socialiste*, in P. Hiscaretti di Ruffia et S. Rozmaryn, *La Constitution comme loi fondamentale dans les Etats de l'Europe occidentale et dans les Etats socialistes*, Torino & Paris, Giappichelli & Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1966, p. 110 s.), che nei Paesi socialisti non mancano, « parmi les juristes, parfois aussi dans certains partis politiques (...), des opinions en faveur de l'introduction du contrôle judiciaire » della costituzionalità delle leggi.

(16) Cfr. P. Pěška, *Einige aktuelle Tendenzen des sozialistischen Konstitutionalismus in der Tschechoslowakei*, in *Die moderne Demokratie und ihr Recht, Festschrift für G. Leibholz*, Tübingen, Mohr, 1966, vol. I, p. 229 ss. « Da più parti — scrive il Pěška, *op. cit.*, p. 242 — si sostiene ormai la necessità, che mi trova consenziente, di introdurre un sistema di giustizia costituzionale (*Verfassungsgerichtsbarkeit*), senza la quale ogni Costituzione è destinata a rimanere imperfetta ».

Per una tendenza a creare anche in Ungheria una Commissione costituzionale simile a quella rumena, si veda da ultimo I. Kovács, *Les sources du droit de la République Populaire Hongroise*, in *Revue internationale de droit comparé*, 19 (1967), p. 674. È invece strano che nel progetto di una nuova Costituzione per la DDR, attualmente in fase di approvazione, l'istituto, già esistente nella Costituzione del 1949 (*supra*, nota 14), non sia espressamente previsto. Il progetto può leggersi in *Staat und Recht*, 17 (1968), p. 445 ss.

tuito, è venuta per la prima volta ad inserire anche la Svezia tra i Paesi che affermano un potere giudiziario diffuso di *judicial review* (17).

2. — Del resto la impressionante diffusione geografica del nostro istituto emerge solo in parte da quanto finora s'è detto. Dovremmo infatti aggiungere ancora quasi tutte le grandi ex-colonie britanniche — dal Canada all'Australia, dall'India al Pakistan (18) — sulle quali del resto ritorneremo; dovremmo aggiungere qualche altro Paese dell'America Latina (19), come l'Uruguay che affida il controllo di costituzionalità delle leggi alla Corte suprema ordinaria (una soluzione analoga a quella irlandese, ma di incerto successo per la verità), o il Brasile, dove è emerso l'istituto del *mandado de segurança* per vari profili avvicabile al messicano *juicio de amparo*; ecc. Sotto questo profilo, pertanto, l'importanza ormai universale, e non meramente locale, dell'istituto della *judicial review of legislation*, sembra già ampiamente dimostrata.

Ma è giunto il momento di passare alla seconda fase della nostra esposizione, ossia alla dimostrazione della straordinaria influenza che l'istituto americano della *judicial review* ha esercitato rispetto a quella esplosiva espansione della giustizia costituzionale fuori d'America. Certo anche l'istituto americano, come ho cercato di dimostrare in una ricerca storica alla quale mi sono lungamente appassionato (20), ha avuto esso stesso i suoi precedenti, immediati e remoti. Non sarà qui il caso di soffermarsi sul rapporto fra i *nómoi* e gli *pseftsmata* dell'antico diritto attico; o sulla dottrina della superiorità del *jus naturale* rispetto al *jus positivum* o della *common law* rispetto alla *statutory law* nel medioevo ed anche

(17) Riferimenti in *Il controllo giudiz. cit.*, p. 55 s.

(18) Cfr. Edward McWhinney, *Judicial Review in the English-Speaking World*, University of Toronto Press, 1965; Id., *Constitutional Review in the Commonwealth*, nel vol. *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart* (herausgegeben von Hermann Mosler), Köln-Berlin, Heymanns, 1962, p. 75 ss.

(19) Cfr., da ultimi, Enrique Vescovi, *El Proceso de Inconstitucionalidad de la Ley*, Montevideo, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1967; Alfredo Huzaid, « Juicio de Amparo » e *Mandado de Segurança* (Contrastes e confrontos), in *Revista de Direito Processual Civil* (São Paulo, Brasile), 111 (1962), p. 30 ss.

(20) *Alcuni precedenti storici del controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi*, in questa Riv., XXI (1966), p. 52 ss.; *Il controllo giudiz. cit.*, cap. II.

addentro nell'era moderna; o sulla dottrina francese della inviolabilità delle *leges imperii* con la conseguente « heurcuse impuissance » del monarca e degli *Etats Généraux* di fronte ad esse; o sui precedenti, infine, che lo stesso Chief Justice Marshall poté trovare in anteriori decisioni di talune Corti statuali americane.

Ma nonostante tutti questi ed altri precedenti storici di un controllo, anche giudiziario, della conformità delle leggi ordinarie (così noi oggi le chiameremmo) rispetto ad una qualche *norma superior* o costituzionale, il fatto rimane che la *judicial review* americana ha certamente iniziato un'epoca nuova nella storia del nostro istituto. Quei precedenti storici, invero, o furono episodi sporadici, incerti, oscillanti; o furono espressione di più o meno chiare teorie prive peraltro, in pratica, di un effettivo strumento giurisdizionale o politico di attuazione. Onde non è a dubitarsi che soltanto con la Corte Suprema di John Marshall alla solenne, chiarissima, persuasiva enunciazione teorica si aggiunge il potente strumento attuativo, — la *Supreme Court of America* appunto, e con essa tutto il sistema americano delle corti, federali e statuali: tutte d'accordo con Marshall nel proclamare la semplice ma inoppugnabile verità che, « se la Costituzione è (...) la legge suprema, non mutabile in via ordinaria, (...) allora un atto legislativo contrario alla Costituzione *non è legge* »; tutte d'accordo altresì nell'attuare tale controllo di validità delle leggi « come uno dei principi fondamentali della nostra società »; tutte d'accordo, infine, nel rivendicare a se stesse tale controllo di costituzionalità, posto che « rientra decisamente nella competenza e nei doveri del potere giudiziario, il compito di dichiarare quale sia la legge », di interpretare dunque la legge e, nel contrasto fra leggi di valore diverso, di determinare « quale delle norme in conflitto disciplini il caso » (21).

L'influenza che una così chiara enunciazione del principio, e una così *effective* realizzazione pratica di esso, ha esercitato nel mondo, è nota a tutti. E non tanto, si badi, per quei casi in cui, come in Giappone, l'introduzione del sistema americano di *judicial review* si è almeno originariamente inserita piuttosto nel quadro di una imposizione *manu militari* che in quello di una spontanea accettazione (22); ma soprattutto per quegli altri casi,

(21) Le frasi sono riportate da *Marbury v. Madison*, 1 Cranch (5 U. S.) 137 (1803).

(22) Cfr., ad es., Kazuhiro Hayashida, *Constitutional Court and Supreme Court*

ormai numerosi, nei quali un qualche sistema di *judicial review* è stato introdotto anche per la *persuasive authority* esercitata dal precedente americano. Che tale autorità persuasiva — non coercitiva — si sia fatta sentire ad esempio sui Costituenti italiano e tedesco dell'ultimo dopoguerra, sembra fuori discussione, anche se in entrambi i Paesi il tipo di controllo adottato ha certamente importanti caratteristiche sue proprie e si trova, in certo qual senso, a metà strada fra l'originalissimo modello austriaco kelseniano da un lato, e quello americano dall'altro lato, — un tema, questo, sul quale fra poco ritorneremo.

3. — Fatto sta che uno dei caratteri della nostra epoca, è quello della straordinaria risonanza delle idee, specie in materia di diritto costituzionale ossia di diritti fondamentali dell'uomo — politici e sociali — e di strutture dello Stato.

Sembra quasi che mai come oggi il mondo degli uomini sia stato un *corpus unum*, un *totum universum*. Gli avvenimenti anche più remoti, tristi o lieti, di guerra o di pace, di prepotenza o di generosità, sono « risentiti » a distanza; i problemi tendono a diventare comuni e le idee valide, ossia le valide soluzioni di problemi concreti, non si arrestano più, come poteva accadere una volta, per catene di monti o per canali o per mari. Perfino in quella già menzionata decisione del 1964 della Suprema Corte svedese, che per la prima volta ha inserito, con un coraggioso atto creativo d'interpretazione giudiziaria, la *judicial review* nel maggiore fra i Paesi scandinavi, sembra ben chiara l'eco del precedente americano: a centosessant'anni di distanza, la voce di Marshall s'è fatta ancora sentire, quasi al di là del tempo, al di là dello spazio. Nè c'è oggi, io credo, in alcun Paese del mondo serio studioso dei problemi della giustizia costituzionale, il quale possa negar su di sé l'influenza di quella voce, e, soprattutto, l'influenza della ormai quasi bicentenaria esperienza che negli Stati Uniti d'America ne è succeduta.

La tendenza evolutiva, insomma, è comune e oserei dire universale, sia pure con notevoli differenze, oltreché nelle tecniche e nei dettagli, nel ritmo dei tempi, differenze le quali, se inserite

---

of Japan, in *Festschrift für G. Leibholz*, cit., 11, p. 407 ss.; *Il controllo giudiz.*, cit., pp. 53 s., 63 s.

in un'ampia prospettiva storica, assumono peraltro un significato secondario e transeunte. Intendo dire che comune e universale è la tendenza evolutiva che in materia di giustizia costituzionale in particolare, e di giustizia in generale, si manifesta nei Paesi delle più disparate famiglie giuridiche; e in tale tendenza evolutiva sembra innegabile che l'istituto americano della *judicial review* sia venuto ad assumere una posizione di avanguardia e, se così posso dire, di battistrada.

Il mio pensiero potrà esser chiarito a questo punto da un rapido schema storico che, se pur corre il rischio di meritare la critica di eccessiva semplificazione, può forse dare, nelle sue grandi linee, una prospettiva non falsificata della evoluzione avvenuta, e della grande tendenza evolutiva in atto, dentro la quale si muove quell'impressionante movimento di espansione universale dell'istituto della *judicial review of legislation*, del quale dianzi si è detto.

I dati storici che mi permettono di sottoporre, sono i seguenti. Primo: epoca della *giustizia naturale*, « natural justice ». Secondo, epoca della *giustizia legale*, « legal justice ». Terzo, epoca della *giustizia costituzionale*, « constitutional justice ». I tre passaggi sono netti, precisi, quasi in un pratico riflettersi della dialettica hegeliana che dalla tesi porta all'antitesi per sboccare, infine, al superamento — alla sintesi — dei contrapposti. Pensiamo alle grandi tappe della storia dei Paesi di common law. *Prima fase*: è quella che, sia pure con molti contrasti, si è svolta attraverso quattro secoli della storia inglese, ed ha trovato il suo ultimo « croc » nella figura emergente di Sir Edward Coke all'inizio del XVII secolo. È la fase della *natural justice*, l'affermazione della superiorità di un diritto naturale, spesso più o meno consapevolmente identificato con la common law ereditata dagli avi ed affermata come superiore alla legge voluta dal sovrano o dal parlamento: con la conseguenza, solennemente proclamata dal Coke ma già implicita ad esempio quattro secoli prima nel Bracton (23), che, « when an act of parliament is against common right and reason, (...) the common law will controul it and adjudge such act to be void (24). *Seconda fase*: la « Gloriosa Rivoluzione » del

(23) Cfr. Edward S. Corwin, *The « Higher Law » Background of American Constitutional Law*, Ithaca N. Y., Cornell University Press, 5th printing 1963, p. 27.

(24) È il principio che sta alla base della decisione nel famoso *Dr. Bonham's case* del 1610, riportato in 8 Coke's Reports 118 a; 77 Eng. Rep. 652. Cfr. T.F.T. Plucknett, *Bonham's Case and Judicial Review*, in *Harvard Law Review*, XL (1926-27), p. 30 ss.

1688 spazza via la teoria della superiorità della common law rispetto al parlamento; le tesi di Coke si rivelano come il canto del cigno di un'epoca ormai superata. Il nuovo principio, dato per scontato dal Blackstone nei suoi celebri *Commentari*, è: supremazia assoluta del parlamento, onnipotenza della legge positiva, incontrollabilità, da parte dei giudici, della legge — « statutory law » — la quale, secondo il motto paradossale ma incisivo del Bagehot, può fare tutto, salvo mutare la donna in uomo o viceversa (25). È la fase del diritto positivo, della *legal justice*. Se, quasi un secolo e mezzo più tardi, la battaglia di Jeremy Bentham per la codificazione del diritto inglese è rimasta senza successo — l'unica forse delle più grandi battaglie benthamiane a rimanere sconfitta —, è perché, io ritengo, quella profonda esigenza giuspositivistica, che si esprime nell'idea di codificazione, era già stata sostanzialmente soddisfatta in Inghilterra, diversamente che sul continente europeo, con cent'anni di anticipo rispetto alla Rivoluzione francese. *Terza fase*: essa si realizza non (o non ancora) nella Madre Patria britannica, ma nelle Colonie ed ex-colonie, nelle grandi figlie di quella grande patria, gli Stati Uniti dapprima, e poi, in tempi a noi assai più vicini, il Canada, l'Australia, l'India ecc., paesi che tutti hanno battuto sostanzialmente, in questa materia, un'identica strada. La « legal justice » delle corti reali di Westminster non soddisfa più le Colonie ribelli, assetate di autonomia, di libertà, di una nuova giustizia diversa da quella attuata, nella rigida applicazione delle leggi del parlamento inglese, dai giudici coloniali e garantita in ultima istanza dal consiglio privato, il *Privy Council* di Sua Maestà (26). Nascono, così, le Costituzioni scritte, come atti solenni di autonomia e di libertà. E nascono, eredi ribelli del *Privy Council*, le nuove Corti supreme, il cui compito non è più però quello di garantire l'applicazione della *lex superior* dettata dall'onnipotente parlamento inglese, ma bensì quello, soprattutto, di garantire l'osservanza di una nuova *lex superior*, « higher law » come la chiama il Corwin in un libro assai noto, che è la Carta costituzionale. *Constitutional justice*, dunque, la quale sintetizza e supera le opposte esigenze — di assoluta giustizia e di giustizia *positiva* — che furono per l'innanzi espresse,

---

(25) Cfr. i riferimenti in *Il controllo giudiz.*, cit., p. 36.

(26) Cfr. J. H. Smith, *Appeals to the Privy Council from the American Plantations*, New York, Columbia University Press, 1950.

rispettivamente, da un lato dalla vaga imprecisa incerta *natural justice*, e dall'altro lato dalla *legal justice* dettata in conformità della illimitata volontà di una semplice maggioranza parlamentare.

Ma analogo, anche se spostato nel tempo, è il fenomeno che si ritrova nei Paesi dell'altra grande famiglia giuridica, quella di base romanistica, « civil law ». Anche qui, dai lunghi secoli della prevalenza delle scuole giusnaturalistiche, laiche o divine, scuole proclamanti l'inapplicabilità, da parte dei giudici, di leggi contrarie al diritto naturale — *et ideo secundum eas non est iudicandum*, come con grande chiarezza enunciava l'Acquinate (27) —, si passa alla fase del diritto codificato, all'idea di codice implicante il concetto di completezza della legge scritta (28), alla piena supremazia quindi del diritto positivo codificato. E questa seconda fase, non priva di una sua grandezza e di nobili difensori anche sul piano dell'impegno politico e morale — chi non ricorda, ad esempio, il nostro Lopez de Oñate, e la giustificazione etica e giuridica che in lui trova l'idea della certezza del diritto (29)? —, ha portato nella cittadella della giustizia una nuova bandiera, la bandiera del « principio di legalità ». Certo, anche sul continente europeo questo grande principio ha rappresentato un superamento e un progresso rispetto agli arbitri dei *Parlements*, agli arbitri di Corti di giustizia falsamente imparziali, falsamente giuste, spesso rappresentanti invece, sotto il velo di arbitrarie inafferrabili formule giusnaturalistiche, le estreme roccheforti di privilegi ormai divenuti intollerabili. Ma certo è anche che lo stesso principio di legalità, « legal justice », recava in se stesso il germe della sua propria malattia, scoppiata nel momento medesimo in cui la legge poté divenire a sua volta facile strumento di repugnanti ingiustizie. Chi non ricorda, con raccapriccio, le leggi razziali? Chi non ricorda le aule parlamentari, distrutte nel 1933 a Berlino dal fuoco nazista, divenute a Roma « bivacco di manipoli »? Onde era inevitabile che, usciti dall'incubo della dittatura e della guerra,

(27) *Summa Theologica*, II-II, q. 60, art. 5.

(28) Cfr. l'avvincente studio di Tullio Ascarelli, *L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione*, in *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione* di T. Ascarelli, Milano, Giuffrè, 1952, pp. 165 ss., 172 ss.

(29) Flavio Lopez de Oñate, *La certezza del diritto* (ristampa postuma a cura di G. Astuti con prefazione di G. Capograssi), Roma, Gismondi, 1950. Cfr. anche lo scritto postumo di P. Calamandrei, *Appunti sul concetto di legalità*, in *Opere giuridiche*, III, cit., p. 32 ss.

fossero per primi proprio i Paesi sconfitti a dettarsi una legge nuova e superiore, sottratta, nei limiti dell'umanamente possibile, tanto ai colpi di testa di maggioranze passeggere, quanto a nuovi attentati eversivi di avventurieri o di colonnelli; una « higher law » garantita da Corti speciali, riflettenti il nuovo spirito, la nuova ansia, la nuova speranza in una nuova *constitutional justice*.

4. — La sostanziale analogia dello svolgimento storico verificatosi, e tuttora in corso di sviluppo, nei Paesi di common law e in quelli di civil law, non è sminuita dal fatto che nei Paesi a base romanistica la giustizia costituzionale è usualmente venuta assumendo talune importanti caratteristiche diverse da quelle della *judicial review* americana e degli altri Paesi di base giuridica inglese.

Certo, le differenze sono importanti e innegabili. Nei Paesi di common law — Stati Uniti e Commonwealth — la *judicial review* tende a configurarsi come un controllo « diffuso », affidato cioè a *tutte* le Corti di giustizia, inferiori e superiori, statuali e federali, le quali tutte, nel caso concreto sottoposto al loro giudizio, sono tenute a disapplicare la legge incostituzionale. Nei Paesi di civil law, invece, con talune eccezioni i cui risultati bisogna dire che sono però, per lo più, scarsamente soddisfacenti (30), la tendenza è stata quella di creare una speciale Corte costituzionale, accentrando in essa il compito di giustizia costituzionale: onde il controllo ha carattere « accentrato » ed efficacia *erga omnes*. Ciò è vero per tutta una serie di Paesi, a cominciare dall'Austria nel 1920 per giungere all'Italia, alla Germania Federale, alla Repubblica di Cipro, alla Turchia, all' Jugoslavia; ed è parzialmente vero, in certo qual senso, anche per quei Paesi che, restii ad adottare un vero e proprio sistema di controllo giudiziario, hanno adottato per lo meno un tipo di controllo politico, affidandolo ad esempio ad un *Conseil Constitutionnel* in Francia (31), o ad una Commissione costituzionale nella Repubblica popolare di Romania e nella DDR (32).

(30) Cfr., anche per un'analisi delle ragioni, *Il controllo giudiz. cit.*, pp. 61 ss., 71 ss.

(31) Può vedersi, ad es., L. Favoren, *Le Conseil Constitutionnel régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics*, in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 83 (1967), p. 5 ss.

(32) *Supra*, nota 14.

Ad un più attento esame, però, anche le differenze tra il sistema « diffuso » dei Paesi di common law e quello « accentrato » prevalente nei Paesi di civil law, appaiono assai meno profonde. Tali differenze sono sorte, originariamente, come diretto riflesso di taluni contrasti di fondo tra civil law e common law. In particolare, l'esperienza di molti Paesi ha chiaramente dimostrato la scarsa effettività di un controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi, il quale sia, da un lato, del tutto staccato dalle esigenze di controversie pratiche e concrete, pura e semplice *abstrakte Normenkontrolle*, controllo normativo astratto; e dall'altro lato, privo di una efficacia generale, *erga omnes*, ossia di una efficacia di vero e proprio definitivo annullamento della legge incostituzionale. Ma mentre i Paesi di common law a questa efficacia generale potevano arrivare per via indiretta, attraverso il principio dello *stare decisis*, i Paesi di civil law dovevano ricorrere invece ad altri strumenti: in particolare, alla creazione, appunto, di speciali Corti costituzionali con funzione di annullamento delle leggi illegittime, funzione collegata, tuttavia, ai casi concreti della vita attraverso un ingegnoso meccanismo di passaggio dalle corti comuni alla Corte speciale costituzionale.

Ma come è ormai ampiamente provato che certi contrasti di fondo, che un tempo si ritenevano abissali, tra civil law e common law, sono in realtà divenuti e sempre più vanno divenendo assai meno radicali; così un'attenta analisi dell'evoluzione, passata ed in atto, dei due grandi tipi di *judicial review* — quello « diffuso » o « americano », e quello « concentrato », prevalente sul continente europeo —, dimostra che la tendenza evolutiva è anche qui nettamente, nettissimamente nel senso di una attenuazione progressiva, reciproca e convergente, della contrapposizione. Da un lato, nel sistema americano si ha una sempre più accentuata configurazione della *Supreme Court* quale organo pressoché esclusivamente di giustizia costituzionale, anziché come supremo organo della giustizia ordinaria (e il fenomeno è altrettanto evidente, ad esempio, nel Canada) (33); e inoltre, l'efficacia delle decisioni della Corte suprema americana, per il gioco dello *stare decisis*, vengono a trascendere il caso concreto e ad assumere la stessa efficacia *erga omnes* delle pronunce delle Corti costituzionali

---

(33) Riferimenti in *Il controllo giudiz. cit.*, p. 73, nota 55.

europee. Dall'altro lato, nei vari sistemi « accentrati » di giustizia costituzionale adottati nell'ultimo dopoguerra, da quello italiano al tedesco e agli altri già menzionati, si è attuato un notevolissimo avvicinamento al sistema di controllo « diffuso », in quanto a *tutte* le corti di giustizia si è attribuito il potere, se non proprio di *decidere* le questioni di costituzionalità, per lo meno di *sollevarle* in occasione dei casi concreti, portandole alla decisione della Corte costituzionale. Un tale avvicinamento, del resto, era già parzialmente in atto — fin dalla *Verfassungsnovelle* del 1929 — perfino nel sistema austriaco, il quale era pur stato concepito, originariamente, come la più netta contrapposizione del sistema nordamericano (34).

Ma se ho qui voluto ricordare e sottolineare questo fenomeno di reciproca convergenza, è perché esso mi sembra estremamente significativo. Esso rappresenta, a mio giudizio, qualcosa di assai più generale e più vasto di una mera permanente influenza del modello americano di *judicial review* sui sistemi europei, o di una sorta di « ritorno d'influenza » di questi su quello. Esso riflette, infatti, un ben più significativo fenomeno di confluenza — o, per lo meno, di attenuazione delle tradizionali contrapposizioni e divergenze — tra sistemi di *civil law* e sistemi di *common law*: che è, ritengo, uno dei più rilevanti fenomeni che caratterizzano la evoluzione del diritto nel mondo contemporaneo.

5. — L'analisi dei più recenti svolgimenti dei due grandi sistemi, originariamente contrapposti, di *judicial review* — quello « diffuso », di modello americano, prevalente nei Paesi di *common law*, e quello « accentrato », di modello austriaco e prevalente nei Paesi di *civil law* —, ci ha portati dunque di fronte ad una constatazione che ampiamente travalica il campo del diritto processuale costituzionale: la constatazione, del resto più volte enunciata da giuristi capaci di non lasciarsi sommergere dalla frammentarietà delle molteplici esperienze — e mi basti nominare per tutti Tullio Ascarelli (35) —, di un graduale processo di avvicinamento

(34) *Op. cit.*, pp. 92, 94 ss.

(35) Cfr. T. Ascarelli, *Norme giuridiche e realtà sociale*, in *Problemi giuridici* di T. Ascarelli, I, Milano, Giuffrè, 1959, pp. 67, 103, 106; *Id.*, *L'idea di codice cit.*, p. 204; anche A. P. Seroni, *L'assistenza giudiziaria internazionale in materia civile con speciale riferimento alle relazioni italo-statunitensi*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1961, pp. 751, 757, 766; H. W. Millar, *The Old Régime and the New in Civil Procedure*, in *New York University Law Quarterly Review*, XIV (1936-37), spec. a p. 223.

delle due grandi famiglie del mondo giuridico occidentale. Che poi a questo fenomeno sia del tutto estranea l'altra grande famiglia di recente formazione, quella cioè dei Paesi socialisti, è una questione che non può essere oggi adeguatamente affrontata: anche se qualche dato, emerso sia pure marginalmente da quanto siamo finora venuti esponendo, come ad esempio, l'introduzione della giustizia costituzionale in Jugoslavia o la creazione di speciali Commissioni miste costituzionali in Romania e nella DDR, potrebbe forse deporre nel senso di escludere siffatta completa estraneità (36).

Resta tuttavia ancora un quesito che, in questo pur sommario schema introduttivo, mi preme di menzionare.

Il quesito può essere così formulato: c'è — e, se c'è quale è — una base comune, una comune ragion d'essere del fatto che tanti Paesi del mondo contemporaneo sono stati indotti ad adottare un qualche sistema di judicial review?

Ebbene, io credo che la risposta a questo quesito debba cercarsi nelle pieghe più recondite non dico del diritto e delle sue tecniche formali ma, addirittura, della natura stessa dell'uomo. Propria dell'uomo è l'ansia continua, ancorché forse continuamente inappagata, di qualcosa di fermo, di stabile, — insomma, di *assoluto*. Nella miriade di leggi sempre più frammentarie e più provvisorie, l'uomo tende a cercare *i permanenti valori*. Quest'ansia, che i vari giusnaturalismi variamente ma tutto sommato vana-

---

(36) *Supra*, testo e note 12-16. Nel quadro del processo evolutivo cui si allude nel testo, può forse inquadrarsi anche quella che potremmo definire la concezione post-staliniana di Costituzione emersa nella dottrina dei Paesi dell'Europa orientale. L'idea, ineluttabilmente formulata da Stalin, della Costituzione non come un programma di conquiste future, ma come mero «bilancio e consacrazione legislativa delle conquiste ottenute» (cfr. Michel Mouskhély, *La notion soviétique de constitution*, in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 61 [1955], p. 897 s.), sembra essere sempre meno accettata dagli studiosi socialisti. Questi vedono ora la Costituzione anche come prescrizione vincolante di programmi e di comportamenti futuri, e non mancano di criticare lo scarso rigore con cui tuttora sono osservate nei Paesi socialisti le formalità prescritte per il procedimento di revisione costituzionale (cfr., ad es., I. N. Kuznetsov, *Zaključitel'naja i ispol'nitel'naja dejatel'nost' vyssihh organov vlasti*, Moskva, Juridicheskaja Literatura, 1965, p. 120, il quale osserva appunto che qualsiasi modificazione, anche marginale, della Costituzione, dovrebbe essere apportata direttamente dal Soviet Supremo). È questa, ovviamente, la strada che ha potuto portare alla soluzione jugoslava: una rinnovata importanza attribuita al concetto di Costituzione, di legalità costituzionale, di revisione della Costituzione da attuarsi soltanto con speciali maggiori procedure.

mente hanno per secoli tentato di appagare, trova nell'uomo moderno, emerso dalle esperienze giuspositivistiche e storicistiche e maturato nelle immani devastazioni della nostra epoca, un'altra e nuova forma di appagamento, quella che si traduce nei termini del *costituzionalismo moderno*. I valori, una volta rimessi a formule metafisiche ed astratte, astoriche ed irreali, sono alienati all'uomo, consapevole ormai del suo proprio destino di storicità; ma una altra e altrettanto disumana forma di alienazione è anche quella della indifferenziata «immanentizzazione» e atomizzazione dei valori in ogni e qualsiasi testo di legge, *jus quia jussum*, privo di un permanente e controllabile fondamento di razionalità. In tal modo le leggi, da lui create, finiscono per apparire all'uomo estranee ed ostili, nemiche come lo Stato tiranno, come l'arbitraria autorità.

In questo fenomeno tipicamente contemporaneo — l'emergente, a volte dirompente sentimento di angosciosa estraniamento dell'uomo di fronte alle cose che, ancorché frutto della sua propria attività, gli appaiono estranee ed ostili —, in questo fenomeno anche la legge ha la sua parte. E la risposta, du côté du juriste, è data, mi pare, dal sempre più vasto ed universale ricorso al concetto di legge costituzionale, norma superiore e tuttavia non metafisica, non astratta e irreali, ma ben positiva; e dal sempre più vasto ed universale ricorso all'istituto della giustizia costituzionale e, in particolare, della judicial review of legislation, intesa come la forma più concreta ed efficace di traduzione delle formule positive — epperò inevitabilmente vaghe, generiche, ambigue — dei testi costituzionali, in concreta e pratica e precisa quotidiana realtà.

L'idea che sta alla base dell'istituto moderno del controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi, è dunque, se non erro, proprio questa: è il tentativo di tornare, superando la pretesa «neutralità» etica e politica del legalismo positivisticò, ad un'affermazione di valori giuridici superiori e relativamente immutabili, pur senza alienarli in un'empirea atmosfera giusnaturalistica di astratta irrealtà; è il tentativo, forse faustiano ma profondamente umano, di rendere attuali quei valori attraverso lo sforzo di positivizzazione concretizzatrice di un giudice costituzionale. In questo senso, io non da oggi ritengo che l'istituto della judicial review esprima uno dei fondamentali momenti etici, ideologici e filosofici della nostra epoca: il tentativo del supera-

mento, ad un tempo, dell'astratto giusnaturalismo, e del concreto, ma effimero giuspositivismo che a quello si era andato contrapponendo.

6. — Concludo. Mi sono limitato ad esporre alcune tesi — o forse soltanto ipotesi — preliminari, nel tentativo di inserire lo istituto in esame in una prospettiva di ricerca più vasta, suscettiva di aprire la strada ad una comprensione dell'istituto non limitata alle sue tecniche formali. Ne abbiamo visto il significato storico, nel quadro del passaggio ad una nuova forma universale di *constitutional justice*; e ne abbiamo visto il significato filosofico ed ideologico, nell'orizzonte di un superamento dell'antico contrasto tra diritto naturale e diritto positivo.

Altri aspetti resterebbero da analizzare, come quello del significato più propriamente *sociale* dell'istituto, nel quadro di quell'altra fondamentale tendenza evolutiva del diritto e dello Stato contemporanei, per cui, accanto alle libertà politiche ed individuali affermatesi in Europa soprattutto in seguito alla Rivoluzione francese, emergono sempre più decisamente nuove e sempre meno differibili esigenze sociali, con la necessità di forme nuove e molteplici di interventi dello Stato, di metodi nuovi di organizzazione economica, di nuovi limiti anche, inevitabilmente, alle vecchie libertà individuali. Ora, io ritengo che anche in questo campo l'importanza del nostro istituto possa rivelarsi fondamentale, sia come strumento di equilibrio e di conciliazione di contrastanti esigenze, individuali e sociali, sia (ancora una volta) come strumento di attuazione concretizzatrice di certe formule programmatiche costituzionali a sfondo economico-sociale, come ad esempio quella dell'uguaglianza reale, e non meramente formale, ch'è proclamata dall'art. 3 della nostra Costituzione repubblicana. L'esperienza giurisprudenziale italiana sembra abbastanza chiara in tal senso; ed anche la più recente esperienza americana sembra smentire quel destino di conservativismo sociale ed economico, che a più riprese, nel XIX e nel XX secolo, è parso gravare sulla giustizia costituzionale americana.

Ma un'adeguata indagine di questo e di altri aspetti del nostro istituto, richiederebbe, fra l'altro un'analisi del comportamento dei giudici costituzionali, della loro estrazione sociale, dei modi di nomina, del loro status ecc. ecc., che qui non è neppure sommariamente tentabile. È questo, per la verità, uno degli aspetti della

*judicial review* che non soltanto a livello comparativo, ma anche a livello nazionale, non è ancora stato soddisfacentemente indagato (37), nonostante che il tipo di analisi comportamentistica (« behavioral ») si sia ormai, almeno in alcuni Paesi, ampiamente affermato (38).

Ma il mio proposito non era, né, ovviamente, poteva essere un proposito di completezza. Ho indicato qualche spunto e prospettiva, qualche tema e problema, ma molti altri non sono stati da me neppur menzionati. Fatto sta che l'istituto del controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi, è certamente tra i più ricchi di implicazioni e di problemi per ogni giurista aperto alle idee che si agitano nel mondo contemporaneo: un mondo il quale, sarebbe vano nasconderecelo, si muove sempre più rapidamente verso quella che — me lo ricordava di recente Max Rheinstein — con parola bellissima un poeta tedesco ha chiamato la *Sternstunde*, l'ora della stella, l'ora delle supreme scelte e decisioni. Se la scelta sarà, come tutti vogliamo augurare, quella della giustizia, anziché della distruzione — una forma internazionale di giustizia che anche tra i popoli, come tra gli individui, garantisca la permanenza di certi fondamentali valori —, allora io ritengo che anche le varie e molteplici esperienze in atto di giustizia costituzionale, avranno dato e daranno un loro non trascurabile contributo alla sopravvivenza stessa della civiltà e dell'umanità.

MAURO CAPPELLETTI

---

(37) Qualche primo tentativo è stato fatto da N. Tranfaglia (*La crisi della Corte costituzionale*, in *Comunità*, n. 139-140, novembre-dicembre 1966; *Corte costituzionale, Magistratura, Governo*, *ivi*, n. 143, giugno 1967; *La politica della Corte costituzionale*, *ivi*, n. 141-142, aprile 1967).

(38) Mi limiterò a ricordare la ricca raccolta contenuta in *Judicial Behavior: A Reader in Theory and Research*, edited by Glendon Schubert, Chicago, Rand McNally, 1964.

## NATURA GIURIDICA DELLE NORME SULLA PROVA NEL PROCESSO PENALE (\*)

Nel pensare alle discussioni tormentose ed affascinanti che assillano gli studiosi del processo civile, quando affrontano il tema della natura delle norme sulle prove civili domandandosi, in particolare, se siano norme processuali o sostanziali, il processualpenalista, chiamato ad affrontare l'analogo problema della natura delle norme sulle prove penali, ha l'impressione di essere ricco e povero al tempo stesso. Ricco di una certa sicurezza nella risposta da offrire e povero di elementi per il dialogo da svolgere, perché — a dire il vero — finora nessuno ha mai avuto dubbi nel considerare le norme sulle prove penali come norme processuali. Valga un esempio per tutti, ricercato proprio là dove si può trovare una parola di particolare competenza, venendo essa da chi, profondo conoscitore del problema nel campo civilistico, lo ha anche affrontato nel campo penalistico. Si tratta di un brano quanto mai incisivo di Anarioli, il quale negli *Appunti di procedura penale* del 1965 scrive: « Si deve con sicurezza affermare che le prove appartengono al diritto processuale penale ». Persino quell'art. 596 cod. pen. che, nel presentarci la cosiddetta figura dell'*exceptio veritatis* in relazione ai reati di ingiuria e diffamazione, fa pensare per un momento ad una norma sulla prova avente natura sostanziale, non dà luogo ad effettive perplessità. Ce l'hanno spiegato molto bene Cordero e Pedrazzi: l'art. 596 cod. pen., nel consentire in alcuni casi l'*exceptio veritatis* ed in altri nell'escluderla tassativamente, è una disposizione che opera sul piano sostanziale senza incidere minimamente sul terreno

---

(\*) Testo della relazione orale tenuta in Pavia (VIII Convegno della Associazione fra gli studiosi del processo civile) il 25 maggio 1968 sul tema « Natura giuridica delle norme sulla prova nel processo penale », a completamento della sintesi introduttiva, pubblicata in questa *Rivista*, 1969, p. 1 e s.

della prova, perché, a seconda dei casi, allarga o restringe gli elementi della fattispecie criminosa.

Ciò non toglie che ci si debba domandare se l'affermazione, via via ereditata e trasmessa, secondo cui le norme sulle prove penali sarebbero senz'altro norme processuali penali, corrisponda ad una sicurezza veramente fondata. Nel porre questa domanda non penso tanto alla tesi estrema di chi nega che nel campo penale ci sia posto per una distinzione tra norme processuali e norme sostanziali (tutte le norme penali appartenerebbero ad un'unica categoria, tutto il diritto penale sarebbe procedura) o di chi costruisce la norma penale come un complesso di disposizioni, parte di diritto sostanziale e parte di diritto processuale, le quali, necessariamente strumentali rispetto alle prime, concorrerebbero a formare l'unica norma penale, reato per reato. Infatti, con tali impostazioni il problema si semplificherebbe ulteriormente, facendo cadere addirittura l'*ubi consistam* della nostra discussione. Non mi riferisco neppure alla tesi di chi afferma che le norme processuali penali dovrebbero essere considerate sotto numerosi aspetti alla stessa stregua delle norme penali sostanziali: anche da questo punto di vista il problema verrebbe a semplificarsi, ponendo le norme sulle prove penali a livello comune con le norme sostanziali e con le norme processuali. Penso invece ad un'altra tematica, estremamente attuale per la scienza processuale penale, e cioè alla necessità di verificare attentamente se le norme processuali penali abbiano un trattamento indiscriminato, uguale per tutte.

Sono state isolate recentemente alcune categorie di norme processuali penali: in particolare, Bricola ha sottolineato con estrema efficacia come nell'ambito delle norme processuali penali vi sia, ad esempio, il settore delle norme sulla libertà personale, oppure il settore delle norme sulla competenza, ciascuno con una regolamentazione sua propria in taluni aspetti di capitale importanza. Domandiamoci, allora, se le norme sulle prove penali non diano vita ad una categoria a sé stante, enucleabile all'interno di quel terreno più vasto, che è il terreno delle norme processuali penali.

Dirò di più: questo è storicamente il momento giusto per l'emersione del problema. Basta aver presenti i risultati che la scienza processuale penale ha in questi anni raggiunto proprio nei riguardi della tematica sulle prove. Parecchi sono stati i contributi allo sviluppo del problema. Penso a ciò che in ordine

alla tutela delle prove penali ha scritto Pisani, a ciò che in ordine alla valutazione delle prove hanno scritto De Luca e Michele Massa, a ciò che in ordine alle prove penali illecite hanno scritto Nuvolone, Cordero e Azzali, a ciò che in ordine al diritto alla prova — espressione quanto mai suggestiva e in grado di far cogliere il cardine della intera tematica — scrive in questi giorni Vassalli.

Nel tentare una spiegazione di così improvvisa apertura, un peso decisivo va certo riconosciuto allo sguardo che gli studiosi del processo penale, uscendo finalmente dai confini faticosamente conquistati e faticosamente scavati per dare una sistematica al diritto processuale penale italiano, hanno puntato sull'esperienza anglo-americana, dove l'*evidence* si presenta addirittura contrapposta alla *procedure*, anche sul piano didattico.

Naturalmente l'interesse per il problema delle prove penali non è soltanto un fatto di moda, quale potrebbe apparire dalla scoperta un po' provinciale del mondo anglo-americano da parte dei processualpenalisti italiani, ma è anche e soprattutto il frutto di un impegno nuovo, alla cui base vi è una realtà di ordine costituzionale, la quale attribuisce al problema significati e prospettive profonde.

Parlando di realtà costituzionale, non mi riferisco — lo premetto immediatamente — né all'art. 25 comma 1° della Costituzione, che qualcuno ha pur richiamato, credendo di ravvisarvi una disposizione che, espressamente dettata con riguardo al giudice precostituito per legge e, quindi, a problemi di giurisdizione, di competenza, di composizione del giudice, inciderebbe implicitamente anche sulle altre norme processuali penali, né all'art. 25 comma 2° della Costituzione, che qualcuno interpreta come se nella formula per cui « nessuno può essere punito per una legge che successivamente prevede un fatto come reato », il termine « punito » stia ad indicare non soltanto il fenomeno sostanziale ma anche il fenomeno processuale. Parlando di realtà costituzionale, mi riferisco all'art. 24 della Costituzione, e più precisamente sia al suo 1°, sia soprattutto al suo 2° comma.

Del resto, riandando per un momento a quello che è stato un episodio fondamentale della recente storia giurisprudenziale italiana (mi rifaccio alla battaglia per le garanzie della difesa nell'istruzione sommaria), è facile constatare che la Corte costituzionale ha riconosciuto la necessità di applicare una serie di dispo-

sizioni dettate per l'istruzione formale anche alla istruzione sommaria proprio perché queste norme sono, da un lato, relative ad alcuni fondamentali mezzi di prova e, dall'altro, norme preordinate alla realizzazione del principio di difesa (*rectius* del contraddittorio) nel processo penale.

Noi siamo abituati a concepire il contraddittorio come tipico elemento del processo accusatorio: eppure anche il processo inquisitorio oggi è accettabile solo in quanto vi trovi posto il principio del contraddittorio. È anzi dal punto di vista della tematica delle prove che questo concetto assume un rilievo decisivo. A ben guardare, nei processi dove vige il principio dispositivo, il contraddittorio sul piano probatorio è *in re ipsa*: sarebbe infatti inconcepibile un sistema processuale che desse l'iniziativa probatoria alle parti senza imporre alla parte che assume in concreto l'iniziativa per un certo mezzo di prova l'onere di tener informata l'altra parte, in modo che questa possa interloquire. Il contraddittorio assume, invece, una autonoma giustificazione storico-politica là dove c'è un processo di tipo inquisitorio, là dove il giudice ha la libera iniziativa nella ricerca delle prove: è, infatti, il principio del contraddittorio ad esigere che tutta la normativa delle prove sia considerata alla stregua di uno strumento di difesa, e si badi non solo per l'imputato, ma pure per le altre parti private. Ecco la ragione per cui mi pare indiscutibile che, in un sistema imperniato sull'art. 24 della Costituzione, le norme sulle prove penali debbano assurgere a norme di garanzia: questa è, dunque, la battaglia che va combattuta, il traguardo che va perseguito.

Poco tempo fa Denti, in un articolo dedicato alla perizia civile e alla perizia penale, coglieva in modo felice questa prospettiva, scrivendo che soltanto agli atti processuali diversi dagli atti di acquisizione probatoria « può adattarsi la distinzione » che le Sezioni penali unite della Cassazione hanno cercato di prospettare nella nota decisione dell'11 dicembre 1965 sulla portata non retroattiva delle declaratorie di illegittimità, aggiungendo più in là che il punto centrale oggi è il pericolo « della tendenza ad acquisire, attraverso la perizia, elementi di prova formati senza un effettivo contraddittorio tra le parti ». In altri termini, se cardine essenziale del metodo di acquisizione della prova, proprio degli ordinamenti processuali moderni, è il suo essere realizzata per contraddittorio, l'esclusione della perizia dai mezzi di prova

finisce col sottrarla, almeno tendenzialmente, al contraddittorio. Il discorso di Denti è fatto con riferimento alla perizia, ma l'affermazione che la perizia non deve essere esclusa dall'ambito dei mezzi di prova perché altrimenti verrebbe sottratta al contraddittorio implica nel modo più chiaro che tutti i mezzi di prova non debbono essere sottratti al contraddittorio. E Denti continua: « non si tratta, quindi, di una tendenza ad estendere i poteri inquisitori del giudice, poiché processo inquisitorio e contraddittorio non sono tra di loro in necessaria antitesi, dal momento che, ove pure le prove possano essere acquisite per iniziativa del giudice (o del pubblico ministero), la loro acquisizione non si sottrae alla regola del contraddittorio. Si tratta, invece, del pericolo, non meramente illusorio, come dimostrano i ricordati orientamenti giurisprudenziali, che l'integrazione delle conoscenze del giudice si risolva nel reperimento di fonti di conoscenza al di fuori della sede naturale, che è lo svolgimento dialettico dell'istruttoria ». In conclusione, occorre convincersi che « in un mondo giudiziario in cui le tecniche del contraddittorio, per un complesso di ragioni storiche e sociali, non sono abbastanza radicate da costituire, prima ancora che regole giuridiche, un fatto di costume o, se si vuole, di etica processuale », ci si deve battere contro questo pericolo. Una battaglia dunque che va combattuta con chiarezza di idee e con chiarezza di impegno.

Ma prima di individuare i terreni su cui combattere tale battaglia, sarà bene richiamarci all'argomento di fondo di questo Convegno (la natura delle norme sulle prove penali: norme procedurali o norme sostanziali?) per chiederci quale potrebbe essere il risultato dell'indagine. Potremmo arrivare ad una conclusione che ci presenti le norme sulle prove penali sottoposte ad un trattamento analogo a quello delle norme penali sostanziali, oppure ad una conclusione che ci presenti le norme sulle prove penali sottoposte ad un trattamento simile a quello delle norme sostanziali. È chiaro, infatti, che il concetto di norme di garanzia porta ad accostare tendenzialmente le norme sulle prove alle norme penali sostanziali, le quali per natura loro sono norme sottoposte ad un trattamento di tipo fortemente garantistico: trattandosi di norme incriminatrici, è chiaro che il legislatore — il legislatore ordinario, compreso il legislatore fascista e, a maggior ragione, il costituente — circonda queste norme di una serie di limiti per sottrarre l'individuo al rischio di una incriminazione non pre-

vista *a priori* dal legislatore. Il concetto di norma di garanzia, concetto implicito nelle norme penali sostanziali, comporta dunque un avvicinamento tendenziale per le norme sulle prove penali.

Quali, allora, i piani su cui condurre la battaglia diretta ad assicurare questa significazione di norme di garanzia alle norme sulle prove penali? Ne indicherei quattro. Primo: la portata delle declaratorie di illegittimità costituzionale aventi ad oggetto norme sulle prove penali; secondo: la successione delle norme sulle prove penali nel tempo; terzo: le norme sulle prove penali nello spazio; quarto: la tassatività dei mezzi di prova.

Il problema della portata delle declaratorie di illegittimità va collocato al primo posto per varie ragioni. Anzitutto, da un punto di vista storico, si deve dare atto che la necessità di mettere a fuoco la natura delle norme sulle prove penali, enucleando tali norme dall'alveo che congloba le norme processuali penali, è sorta in seguito all'intervento delle Sezioni unite penali dell'11 dicembre 1965 circa gli effetti della sentenza costituzionale n. 52 del 1965. Inoltre, non va dimenticato che il problema è ritornato di estrema attualità con l'ordinanza n. 39, depositata dalla Corte costituzionale il 26 aprile 1968, in risposta all'incidente sollevato dal Pretore di Empoli, propenso a ravvisare un conflitto tra la sentenza n. 127 del 1967 della Corte costituzionale e la pronuncia 11 dicembre 1965 delle Sezioni unite penali: la Corte costituzionale ha risposto che la sentenza n. 52 del 1965 produce i suoi effetti su tutti i giudizi in corso al momento della sua emanazione, tra cui è quello pendente presso il Pretore di Empoli. Infine, il problema della portata delle declaratorie di illegittimità si pone su un piano particolarmente pressante, perché la sentenza delle Sezioni penali unite ha determinato una curiosa situazione, declassando le norme sulle prove penali ad un livello più basso rispetto alle altre norme processuali. È chiaro, infatti, che una battaglia diretta a sottolineare la natura di garanzia delle norme sulle prove e quindi la necessità di una giusta loro valutazione, deve preoccuparsi, prima di ogni altro, degli aspetti sotto i quali le norme sulle prove penali appaiono ad un livello inferiore, avendo come primo traguardo necessario, anzi come traguardo minimo, il riportare per lo meno al livello delle altre norme processuali penali le norme sulle prove. L'andare al di là costituirà un secondo traguardo.

Soffermiamoci, dunque, sul problema della portata delle decla-

ratorie di legittimità costituzionale aventi ad oggetto norme sulle prove penali. La sentenza della Corte costituzionale è troppo nota perché sia necessario soffermarvisi a lungo: basterà richiamare quella che ne è stata l'idea centrale. Indubbiamente le Sezioni penali unite si sono trovate di fronte ad un *empasse* pauroso: accogliendo la tesi secondo cui sarebbe stato necessario riconoscere piena efficacia alla pronuncia costituzionale che aveva dichiarato illegittima la norma che escludeva l'applicazione nell'istruzione sommaria delle disposizioni concernenti l'intervento della difesa, si sarebbero dovuti annullare migliaia e migliaia di processi, migliaia e migliaia di atti istruttori. Per evitare tanta ecatombe e per motivare al tempo stesso in modo accettabile, le Sezioni penali unite si sono impegnate a fondo, trovando un bandolo d'uscita nella contrapposizione tra applicazione diretta della norma e applicazione indiretta della norma. Cioè, praticamente, le Sezioni penali unite hanno ritenuto di poter affermare che le norme relative all'acquisizione probatoria sono norme che troverebbero applicazione diretta nel momento di acquisizione dell'atto ed applicazione indiretta nel momento della decisione o in sede di impugnazione. La distinzione porta a considerare incisiva la declaratoria di illegittimità costituzionale unicamente là dove si tratta di applicazione diretta. Una volta che in un dato processo l'applicazione diretta sia esaurita e soltanto l'applicazione indiretta sia possibile, la declaratoria di illegittimità costituzionale relativa ad una norma in materia probatoria non è più in grado di far sentire la sua efficacia in quel determinato processo.

Nell'articolo già ricordato, Denti, con grande generosità verso la Corte Suprema, ha cercato di dare una spiegazione più solida alla sentenza delle Sezioni penali unite: Denti si è, cioè, richiamato a quell'orientamento giurisprudenziale che esclude la perizia dal novero dei mezzi di prova e, quasi incredulo dell'affermazione secondo cui le norme sulle prove penali non sarebbero suscettibili di applicazione diretta nel momento della decisione, ha spiegato l'atteggiamento delle Sezioni penali unite osservando che in sostanza esse sarebbero partite dalla considerazione della perizia come atto diverso da un mezzo di prova. In realtà, il caso di specie esaminato dalle Sezioni penali unite faceva riferimento ad un processo in cui le garanzie dell'istruzione sommaria non erano state applicate né per la perizia né per l'interrogatorio dell'imputato; inoltre, l'esame della giurisprudenza successiva dimostra

che il *dictum* delle Sezioni penali unite è stato applicato non solo con riferimento alla perizia, ma anche con riferimento a tutti gli altri atti istruttori previsti dagli artt. 304-*bis*, 304-*ter* e 304-*quater* cod. proc. pen. Per le Sezioni penali unite sono proprio le norme di acquisizione probatoria a non essere suscettibili di applicazione diretta nel momento della decisione: donde, implicitamente, la recisa critica di Denti a tale impostazione. Il vero è che, rispetto agli atti di acquisizione probatoria, l'applicazione, in sede di decisione, della norma che ne regola le modalità di svolgimento non costituisce affatto un'applicazione indiretta, di mero controllo: il giudice, infatti, non si limita a verificare la validità dell'atto nella serie procedimentale, ma valuta direttamente la utilizzabilità della prova ai fini della decisione. In altri termini, se il giudice decide in base ad una prova non validamente acquisita, non viola indirettamente la norma che disciplina il modo della sua acquisizione, bensì viola direttamente la norma che lo vincola a giudicare in base alle prove legittimamente acquisite, astenendosi dal valutare le prove inammissibili o invalidamente acquisite. In conclusione, la valutazione compiuta in sede di decisione non è mero controllo di validità dei propri atti, bensì giudizio che tien conto della prova.

A questa critica di fondo altre se ne potrebbero aggiungere. Mi limiterò a quella formulata da Siniscalco con l'osservare che, anche ad ammettere la possibilità logica di una distinzione tra applicazione diretta ed applicazione indiretta della norma, non si riuscirebbe a trovare l'aggancio legislativo che autorizza l'incidenza delle declaratorie di illegittimità costituzionale ai soli fenomeni di applicazione diretta.

Ad ulteriore conforto di questa critica, la quale ha il merito di riportare allo stesso livello delle altre norme processuali le norme sulle prove penali, si può addurre l'atteggiamento di chi va addirittura oltre, giungendo ad affermare che le declaratorie di legittimità costituzionale aventi ad oggetto norme sulle prove penali sono addirittura in grado di determinare la caduta del giudicato. Penso, da un lato, alla tesi di Gallo, il quale, proprio con riferimento alla pronuncia di illegittimità avente ad oggetto gli artt. 392, 304-*bis*, 304-*ter* e 304-*quater* cod. proc. pen., cioè altrettante norme sulle prove penali, ha ritenuto di poter interpretare il 4° comma dell'art. 30 della legge n. 87 del 1953, dettato con riferimento alle declaratorie aventi ad oggetto norme penali

sostanziali nel senso di ammettere la caduta del giudicato, come comprensivo anche delle declaratorie aventi per oggetto le norme sulle prove penali. Penso, d'altro lato, a ciò che molto acutamente ha scritto Comoglio in un bellissimo articolo sul diritto di difesa e sulla retroattività delle pronunce costituzionali nell'ordinamento nord-americano. Comoglio prende a modello tale ordinamento là dove esso considera retroattiva ogni decisione che formula una nuova regola processuale più favorevole al reo, quando la sua applicazione potrebbe incidere sul procedimento già definito al punto di condizionare concretamente il contenuto della decisione finale, analogamente a quanto avviene per le norme sostanziali. Per Comoglio ciò porterebbe a considerare sostanziale — io preferirei accogliere la definizione proposta da Denti che parla di norme decisorie o decisionali, tali da comprendere le norme sostanziali e talune norme processuali, in particolare quelle sulle prove — qualunque norma o principio la cui applicazione nel processo sia comunque in grado di determinarne l'esito.

Da un punto di vista polemico sarei tentato di far mia l'una o l'altra di queste due impostazioni, onde affermare che le norme sulle prove penali dal punto di vista dell'incidenza delle declaratorie di legittimità sarebbero munite di una forza tale da far cadere il giudicato: la natura di garanzia ne risulterebbe sottolineata in modo imponente. Onestamente debbo però dire che non mi sento di condividere né l'una né l'altra delle suddette impostazioni: non mi sento di condividere la prima perché non sembra facile arrivare ad una interpretazione estensiva del 4° comma dell'art. 30 (anzitutto, il far cadere il giudicato è un qualcosa che necessita di una disposizione esplicita da parte del legislatore: in secondo luogo, per considerare invalido un atto processuale già compiuto si rende indispensabile ravvisare una comminatoria di nullità assoluta, ma la nullità assoluta per il processualista penale è per definizione una nullità rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento, e non oltre, in quanto il giudicato la copre definitivamente); non mi sento di condividere la seconda perché essa, validissima sul piano dell'ordinamento nord-americano, non è recepitibile, oggi come oggi, nel nostro ordinamento.

Veniamo, dunque, agli altri tre profili sopra indicati, ciascuno dei quali, come subito si dirà, offre la possibilità di vedere le norme sulle prove penali sotto una luce capace di differenziarle dalle altre norme processuali penali in senso più garantistico, e

cominciamo dal problema che più da vicino si collega a quello dell'efficacia delle declaratorie di legittimità. Ci riferiamo al problema della norma processuale nel tempo o, se si preferisce, della successione di più leggi processuali nel tempo. L'insegnamento prevalente ed il risultato delle lunghe indagini che a questo problema ha dedicato Lozzi sarebbero nel senso che per le norme processuali penali vale il principio del *tempus regit actum*, cioè che ogni atto processuale deve essere regolato dalla norma vigente nel momento in cui l'atto processuale, quell'atto processuale, comincia ad essere posto in essere. Quindi, senza riflessi derivanti da norme precedenti e senza riferimenti retroattivi di norme successive. E questo per tutte le norme processuali penali, ivi comprese le norme sulle prove penali. Ma possiamo veramente attestarci su questa impostazione che ha con sé l'avallo di affermazioni ritornanti di continuo nella dottrina e nella giurisprudenza?

Il punto di partenza per un riesame ci è offerto dalle critiche decise che a tale impostazione muovono coloro che ritengono di poter ravvisare per certe norme processuali penali, se non addirittura per tutte, una regolamentazione analoga a quella delle norme sostanziali in tema di efficacia nel tempo. Marcello Gallo autorevolmente afferma che, in base all'art. 25 comma 2° della Costituzione, anche per le norme processuali penali e, in particolare, per le norme sulle prove penali, dovrebbe valere il medesimo principio che opera per le norme sostanziali, nel senso che una norma successiva alla commissione del fatto non potrebbe mai applicarsi, se sfavorevole, nel processo relativo a quel fatto, mentre una norma successiva più favorevole dovrebbe sempre applicarsi, determinando l'annullamento degli atti già compiuti nel processo in base alla norma precedente superata da quella più favorevole.

Ai fini di un confronto tra la tesi tradizionale e la tesi radicalmente opposta di Gallo, utili insegnamenti si possono trarre, come ha dimostrato Siniscalco, dalla dottrina e dalla giurisprudenza nord-americana. Vi è, anzitutto, l'orientamento di chi, come Cook, afferma che, per le norme processuali le quali abbiano una decisiva influenza sulla soluzione della causa, il trattamento deve essere analogo a quello delle norme sostanziali. Ritorna qui l'eco delle considerazioni di Comoglio in ordine al problema della retroattività delle declaratorie di illegittimità, cosa ben comprensibile perché la Corte suprema americana, nel pronunciare

sulla legittimità, formula la nuova regola, di modo che il problema della retroattività si abbina pienamente al problema della nuova legge sopravveniente anche nel caso della declaratoria di legittimità. Questa tesi, tuttavia, ha un punto debole nella indeterminatezza del concetto di « influenza decisiva »: il precisare se l'influenza sia decisiva o no può dar adito a discussioni interminabili.

Mi sembra, quindi, da preferire l'altro orientamento della dottrina e della giurisprudenza nord-americana che si rifà a quel principio sancito nella costituzione degli Stati Uniti che va sotto il nome di divieto della *ex post facto law*: la dottrina americana da Hall a Field, da Mc Hallister ad Adams, intende il divieto in termini circoscritti alla materia penale: più precisamente si considerano leggi *ex post facto* (e perciò vietate) la legge che dichiara criminoso un atto dopo che è stato commesso, la legge che aggrava le conseguenze penali di un reato in relazione a un fatto già commesso, la legge che modifica in pregiudizio dell'imputato le disposizioni processuali in rapporto ad un fatto commesso in precedenza. Nella giurisprudenza americana questo significato della formula dell'*ex post facto law* emerge per la prima volta in relazione al caso *Calder v. Bull* (1798), nel senso appunto della esclusione delle leggi che dichiarano criminoso un atto dopo la sua commissione, che aggravano le conseguenze penali oppure che modificano in pregiudizio dell'imputato le regole dell'*evidence*, cioè proprio le norme sulla prova, e non già qualunque norma processuale. Si ritrova lo stesso insegnamento in un lavoro più recente, del 1932, di Warthon, il quale ribadisce che le regole sull'*evidence* possono essere mutate inserendosi immediatamente nel processo in corso per un fatto precedente a condizione che ciò non danneggi materialmente la difesa, ovvero, secondo un'altra formula, a condizione che la legge successiva non sia tale da eliminare completamente i diritti di difesa dell'imputato.

Le formule usate sono piuttosto elastiche (« eliminare completamente » o « danneggiare materialmente » la difesa è una valutazione che si può prestare a discussioni non lievi), ma ciò che qui preme mettere in rilievo è la particolare posizione fatta alle norme in materia probatoria. La conclusione che trae Siniscalco, secondo una tesi formulata recentissimamente da Grottanelli De Santi, è che le norme processuali penali aventi per oggetto le prove, cioè le norme sulle prove penali, pur restando fermo il principio generale del *tempus regit actum* — cioè pur restando fermo che

esse si applicano immediatamente, non appena entrate in vigore, nei procedimenti in corso e che, quindi, gli atti già compiuti restano validi — incontrano un limite, nel senso che le norme più svantaggiose, cioè le modifiche più svantaggiose per l'imputato, non possono retroagire, cioè non possono applicarsi nei procedimenti già in corso per fatti commessi quando vigeva la legge più favorevole. In questo modo si arriva ad enucleare per le norme sulle prove penali un trattamento che si differenzia in senso più garantistico dal trattamento delle altre norme processuali penali: queste, anche se più sfavorevoli, si applicano nei processi in corso, qualora l'atto rispettivamente regolato non sia ancora stato compiuto, mentre le norme sulle prove, se più sfavorevoli, non si possono applicare, lasciando sopravvivere la legislazione precedente.

Il profilo dell'efficacia delle norme sulle prove penali nello spazio ci porta su un terreno di estrema attualità, dato che tutto sta evolvendosi nei rapporti tra gli Stati: basti pensare alla crescente solidarietà per ciò che riguarda la lotta contro la delinquenza, alle varie convenzioni di tipo continentale o addirittura mondiale. Le stesse e più facili possibilità di trasferta da un luogo all'altro rendono anacronistico quanto si va ripetendo da decenni nella nostra dottrina e nella nostra giurisprudenza quando si affronta il problema delle rogatorie attive. Si dice, infatti, che, quando uno Stato, nel nostro caso lo Stato italiano, richiede una rogatoria ad una autorità straniera e questa, assunto l'atto, trasmette il risultato della sua attività, vi è una sola preoccupazione per l'autorità giudiziaria italiana e cioè che l'atto risulti compiuto secondo le regole vigenti nello Stato in cui lo si è assunto. Questa affermazione non può assolutamente essere accettata di fronte all'art. 24 della Costituzione; a mio avviso, per poter utilizzare in un processo penale italiano un atto probatorio assunto all'estero, non basta che tale atto risulti compiuto conformemente alle leggi dello Stato in cui lo si è assunto, ma dev'essere anche conforme a certe regole dettate dal nostro ordinamento, nel senso che questo mezzo di prova in tanto può essere inserito nel nostro processo in quanto abbia rispettato le garanzie difensive previste dalle norme sulle prove penali. Purtroppo, anche perché la convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 1959, divenuta esecutiva in Italia nel 1961, si limita a dire che lo Stato richiesto farà eseguire la commissione rogatoria nelle forme

previste dalla sua legislazione, aggiungendo soltanto — ecco il passo innanzi, che però non può considerarsi decisivo — che le parti in causa potranno assistere alla assunzione dell'atto se la parte richiesta, cioè lo Stato cui è stata richiesta la rogatoria, vi consenta. Assai più felicemente la convenzione dell'Aja nella analoga materia processualcivilistica prevede la possibilità, per lo Stato che chiede la rogatoria, di indicare anche una serie di modalità che si desiderano vedere attuate, indipendentemente dalla circostanza che esse siano previste nell'ordinamento dello Stato a cui ci si rivolge. Ma, fino a che questa disposizione non venga estesa al campo processuale penale, come si può superare l'attuale ordinamento, le attuali convenzioni?

Io penso che la valvola sia offerta dall'art. 31 delle preleggi, là dove si fa divieto di utilizzare nel nostro Stato atti contrari all'ordine pubblico. Mi pare, infatti, di poter affermare che sia contrario all'ordine pubblico un atto di acquisizione probatoria assunto all'estero senza osservare quelle regole che il nostro ordinamento prescrive, a pena di nullità, per il compimento e, quindi, per l'utilizzazione di tale atto. In sintesi, per poter utilizzare un atto assunto all'estero occorre che l'assunzione di questo atto abbia rispettato le regole dell'ordinamento di provenienza e le regole dell'ordinamento italiano. È chiaro che, per arrivare con sicurezza a questo risultato, ad evitare che il giudice dello Stato richiesto non applichi, ignorandole, le nostre regole, sarebbe opportuno che il magistrato italiano, nel chiedere la rogatoria, indicasse le condizioni imprescindibili a cui il nostro ordinamento subordina l'acquisizione di quella data prova. E il discorso mi pare importante non tanto per la testimonianza in fase istruttoria, che oggi in Italia è priva di garanzie per la difesa, quanto per la perizia e per la testimonianza in fase dibattimentale.

Anche a questo proposito può essere prezioso l'insegnamento inglese. L'utilizzazione di prove assunte all'estero di regola non è ammessa nell'ordinamento inglese; è consentita soltanto nei procedimenti per reati di navigazione marittima dal *Merchant Shipping Act* del 1894, qualora la prova sia stata assunta all'estero in presenza dell'accusato. Le garanzie insite nelle norme interne fanno sentire il loro peso in modo talmente forte da escludere in linea di massima la utilizzazione di atti probatori assunti all'estero: caso mai, li si ammette qualora sia stato presente l'accusato.

Quarta ed ultima prospettiva: tassatività o libertà dei mezzi

di prova penale? È affermazione pressoché costante, in giurisprudenza e in dottrina, che nel campo processuale penale non vi è un principio di tassatività delle prove: le prove penali possono essere assunte liberamente, non soltanto nel senso che il giudice ha la libera iniziativa nell'assumere le prove, ma anche nel senso che egli può assumere prove non espressamente previste dal legislatore. Una sola voce si è levata contro questa tesi ed è la voce autorevolissima di Giovanni Leone. Leone afferma che, in omaggio all'art. 24 della Costituzione e al principio di difesa, non è possibile dare adito nel processo penale a prove che non siano espressamente consentite. E tale tesi merita piena adesione.

Gli argomenti portati a sostegno della soluzione contraria non reggono assolutamente alla critica. Alcuni si rifanno al principio del libero convincimento, per trarne il corollario che il giudice penale può assumere qualsiasi prova, anche al di là delle previsioni del legislatore: ma il libero convincimento è un qualcosa che si ritrova pure nei processi di tipo dispositivo, là dove il giudice non ha nessuna iniziativa probatoria, là dove sicuramente i mezzi di prova sono soltanto quelli indicati in modo tassativo dalla legge. Non si deve confondere il principio del libero convincimento con il principio della libera ricerca della verità storica. Orbene, il principio della ricerca della verità storica è un principio fondamentale del nostro processo penale, ma ciò significa soltanto che il giudice ha la libera iniziativa nell'assunzione delle prove, vale a dire che il giudice può procedere a tale assunzione anche senza richiesta di parte, mentre non significa affatto che egli può ricercare prove liberamente, sino ad escogitare forme non previste dal legislatore.

Tanto premesso, è opportuno soffermarsi su tre applicazioni pratiche che si è soliti ricavare dalla pretesa non tassatività dei mezzi di prova: riconoscimento su fotografia; ammissibilità degli accertamenti dattiloscopici; ammissibilità di registrazioni su nastro magnetico. I tre casi vanno invece tenuti nettamente separati. Anzitutto, la registrazione su nastro magnetico non rappresenta un mezzo di prova a sé, come ha chiarito molto bene De Luca: in questo caso noi ci troviamo di fronte ad un documento, ad un documento particolare, suscettibile naturalmente di incidente di falso, di verifica ecc., ma senz'altro ammissibile, non già perché si possano assumere prove non previste dal legislatore,

bensì perché si tratta di assumere una prova documentale. Per quanto riguarda gli accertamenti dattiloscopici, essi sono senza altro consentiti in quanto suscettibili di essere considerati alla stregua di operazioni peritali, con conseguente applicazione delle norme sulla perizia: va, quindi, respinta recisamente la tesi secondo cui non si tratterebbe di attività peritale, donde l'esclusione di qualsiasi garanzia per la difesa. Il punto più delicato della discussione è, tuttavia, costituito dal riconoscimento mediante fotografia.

La Cassazione ha affermato ripetutamente che, in ossequio al principio della libertà delle prove penali, il riconoscimento non formale di persona mediante fotografia, pur non assumendo il valore di ricognizione formale, può assurgere a mezzo di prova, affidato al prudente apprezzamento del giudice. C'è addirittura una sentenza del 1964, che ha ammesso il riconoscimento di persona fondata sul comportamento, sulla sagoma e sul modo di vestire della persona, definendolo a rigore irrituale, ma, per il principio del libero convincimento, possibile elemento di prova se coordinato con altri elementi. Replichiamo con fermezza che il riconoscimento ottenuto mediante fotografia e, tanto meno, quello ottenuto attraverso la sagoma e il modo di vestire della persona non possono assolutamente trovar posto nel nostro ordinamento, il quale condiziona la ricognizione di persona a tutta una serie di regole e di oggetti ben precisi. Soltanto invocando il principio di libertà delle prove, è possibile avallare la ricognizione mediante fotografia, ma, proprio perché norme di garanzia, le norme sulle prove penali non consentono applicazioni analogiche di sorta.

Il collegamento con le norme penali sostanziali emerge qui in modo particolarmente intenso, anche se non è possibile parlare di pieno parallelismo tra le norme sulle prove penali e le norme sostanziali. Il divieto di analogia non è soltanto un elemento che caratterizza le prime rispetto alle altre norme processuali, accostandole invece alle norme sostanziali: esso ci offre anche la dimostrazione più chiara e convincente della posizione di garanzia propria delle norme sulle prove penali.

GIOVANNI CONSO

*prof. ord. nell'Università di Torino*

## IN DIFESA DEL TITOLO ESECUTIVO E DELLA COGNIZIONE DISTRIBUTIVA

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. «Teologia» e diritto vigente sul titolo esecutivo. — 3. Sulla natura della distribuzione. — 4. Sui poteri e sulle prelazioni dei creditori intervenuti. — 5. Sull'impulso officioso alla distribuzione.

1. — *Nulla executio sine titulo*. La breve frase latina contemporanea tradizionalmente due principi tuttora vivi, se non un'inganno, nella legge e nella coscienza giuridica di oggi: che la tutela dei crediti sia ragionevolmente rapida e stabile e che non sia troppo frequente l'ingiustizia dell'esecuzione.

Ma quella tradizione non è a tutti gradita. Lo dimostrano ora due opposti (e, a mio avviso, infruttuosi) tentativi, diretti l'uno a negare in radice il titolo esecutivo, l'altro (1) ad attribuire azioni esecutive pure ai creditori sforniti di titolo, nonostante che la normativa vigente ribadisca la regola antica, negando ogni «luogo» ad azioni esecutive, che non siano sorrette da uno dei titoli tassativamente descritti nell'art. 474 cod. proc. civ..

2. — Il primo tentativo — svolto in un lavoro di qualche anno fa (2), che ha suscitato reazioni ben note — è stato, sulle medesime basi, rinnovato di recente (3), traendo occasione da un commento ad una sentenza di Cassazione (4), che, per resti-

---

(1) Garbagnati, *Espropriazione e distribuzione della somma ricavata*, in questa *Rivista*, 1971, p. 175 e ss.

(2) Mazzarella, *Contributo allo studio del titolo esecutivo*, Milano, 1964.

(3) Mazzarella, *Scienza e teologia del titolo esecutivo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1971 p. 177 e ss.

(4) Vedi il mio scritto *Sulla tutela cognitiva dell'espropriato contro i risultati dell'assegnazione e della distribuzione forzata*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1970, p. 290 e ss., a proposito di Cass. 4 giugno 1969, n. 1968 e delle opinioni dottrinali che ne ispirano la motivazione e che assegnano alla opposizione accolta ex art. 615 cod. proc. civ. forza invalidante di atti del processo esecutivo (opinioni non del solo Mazzarella e tra le quali anzi — avevo cura di precisare — quella del Mazzarella ha il pregio della coerenza).

tuire all'espropriato, vittorioso in opposizione contro l'assegnatario, il bene coattivamente alienato, ha attribuito all'accoglimento dell'opposizione ex art. 615 cod. proc. civ. forza invalidante dell'atto espropriativo, ormai compiuto e definitivo.

Giusta la decisione, osservava il commentatore, ma criticabile la motivazione, giacché l'astrazione del titolo e della conseguente esecuzione impediscono a quell'accoglimento, cioè alla sentenza conclusiva di un giudizio di cognizione esterno alla procedura espropriativa, di incidere sugli atti di questa, e perciò il bene va restituito all'opponente in via non di annullamento dell'assegnazione, ma di ripetizione di indebito, possibile a chi, come lo stesso opponente, ha dovuto subire l'astratta espropriazione, ma non ha visto ancora accertato — in alcuna concreta cognizione — il credito sottostante al titolo esecutivo dell'assegnatario.

« Teologica » la critica, si obietta nel contro-commento, viziata cioè di verbalistico — e inutile ai concreti fini dell'interpretazione — ossequio agli idoli del titolo esecutivo e dell'astratta azione esecutiva.

A tali obiezioni vi è poco da replicare, perché chi le solleva non si fa carico di confutare le serie — e, per molti aspetti, fondate (5) — critiche che il suo tentativo, come già si accennava, ha ricevuto da più parti. Mi limito a domandare come si possa :

a) fare tutt'uno dell'esecuzione e dell'opposizione di merito, di fronte all'impotenza della seconda ad arrestare, di per sé, la prima ; negare cioè che qui (come in altre e non rare ipotesi di astrazione, cui quella in esame è stata a ragione analogicamente accostata in significativi contributi dottrinali) il titolo opera, per ripetere le chiare e incisive parole del Satta (6), « .... vanificando le contestazioni del debitore » ;

b) accusare di sterile astrattismo il suddetto commentatore, quando, poche righe dopo, si ammette la concreta rilevanza della questione, in ordine alla sorte delle prelazioni « iscritte » sul bene assegnato e alle rispettive posizioni dell'opponente vittorioso e dei terzi acquirenti dall'assegnatario (7) ;

(5) Vedi il mio articolo *La cognizione sul concorso dei creditori nell'esecuzione ordinaria*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1968, p. 561 e ss.

(6) *Diritto processuale civile*, 7<sup>a</sup> ed., Padova, 1967, p. 465 (vedi poi, a p. 466, l'analogia con le altre ipotesi di titoli astratti).

(7) Vedi *Sulla tutela cognitiva* cit., pp. 293-294 ; e Mazzarella, *Scienza cit.*, p. 183, nota 6.

c) invocare, contro l'autonomia dell'opposizione rispetto all'esecuzione, la cosiddetta condanna riconvenzionale, che la giurisprudenza concede all'opposto e che giustamente è stata definita dal Satta (8) come manifestazione estrema di quella contestata autonomia: tanto che la Cassazione ha precisato (sentenze 30 maggio 1963, n. 1459; 1° giugno 1968, n. 1645) come il nuovo titolo ottenuto in via di « riconvenzione » si possa sostituire al precedente, che « venga ritenuto invalido », ma dando luogo ad « un'esecuzione diversa da quella iniziata » (8 bis).

3. — Meno breve deve essere il discorso sulla seconda delle predette dottrine, che, nella sua più recente espressione, esamina attentamente e si sforza di criticare le obiezioni di fondo che le sono state rivolte.

Non si dubita né si può dubitare che la distribuzione successiva alla decisione della causa sorta ex art. 512 cod. proc. civ. consegua ad un giudizio di cognizione. Il dissenso riguarda le ipotesi in cui si provveda alla stessa distribuzione senza applicare l'art. 512 e nelle quali, secondo il Garbagnati, v'è mera ed astratta esecuzione, e non — come vogliono molti — cognizione sommaria sui crediti e sulle prelazioni dei concorrenti né — come da altri si sostiene — definizione di una fase cognitiva in via di conciliazione, sia pure in modi diversi, per sede e per intensità di giudiziario intervento, da quelli ordinari; « ed appare conseguentemente ammissibile, dopo la chiusura del processo di espropriazione, l'esercizio da parte dell'esecutato di un'azione di restituzione della somma assegnata ai creditori concorrenti muniti di un titolo esecutivo stragiudiziale, o sorniti di titolo esecutivo » (9).

Sembra invece pacifico, anche per il Garbagnati — ma non troppo coerente alla radicale astrazione, che egli sostiene, del

(8) *Diritto* cit., p. 589-590.

(8 bis) Il Mazzarella ritiene invece (citando la sentenza 18 maggio 1963, n. 1282, la quale non sembra, peraltro, conforme alla sua tesi) che secondo la Cassazione, « ... se pure il motivo di opposizione è fondato, con l'accoglimento della sua domanda riconvenzionale il creditore può continuare l'esecuzione come se nulla fosse stato in base al nuovo titolo costituito dalla sentenza del giudice dell'opposizione », col che la Corte suprema finirebbe, in pratica, « ... per ammettere che il creditore possa agire legittimamente anche senza titolo esecutivo » (Mazzarella, *Ancora sul titolo esecutivo*, in questa *Rivista*, 1967, p. 314 e ss., spec. p. 320 in nota; sulla stessa linea *Scienze cit.*, p. 183-184).

(9) Garbagnati, *op. cit.*, p. 203.

piano distributivo rispetto ai sottostanti diritti — che, dopo quella chiusura, non siano date ai creditori, tra loro, analoghe azioni contro i risultati del riparto. Queste contraddirebbero del resto alla chiara volontà della legge, che pone qui a contenuto dell'attività giudiziaria postespropriativa il provvedere alla distribuzione, e non — come accade per l'ipotesi dell'unico creditore — al mero ordine di pagamento secondo quel che risulta dal titolo descritto nell'art. 474 cod. proc. civ. (art. 510 comma 1° cod. proc. civ.).

A questo punto ritengo doveroso individuare le ragioni « pratiche » che inducono giurisprudenza (10) e dominante dottrina a negare concordemente — pur con diverse motivazioni « teoriche » — (non solo ai creditori, ma pure) all'espropriato azioni dirette a rimuovere il concreto risultato della distribuzione (11). La risposta non mi sembra difficile, giacché la stabilità di quel risultato appare sorretta soprattutto dal non avere le parti contestato « nel merito » — come pure potevano secondo l'art. 512 cod. proc. civ. — il progetto distributivo approvato o elaborato dal giudice. E tale possibilità è data ugualmente al debitore e ai creditori: onde appare contrario al buon senso, prima ancora che alla coerenza del sistema, consentire qui al primo quel che ai secondi è negato (12).

È chiaro ora perché molti seguono vie opposte a quella del Garbagnati e concordemente — salvi dissensi che ora non interessano — coinvolgono il debitore nell'opera giuridicamente creatrice e stabilizzatrice della distribuzione, lo considerano cioè, dopo la vendita o l'assegnazione, non più soggetto passivo di astratte azioni espropriative, il cui risultato egli possa rimuovere con esterne cognizioni sul rapporto sottostante, ma soggetto

---

(10) Vedi Cass. 9 luglio 1969, n. 2434.

(11) Vedi, se vuoi, il mio commento alla citata Cass. n. 2434 del 1969 (*Sulla tutela cit.*, p. 294-295) con riferimento anche alle impugnazioni dei risultati distributivi per dolo o collusione, cui la Corte suprema accenna in ipotesi.

(12) In altri termini, la distribuzione dipende imprescindibilmente dalla mancata o risolta contestazione sulle « cause sostanziali » che la giustificano, mentre il coattivo pagamento al solitario precedente è indipendente — perché astratto — dalla esistenza e dalle sorti della contestazione sul diritto alla sanzione esecutiva sottostante al titolo, giacché il giudizio cognitivo su quel diritto, che venga promosso in pendenza dell'esecuzione, non la paralizza, ma è solo uno dei presupposti per la sua sospensione, rimessa ad autonoma e discrezionale pronuncia del giudice della stessa esecuzione (art. 624 cod. proc. civ.). Vedi più ampiamente *La cognizione cit.*

attivo, accanto ai creditori, di un giudizio cognitivo, nel quale si deve decidere a chi, e per quanto, spetti il ricavato.

Ma anche il più rigoroso e formale ragionamento giuridico impedisce di ravvisare nella distribuzione aspetti espropriativi, soprattutto per due ordini di considerazioni.

In primo luogo, l'art. 474 cod. proc. civ. non consente di attribuire azioni esecutive a chi non sia munito di uno dei titoli che lo stesso articolo descrive, e impone quindi di negare, in fase satisfattiva, azioni del genere anche ai creditori « titolati » data l'assoluta parità di forza — riconosciuta ed anzi rigorosamente ed efficacemente sostenuta dallo stesso Garbagnati — tra le situazioni e i poteri processuali di tutti i creditori verso l'espropriato e verso gli organi chiamati a distribuire. A questo argomento il Garbagnati, in sostanza, non replica. Egli si limita a dire, infatti, che l'attività distributiva si svolge in un processo « esecutivo » e con la essenziale cooperazione di un « giudice dell'esecuzione », come se la coordinazione normativa delle fasi espropriativa e satisfattiva in serie procedimentale (necessaria, per evidenti esigenze funzionali) e la connessa identità dell'organo giudiziario bastassero ad escludere nel processo *de quo* ogni potere ed ogni contenuto non espropriativi.

Il Garbagnati è poi costretto, da critiche decisive (13), ad abbandonare la sua precedente tesi del ricavato in proprietà del debitore, sostituendole quella di un credito — che sarebbe qui l'unico diritto « sostanziale » in gioco, in contrapposto alle situazioni ed ai poteri puramente « processuali » dei concorrenti — di un credito, dicevo, che spetterebbe allo stesso debitore verso la Cassa di risparmio postale, depositaria del ricavato, e che resterebbe « .... soggetto a pignoramento, in luogo del bene alienato, fino alla chiusura del processo di espropriazione .... » (14).

Ma è evidente l'artificiosità di tale costruzione: strano « credito sostanziale », invero, quello che nascerebbe non prima, ma in forza del suo stesso pignoramento!

Si può anche ammettere (sebbene gli art. 196 R. D. 30 maggio 1940, n. 775 e 12 R. D. 10 marzo 1910, n. 149 — cui fa rife-

(13) Vedi Andrioli, *Appunti di diritto processuale civile*, Napoli, 1962, p. 404-405, e, se vuoi, i miei rilievi ne *La cognizione cit.*, spec. p. 569-571.

(14) Garbagnati, *op. cit.*, p. 180.

rimento il Garbagnati — non lo dicano) che qui « il libretto di risparmio infruttifero ... » sia « ... rilasciato *al nome del debitore esecutato* ... » (14 bis), anziché, come a me parrebbe, a rigore, più corretto, che il ricavato sia versato in modi e forme meglio corrispondenti al suo vincolo giuridico, cioè alla sua destinazione alla (eventuale) soddisfazione dei creditori e (o) restituzione all'espropriato (15); ma solo per ragioni « pratiche » inerenti alla più agevole e rapida individuazione della procedura cui il deposito *de quo* si riferisce, alle quali ragioni, si può, se si vuole, aggiungere quella, giuridica, che il ricavato è pur sempre prezzo di un bene che fu dell'espropriato e come tale fu venduto (16). Tutto ciò non esclude peraltro che il debitore non è mai titolare di alcuna situazione attiva, rispetto alla quale sia soggetto passivo la predetta Cassa di risparmio. Questa riceve, infatti, la somma in deposito e la detiene solo come destinataria degli ordini che le saranno impartiti dagli organi preposti al processo esecutivo. In diverse parole, l'espropriato, proprio perché tale, non ha più alcun diritto sostanziale sul prezzo, dal momento stesso in cui il bene è venduto, e finché quegli organi non ne abbiano disposto la totale o parziale restituzione. Il lungo discorso del Garbagnati sulla differenza tra la situazione puramente processuale dei creditori e il preteso diritto sostanziale del debitore è dunque estraneo alla materia cui si vorrebbe riferire, giacché può solo significare che la « causa sottostante » all'ordine di pagamento ai creditori o al debitore, in altri termini l'oggetto della cognizione preliminare a quell'ordine, è per i primi la strumentale situazione attiva che è descritta negli art. 2740 e 2741 cod. civ. e che si realizza qui in vie processuali, per il secondo la sostanziale proprietà sul bene coattivamente trasferito, la quale esisteva prima della (ma non più dopo la) alienazione *ope iudicis*.

4. — Questa, che si è tentato ancora una volta di delineare, è l'unica *ratio* possibile del sistema in discorso. Il che non impe-

(14 bis) Garbagnati, *op. cit.*, p. 180.

(15) E perciò facevo riferimento (*La cognizione cit.*, spec. p. 571) all'art. 41 disp. att. cod. proc. civ., che mi sembrava, per analogia, applicabile alla somma in discorso, della quale è incerta, al momento del deposito, la concreta destinazione all'uno o all'altro di più soggetti, essendo giuridicamente sicuro solo che essa sarà oggetto di ordini di giustizia da eseguire dal cancelliere (vedi anche gli art. 199 e 200 del citato R. D. n. 775 del 1940).

(16) Vedi *La cognizione cit.*, spec. p. 570.

disce ed anzi impone all'interprete un'opera ricostruttiva, in specie di fronte a norme come quelle in esame, che — per generale riconoscimento — nascono da un'opera legislativa non felice, lacunosa e talvolta incoerente.

Lo dimostra tra l'altro la disposizione (art. 529 cod. proc. civ.) che attribuisce solo ai creditori « titolati », e non a tutti i concorrenti, il potere processuale di chiedere la distribuzione del denaro pignorato, cioè l'apertura di una fase che è puramente satisfattiva, essendo quel denaro depositato nelle stesse forme e con gli stessi scopi del ricavato dalla vendita (17).

Coerente è stato invece il legislatore, quando ha favorito, tra i chirografari, i creditori intervenuti fino alla udienza autorizzativa della vendita, quelli, cioè, che sono riusciti a concretare sul bene la situazione strumentale loro conferita dall'art. 2740 cod. civ. prima che il bene medesimo venisse sottratto, con la vendita, al patrimonio dell'espropriato, cioè alla materia della sua responsabilità rispetto ai crediti fatti valere nel processo esecutivo (18). E qui il Garbagnati fa invano perno sulla distinzione tra la predetta udienza e il compiuto trasferimento coattivo nonché sulla salvezza delle prelazioni per gli insinuati in fase distributiva.

In primo luogo, compete al giudice dell'esecuzione la cognizione sull'ammissibilità e sulla regolarità formale degli interventi, che deve imprescindibilmente precedere la fase procedimentale in cui si attuano la vendita o l'assegnazione (si pensi fra l'altro alla cessazione della prima — art. 504 cod. proc. civ. —

(17) Per un tentativo di « razionalizzare » questa norma vedi le considerazioni svolte in *Conversione del pignoramento e distribuzione del denaro*, in questa *Rivista*, 1965, p. 377 e ss., spec. 381-382.

(18) Vedi *La cognizione cit.*, spec. p. 571 e ss. La sottrazione del ricavato al patrimonio dell'agredito mi ha indotto a ravvisare nel fondamento dell'intervento tardivo dei chirografari non l'esercizio di un potere sul bene espropriato, ma « ... una delle varie cause di sostituzione del creditore al debitore » (*La cognizione cit.*, p. 573). Non comprendo, a tal proposito, l'obiezione del Garbagnati (*op. cit.*, spec. p. 186-187), basata, in sostanza, solo sull'autonomia dei poteri dei predetti chirografari rispetto a quelli conferiti alle altre parti della distribuzione. La ratio di ogni sostituzione del genere impone infatti che il creditore possa agire anche (e soprattutto) in carenza di azione del debitore ed esclude perciò che la mia tesi comporti — come vuole il Garbagnati — che, in contrasto con l'art. 629 comma 2° cod. proc. civ., « ... la estinzione del processo esecutivo per rinuncia agli atti dovrebbe essere indipendente dalla ... volontà ... » dell'interveniente chirografario tardivo, « ... così come è indipendente dalla volontà dell'esecutato ».

o al valore minimo per la seconda — art. 506 cod. proc. civ. — che devono essere decisa o fissato in base alle somme pretese dal creditore pignorante e da ogni intervenuto). Onde l'ultimo tempo utile per far valere le ragioni creditorie sul bene aggredito non può essere ogni momento antecedente alla vendita, ma solo quello in cui è rimessa al giudice, tra l'altro, la suddetta cognizione (autorizzata la vendita, il giudice dell'esecuzione non fissa udienze in cui si possa discutere sui requisiti formali degli interventi, sì che questi, ove seguano alla detta autorizzazione, valgono giuridicamente come se avvenissero a fase distributiva aperta, ancorché precedano la compiuta alienazione).

Si è poi chiarito in dottrina — e il Garbagnati sembra dimenticarlo — che i creditori privilegiati non hanno bisogno dell'intervento nel processo esecutivo per concretare sul bene aggredito le situazioni strumentali che loro competono in base agli art. 2740 e 2741 cod. civ., essendo a tal fine sufficienti le fattispecie costitutive delle prelazioni. Onde la loro partecipazione al detto processo è necessaria solo perché quel bene deve essere, o è stato, trasferito all'acquirente libero da ogni peso ed è quindi normativamente necessario fissare i modi e i tempi in cui la prelazione si possa realizzare sul prezzo.

5. — Non vedo infine come possano essere di ostacolo alla tesi qui sostenuta da un lato la carenza di azioni cognitive dei creditori prima della fase distributiva, dall'altro la impossibilità di individuare, in tal fase, gli atti con i quali dette azioni verrebbero esercitate (19).

Quella carenza è invero inevitabile, essendo l'espropriazione astratta dai crediti sottostanti.

Nella distribuzione domina poi — come è previsto e consentito dall'art. 2907 cod. civ. anche per giudizi cognitivi — l'impulso officioso e mancano perciò vere e proprie domande giudiziali con le quali si facciano valere i crediti. La distribuzione postimmobiliare ha inizio, per espresso disposto di legge, da un atto del giudice, cioè dal deposito in cancelleria del progetto di distribuzione (art. 596 cod. proc. civ.). Ma anche per la distribuzione postmobiliare non è pensabile — in mancanza di espresse

---

(19) Garbagnati, *op. cit.*, spec. p. 189 e ss.

comminatorie legali di termini — che il processo rimanga paralizzato a libito dei creditori, quando questi non compiano l'atto di mero impulso (e non di domanda: concordo, qui, col Garbagnati) che è descritto nell'art. 541 cod. proc. civ. come proposta al giudice del « piano concordato »; onde, decorso un ragionevole tempo dal deposito del prezzo, sarà necessario che le parti siano sentite sui modi della distribuzione e che il giudice fissi udienza a tal fine (art. 485 cod. proc. civ.).

LUIGI MONTESANO

*Professore ordinario nell'Università di Bari*

## MISURE COERCITIVE E TUTELA DEI DIRITTI (\*)

SOMMARIO: 1. Una recente monografia in tema di «misure coercitive e tutela dei diritti». — 2. La critica del Chiarloni alla «penalizzazione surrettizia» degli obblighi civili. — 3. Opzioni «di valore» e asserita necessità di un intervento legislativo volto a fissare le ipotesi di prevalenza della tensione all'adempimento in natura. — 4. La ricostruzione storica e la «divergente evoluzione» degli ordinamenti germanico e francese in tema di misure di coazione sulla persona. — 5. Osservazioni critiche sulla idea che il perpetuarsi di misure personali di coazione o addirittura il loro «movente originario» sia legato all'intento di assicurare le prestazioni lavorative tipiche della c.d. età feudale. — 6. Il diverso atteggiamento degli ordinamenti francese e germanico nei riguardi della contumacia e della *inobedientia* nella loro evoluzione storica. — 7. La contumacia come turbamento della «pace pubblica» e offesa all'autorità. L'idea dell'impero e la repressione di contumacia e *inobedientia* «ad tuendam Caesaris et Imperii jurisdictionem». — 8. Fondamento autoritativo e pubblicistico delle misure personali sviluppate dall'esperienza germanica in contrapposizione al limite della dignità dell'«uomo libero» secondo l'esperienza francese.

1. — Sotto il titolo «Misure coercitive e tutela dei diritti», il Chiarloni ha dedicato una stimolante monografia, agile e scorrevole, e talora anche infiorata da qualche preziosità stilistica, ad un tema di grande attualità; viepiù accentuata da recenti indagini (1) miranti a «ricostruire» la tutela di condanna in funzione della sua effettività — il garantire al titolare del diritto «per quanto possibile tutto quello e proprio quello» che ha diritto di conseguire in base alla legge sostanziale —; tanto da pervenire, nelle ipotesi di insufficienza dello strumento esecutivo, a rivalutare, o meglio ancora a proclamare addirittura la *necessità* del ricorso alla tecnica delle misure coercitive,

---

(\*) A proposito di: Sergio Chiarloni, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, Milano, Giuffrè, 1980. Questa opera verrà d'ora innanzi indicata con il solo nome dell'Autore.

Il presente scritto è destinato alla raccolta di *Studi in memoria di Salvatore Satta*.

(1) Cfr. soprattutto Proto Pisani, *Appunti sulla tutela di condanna*, ora in *Studi in onore di E.T. Liebman*, III, Milano, 1979, p. 1667 ss., spec. 1727 ss. Altre indicazioni in Chiarloni, p. 9 ss.

anche attraverso ardite proposte interpretative di alcune disposizioni vigenti.

Il C. ha di mira, principalmente, se non esclusivamente, l'attuazione degli obblighi di fare e non fare e, tra essi, in particolare quelli non suscettibili di esecuzione in forma specifica a sensi degli art. 612 e seguenti c.p.c.; proprio quelli, dunque, per i quali è tornata a rifiorire l'attenzione per la c.d. esecuzione processuale indiretta, mediante «misure coercitive rivolte a influire sulla volontà dell'obbligato così da indurlo ad adempiere la propria prestazione». E opportunamente, sin dalle prime pagine (2), si chiarisce di voler dedicare un'attenzione particolare alle misure coercitive dirette alla *persona* del debitore, anche se, com'è ovvio, la ricerca non può prescindere dalla considerazione altresì delle misure afferenti il *patrimonio*; opportunamente, anche perchè diverso è l'atteggiamento dell'a. rispetto alle une e alle altre, favorevole cioè alle seconde nei limiti di una pre valutazione legislativa dell'importanza dell'adempimento in natura (o, più oscuramente, di una valutazione giudiziaria condotta «caso per caso»), e invece negativo riguardo alle prime, specie con riferimento alla riscontrata recente tendenza a «generalizzare le misure coercitive sulla persona del debitore».

In fondo, a cercare di rendere ragione di questa diversità di atteggiamento, e soprattutto a illustrare il dissenso verso il «rilancio in grande stile» delle misure coercitive sulla persona, si può dire che è dedicato tutto il volume.

2. — L'indagine si sviluppa in una duplice direzione: la prima, rivolta a seguire nella prospettiva storica la fioritura, il declino, e per contro il mantenimento di misure coercitive, essenzialmente nell'evoluzione degli ordinamenti francese e germanico; la seconda, destinata all'analisi della normativa vigente, e alla critica delle recenti opinioni miranti vuoi a sussumere nell'esecuzione indiretta anche l'esecuzione specifica di obblighi di fare e non fare, vuoi a ricostruire l'ambito della tutela di condanna anche al *facere* infungibile, in funzione di proposte interpretative «eterodosse» di talune norme e istituti.

Con particolare riguardo a questo secondo aspetto dell'indagine, sembra lecito dire senz'altro che essa appare piana e convincente. Nè l'ipoteca giudiziale, e men che meno le disposizioni di cui agli art.

---

(2) Chiarloni, p. 21 ss.

388 e 650 cod. pen., si prestano a venir riguardate come tali da configurare misure coercitive idonee alla «coazione all'adempimento» (3); non la prima, che oltre ad «annacquare» il concetto stesso di misure coercitive, risulta incompatibile con la sua iscrivibilità anche in forza di condanna non dotata di efficacia esecutiva; e non le seconde, perchè l'approfondita analisi delle relative fattispecie, in tutti gli elementi costitutivi di esse, conduce a negare decisamente che quelle norme siano applicabili e idonee a configurare misure coercitive penali volte a garantire l'attuazione di ogni sentenza civile non suscettibile di esecuzione forzata per surrogazione. La «penalizzazione surrettizia» degli obblighi civili non regge proprio dinanzi alle disposizioni che pur dovrebbero costituirne il fondamento; mentre solo in taluni casi espressamente previsti (in tema di privative industriali, o nella previsione dell'art. 18 ult. comma dello Statuto dei lavoratori, mediante sanzioni civili; nell'area dell'art. 28 del medesimo Statuto o dell'art. 15 della legge 9 dicembre 1977, n. 903 sulla parità di trattamento tra uomo e donna in materia di lavoro, con sanzioni penali) all'inadempimento di un obbligo consacrato in una sentenza l'ordinamento reagisce con misure coercitive, a lor volta espressamente e specificamente previste. Il che assume questo ulteriore significato: solo in detti casi, contrassegnati per l'appunto dalla previsione di specifiche misure coercitive, la tutela di condanna si svincola dalla «normale correlazione» con l'esecuzione forzata, rimanendo altrimenti la sanzione esecutiva per surrogazione il connotato distintivo della tutela di condanna rispetto a quella di mero accertamento (4).

3. — Ma al di là dell'analisi esegetica e sistematica delle norme che, rettamente interpretate, conducono ai risultati dianzi brevemente tratteggiati, il lavoro che si va commentando è permeato pressochè ad ogni pagina — e va dato atto al C. d'averlo esplicitato sempre e con notevole chiarezza — da opzioni o giudizi «di valore», nella stessa scelta delle soluzioni proposte. In fondo, e la probità intellettuale del C. lo induce a dichiararlo candidamente, quel che della «penalizzazione surrettizia» da altri tentata non piace all'a. è la indiscriminata tendenza generalizzatrice che, una volta ammessa, essa trarrebbe con sè, anzichè venir rigorosamente circoscritta a ipotesi determinate, in

---

(3) Chiarloni, rispettivamente a p. 161 ss., e p. 182 ss., 200 ss.

(4) Chiarloni, p. 203.

cui sia ritenuta prevalente la «tensione all'adempimento in natura» al punto di giustificare anche la sanzione penale come mezzo di coazione all'adempimento; tendenza generalizzatrice che, una volta innescata, condurrebbe a penalizzare anche comportamenti proprio di quei soggetti, a favor dei quali in altri momenti e aspetti è stata invece tentata la via anzidetta ai fini della «effettività» della tutela di condanna. È questa dichiarata preoccupazione che sta al fondo del «disvalore» manifestato dal C. per le misure coercitive anche penali e comunque involgenti la persona, e che lo induce a vagheggiare un intervento legislativo discriminante, tale da comportare una scelta caso per caso superando la «funzione di supplenza» esercitata da ampi settori della giurisprudenza: «questa considerazione potrebbe anche portare a valutare con favore, ad esempio, l'introduzione di una misura coercitiva — magari penale, ma certo meno severa di quella prevista dall'art. 388, comma 2° c.p. — per il caso di mancata esecuzione spontanea di un provvedimento di reintegra, e nello stesso tempo a rifiutare, come un relitto di tempi passati e oscuri, il ricorso alla sanzione penale per stabilire i confini del diritto di sciopero» (5).

A parte ogni discorso a tal proposito, mette conto di notare che l'intervento legislativo per ipotesi specificamente determinate, già salutato come necessario e in qualche misura auspicato con riferimento all'introduzione di misure coercitive afferenti il patrimonio, viene così, sia pur con molta prudenza e dubbi di opportunità, ad essere esteso sino ad abbracciare anche ipotesi di misure coercitive sulla persona. Con molti dubbi e perplessità: perchè il C., ovviamente, non può dimenticare di aver dato una valutazione del tutto negativa di quegli ordinamenti che, in vario modo e forme, conoscono misure coercitive «personali» anche a presidio dell'adempimento di obblighi infungibili di fare o di non fare; e di accingersi a enunciare valutazione men severa, ed anzi per più aspetti positiva, per l'esperienza di altri ordinamenti, ma solo in considerazione delle particolarità di ambiente e di struttura di essi, oltre che dei correttivi via via apportati nel tempo.

Il fatto è che il C. plaude *toto corde* (nè, a dire il vero, potrebbe essere diversamente) all'antica affermazione secondo la quale, con la progressiva sostituzione dell'esecuzione diretta per surrogazione all'esecuzione indiretta sulla persona, «la storia dell'esecuzione si fa

---

(5) Chiarloni, p. 234.

storia della civiltà umana» (6). Ancora: le c. d. *Zwangsstrafen* incidenti sulla persona, là dove legislativamente previste e disciplinate, son dal C. drasticamente riguardate come meri residui storici di «tempi passati e oscuri», se non addirittura bollate come relitti risalenti a un imperfetto superamento della struttura feudale della società dell'*ancien régime*. E allora viene inevitabile il dubbio sulla compatibilità di simili valutazioni con il pur incertamente auspicato intervento legislativo, volto a introdurre «caso per caso» misure coercitive anche personali.

Dubbio di tutto riguardo, perchè coerenza vorrebbe che, se così da intendere e valutare, le misure coercitive sulla persona sian da porre definitivamente al bando, senza stare a distinguere ipotesi da ipotesi, anche se ciò non piace al C. a ragione delle sue opzioni di valore; ovvero, e rovesciando il discorso, chi volesse ammettere l'utilità di misure coercitive anche personali, non può non accettarne il *Gegendruck*, e cioè l'eventualità della loro applicazione anche in casi non desiderati. E comunque: a rimuovere il dubbio accennato, non sembra certo ragion sufficiente il contrapporre, per l'appunto, la tecnica del «caso per caso» di contro alla indiscriminata «tendenza generalizzatrice»; nonostante la suggestione della formula, che ha l'aria di lasciar intravedere un costante processo di adeguamento alle contingenze storiche, anche e proprio la continua possibile «inversione di valori» ch'è ad essa sottesa (a tacer d'altro) non può che accrescere le perplessità su di una tale rivalutazione delle misure coercitive sulla persona, lasciate in balia degli umori o dei capricci del tempo o dei *potentiores*.

4. — A parte la riserva da ultimo accennata, cui il C. non ha saputo o voluto rinunciare, al netto «disvalore» manifestato in linea generale per le misure coercitive sulla persona l'a. perviene a conclusione di una indagine storica, volta a porre in evidenza quella che — con felice formula riassuntiva — viene denominata la «storicità di un principio di natura»; e cioè quello consacrato nella tradizionale massima *nemo praecise ad factum cogi potest*.

Sarà, e probabilmente è, questione di «gusto». Comunque sia, a mio avviso, è forse la parte più interessante del volume, nella quale si

---

(6) Son parole del Menestrina, *Accessione nell'esecuzione*, rist. Milano, 1962, p. 208, ricordate da Chiarloni, p. 250.

manifestano appieno le doti del C. di scrittore brillante e teso all'essenziale; e fors'anche troppo essenziale, tanto da destare talvolta l'impressione (non di una ricostruzione «a tesi», ma) di aggirare interrogativi che pur avrebbero potuto meritare qualche riflessione. E se, alla fin fine non emergono grandi novità rispetto a quanto già conosciuto, notevole è peraltro il metodo d'approccio dell'a., mirante a ricercare e porre in luce i collegamenti tra l'evoluzione degli istituti giuridici e l'evoluzione più generale della società di cui le nuove soluzioni affermatesi vengono a rappresentare espressione; anche se, proprio su questo terreno, alcune affermazioni enunciate appaiono, in verità, troppo generalizzatrici e in ultima analisi forse poco conclusivi.

Certo non mette conto di soffermarsi, in questa sede, sull'«enigma» della *condemnatio pecuniaria* del diritto romano classico; nonostante ogni sforzo, essa ha l'aria di essere e di voler restare un enigma (7), che solo la disinvoltura (unita alla mancanza di senso della storia) di taluno ha creduto di poter facilmente sciogliere ravvisandovi senz'altro un privilegio dei *beati possidentes*; tesi, questa, di cui il C. non ha difficoltà a porre in evidenza l'apriorismo e la carenza di adeguata giustificazione.

Ben maggiore rilievo ha l'esame del menzionato principio nell'età di mezzo; e la sua progressiva affermazione, a scapito delle misure di esecuzione indiretta già «dilaganti» in tempi anteriori viene attentamente seguito, sino al suo presentarsi apparentemente come una «astratta regola di ragione»; ma che il C. — se mi è concessa l'espressione — «relativizza», nel senso di scorgervi una precisa opzione contro il ricorso a mezzi coercitivi sulla persona per costringere il debitore di obbligazioni di fare ad adempiere esattamente. Nulla di trascendentale, potrà venir fatto di osservare: si è ormai avvezzi a intendere molte (se non tutte) delle c.d. regole di ragione,

---

(7) Ben inteso: il dire che, a mio sommo avviso, la *condemnatio pecuniaria* è, e resta, in larga misura un «enigma», nulla toglie al pregio delle indagini volte a cercare di darne spiegazione e illustrazione; come nulla toglie alla finezza anche delle osservazioni enunciate dal C. e alla sicura conoscenza che egli mostra di possedere specie della romanistica più recente. Se mai, e sia qui detto una volta per tutte, desta a volte qualche sorpresa il «tipo» di bibliografia cui talora il C. si affida per confortare alcune affermazioni ritenute come acquisite: per es., per rendere ragione di cose ormai note da più d'un secolo in ordine alle caratteristiche dell'*imperium* del magistrato romano, l'A. sembra non trovar di meglio che invocare rilievi di un pur illustre «sociologo»; così come ad altro proposito, più oltre, accanto al richiamo di un giustamente celebrato lavoro di M. Bloch, fa specie veder invocato anche il terribile «polpettone» di Lukács sulla *Zerstörung der Vernunft!*

come tali prospettate e valutate da notissime correnti di pensiero, non altro che come il portato della storia nel suo incessante divenire; e, se mai, quel che interessa è cogliere il momento e l'«ambiente» in cui esse si son venute, per così dire, disancorando dall'evoluzione storica per porsi in guisa di «verità assolute». Ed è quel che, per quanto attiene al principio in esame, il C. cerca di compiere, ritenendo di ravvisarli nel superamento dei vincoli di dipendenza propri della società feudale, e nell'acquisita consapevolezza della dignità dell'«uomo libero» come un valore assoluto: il rifiuto dei mezzi di coercizione sulla persona anche ai fini dell'adempimento (questo è il significato del «*praecise*», come vien giustamente sottolineato con notevole finezza) (8) vuol dire rifiuto di ammettere una violenza che all'uomo libero non si deve fare «*ne homini libero vis fiat*».

Va da sè che, così storicizzato il principio, diverse possono essere, e sono, le sue manifestazioni concrete, e il suo stesso ambito di validità. Ecco infatti presentarsi quella che già in un antico e famoso, ed ancor fondamentale, saggio del Kohler (9) vien denominata l'«evoluzione divergente», rispettivamente degli ordinamenti francese e germanico. Pur muovendo entrambi da un comune punto di partenza — riportato dal Kohler addirittura al «processo della *lex salica*» (10) — e cioè dall'idea della contumacia come turbamento della pace e impedimento alla giustizia; pur considerando entrambi come contumace sia chi rifiuta di comparire in giudizio, sia chi non dà attuazione a quanto stabilito (*Ungehorsam*, «inoboedientia»), le successive linee di sviluppo vengono a divergere, giacchè:

— mentre il processo francese presenta una evoluzione «per vie interne», nel senso di andar ricollegando alla contumacia conseguenze endoprocessuali — la *absolutio ab instantia* ovvero l'accoglimento della domanda, a seconda di chi è il contumace —, poi attenuatesi per l'esigenza del persistere della contumacia, sino alla famosa ordinanza di Francesco I che, *contra veterem stylum Galliae*, impose comunque all'istante *de faire apparoir du contenu en sa demande*; e correlativamente, come si rinuncia all'uso di mezzi coercitivi per assicurare la presenza in giudizio della parte, così vengono a mancare misure coercitive per vincere l'«inoboedientia» di fronte alla sentenza;

(8) Chiarloni, p. 62.

(9) Kohler, *Ungehorsam und Vollstreckung im Civilprocess* (*Civilprocessuale Beiträge*), in *Arch. Civ. Pr.*, 80 (1893), p. 141 ss., spec. p. 196 ss.

(10) Kohler, *op. cit.*, p. 198.

— per contro, in Germania la contumacia seguita ad essere intesa come un'offesa all'autorità, sì da giustificare il mantenimento di mezzi coercitivi idonei ad assicurare la comparizione della parte e a vincerne l'ostinata resistenza; e *a fortiori* permane la severa valutazione della «inoboedientia», mediante il ricorso a misure coercitive di «coazione all'adempimento» di quanto contenuto nella decisione. *Acht, Pön, Bann, Eremodicium, Excommunication*: ecco un «campionario» di strumenti coercitivi, applicabili in entrambe le anzidette ipotesi riguardate come di contumacia (11), e solo in più tarda epoca sostituiti da sanzioni pecuniarie o dall'arresto.

Naturalmente, anche il C., che non a caso dichiaratamente afferma di aver preso il saggio del Kohler a base della sua indagine, si trova dinanzi a tale varietà di evoluzione; e ne trae spunto per esprimere le ragioni del «disvalore» per le misure coercitive sulla persona. Imputando al Kohler d'essere un mero concettualista — laddove è notorio che l'illustre scrittore è tra coloro cui men si addice tale qualifica, non fosse che per essere stato uno degli antesignani della dottrina *des richtigen Rechtes*, oltre che per l'ampiezza delle prospettive storico-comparative dischiuse; anche se, ovviamente, egli era pur figlio del suo tempo, quello delle polemiche sul «romanesimo e germanesimo nel processo civile», con quel che vi fa contorno — vien ritenuta come puramente illusoria l'idea di rendere ragione dell'affermarsi in Francia del *nemo praecise ad factum cogi potest*, e del permanere in Germania di misure di coazione all'adempimento, in funzione delle diverse linee di sviluppo dei menzionati ordinamenti nei riguardi della contumacia. In tal modo — dice il C. — non si spiega nè si comprende nulla; e così, asserire ad es. che il venir meno delle misure di coazione all'adempimento sarebbe un portato del progressivo venir meno dei mezzi coercitivi per assicurare la presenza della parte, non avrebbe maggior senso che opinare, al contrario, che proprio la severità nei confronti del condannato inadempiente sia invocabile per giustificare la severità nei riguardi del «contumace» non comparso (12).

---

(11) Kohler, *op. cit.*, p. 203 ss. Profonda e analitica ricostruzione del sistema germanico dell'*Ungehorsam* secondo il *Sachsenspiegel*, e con copiose indicazioni di fonti (Goslar, Magdeburgo, ecc.) è quella offerta dall'insuperato lavoro di J.W. Planck, *Das Deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter*, II, Braunschweig, 1879, p. 234 ss., p. 268 ss.

(12) Chiarloni, p. 72-73.

Si dovrebbe invece, secondo il C., por mente a ragioni più profonde, inerenti allo stesso differenziato processo di trasformazione delle strutture sociali, e quindi al fatto che in Francia, con largo anticipo e più rapidamente che non in Germania, si sarebbe determinato quello che — usando parole di M. Bloch — viene chiamato «il passaggio da una struttura sociale fondata sul servizio ad un sistema di rendite fondiarie» (13). In definitiva: l'affermarsi del *nemo praecise ad factum cogi potest* sarebbe da riguardare come correlativo al venir meno delle *corvées* e alla trasformazione del suddito «in un contribuente, che dei suoi obblighi civili risponde con il patrimonio, non con la persona»; per contro, il perpetuarsi di misure indirette di coazione al *facere*, altro non sarebbe che conseguenza e manifestazione ad un tempo della «perdurante predominanza della struttura feudale agraria», che si dice essere rimasta tipica, sino a tempi relativamente recenti, della Germania, e quindi della «peculiare arretratezza tedesca» (14).

Questa sarebbe la «vera» ragione dell'«evoluzione divergente» dei richiamati ordinamenti; e questa, al tempo stesso, la ragione del «disvalore» per le misure di coercizione indiretta sulla persona. Date le premesse delineate, il passo è breve per giungere ad una conclusione generalizzante: a dispetto delle trasformazioni via via intervenute, il mantenimento di misure di coazione indiretta sulla persona per l'adempimento di obblighi di fare, altro non sarebbe che il retaggio dell'antica coazione al *Frohndienst*, alle *corvées*; ed anche nei limiti sanciti dalla ZPO starebbe a denotare la persistenza di «residui semifeudali», agevolmente accumulabili al clima «burocratico-autoritario» del tempo in cui la stessa ZPO vide la luce.

5. — Non è certo intenzione di chi scrive il negare l'interesse di simili ampie prospettive, e men che meno di contestare la suggestione dei collegamenti individuati e dianzi brevemente riassunti. Ecco, se mai, v'è da lamentare qualche cosa d'altro, e precisamente che l'indagine dia l'impressione di procedere più che altro per intuizioni o per ipotesi, «ragionevoli» (volendo usare un'espressione dell'a.) quanto si vuole ma per così dire «astratte», e senza i riscontri e gli approfondimenti necessari per sorreggerle. E così capita che chiunque abbia un minimo di conoscenze storiche, o si diletta di ricerche di tal

(13) M. Bloch, *La società feudale* (cito dall'ed. it., Torino, 1971), p. 287.

(14) Chiarloni, p. 75.

sorta, non possa non avvertire alquanto perplessità; e ben inteso, perplessità che nel tema in esame, al di là del piano della ricostruzione storica, potrebbero investire le stesse valutazioni di fondo enunciate, anche perchè è proprio il C. a palesare il suo giudizio negativo per l'esperienza germanica in funzione della qualifica di meri «residui semifeudali» assegnata alla *Zwangsstrafen* della ZPO. Ora, se tale qualifica, desunta dalla tratteggiata evoluzione storica, dovesse rivelarsi inesatta o approssimata, perchè approssimata e frettolosa viene a risultare la delineata ricostruzione, dovrebbe forse mutare il giudizio, sino magari a salutare con compiacimento quelle stesse misure coercitive altrimenti tanto severamente censurate?

E non si può nascondere che il quadro tracciato denoti proprio una certa qual sommarietà.

Per es., appare singolare che il C. voglia ravvisare la ragione profonda — quella, a suo dire, elusa dal «concettualista» Kohler — del mantenimento in Germania di misure coercitive sulla persona ai fini dell'adempimento di obblighi di fare, nello «slittamento nel tempo» della evoluzione della struttura feudale della società tedesca imperniata sulle *corvées* o *Scharwerke*. Anzitutto, appare singolare lo stesso modo di prospettare una simile correlazione: nell'ambito delle fonti evidenziate dal Kohler si rinviene la previsione — in un testo normativo del XVIII secolo! — di sanzioni pecuniarie o personali di «coazione all'adempimento» sia di un *facere* e sia di un *pati*, e in cui solo come esempio viene indicata la *Scharwerk* (15). Ebbene, su que-

---

(15) Infatti il Kohler, *op. cit.*, p. 203 ss., dopo aver fatto menzione (per lo più sulle orme del Planck, *op. cit.*, p. 270 ss.) di fonti sassoni, poi di statuti, poi ancora di scrittori cameralisti ecc., nelle quali fonti non v'è mai alcuna correlazione tra la previsione di misure di coazione e adempimento di obbligazioni di *facere*, passando a esaminare per l'epoca più recente alcune legislazioni territoriali richiama il *Codex iudicialis* bavarese del 1753, che al c. XVIII, § 3 n. 8 così dispone: «Wenn endlich 8 Jemand etwas zu thun, oder zu unterlassen, z.B. die Scharwerke zu leisten, den Weidgang zu meiden und zu dergleichen condemnirt wird, so soll man eine gewisse Geld — Gefängniß — oder andere ergiebige Strafe festsetzen, um bei Vermeidung derselben dem Judicat nachzukommen». Resta per me incomprendibile come il nesso, assai timidamente accennato in tal testo tra prestazioni lavorative e misure di coazione (più propriamente riferite all'osservanza del giudicato come tale), possa per così dire venire riportato indietro di cinque o sei secoli, sino ad atteggiarsi a «movente» della conservazione delle misure coercitive negli ordinamenti germanici, e a costituire così la *ratio* della divergente evoluzione di detti ordinamenti rispetto a quello francese. E per contro, anche dal passo riportato risulta che le misure di coazione ivi indicate son previste — analogamente al passato, al procedimento «*in overhöres*», *Ungehorsam*: v. Planck, *op. cit.*, p. 275 — con riferimento all'inesecuzione del giudicato.

sta base, con sorprendente trasposizione, si vuole sostenere che il perpetuarsi delle misure coercitive personali risponda essenzialmente e altro non sia che il riflesso del perdurare nel tempo di una struttura sociale «basata sul servizio»; e addirittura, con ancor più audace generalizzazione, sempre sulla base di quel testo e (per così dire) proiettandolo all'indietro nei secoli, si vuole ravvisare niente meno che «il movente della previsione di misure di coazione al *facere*» (16) nell'intento di assicurare l'attuazione delle *corvées* o, in genere, delle prestazioni lavorative subordinate proprie dell'età feudale. Il che appare davvero incongruo, per non dire assurdo, sotto vari profili:

— proprio nell'ambito di quella che vien chiamata «una struttura sociale basata sul servizio», anche a tutta prima si rivela semplicemente fuor del mondo l'idea di far capo a misure coercitive comminate dal giudice e previste da Statuti o *Landsrechte*, come strumenti di coazione all'adempimento delle prestazioni lavorative. Viene spontanea, e irresistibile, l'obiezione che appunto in una simile struttura sociale ben altri, al tempo stesso più brutali e incisivi, saranno stati i mezzi per indurre i *Leibeigene* al compimento delle loro prestazioni, che non ... il ricorso al giudice! Chi può seriamente pensare che ai tempi, che so, ad es. dell'assimilazione dei Vendi o degli Obodriti, o della «colonizzazione» delle terre baltiche, mentre sassoni e fiamminghi emigrati andavano acquisendo la dignità di uomini liberi, si sarebbero sviluppate le misure coercitive quali strumenti «giudiziali» per costringere i franconi, o peggio le popolazioni assimilate ... alle *Scharwerke*? Eppure, proprio quelli dovrebbero essere i tempi *iniziali* della «divergente evoluzione» degli ordinamenti germanico e francese: non a caso, secondo il C., mentre già nella Francia di Filippo Augusto le misure personali di coazione sarebbero andate sparendo, perchè (asserisce il Bloch) il censuario non lavorava più che pochi giorni all'anno nelle terre padronali, per contro, altrove, precisamente l'intento di assicurare il compimento del *Frondienst* avrebbe rappresentato «il movente della previsione di misure di coazione al *facere*»! (17)

---

(16) Così testualmente Chiarioni, p. 90.

(17) Poichè occorre esser chiari, è appena il caso di precisare che non si vuol davvero negare che un certo qual «slittamento nel tempo» della evoluzione delle strutture sociali non rappresenti un segno distintivo della storia dei (o di taluni) Paesi germanici, rispetto all'evoluzione francese; ma solo contestare che ciò valga a spiegare la «divergente evoluzione» di cui s'è fatto cenno in tema di misure

— d'altro canto, al di là di tale immediata osservazione, sono le fonti che si incaricano di smentire ogni idea di ricollegare la previsione di misure di coazione al *facere* all'adempimento delle *corvées*. Nulla vi è al riguardo, il che non può assumere che un significato, e cioè che tali rapporti eran regolati *extra jus*, sulla base di ben altro che la previsione di misure coercitive. E invece, a quei tempi risalgono sì fonti che, nell'ambito del diritto feudale e dei rapporti tra signore e vassallo, comminano la *Aechtung* al vassallo non comparso, sino alla perdita del feudo nel perdurare dell'«inobedientia» (18); ciò che peraltro, lo si vorrà ammettere, è cosa ben diversa dall'immaginare le misure coercitive come correlate o addirittura preordinate all'adempimento delle *Scharwerke*, riguardanti tutt'altro genere di soggetti. Il fatto è che manca ogni espressa previsione di misure di

---

coercitive, specie relativamente a obbligazioni di *facere*. Insomma: in discussione è il nesso, ipotizzato dal C. ma insussistente nei termini indicati, tra mantenimento delle misure personali di coazione e prestazioni lavorative. Al qual proposito, altri aspetti, oltre a quelli brevemente accennati nel testo, possono essere ricordati. Per esempio, tutti sanno che le trasformazioni dei vincoli di dipendenza personale riscontrabili in Francia a far tempo dal XII e ancor più dal XIII secolo, se così si vuole «il passaggio da una struttura sociale fondata sul servizio ad un sistema di rendite fondiarie», hanno avuto analogo riscontro anche in Germania, anche e proprio in concomitanza con le migrazioni «colonizzatrici» verso oriente di sassoni, fiamminghi, bavaresi, ecc.; mentre è solo dal XV secolo, quando cioè la «divergente evoluzione» che qui ci occupa sul tema in esame era ormai un fatto compiuto, che specie nei Paesi d'oltre Elba (Brandeburgo, Slesia, Lusazia, ecc. per non dir della Prussia) rifiorisce un «nuovo feudalesimo agrario» imperniato sul *Vogt* o sul *Gerichtsherr* e con nuovi — o vecchi, ma risorti — vincoli di servitù personale (*Luft macht Eigen*), tale da determinare una sorta di «frattura» con la ben diversa situazione dei territori occidentali. Ma giova ripetere: a quel tempo, la «divergente evoluzione» di cui qui si discorre era già segnata, mentre anche e proprio nei Paesi occidentali — e pur in quel Palatinato che sino alle devastazioni di Turenne restò il Paese più evoluto, con le città sud-occidentali e renane, e finanche in alcune città dell'*Hansa* — eran ben previste e sussistenti misure personali di coazione per l'inesecuzione del giudicato.

E d'altro canto, anche l'affermazione secondo cui in Francia dai tempi di Filippo Augusto o di Luigi il Santo le *corvées* sarebbero andate attenuandosi o trasformandosi sino a sparire, va presa con il classico *grano salis*. Sta di fatto che, pur diminuendo, esse continuavano, e continuarono per secoli: specie nelle terre c.d. *main-mortables* esse eran tutt'altro che infrequenti ancora alla vigilia della Rivoluzione, e per es. se ne rinviene una esplicita menzione in Taine, *L'ancien régime*, ed. it., Torino, 1961, p. 545 ss., che riporta documenti del 1783 per i territori di Blet e La Brosse, ove testualmente si discorre di *corvées* e in genere di prestazioni lavorative da eseguirsi a prò del barone.

(18) V. per es. Planck, *Gerichtsverfahren*, cit., p. 286 ss.; Kohler, *Ungehorsam*, cit., p. 205, entrambi con specifico riferimento al procedimento «*in overhöre*» in Goslar.

coazione per le prestazioni di fare, autonomamente considerate; e per converso, là dove sanzioni personali son menzionate con specifico riferimento all'*inoboedientia* (*mulcta, excommunicatio, Acht, Bann*), esse lo sono «alla rinfusa», senza stare a distinguere tra situazioni relative a obblighi di dare, di fare o di non fare. E non è, questa, una condizione particolare della Germania. Già nello *Speculum* di G. Duranti vien riguardato come contumace «*qui rem ad mandatum judicis restituere non vult*», ovvero chi, pur dinanzi all'interdetto «*uti possidetis*» non cessa dal compiere turbative, incorrendo così nella *mulcta* o, nei casi più gravi, nel bando o nella *excommunicatio*, in armonia col principio *crescente contumacia crescere debet poena* (19): la sanzione, cioè, consegue alla mancata attuazione del *mandatum judicis*, indipendentemente dal contenuto della prestazione insoddisfatta. E così pure, secoli dopo, in Germania i cameralisti menzionano la *poena banni* o, al limite, ancora la *excommunicatio* sempre con riferimento all'*Ungehorsam* di fronte alla sentenza, senza darsi alcun carico della prestazione dovuta, di dare, di fare o di non fare; solo per quest'ultimo caso aggiungendo la previsione di una *cautio de non amplius turbando, impediendo, excedendo, attentando, offendendo* (20).

— nulla, dunque, si rinviene nelle fonti con specifico riferimento al *facere*, sino al *Codex judicarius* bavarese, che però è di parecchi secoli posteriore, del 1753, e (giova ripeterlo) concerne anch'esso tanto obbligazioni di *facere* quanto di *pati*. Ora, questo testo, in quanto prevede l'eventualità di sanzioni pecuniarie o detentive come misure di coazione al *facere* o al *pati*, tra cui vien menzionata come esempio la *Scharwerk*, è invocato dal C. a sostegno della vagheggiata correlazione anzidetta, ma esso è tale da autorizzare a rovesciarne il ragionamento: se misure di coazione al fare sono espressamente previste, in una regione tradizionalmente soggetta all'influsso francese proprio quando l'antica struttura sociale ormai volgeva al tramonto, e del resto accumulate nella previsione al *pati*, ciò vuol dire che è del tutto antistorico pretendere di individuare nella tensione all'adempimento delle prestazioni lavorative «il movente» *originario* delle misure coercitive o, peggio ancora, la *ratio* della «divergente evoluzione» di cui s'è fatto cenno. A tacer d'altro, tale

(19) G. Duranti, *Speculum*, Venetiis, 1566, II, 1, c. 1, § 1-3, ricordato anche da Kohler, *cit.*, p. 202, che riporta numerose altre fonti.

(20) V. sempre ampia documentazione delle fonti in Kohler, *op. cit.*, p. 212 ss.

divergente evoluzione era già ormai compiuta, e appare strano volerne ravvisare lo stimolo o le ragioni iniziali in qualcosa che si vien manifestando al termine di essa. E in realtà vien meno la correlazione ipotizzata dal C. perchè nulla vi dà conforto; e il pur suggestivo discorso compiuto ha tutta l'aria di essere di quelli che «proiettano nel passato pensieri moderni», ovvero intendono interpretare il passato alla luce di predeterminate valutazioni o schematizzazioni proprie di talune correnti culturali moderne.

6. — In realtà, alla base della «divergente evoluzione» di cui s'è detto, son proprio le fonti a palesare che è il diverso atteggiamento nei confronti della «contumacia» a meritare attenzione.

E, oggi, si potrà dire tutto quel che si vuole intorno a un tale concetto «allargato» di contumacia, e manifestare plauso o perplessità al riguardo; ma vale sempre il rilievo, enunciato in linea generale da un grande storico olandese, che (cito a memoria) «per conoscere la civiltà di un'epoca, anche le illusioni, in cui vivevano i contemporanei, hanno un valore di verità». Ebbene: son sempre le fonti a riguardare in guisa di contumace tanto chi non compare in giudizio, quanto *qui jus dicent non obtemperaverit* (21).

Ciò premesso, si potrà anche essere d'accordo con il rilievo del C. che il duplice significato della contumacia sta a evidenziare fenomeni paralleli, in ordine ai quali è difficile o anche arbitrario voler istituire una relazione di causa ad effetto; ma, a dire il vero, anche il Kohler s'era limitato a porre in luce il detto parallelismo, nel sottolineare che «dove si ricorre a mezzi coercitivi in caso di contumacia nella trattazione, là si ricorre a mezzi di coazione anche nell'esecuzione; dove invece il procedimento in contumacia, senza aggredire la persona, si esaurisce in svantaggi processuali, là si rifugge da misure coercitive anche nell'esecuzione» (22). O qual relazione causale, censurata dal C., sarebbe mai codesta, quando ci si limita a prender atto e a «descrivere» una certa situazione? Nessuno ha voluto sostenere che la previsione di misure di coazione avverso l'*Ungehorsam* trovi la sua ragione e il suo «perchè» nella analoga previsione di strumenti di

---

(21) E questa l'espressione divenuta usuale, e che si ritrova per es. in H. Donello. *Opera omnia*, Lucae, 1754, XI, p. 355 (e qui anche l'espressa denominazione di «contumace») o ancora in Voet, *Commentarius ad Pandectas*, Hagae, 1735, vol. II, § III.

(22) Kohler, *Op. cit.*, p. 197.

coazione nei riguardi del contumace: si è semplicemente rilevato che tanto nell'uno quanto nell'altro caso l'esperienza germanica ha mirato a «vincere» l'*inoboedientia*, ricorrendo a vari mezzi di coazione di diversa indole, quali la *missio in possessionem*, la *missio in bannum*, via via sino alla *Aechtung* e alla *excommunicatio*; laddove l'ordinamento francese, almeno *fino a un certo punto*, non tanto s'è preoccupato di conservare o foggare strumenti idonei a piegare, a «vincere» l'*inoboedientia*, quanto piuttosto di riuscire a superarla.

E torna qui acconcio soffermarsi brevemente per talune precisazioni.

Non a caso, pur in termini volutamente affatto generici, si è parlato di «esperienza germanica»: perchè la storia ci esibisce sì un ordinamento feudale sassone avente — a quel che pare — portata generale, e però anche, sia pure accomunati da matrici analoghe, una pluralità di diritti corrispondenti alle diverse etnie dei principali ducati (tanto per fare esempi salienti, per i tempi men recenti, il *Sachsenspiegel* e lo *Schwabenspiegel*), e poi la varietà degli ordinamenti territoriali, successivamente viepiù accresciuta dalla maggiore o minore sfera di influenza della recezione; così come, sotto un profilo più generale, ci esibisce la varietà delle condizioni *lato sensu* politico-sociali dei diversi territori e delle città. Il che, naturalmente, si ritorce contro l'idea del C. di ricollegare «il movente» e poi il perpetuarsi delle misure di coazione all'adempimento all'intento di assicurare il compimento delle *corvées* o, in genere, al tardivo superamento della struttura feudale della società. A ragion d'esempio, ognun sa che dall'«autunno del medioevo» sino a ben dopo la Riforma, elemento trainante della vita socio-economica germanica sono state, soprattutto, le città sud-occidentali o, sotto altro aspetto, dell'estremo nord; e si trattava per lo più delle c.d. *città libere* (il prototipo ne era stata Lubecca) (23), il cui tessuto sociale, e i «privilegi» e libertà di cui eran dotate facevan riscontro a quelli delle città delle Fiandre, anche se nessun Chastellain ha avuto modo di tramandarne aspetti della vita quotidiana. Orbene, se anche e proprio negli Statuti di talune di queste città (per es., Worms, Norimberga, Franco-

---

(23) Sebbene sia per lo più ritenuta un falso, di qualche decennio posteriore, secondo la c.d. Carta di Lubecca del 1188, Federico avrebbe accordato o confermato «omnia jura quae primus loci fundator Heinricus quondam dux Saxoniae eis concessit et privilegio suo firmavit»: v. S. Rietschel, *Die Stadtpolitik Heinrichs des Löwen*, nella *Hist. Ztschr.*, CII, 1908, p. 257 ss.

forte, Magonza, ecc.) (24) sono previsti strumenti di coazione per vincere l'*Ungehorsam*, come si può sostenere che tali misure coercitive troverebbero il loro «movente», e si sarebbero perpetuate per assicurare l'osservanza dei vincoli di dipendenza servile? e, in particolare, per assicurare l'attuazione del *Frondienst*? non ci si avvede che una simile correlazione è impossibile, o comunque priva di senso?

Se invece si vuol considerare di sfuggita l'ordinamento francese, è certamente vero che esso ha ben presto rinunciato ad appositi strumenti di coazione per piegare il contumace (e ben inteso: anche qui, talora, vien designato come contumace colui *ne restituant pas ce qu'il est tenu et condamné restituer*) (25), fuggiando vie diverse. Ma perchè sia ben chiaro ch'ebbe a trattarsi di una scelta «cosciente», va segnalato che non mancano talora previsioni di «ammende» a carico del contumace:

— notevole, per es., è la previsione del *Coutumier de Normandie* che, anche per la formula usata, sembra atteggiarsi a progenitore d'un istituto poi arricchito da ben altre fortune: «*toute defaute doit estre amendée pour le despit de la Court*» (26);

— altrove son previste a carico del contumace sanzioni di carattere pecuniario (27), mentre in un «arresto» del Parlamento di Parigi del 1277 si parla espressamente «*d'amende pour inobedience*», anche se non risulta in che cosa tale «ammenda» precisamente si concretasse (28);

— nelle azioni immobiliari, al persistere della contumacia del convenuto (29), poteva conseguire una sorta di *missio in possessio-*

(24) Vedili citati in Kohler, *Ungehorsam*, cit., p. 209 ss.

(25) Kohler, cit., p. 218 richiama le *Coutumes d'Anjou et Maine*, n. 99, a cura di Beutemps-Beauprè, che però non m'è riuscito di consultare.

(26) V. la *Ancienne Coutume de Normandie*, par De Gruchy, Jersey, 1881, p. 115. V. anche la *Très anc. Cout. de Normandie* (dell'età di Enrico d'Angiò e di Filippo Augusto) par Tardif, Rouen-Paris, 1903, tit. LXXII, 3, 4; LXXXII, 5, 7.

(27) Per es., nel Vermandois l'ammenda era di 2 soldi e mezzo «par vilains», e di 10 soldi «par gentilhomme» (v. Tardif, *Procéd. civile et criminelle aux XIII et XIV siècles*, rist. 1974, Aalen, p. 57); altre indicazioni in Kohler, op. cit., p. 225.

(28) Vedilo citato in Molino, *Arresta Parlamenti Parisiensis*, XLI, in *Opera*, Parigi, 1638, III, p. 2139.

(29) Sembra che la contumacia dovesse reiterarsi per almeno tre volte (Beaumanoir, *Cout. de Beauvoisis*, par Salmon, Parigi, 1899, n. 85 ss.; *Olim*, II, p. 678), ma con la possibilità di sottrarsi alle conseguenze «*dedens un an et un jour*» (che corrisponde precisamente all'*Innerhalb Jahr und Tag* del diritto sassone: v. Planck, *Gerichtsverfahren*, cit., p. 282 ss.).

*nem*, ma con la possibilità per il contumace (come nel diritto sassone) di ravvedersi «entro un anno e un giorno», evitando la perdita del bene.

Certo è comunque che, quanto meno a partire dal secolo XIV, il processo francese trova in se stesso la via per superare la contumacia; anzichè recepire o dare attuazione al principio *crescente contumacia crescere debet poena*, il reiterato perdurare della contumacia stessa conduce all'esito sfavorevole della controversia; ma non davvero (come nell'ordinamento feudale sassone, che pur esibisce alcunchè di simile, almeno a prima vista) in guisa di sanzione per il disprezzo d'un «obbligo di obbedienza», bensì perchè si afferma l'idea che *quatuor defectus valerent demandam confessatam, si demanda esset inserta in primo defectu* (30). Si prescinde, cioè, dal ricorso a strumenti indiretti di coazione *ad vindicandam obstinatam contumaciam*, ma quest'ultima, ritenuta sufficientemente «ostinata» quando si sia ripetuta quattro volte, vien sanzionata con la decisione: «*et per istos quatuor defectus obtinebit utilitatem, quia causam lucrabitur*». Non si tratta, insomma, di punire una «inobbedienza», e men che meno di sanzionare un «*despit de la Court*», ma di fingere una confessione come tale idonea alla definizione del giudizio, indipendentemente dalla mancata collaborazione del contumace.

Come già accennato, rispetto a tale generalizzata prassi, il «salto di qualità» avviene con la grande Ordinanza di Villers Cotterets. Essa impone «*qu'au paravant que donner aucunes sentences contre les dé-faillans contumaces et non comparans, le demandeur sera tenu de faire apparoir du contenu en sa demande*» (31); così come, analogamente, in sede esecutiva, in caso di *commencement par simple action*, vien disposto che «*y aura gain de cause par un seul default en faisant apparoir par le creancier du contenu en sa demande par obligation autentique*» (32). Ecco, dunque: non solo e non tanto la contumacia viene a perdere il carattere di comportamento insubordi-

(30) È la formula tramandata dal *Grand Coutumier*, a cura di Laboulaye-Darreste, Parigi, 1868, rist. 1969, L. III, p. 456, 460. È inutile soffermarsi qui su altre particolarità, come per es. la perdita delle eccezioni declinatorie, dilatorie, perentorie, nel crescere della contumacia.

(31) *Ordonnance du Roy François sur le fait de la justice et l'abbréviation des procès*. in *Loix, Ordonnances et Edicts du Treschrestien Roy François*, Paris, 1557, fo. 65 ss., art. XXVII.

(32) *Ordonnance*, cit., art. LXIX (e vedine l'illustrazione in Briegleb, *Geschichte des Executiv-Prozesses*, Stuttgart, 1845, p. 203 ss.).

nato o ingiurioso tale da dover «estre amendée pour le despit de la Court», ma, nemmeno se reiterata, non conduce più all'automatismo della definizione del giudizio mediante la finzione della confessione: «*contra veterem stylum Galliae*», annota subito un giurista come Molineo (33), cui non poteva sfuggire l'importanza della novità introdotta.

Ed infine — giova ripetere: non con la pretesa di voler istituire una relazione causale, ma sol ribadire il parallelismo dei fenomeni — al venir meno di mezzi di coazione nei riguardi del contumace, fa riscontro l'assenza di previsione di misure coercitive avvero l'*inobedientia*, pur in caso di mancata attuazione spontanea di quanto consacrato nelle decisioni, *si quis jus dicenti non obtemperaverit*.

7. — Se poi ci si vuole interrogare sul significato e sul «perchè» di un tale diverso atteggiamento nei confronti della «contumacia» (in senso lato), è anzitutto necessario premettere che vanamente si andrebbe alla ricerca nelle fonti di specifiche argomentazioni al riguardo. Il che, se da una parte può legittimare ogni ipotesi ricostruttiva, in pari tempo ammonisce però a non lasciare libero sfogo alla fantasia: dovendo sempre ogni idea in proposito essere rigorosamente controllata e verificata alla luce del quadro generale comunque desumibile dalle fonti. E ciò consente subito di avvertire perplessità non lievi, in ordine alla spiegazione ipotizzata dal C. per quanto lo interessa, e proprio perchè anch'egli non può passare sotto silenzio il menzionato parallelismo. Ed invero: se già è parso insostenibile il voler ricollegare «il movente» e la persistenza di misure di coazione al *facere*, in Germania, ad un preciso intento di conservazione dei vincoli di dipendenza onde assicurare, in particolar modo, il compimento delle *corvées*, ancor meno appagante una simile idea può risultare per dar ragione del (parallelo) mantenimento di misure sanzionatorie avverso il contumace. O qual nesso, vien da chiedersi, si può mai cogliere tra *missio in bannum, Acht*, e consimili altre piacevolezze via via sino alle pene pecuniarie nei riguardi dell'*indefensus*, e il prolungarsi nel tempo di un certo «sistema di produzione» che si asserisce basato sulle prestazioni in natura? Eppure, sia consentito

---

(33) Molineo, *De contumacia et defectu*, in *Opera*, cit., p. 1647 ss. Sulle incertezze e difficoltà nelle prime applicazioni dell'Ordinanza, v. le decisioni riportate da Papon, *Recueil d'arrests notables des Cours souveraines de France*, Lion, 1569, p. 470 ss.

ripeterlo ancora, lo stesso C. riconosce il parallelismo dei menzionati fenomeni, tanto da voler ricercare (sia pure «con cautela») la spiegazione dell'uno e dell'altro nel «grandioso processo storico» di trasformazione delle strutture sociali, contrassegnata dall'abbandono delle prestazioni in natura, ma differenziata nel tempo nei due Paesi posti a raffronto (34)!

Il fatto è che la «divergente evoluzione» attestata dalle fonti, e di cui s'è fatto sol brevissimo cenno, ci pone davanti una realtà che può forse essere sintetizzata con questa formula, già dianzi accennata: l'esperienza francese, anzichè sforzarsi di creare o mantenere strumenti per «piegare» la contumacia, vi rinuncia perchè la supera, non ravvisando nella contumacia (in senso stretto) un ostacolo alla definizione del giudizio, e nella *inoboedientia* un comportamento da sanzionare come tale; al contrario, l'esperienza germanica, con la varietà e la stessa «progressione» (*crescente contumacia crescere debet poena*) di misure coercitive previste, si rivela tesa a piegare, a «vincere» la contumacia così come l'*Ungehorsam*, e ben inteso, in quest'ultimo caso indipendentemente dalla natura della prestazione insoddisfatta, si tratti cioè di un dare, di un fare o di un non fare. E proprio questo indifferenziato trattamento dell'*Ungehorsam*, in cui quel che rileva è l'*inoboedientia* in quanto tale, denota l'apriorismo di voler intendere le misure coercitive, vuoi *ab origine* vuoi nel volgere dei tempi, come preordinate ad assicurare il compimento di determinate prestazioni di *facere*. La realtà che emerge è un'altra: come le misure previste avverso il contumace mirano sì a vincere l'inosservanza di un comportamento ritenuto doveroso, ma che è *quello di partecipare al giudizio per rendere possibile la decisione* (35), mentre il contumace,

(34) Chiarloni, p. 72, 75.

(35) È ben noto che il concetto-base del processo germanico è stato a lungo quello dell'esigenza della compartecipazione delle parti al giudizio, riguardata come un vero e proprio obbligo «*rechtes to piegen*» (in particolare, per il convenuto, ovviamente ricorrendone i presupposti: v. Planck, *Gerichtsverfahren*, cit., vol. I, § 10 ss.; II, 140 ss.), in difetto di che non era possibile lo svolgimento del giudizio — nemmeno «*in eremodicio*» — e l'emanazione della decisione di merito. Le sanzioni, le stesse misure di coazione avverso il contumace, sono le conseguenze per la violazione di un tale obbligo; ed è questa l'idea, ricollegata alla valutazione d'un tal comportamento come *friedlos*, che consente di accumunare sotto il profilo dell'*Ungehorsam* tanto il contumace in senso stretto quanto colui *qui iuxta dicenti non obtemperaverit*. E si tratta di un'idea tenacemente conservatasi, nonostante le successive trasformazioni e il sorgere del procedimento contumaciale vero e proprio, tant'è che se ne ritrovano le tracce ancor nelle dispute fiorite sul finir del secolo scorso circa la configurabilità d'un c.d. «obbligo dell'*Einlassung*»: v. Degenkolb,

ponendo a ciò un ostacolo insormontabile va «punito» o meglio «dissuasivo» dal persistere in un tale atteggiamento, severamente valutato in guisa di «offesa all'autorità»; così le misure di coazione avverso l'*Ungehorsam* mirano a vincere quest'ultima in sè e per sè considerata, come «inoboedientia» al *mandatum judicis* quale che ne sia il contenuto, tale da rappresentare e venire intesa come una nuova e più grave violazione dell'autorità. E su questa idea di fondo, in cui non v'è spazio per alcuna valutazione della «tensione all'adempimento» di talune piuttosto che di altre obbligazioni insoddisfatte, perchè (potrebbe dirsi) a balzare in primo piano è l'interesse della «comunità» a eliminare il turbamento della «pace», è del tutto arbitrario voler inserire a un certo punto uno specifico collegamento tra le misure coercitive e l'adempimento di obbligazioni di fare, come specchio di un certo «sistema di produzione».

Appare invece evidente che lo «slittamento nel tempo», e quindi l'anticipato (in Francia) o il ritardato (in Germania) processo di trasformazione delle strutture sociali, e cioè la riduzione delle *corvées*, o la sostituzione di pagamenti in danaro alle prestazioni in natura, e così via dicendo, a parte l'approssimazione o l'indiscriminata generalizzazione di tali fenomeni, non hanno nulla o assai poco a che vedere con la «divergente evoluzione» nel tema che ci occupa; o forse meglio, non hanno che il generico, e di per sè non significativo, nesso di correlazione riscontrabile tra ogni ordinamento e la *societas* che lo esprime.

Di fronte alla rilevata diversità di apprezzamento, è giusto asserire che «il vero problema» consiste nel chiedersi (36) come e perchè mai l'idea della contumacia e dell'*inoboedientia* come offesa all'autorità, *Verletzung des Königs*, si sia mantenuta in Germania e non in Francia; ma, se si reputa illusorio l'accontentarsi di rilevare il fenomeno cercando in pari tempo d'intendere la diversa evoluzione di singoli istituti all'«interno» di essi, per coglierne la portata e le conseguenze, non è meno illusorio pretendere di rispondere a quell'interrogativo ponendo l'accento sull'anticipato o ritardato passaggio da un sistema «basato sul servizio ad un sistema di rendite fondiarie».

---

*Einfassungszwang und Urteilsnorm*, Leipzig 1877, p. 16 ss.; Bülow, *Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten*, in *Civ. Arch.*, 62 (1879), p. 1 ss.; Wach, *Präklusion und Kontumaz*, nella *Grünhuts Ztschr.*, 7 (1880), p. 147 ss.; Kohler, *Kontumazialverfahren*, nelle *Prozessr. Forschungen*, Leipzig, 1889, p. 1 ss.; ecc.

(36) Così infatti giustamente anche Chiarloni, p. 73.

che — se anche vero, ma solo in prima approssimazione — non spiega nulla *in subiecta materia* e, di nuovo, viene a proiettare nel passato pensieri moderni. Il vero è, piuttosto, che, se non di quelli destinati a restar senza risposta, il delineato interrogativo è però di quelli che non tollerano visioni «settoriali», ma rimandano a una considerazione complessiva di tutte le componenti che han contrassegnato la ben diversa evoluzione rispettivamente dell'ordinamento francese e dei Paesi germanici. Nella qual considerazione globale (e per limitarci a qualche aspetto più direttamente attinente al tema), accando all'idea schiettamente «altogermanica» — già presente nel processo del *Beweisurtheil* — del «contumace» come *friedlos*, non può essere trascurata, al limite, la stessa concezione o illusione universalistico-religiosa sottesa all'idea dell'Impero, per cui l'*inoboedientia* può assurgere ad attentato ai valori supremi dell'ordinamento. L'apparente paradosso, per cui la «contumacia» va cessando di essere apprezzata come offesa all'autorità, *Verletzung des Königs*, proprio là dove, e quando, con la formazione del regno si consolida l'«autorità» (cui fa però riscontro la relativa autonomia dei Parlamenti), mentre continua a dominare nel particolarismo germanico, induce proprio a por mente — sempre in ossequio al canone che impone di calarsi nelle prospettive o nelle illusioni dei tempi — al «vincolo ideale» che, al di là delle diverse situazioni territoriali o ambientali, rappresentava l'essenza, l'elemento unificante della «comunità germanica». E di questo aspetto, del suo atteggiarsi a componente indispensabile per la valutazione della «contumacia» come *Verletzung des Königs*, ancor prima o alle più lontane origini della «divergente evoluzione» di cui si discorre, è il più famoso processo medioevale a darci qualche conferma.

*Heinricus Leo, Bavariae dux et Saxoniae*: questo l'appellativo con il quale Arnoldo di Lubeca ha tramandato alla storia il Guelfo (37), protagonista del più celebre *Ungehorsamsverfahren*, anche (ovviamente) per la rinomanza del personaggio, oltre che per la gravità delle conseguenze determinate. Volendo qui limitarci a qualche brevissimo cenno, è noto (38) che, sorta questione sui diritti

---

(37) *Chronica Slavorum* (Helmoldi Bosoviensis et Arnoldi Lubecensis), in *Mon. Germ. Hist., Scriptores*, Hannover, 1868, II, 10.

(38) V. soprattutto F. Güterbock, *Die Gelnhäuser Urkunde und der Prozess Heinrichs des Löwen*, Hildesheim, 1920; parzialmente diverso, quanto alle modalità del procedimento, o meglio dei procedimenti (quello civile e quello feudale), J.

relativi alla diocesi di Halberstadt, Enrico il Leone — «più sollecito della mia potenza che della collera di calvi pretacci», come riporta il cronista — rifiutò di comparire a Worms, ove era stato convocato per il giudizio. Ed ecco che il procedimento si sdoppia, perchè accanto al giudizio «civile» si apre, proprio in considerazione della dignità del convenuto, anche un processo feudale. Il primo, nel perdurare della contumacia anche alla successiva convocazione a Magdeburgo, si conclude in forza di tale duplice «inoboedientia» con l'applicazione della *missio in bannum* cui però, nel termine di un anno e un giorno, il «bandito» può sottrarsi con la volontaria sottomissione; il secondo prosegue, con una terza convocazione a Keyna dove, seguitando la contumacia, vien reso una sorta di «progetto di sentenza» per il caso di nuovo rifiuto a comparire ad una ulteriore, quarta e ultima, convocazione. E a questo punto, sorprendentemente, Enrico il Leone manda a dire di contestare tutto il giudizio, denunciando una specie di incompetenza: non dai principi dell'impero, bensì dai nobili svevi (in base alla propria etnia, quella dei Guelfi di Altdorf) egli avrebbe avuto il diritto di venire giudicato, quei nobili svevi già in fermento dinanzi alla crescente potenza degli Staufen, e che dovevano ritener per «nullo» tutto quanto già compiuto, il bando, la triplice infruttuosa convocazione, ecc. A quel che è dato comprendere, una simile contestazione destò non lieve imbarazzo, anche perchè era difficile negarle un fondamento; a tacer d'altro, parrebbe che circa cent'anni addietro il bavaro Ottone di Nordheim avesse sollevato con successo analoga obiezione! Ma ecco che il 24 giugno 1180, a Würzburg, esattamente «un anno e un giorno» dopo il bando di Magdeburgo, è lo stesso Federico imperatore — grande ammiratore dei giuristi bolognesi, come ognuno sa — che proclama la preminenza dell'idea e della sovranità dell'Impero sugli antichi diritti tribali, ponendo il principio «eternamente valido» che l'*inoboedientia* va sanzionata per se stessa, come violazione della «pace pubblica» e tale da comportare per il reo il «bando dell'impero», proprio perchè essa si traduce in una negazione del valore supremo, dell'idea universale dell'Impero. E quindi: viene, per così dire, «convalidato» e reso esecutivo il bando già proclamato a Magdeburgo, cui accede, secondo il diritto feudale,

---

Haller, *Der Sturz Heinrichs des Löwen*, Berlin, 1909, p. 367 ss.

la perdita dei feudi, che tutte le forze dell'impero si incaricheranno poi di rendere effettiva.

Ebbene: senza voler certo sopravvalutare il caso, invero inusuale per gli stessi protagonisti di esso oltre che per le sue proprie peculiarità, non di meno vi si trovano ben evidenziati alcuni aspetti degni di attenzione e che (forse) non è privo d'interesse cogliere nella loro lontana manifestazione. In particolare, vien confermato che verificandosi la contumacia è quest'ultima, in sè e per sè considerata, astraendo dall'oggetto della contesa, a dover essere sanzionata; ed essa viene valutata come *Verletzung des Königs* per l'attentato che reca all'autorità in quanto è intesa come «violazione della pace pubblica» di cui per l'appunto la suprema autorità è al tempo stesso il supremo garante. Ciò, direi, risulta «esaltato» ed è particolarmente chiaro proprio nel caso brevemente delineato, in virtù delle sue caratteristiche: si capisce che al livello più alto, davanti al «tribunale dell'impero», è immediatamente la stessa idea suprema e universale dell'impero che vien sentita come oltraggiata o comunque posta in contestazione dal contumace; ma è sempre la medesima idea, della violazione della «pace pubblica» di cui è garante l'autorità (o, se si preferisce, di cui questa si avvale per riaffermare se stessa) che anche a livelli inferiori è alla base del trattamento del contumace. Ed è certo notevole che, a distanza di secoli dalla ricordata «sentenza» di Würzburg, sempre la stessa idea si ritrovi esplicitamente enunciata dal più noto scrittore cameralista altresì nei confronti dell'*inoboedientia*, e per giustificare il bando come misura di coazione: «si condemnatus iudicatum non faciat aut executorialibus mandatis non obtemperet, quibus casibus Camerae iudex ad vindicandam obstinatam contumaciam et tuendam Caesaris et Imperii jurisdictionem tali contumaci, in terrorem aliorum, banni poenam infligere potest (39)». Come dire che pur nel volgere dei tempi e degli eventi, nonostante le profonde modificazioni intervenute, contumacia e *inoboedientia* continuavano a venir intese come attentato all'autorità; e, in ultima analisi, al di là delle singole autorità locali, territoriali, ecc., in guisa di negazione di quella suprema autorità imperiale («Caesaris et Imperii jurisdictionem») che, proprio mentre veniva sostanzialmente meno come realtà «effettiva», continuava però — e nell'ambito dell'evoluzione giuridica potente-

---

(39) A. Gaill, *De pace publica*, II, c. 5 (riportato da Kohler, *Ungehorsam*, cit. p. 213, e citato anche da Chiarloni, p. 69).

mente sorretta dalla recezione — a perpetuarsi sul piano «ideale», vuoi in quanto fonte originaria di ogni potere concreto, vuoi come unico elemento unificante dei vari particolarismi. Senza questa componente «ideale», come (oserei dire) in linea generale resta incomprendibile gran parte della storia dei Paesi germanici, quanto meno sino all'alba del XVIII secolo, così anche singoli istituti giuridici, o modi d'intenderli, o particolarità della loro evoluzione, restano a lor volta in larga misura inesplicabili.

La tutela dell'autorità e, al limite, dell'autorità suprema, in quanto garante della «pace pubblica»: ecco l'idea che si riscontra alla base della considerazione della contumacia e dell'*inoboedientia* come *Verletzung des Königs*, e proprio perchè tanto l'una quanto l'altra implicano, o sono sentite, come una contestazione dell'autorità, che va dunque «vinta» come tale (40). E ciò comporta una conseguenza notevole, ancorchè essa possa apparire singolare alla sensibilità odierna. In entrambe le ipotesi configurabili di *Ungehorsam*, il processo, come è stato «occasione» per il manifestarsi dell'anzidetta contestazione dell'autorità, così diviene a sua volta occasione e strumento per vincerla, e condurre alla riaffermazione dell'autorità: per l'appunto attraverso le misure di coazione, preordinate a «piegare» contumacia e *inoboedientia* sanzionando in pari tempo la consumata violazione dell'autorità.

Ma, supposto che ciò sia corretto, appare lecito aggiungere ancora qualcosa. E cioè: mentre non ha pregio, ed è antistorico, il voler ricondurre le misure coercitive avverso l'*inoboedientia* all'intento di assicurare il compimento di determinate prestazioni di *facere*, sembra piuttosto consentito rovesciare il ragionamento. Al contrario di quel che si è creduto di sostenere, è l'esistenza di misure avverso l'*inoboedientia* per se stessa, appunto come «violazione dell'autorità» e indipendentemente dal contenuto dell'obbligo insoddisfatto, in altri termini l'indistinzione delle varie ipotesi perchè tutte comunque accumulate, in caso d'inosseranza del *mandatum judicis*, sotto il profilo della «violazione dell'autorità» con le conseguenti sanzioni, è questa situazione che ha condotto l'esperienza germanica ad ammettere anche la coazione al *facere*; e proprio perchè a balzare in primo piano, costituendo il fondamento originario poi perpetuatosi come *ratio* delle

---

(40) «Contumacia enim non solum pars offenditur sed Judex et sic mulctatur ratione judicis», afferma ancora Donello, *Opera omnia*, cit., vol. VI, p. 115.

misure coercitive, non è tanto la soddisfazione dell'avente diritto, quanto la reazione avverso l'*Ungehorsam* («*si quis jus dicenti non obtemperaverit*») intesa come attentato all'autorità, dapprima del «princeps» e poi, per il tramite del giudice, dello stesso ordinamento.

8. — Al termine di questa ormai troppo lunga «chiacchierata», vi sono, ed eventualmente quali, indicazioni utili da ritrarre?

È evidentemente ozioso star qui a chiedersi se il «modello» rappresentato dall'esperienza germanica, di cui si son brevemente considerati alcuni tratti originari, meriti il plauso di «*grosser Fortschritt*» a suo tempo decretatogli dal Kohler, e pur nei confronti di quel processo francese che, in altra occasione, il medesimo Kohler non aveva esitato a collocare «*auf der Höhe der Kultur*» (41); così come, in fondo, è altrettanto inutile stare a chiedersi se un tale entusiasmo non sia invece del tutto ingiustificato, facendo parte di quegli atteggiamenti che nella esaltazione di modelli «altogermanici» miravano solo a nobilitare in qualche modo un oscuro passato.

Tutto ciò non interessa affatto; o, se mai, interessa solo in quanto è parso incongruo il voler riportare le misure di coazione a determinati aspetti (negativi) della «struttura feudale» della società in cui quelle misure si sono conservate, sino ad essere severamente qualificate, esse stesse, come «residui semifeudali». In realtà, a parte il connotato «feudale» cui ciascuno sembra dare il contenuto che più gli aggrada, ciò non appare giustificato perchè un'altra è l'idea che sta alla base delle misure di coazione, non a caso previste tanto avverso la contumacia quanto avverso l'*inoboedientia*; ed è un'idea che trova sì la sua origine in quella che si vuol chiamare l'età feudale, ma che si conserva e si sviluppa per linee proprie; e senza presentare, con la ritenuta «struttura feudale della società» maggiori collegamenti di quanti ne abbia l'opposto principio sviluppatosi in Francia (chechè se ne dica, in non troppo dissimile ambiente sociale) per cui la contumacia si «supera» senza bisogno di «vincerla».

A parte ciò, lo sviluppo delle misure coercitive in Germania, sempre ricollegate alla «violazione dell'autorità», denotano una visione del processo in cui non tanto preme la soddisfazione dell'avente diritto, quanto la «punizione» di chi, col proprio comportamento tale violazione ha concretato; e a questa origine, ben si ricollegano anche

---

(41) Kohler, rispettivamente in *Ungehorsam und Vollstreckung*, cit., p. 197, e *Prozess als Rechtsverhältniss*, Mannheim, 1888, p. 5.

le *Zwangsstrafen* così come previste e disciplinate dallo ZPO, con la loro struttura essenzialmente «pubblicistica» e le stesse dispute fiorite, e non sopite, sulla loro propria indole (sanzioni *lato sensu* penali, o civili?). E per contro in Francia, al venir meno dell'idea della contumacia come «*despit de la Court*», da sanzionare in quanto tale, e all'assenza di misure di coazione per assicurare *tamen coactus* l'attuazione ad opera dell'obbligato di quanto deciso, fa riscontro la maggior tutela dell'interesse individuale alla propria soddisfazione anche se per equivalente; e, nel contempo, la tutela della dignità dell'uomo libero, che esclude il ricorso a misure di coazione sulla persona (del resto inesistenti), *ne homini libero vis fiat* (42).

È in questa contrapposizione tra autorità e libertà che (volendo, con qualche approssimazione, far uso di una formula riassuntiva) si può cogliere l'insegnamento della «divergente evoluzione», nella storia, delle misure coercitive personali; e nei ricorrenti e sempre, ma non mai come oggi, attuali fermenti verso l'adozione di misure di coazione, e nell'incerta propensione verso il modello germanico o quello francese delle *astreintes*, può non essere inutile il ricordarlo.

VITTORIO COLESANTI

*prof. ord. nell'Università di Pavia*

---

(42) Su questo aspetto è ottima la ricostruzione di Chiarloni, p. 77 ss.

## PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO E TUTELA GIURISDIZIONALE CONTRO LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE (IL PROBLEMA DI UNA LEGGE GENERALE SUL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO) (\*)

1. — Ritengo necessarie alcune premesse.

*La prima:* interpreto il tema nel senso che esso riguardi prevalentemente la tutela giurisdizionale amministrativa. Prevalentemente, non esclusivamente. Esperienze quale quella degli Stati Uniti d'America, paese in cui la giurisdizione contro la pubblica amministrazione è attribuita al giudice ordinario, non possono essere trascurate, ma le due forme di giurisdizione creano problemi in larga parte diversi. A noi interessa il rapporto fra procedimento amministrativo e processo giurisdizionale amministrativo, che produce le tensioni più caratteristiche e tocca più da vicino i sistemi di giustizia amministrativa come l'italiano.

Vorrei dire *poi* che non credo opportuno precisare in apertura di trattazione a quale tipo di procedimento amministrativo il mio discorso si riferisca. A parte che la tipologia dei procedimenti amministrativi, che è stata da varie parti proposta (non mi riferisco evidentemente

---

(\*) Relazione letta nell'incontro di studio su «L'azione amministrativa fra garanzia ed efficienza (verso una legge generale sul procedimento amministrativo?)», tenutosi a Roma il 29 marzo 1980 per iniziativa del Formez. L'abbondanza di riferimenti alla legislazione ed alla letteratura tedesche si spiega con il fatto che l'incontro riuniva studiosi italiani e tedeschi e traeva occasione dall'esame della legge sul procedimento amministrativo (*Verwaltungsverfahrensgesetz*) della Repubblica federale di Germania del 25 maggio 1976. Il testo della relazione è rimasto inalterato; sono state aggiunte solo alcune note per completare i riferimenti dottrinali contenuti nel testo. La legge tedesca si può vedere in *La codificazione del procedimento amministrativo nella repubblica federale di Germania* a cura di A. Masucci, volume collettaneo edito dal Formez, Napoli, 1979, nel quale anche scritti di commento alla legge di C.H. Ule e H.W. Laubinger, di P. Badura, di W. Schmitt Glaeser. Si veda anche G. Sciallo, *Procedimenti e atti nell'amministrazione per piani; la disciplina della pianificazione nella legge sul procedimento amministrativo della Repubblica federale tedesca*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1978, 1490 sgg.

alla tipologia legata ai contenuti che è legittima e doverosa), mi trova largamente scettico, sia perché ogni tipo di procedimento trapassa insensibilmente nell'altro, sia perché le distinzioni mettono sostanzialmente in luce solo possibili «valori» del procedimento, i quali, nell'esperienza concreta, spesso si combinano ed offrono quindi soltanto punti di vista dai quali lo stesso procedimento può essere guardato, a parte ciò, ritengo che l'eventuale identificazione di questi punti di vista, o «valori» sia tutt'uno con l'esame dei problemi della materia e debba, se mai, seguire, non precedere l'esame di questi problemi.

La *terza premessa* — che è però forse la prima in ordine di importanza — è la seguente.

La delimitazione dei rapporti fra procedimento amministrativo e processo giurisdizionale amministrativo — tanto più se compiuta allo scopo non tanto di fare una storia o una cronaca di essi ma di stabilire prospettive di politica legislativa — non è un'operazione isolata o isolabile da un più ampio contesto istituzionale, politico e culturale. I giuristi hanno l'abitudine di considerare tecniche, cioè neutrali e indolori e in definitiva librate nel vuoto, operazioni come questa, ma in verità, sia che si abbia riferimento alla rappresentazione di ciò che è o è stato, sia che si abbia riferimento alle direzioni di una scelta, questi rapporti vanno individuati in relazione ad un «ambiente», caratterizzato da un tipo di amministrazione (ordinamento burocratico compreso), da un tipo di giurisdizione o di giustizia, da un modo di fare le leggi e dallo stato della legislazione e, allargandosi il cerchio delle influenze, da un tipo di società (che esiste o che si vuole) e dal tipo di «cultura» che sottende le concezioni politiche o amministrative. Ogni discorso, che da tutto ciò prescinda o non ne tenga adeguatamente conto, resta un discorso generico o di primo approccio, com'è il mio, nel quale, forzatamente, solo pochi accenni potranno essere fatti, qua e là, a qualcuna delle connessioni indicate: forzatamente, non solo per la limitatezza del mio compito attuale (e, mi si consenta di aggiungere, delle mie forze), ma per la mancanza di molti dei materiali che dovrebbero consentire una completa e corretta ricostruzione.

Non posso, *infine*, fare a meno di sottolineare, per evitare equivoci, che non mi propongo affatto di valutare l'appetibilità in generale di una legge sul procedimento amministrativo, ma solo di accertare

il valore e gli effetti di una simile legge dal punto di vista della tutela giurisdizionale. Quella valutazione generale esigerebbe la considerazione di molti altri profili, primo fra tutti il profilo dell'efficienza dell'azione amministrativa, che sono totalmente estranei alla mia analisi.

2. — Nella concezione classica della scienza del diritto amministrativo, che è anche (o vuol essere) rappresentazione dell'esperienza amministrativa, procedimento amministrativo e processo giurisdizionale amministrativo sono due mondi diversi e nettamente separati (almeno in idea). Quando parlo di concezione classica, mi riferisco sia ad un momento storicamente determinato dello sviluppo di questa scienza, sia ad un modo di vedere il rapporto fra i due istituti slegato da ogni collocazione temporale e in un certo senso permanente. In effetti, se il punto di vista separatista è prevalentemente quello del periodo della prima presa di coscienza del valore del procedimento nello svolgimento dell'attività amministrativa, o più ristrettamente, nell'esercizio della potestà amministrativa, non è proprio esclusivamente di esso; si tratta di un'idea che non è mai venuta meno, che rispunta continuamente ed anzi è stata di recente ripresentata con grande forza di convinzione in Germania (alludo alla netta divaricazione fra «*Verwaltungsverantwortung*» e «*Verwaltungsgerichtsbarkeit*» operata da Rupert Scholz)(1). Debbo precisare che, quando parlo di separazione, intendo quel tipo di separazione che si potrebbe qualificare come indifferenza. Ognuno dei due settori del territorio dei rapporti fra cittadino e pubblica amministrazione, è ordinato con proprie regole, in funzione di specifici scopi. In netta distinzione dal mondo della tutela giurisdizionale, il mondo del procedimento è il mondo dell'atto, il mondo dell'esercizio della potestà amministrativa mediante l'atto.

Questo ruolo particolare e separato del procedimento si coglie con piena evidenza nei modi in cui la dottrina italiana si è accostata a questo problema. Lo studio della prima dottrina in argomento nasce infatti, com'è risaputo(2), dalla considerazione del rapporto fra più

(1) R. Scholz, *Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit*, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Heft 24, Berlin, 1976, 145.

(2) E come ha messo chiaramente in rilievo G. Berti, *Procedimento, procedura, partecipazione*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova, 1975, 779 sgg.

atti ed i loro effetti; si concentra nella individuazione della differenza fra procedimento ed atto complesso; culmina nella nozione dell'atto-procedimento, secondo cui il procedimento non è altro che un atto, con una dichiarazione di indifferenza del procedimento ai profili e problemi della tutela che sarebbe impossibile immaginare più franca. E, se le due proposte dottrinali posteriori hanno aperto il cammino che noi oggi percorriamo e sono ancora fecondissime di applicazione e sviluppo, entrambe, nella loro formula di base, ribadiscono il collegamento stretto e bi-univoco fra procedimento e atto, fra procedimento ed esercizio dell'autorità: sia la nozione formale di Sandulli, dal quale la dinamica del procedimento è tutta colta nella direzione verso l'emanazione dell'atto (3); sia la concezione «funzionale» di Benvenuti, per la quale il procedimento è la forma — sia pure la forma *quae dat esse rei* — in cui si esercita l'autorità (4).

Occorre rilevare che la concezione separatista è anche la concezione «ufficiale», la concezione adottata effettivamente dai pubblici poteri (giurisprudenza e indirizzi amministrativi) in Italia.

Il legislatore italiano dell'ottocento, avvertito e anticipatore più di quanto di solito non si pensi, si era ispirato in verità a ben altri criteri. Soprattutto, l'art. 2 della legge 20 marzo 1865, n. 2248 all. E abolitrice del contenzioso amministrativo aveva mostrato l'intento di ordinare l'esercizio delle potestà amministrative secondo moduli procedurali, ma in funzione, anche e prevalentemente, di esigenze di giustizia. Questo significato del precetto risulta dalla sua formula e più dalle note vicende che hanno portato alla sua emanazione: con l'art. 3 si voleva salvare — per «gli affari» diversi dalle «cause in cui si faccia questione di un diritto civile o politico» (l'equiparazione è strana ma significativa) — quel che era possibile dalla distruzione del contenzioso amministrativo, compensando — per dirla in un linguaggio moderno — con una costruzione contenziosa o giustiziale del provvedimento la mancanza, per questi «affari», di una sede giurisdizionale di sindacato. Che proprio questo abbia portato alle singolari impostazioni dei conflitti di attribuzione e giurisdizione propri del nostro ordinamento, può essere spiacevole, ma costituisce conferma del valo-

(3) A.M. Sandulli, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940 (ristampa 1959).

(4) F. Benvenuti, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1950, 1 sgg.

re latissimo e pregnante che il legislatore dell'epoca diede all'art. 3.

Anche l'art. 16 della legge 31 marzo 1889 istitutiva della IV sez. del Consiglio di Stato (oggi art. 44 del t.u. della legge sul Consiglio di Stato del 1924), stabilendo un rapporto fra istruzione procedimentale e istruzione processuale, se pure ha prodotto, sul piano giurisdizionale, i noti inconvenienti, è sintomo di una volontà legislativa di valorizzare il procedimento amministrativo anche per il fine della tutela giurisdizionale.

Come si sa, la giurisprudenza negò forza cogente al principio sostanzialmente costituzionale racchiuso nell'art. 3 per tutti e quattro gli aspetti da esso toccati (contraddittorio, intervento di organi consultivi, motivazione della decisione amministrativa, ricorsi amministrativi), il che null'altro significò se non respingere il procedimento nella zona dell'indifferenza alla tutela del cittadino. L'amministrazione accolse con favore e patrocinò questo indirizzo che le consentiva un indisturbato esercizio del potere (Spaventa parlava perciò di *amministrazione arbitraria* non perché necessariamente ingiusta, ma perché illimitata e incensurabile) (5). La disciplina del procedimento trovò spazio solo per singoli provvedimenti (espropriazione, pubblico impiego, tributi) e in funzione di ragioni economico-organizzative (secondo l'esatta valutazione che ne dà Pastori) (6).

E appena necessario rilevare che a negare questo spirito «separatista» che ha dominato nella giurisprudenza amministrativa italiana fino ad oggi (non è il caso di stabilire qui se, e entro che limiti, vi siano oggi orientamenti nuovi: nonostante sporadiche affermazioni in contrario, peraltro molto caute, il principio del giusto procedimento continua ad essere ostico ai nostri giudici: un caso esemplare — in senso negativo — è quello deciso dal TAR Abruzzo il 9 novembre 1978, n. 85), non può valere il fatto che proprio le esigenze di tutela giurisdizionale hanno comportato, come unanimemente si riconosce, una deformazione dello schema procedimentale nel senso appunto di far gravitare tutto il procedimento intorno all'atto impugnabile, il che dovrebbe far riconoscere che procedimento e tutela giurisdizionale risultano legati da un nesso strumentale, stretto e, si direbbe, sostanziale. In primo luogo, questo tipo di nesso non può valere a superare

(5) A. Salandra, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, Torino, 1904, 456.

(6) G. Pastori, *Introduzione generale* nel volume collettaneo *La procedura amministrativa*, a cura dello stesso, Isap, 1964, 14 e passim.

la diversità e estraneità dei due campi che è stata affermata con riferimento ad un altro piano dei rapporti fra di essi. Ma, soprattutto, va rilevato che, in tanto la tutela giurisdizionale amministrativa ha potuto deformare lo schema del procedimento, in quanto si tratta di giustizia che ha il suo centro focale nell'atto. Procedimento e giurisdizione sono due specchi che si rimandano reciprocamente ingigantendola sempre più, l'immagine dell'atto: il modo di esercizio della giurisdizione conferma, dunque, che il procedimento serve esclusivamente a dar vita all'atto, che esso appartiene al mondo dell'atto.

3. — Alla concezione, che ho denominato di *separazione* si affianca o succede quella che chiamerei *dell'alternatività*, un modo di vedere il rapporto fra procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale, e quindi fra disciplina del primo e disciplina della seconda, che è proprio di alcuni paesi e che in altri, come il nostro, si affaccia, in forma più o meno esplicita in seguito alla raggiunta consapevolezza dell'insufficienza della considerazione del procedimento esclusivamente come metodo di esercizio dell'autorità.

In questa concezione, procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale sono ancora due settori separati, ma il procedimento amministrativo passa dal mondo dell'atto al mondo della giustizia. Il procedimento amministrativo acquista una struttura paragiurisdizionale e una funzione giustiziale che lo assimilano alla tutela giurisdizionale e lo fanno ad essa concorrente. È evidente che queste sono generalizzazioni, le quali non danno conto nè della misura (che può essere diversa), in cui si opera il passaggio del procedimento dal mondo dell'atto a quello della giustizia, nè, corrispondentemente, della misura in cui il procedimento fa concorrenza alla tutela giurisdizionale: certo è però che si tratta di un modello fondamentale di rapporti fra i due settori, vario nelle applicazioni, ma definibile con sicurezza nei suoi caratteri essenziali.

La concorrenza fra i due ordini di strumenti e di apparati genera, non necessariamente, ma solitamente *alternatività* — o l'uno o l'altro dei due — *alternatività* che, per quel che ci riguarda, non è rimesso all'utente di sciogliere, ma che interessa le scelte del legislatore e del sistema normativo nel suo complesso. Sul presupposto dell'assimilazione o della assimilabilità dei due ordini, spetta al legislatore stabilire se, e in che limiti, il procedimento amministrativo debba

«sostituire» la tutela giurisdizionale e compensarne le eventuali insufficienze.

Le regole del rapporto di alternatività fra procedimento amministrativo e processo giurisdizionale sono state sintetizzate, in modo espressivo, da Bettermann in sede di esame e di netta critica della proposta, allora affacciata in Germania, di una «processualizzazione» del procedimento amministrativo ad imitazione del sistema austriaco:

— *«quanto più estesa e quanto migliore è la tutela giurisdizionale amministrativa, tanto meno è necessaria la disciplina dell'amministrazione secondo forme giustiziali»;*

— e, a rovescio, *«laddove è assicurata poca tutela giurisdizionale, il procedimento amministrativo deve essere formalizzato e processualizzato»* (7). Bettermann rilevava che, a favore di una tutela giurisdizionale piena e complessa, vi era stata in Germania una scelta costituzionale e legislativa, la quale non poteva essere rimessa in discussione e che questo rendeva, quindi, a suo giudizio inutile una processualizzazione dell'amministrazione e una legge generale sul procedimento amministrativo a somiglianza di quelle austriache. Il critico si dimostrava, così, convinto sostenitore di un modello di rapporti ispirati alla separazione più netta fra procedimento amministrativo e apparato di giustizia (8).

Il modello dell'alternatività è proprio, com'è noto, di due grosse esperienze, quella (appunto) austriaca e quella degli Stati Uniti d'America. In entrambi i paesi, il procedimento amministrativo formale ha una struttura contenziosa e un intento giustiziale. Il sindacato del giudice (amministrativo in Austria, ordinario negli S.U. d'America) si muove in un ambito limitato: in Austria, il giudice ha per legge solo una competenza cassatoria di mera legittimità; in America, esso spontaneamente si è ritirato dal controllo del contenuto della decisione amministrativa e si limita al controllo esterno della legalità o meglio della correttezza del procedimento amministrativo in cui la decisione viene formata.

Quali ragioni abbiano portato i due paesi a scegliere questo modello, in cui il centro di gravità della protezione giuridica del cittadino contro la pubblica amministrazione è nel procedimento am-

---

(7) K.A. Bettermann, *Das Verwaltungsverfahren, in Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Heft 17, Berlin, 1979, 168.

(8) *Ivi*, 165.

ministrativo e il sindacato giudiziale è *tutto* posteriore, formale ed esterno è controverso. Le ragioni, come sempre accade, sono probabilmente molte e complesse. Non condividerei però l'idea che sono state principalmente la debolezza e la limitatezza del sindacato giurisdizionale a stimolare la «processualizzazione» del procedimento amministrativo (9). Certo, la situazione della giurisdizione ha influito sulla piena espansione e funzionalità del procedimento. Ma questo, logicamente e storicamente, è venuto dopo. Il nesso di causalità, cioè, va capovolto: la tutela giurisdizionale è limitata in quanto è prevalso il metodo della realizzazione della giustizia attraverso l'amministrazione.

Può essere, infatti, interessante mettere in rilievo che i due paesi, in cui è stato adottato il sistema dell'alternatività, sono paesi che hanno assegnato all'amministrazione una posizione preminente nel sistema politico, e, in particolare, la hanno riconosciuta portatrice di valori di giustizia. Questa *Rechtsgemeinsamkeit* — per usare la nota espressione di Mannlicher (10) — di giurisdizione e amministrazione viene nei due paesi da molto lontano. Negli Stati Uniti, essa esprime la perdurante validità dell'indistinzione delle due funzioni, che è propria del Medioevo britannico (11) (e non solo britannico, come sanno gli studiosi del concetto medioevale di *iurisdictio*). In Austria, si perpetua la tradizione illuminista e garantista della monarchia assoluta, nella quale l'amministrazione non solo è il centro dello Stato ma lo è in quanto agisce in nome della legalità e per realizzarla. È sintomo caratteristico delle tortuose vie in cui la storia si fa strada e dei «ritorni» che essa presenta che la dottrina giuridica, la quale ha avallato questa posizione, per potere assimilare l'amministrazione alla giurisdizione, ha dovuto prima parificare la giurisdizione all'amministrazione: la smitizzazione della giurisdizione (*legis executio* al pari dell'amministrazione), operata da Kelsen, nella rappresentazione delle funzioni statali, lo mostra chiaramente.

4. — L'esperienza dei due paesi ha influito molto altrove — e in primo luogo in Germania (vi ho già accennato) e in Italia (sono

---

(9) F. Benvenuti, *L'attività amministrativa e la sua disciplina generale*, ora in *La procedura amministrativa*, cit., 547 sgg.

(10) *Die österreichische Verwaltungsreform des Jahres 1925*, in *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1926, 367.

(11) F. Scharpf, *Die politischen Kosten des Rechtsstaats*, Tübingen, 1970, 33.

noti i costanti richiami della nostra dottrina a questa esperienza) — nello stimolare le iniziative e le proposte di una «processualizzazione» dell'amministrazione, con definitivo superamento della concezione rigorosamente separatista dei rapporti fra procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale. Ma occorre riconoscere che i due esempi non hanno avuto altro effetto che di far maturare più rapidamente consapevolezze legate non a condizioni particolari di uno o più paesi, bensì ad eventi ed esigenze comuni a tutti i paesi con diritto amministrativo. E la stessa trasformazione dell'amministrazione nella generale trasformazione dello stato moderno che porta a tale superamento.

Già proprio con riferimento alla formula politico-ideologica dello stato liberale il modello separatista puro appare parziale o inadeguato. In questo stato, nel quadro di una commistione di autorità e libertà che costituisce il segno distintivo inimitabile ancorché abbastanza misterioso della concezione liberale, l'atto amministrativo, come ha insegnato Giannini, non è solo esercizio di autorità, ma anche misura di tale autorità e quindi garanzia di libertà (12). Tutto il diritto amministrativo è espressione insieme di autorità e libertà e metodo di realizzazione di giustizia. La giustizia amministrativa *incipit* con il diritto amministrativo (13). Ma, se così è, è chiaro che, solo se si guarda, con inammissibile astrazione, alla faccia autoritativa del diritto amministrativo, e dell'atto amministrativo in particolare, si può pensare al procedimento amministrativo in funzione esclusiva dell'autorità; la concezione giudiziale del procedimento è una necessaria conseguenza del riconoscimento all'atto amministrativo di un valore proprio nella protezione della libertà.

Se la concezione garantista è un corollario della stessa esigenza di legalità dello stato liberale, essa è destinata a manifestarsi con più evidenza in presenza della crisi di questa legalità. A differenza dell'amministrazione dello stato liberale puro, che era (almeno nella ideologia di quello stato, alla quale mi si consenta di rilevare, si è ispirata e si ispira tuttora larghissima parte della scienza del diritto amministrativo) mera esecuzione della legge, l'amministrazione appare oggi come una forza largamente autonoma nel complessivo sistema istituzionale. Rispetto al passato, non solo sono modificati il numero e la misura dei suoi interventi, ma, come dice da ultimo efficacemente

---

(12) M.S. Giannini, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1960, 75.

(13) F. Benvenuti, *Giustizia amministrativa*, in *Enc. del dir.*, XI, X Milano, 1970.

Schmitt Glaeser, si è prodotto «uno spostamento di baricentro nell'ambito delle funzioni amministrative: l'attività esecutiva dell'amministrazione passa sempre più in secondo piano, sia quantitativamente che qualitativamente, rispetto alla sua attività costitutiva ( di governo)» (14): basti pensare, per averne un'idea, alle programmazioni che hanno mandato all'aria la sequenza legge-atto amministrativo e, soprattutto, hanno stravolto le nitide ottocentesche distinzioni fra funzioni normative e funzioni provvedimentali.

Ma, come sappiamo, vi è anche di più. Il modo di amministrare si modifica non soltanto oggettivamente, bensì anche soggettivamente: all'amministrazione partecipano, o chiedono di partecipare, singoli o gruppi, il cui legame d'interesse con la materia oggetto della scelta amministrativa si manifesta nelle più varie forme, tutte però accomunate dal fatto che questi gruppi e soggetti sono «estranei» all'organizzazione amministrativa vera e propria. Per l'autonomia della sua azione, oltre che per essere la sede di estrinsecazione di nuove forme di rappresentatività politica, l'amministrazione si presenta dappertutto (e non più solo in Austria e negli Stati Uniti) come un sottosistema politico al quale è «delegata», uso i termini propri dei politologi (15), una parte di potere politico.

Ad un'amministrazione siffatta, e al sistema politico-istituzionale cui essa appartiene, si presentano due sole vie. O l'amministrazione si sviluppa totalmente al di fuori della legge e del diritto, come forza politica pura e «incostituita» (o quanto meno tenta di collocarsi al di fuori del diritto pubblico): questa via è evidentemente estranea ai nostri ordinamenti, anche se tentativi e tentazioni in tale senso sono ricorrenti, mentre la c.d. fuga nel diritto privato è espressione di una più moderata sottrazione all'ordine pubblicistico. Oppure, essa conquista una nuova e più adeguata «legalità» o «giuridicità», la quale non può che essere ormai che una legalità procedimentale.

Il procedimento viene così visto come il metodo di realizzazione di una nuova legalità: non una legalità-legittimità, ma una legalità-giustizia, perché non si tratta più (o non si tratta più soltanto o prevalentemente) di controllare ed assicurare la conformità dell'attività amministrativa all'ordine normativo preesistente, ma di dare vita,

---

(14) W. Schmitt Glaeser, *Il procedimento amministrativo e la sua legge (un'osservazione introduttiva)* in *La codificazione del procedimento amministrativo*, cit., 414.

(15) F. Scharpf, *op. cit.*, 64.

con la partecipazione e attraverso il confronto di tutti gli interessi coinvolti, ad un giusto e originale assetto di tali interessi.

In questa prospettazione, si vede quanto sia labile e astratta la distinzione fra *esigenza di garanzia*, che spingerebbe ad assicurare la tutela (mediante partecipazione) degli interessi direttamente toccati dall'azione amministrativa e *esigenza sociale*, che comporterebbe la collaborazione a questa azione di tutti i settori socialmente interessati. Esigenza di garanzia ed esigenza sociale sono intimamente connesse, perché sono due aspetti dello stesso fenomeno, l'esigenza di giustizia.

In questa prospettazione, si vede altresì come e perché il problema di una legge generale sul procedimento faccia tutt'uno con la richiesta di «processualizzazione» dello stesso. Teoricamente, una legge generale del procedimento sarebbe infatti, concepibile anche indipendentemente da questo obiettivo, da questo tipo di struttura. Ma, storicamente, almeno in Germania e da noi, il problema della legge generale si è posto esclusivamente in relazione alla aspirazione di assicurare una più efficace protezione del privato e di diffondere il metodo della partecipazione: l'una e l'altra, forme di rinnovamento dell'amministrazione e di collegamento di essa al fine di soddisfazione della legalità e della giustizia.

È evidente che, con tale struttura e con tali finalità, il procedimento è destinato ad entrare in concorrenza con il processo giurisdizionale — al quale, per definizione, nella ottocentesca separazione dei poteri e degli scopi, spetta di esercitare «la giustizia» — e a dimostrare la generale validità del modello di alternatività per i rapporti fra l'uno e l'altro. Sembra così riprodursi la contrapposizione fra Bähr e Gneist (16), l'uno convinto che la realizzazione della giustizia nell'amministrazione dovesse essere opera del giudice, l'altro che la giustizia dovesse assicurarsi in via di *Selbstverwaltung* e di democratizzazione dell'amministrazione, anche e soprattutto mediante la istituzione di un procedimento amministrativo contenzioso.

Questo tipo di rapporto, con una scelta in un certo senso fatale a favore de «la giustizia attraverso il procedimento», è apprezzabile più particolarmente laddove il sistema di tutela giurisdizionale non sia pienamente soddisfacente.

È il caso dell'Italia che ha un ordinamento di giustizia amministrativa invecchiato, lacunoso, insufficiente; insufficiente soprattutto

---

(16) Sulla quale insiste K.A. Bettermann, *op. cit.*, 166.

per quegli aspetti nei quali meglio si può esplicitare il ruolo surrogatorio del procedimento amministrativo: completezza del contraddittorio, pienezza di conoscenza del fatto, ampiezza e profondità dell'istruttoria. Molta dell'attenzione che in Italia è dedicata al problema di una legge generale sul procedimento amministrativo deriva dalla convinzione che, se il processo giurisdizionale non assicura pienamente giustizia, a ciò si può rimediare con la processualizzazione del procedimento. Anche in Germania, che pure si è data fra il 1945 e il 1960 un ordinamento della giurisdizione amministrativa fra i più perfetti, le recenti constatazioni della inadeguatezza di esso ad assicurare al cittadino piena protezione, in dipendenza della rapida e profonda trasformazione che l'organizzazione e l'azione amministrativa hanno conosciuto negli ultimi vent'anni, sono sboccate, fra l'altro, nella proposta di *mezzi amministrativi compensatori* delle perdite di efficienza dei mezzi di protezione giudiziale, vale a dire proprio nella proposta di procedimenti amministrativi formati quasigiustizialmente e idonei ad *anticipare* la tutela dei cittadini (17). Sembra così generalizzarsi la tendenza ad un rapporto alternativo fra processo giurisdizionale e procedimento amministrativo.

5. — Il fatto è, però, che non ci è dato rinunciare — come, in definitiva, propone e ritiene possibile la concezione dell'alternatività — nè alla costruzione di un efficiente sistema giurisdizionale, nè ad una disciplina del procedimento che consenta a questo di concorrere alla realizzazione dei valori di giustizia.

La consapevolezza dei ruoli insostituibili e infungibili di entrambi gli istituti — procedimento e processo giurisdizionale — deriva dai principi stessi della nostra civiltà giuridica e della nostra cultura, per i quali, da una parte, la giustizia giurisdizionale è bene prezioso della collettività e funzione primaria dei pubblici poteri e, dall'altra, l'amministrazione, come amministrazione di uno stato democratico e sociale, deve ordinarsi secondo *fini* di giustizia e secondo *metodi* di giustizia, il che significa soprattutto che deve aprirsi alla partecipazione e quindi processualizzarsi; e deriva dalle stesse norme costituzionali, ispirate a tali principi, le quali sembrano delineare un modello di rapporto fra procedimento amministrativo e processo giurisdizionale.

---

(17) Si veda per esempio, R. Scholz, *op. cit.*, 211 sgg. e la letteratura ivi citata.

zionale caratterizzato non dalla separazione, ma dalla «associazione» e quindi dalla «complementarietà» e dalla «integrazione» dei due sistemi.

Già Betterman, nella polemica da me ricordata contro coloro che volevano, ad imitazione dell'ordinamento austriaco, una processualizzazione del procedimento amministrativo, osservò (18) che rapporti di alternatività (*Wechselbeziehungen*) fra la costruzione del processo giurisdizionale e la disciplina quasi-giustiziale del procedimento erano in Germania impediti dalle disposizioni costituzionali, le quali avevano compiuto una definitiva scelta a favore della tutela giurisdizionale con il creare un ordinamento giurisdizionale amministrativo complesso sia quanto a struttura sia quanto a mezzi di tutela.

Parevano a Bettermann decisivi in tale senso sia l'art. 19, 4° comma G.G., il quale attribuisce tutela giurisdizionale (che non può che essere piena) a chi sia leso nei suoi diritti da parte di una pubblica autorità, sia l'art. 96, 1° comma, il quale, se esige esplicitamente per le liti amministrative la istituzione di un tribunale supremo federale, implicitamente ritiene necessari tribunali dei Länder, concedendo quindi il primo come giudice di diritto e i secondi come giudici anche del fatto con tutte le implicazioni di cui queste linee generali di definizione sono capaci.

Nel nostro paese, è indiscutibile che la Costituzione imponga sia un sistema giurisdizionale completo ed efficiente, sia una disciplina dell'azione amministrativa adeguata al nuovo ruolo dell'amministrazione nello stato democratico e sociale e cioè procedimentalizzata al massimo. Neppure lontanamente si trova nella nostra Costituzione l'idea di una possibile alternatività fra i due metodi di tutela. Si tratta di argomenti che sono al centro del quotidiano dibattito sulla giurisdizione amministrativa e sull'amministrazione e che quindi la nostra dottrina ha molto studiato e sui quali occorrerebbe soffermarsi a lungo. Qui è sufficiente far riferimento:

— per l'insostituibile, e necessariamente pieno, ruolo della giurisdizione in genere e di quella amministrativa in particolare, oltre che all'art. 24, il quale è la *tête de chapitre* delle disposizioni costituzionali in materia, al gruppo di norme dedicate alla giurisdizione in genere (art. 101, 102, da 104 a 111) e all'altro gruppo dedicato in particolare alla giurisdizione amministrativa (art. 103,

---

(18) *Op. cit.*, 165.

13, 125): dalle quali disposizioni tutte si trae l'immagine, *in generale*, di ordinamenti giurisdizionali completi, efficienti e soprattutto strettamente correlati all'intero ambito delle aspettative e delle pretese dei soggetti, e, *in particolare*, di una giustizia amministrativa ispirata agli stessi principi e quindi idonea ad assicurare piena soddisfazione e tutela alle situazioni giuridiche dei cittadini nei confronti delle pubbliche amministrazioni.

— *per l'altrettanto insostituibile «giustiziabilità» dell'amministrazione*, anzitutto alle disposizioni che estendono la sovranità anche a questa e, in relazione a ciò, le assegnano, come metodo e fine, il rispetto e la realizzazione del pluralismo (art. 1, 2, 3, 5); e poi più specificamente, a quelle disposizioni che l'assoggettano al principio di imparzialità, il cui significato più pregnante, come ho detto altra volta (19), è organizzativo e formale e consiste principalmente nel vincolo a far emergere nell'azione amministrativa tutti gli interessi coinvolti soggettivandoli, in modo da «associarli» effettivamente alle scelte amministrative: dalle quali disposizioni si trae l'immagine di un'amministrazione anch'essa impegnata nella realizzazione della giustizia nella comunità e quindi necessariamente «processualizzata» nei suoi metodi di azione.

A conforto di questo secondo punto, va rilevato che, nella esperienza amministrativa non solo del nostro paese, l'essenzialità del procedimento risalta sempre di più. Sia l'amministrazione per indirizzi, sia l'amministrazione per contratti (in senso ampio), che sono le due forme nuove di amministrare, si sviluppano attraverso procedimenti la cui apertura agli interessi coinvolti non è un dato eventuale, ma un requisito connesso strettamente con la funzione di essi. È il procedimento che consente la saldatura e il coordinamento fra la fase dell'indirizzo e quella del provvedimento concreto e che realizza il collegamento, fra di loro, dei vari centri amministrativi e dei soggetti, fra i quali deve prodursi l'intesa o la convenzione o il contratto vero e proprio, in entrambi i casi sollecitando appunto la emersione e la composizione degli interessi.

6. — Se le cose stanno in tal modo, non è possibile evidentemente dar risposta al problema dei rapporti fra procedimento ammi-

---

(19) *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, 67 sgg.

nistrativo e tutela giurisdizionale limitandosi a considerare i due sistemi come mondi estranei ed indifferenti l'uno rispetto all'altro e neppure a porre in blocco un nesso di alternatività fra di essi, ma, una volta stabilito che fra i due c'è un rapporto di coesistenza, e quindi di complementarietà e di integrazione, occorre individuare i punti particolari in cui, o in cui soprattutto, questa integrazione si realizza. Solo in tal modo il problema dei rapporti cessa di essere un problema astratto e generico e, tutto sommato, ideologico e diventa un problema di concreto assetto dei rapporti stessi, che è ciò che a noi interessa. È evidente che qui possono essere indicati solo i punti fondamentali e maggiormente caratterizzanti.

A) — Il primo, e forse il più importante, nesso di integrazione si realizza a *proposito degli interessi che sono coinvolti nell'azione amministrativa e dei soggetti titolari di questi*. Si tratta di un punto di estrema complessità anche per la difficoltà e varietà del rapporto fra aspetto oggettivo (interessi) e aspetto soggettivo (soggetti, parti), che qui sono considerati insieme non solo per il loro intimo collegamento, ma anche per semplicità di esposizione.

Basterà dire l'essenziale, e, cioè, che è nel procedimento amministrativo e mediante esso che avviene, come si sa, la identificazione di quegli interessi e si produce la loro soggettivazione: soggettivazione non solo nel senso che si opera la distinzione fra gli interessi che restano mero «oggetto» delle valutazioni amministrative e quegli altri che entrano nel procedimento attraverso figure organizzative che se ne fanno portatori, ma nel senso che si determina la forma giuridica della soggettivazione e cioè si stabilisce quali (che tipo di) soggetti ne siano portatori e quale (che tipo di) situazione giuridica soggettiva essi entrino a comporre. Operazione molto delicata, come sappiamo, in sistemi normativi, tutti tradizionalmente ispirati alla concezione obiettiva del principio di legalità e alla prevalente unilateralità dell'azione dell'amministrazione, e che quindi non rivelano con sufficiente chiarezza, e comunque non indicano esplicitamente, gli interessi individualizzati: e, particolarmente, in un sistema come il nostro, che fa perno su di una situazione giuridica — l'interesse legittimo — la quale nasce commista con l'interesse pubblico e si distacca da questo mediante un processo lento e graduale.

Il risultato e lo scopo dell'operazione, attraverso la quale colui o coloro ai quali l'interesse o gli interessi vengono imputati, diventano soggetti del procedimento, sono duplici. La soggettivazione comporta

anzitutto, che i titolari degli interessi diventano, in qualche modo (non importa qui vedere precisamente come), componenti dell'organizzazione amministrativa, la quale si apre così ad accogliere elementi ad essa istituzionalmente estranei. Comporta, in secondo luogo, che, come parti del procedimento, essi sono identificati anche quali «idonee parti» del processo giurisdizionale; ed è questo l'aspetto che qui subito interessa.

Il ruolo immediatamente strumentale che in tal modo il procedimento assolve nei confronti del processo giurisdizionale può essere ben compreso solo se ci si rende conto appieno della difficoltà che in questo si manifesta di individuare le parti, le «giuste» parti, e cioè quelle che siano titolari proprio delle situazioni giuridiche attinenti alla materia, e «tutte» le parti. Tutti i complessi problemi di integrità del contraddittorio e di tutela dei terzi nascono prima nel procedimento, il quale dà apporto decisivo alla loro corretta soluzione nel processo, perché circoscrive e definisce i termini «soggettivi» del confronto degli interessi.

Li circoscrive e definisce anche sotto il profilo che è evidentemente uno dei più delicati: il profilo della ammissibilità e tutela degli interessi c.d. diffusi. Mi pare che oggi, in Italia, debbano considerarsi regressive le posizioni estreme, le opinioni cioè che sono in generale e in astratto, *pro* o *contro* l'ammissibilità. Mi pare che si vada invece riconoscendo — e la giurisprudenza segue questo orientamento — la necessità di operare molte distinzioni e così di far dipendere la soluzione del problema elasticamente da vari elementi: dal fine che l'amministrazione persegua nella particolare materia e del valore che esso abbia per l'ordinamento e la comunità, dall'ampiezza di «diffusione» dell'interesse; dalla «organizzazione» dei portatori dell'interesse etc. In questa situazione, è evidente l'importanza che acquista il procedimento come sede di prima coagulazione degli interessi diffusi. E nel procedimento, infatti, che gli interessi rivelano la loro consistenza, il loro valore, il loro fondamento normativo e prendono, per così dire, grado nella scala delle aspirazioni alla tutela giurisdizionale. Per tali interessi, la tutela procedimentale non è solo l'anticamera della tutela giurisdizionale, ma addirittura il luogo di acquisto della legittimazione ad essa.

B) — Il secondo punto è costituito evidentemente dall'*istruttoria*, parola alla quale io do però un significato che è più ampio di quello consueto nel linguaggio processuale e che, a mio giudizio, è giustifica-

to dalle particolari caratteristiche dell'esercizio delle potestà amministrative. L'istruttoria procedimentale, per me, riguarda non soltanto l'operazione d'individuazione e raccolta dei fatti rilevanti per la decisione, ma l'intero processo di formazione di essa, processo che tocca sia il diritto che il fatto. Nell'esercizio delle sue potestà, l'amministrazione non cala *nel* fatto o *sul* fatto un diritto prefabbricato, ma tesse per così dire una trama che va dal diritto al fatto e dal fatto al diritto per precisare l'uno attraverso l'altro e viceversa. È quasi un luogo comune che, nell'attività discrezionale (che è quella che soprattutto interessa), il diritto che l'amministrazione applica è il diritto del caso concreto, il diritto che «trova» nel fatto stesso al quale lo applica e trova nel momento stesso in cui lo applica. Il procedimento amministrativo ha in tutto ciò un duplice ruolo. Da una parte, articola formalmente l'operazione nei vari «momenti» di cui essa consiste e così mette in luce il modo e i tempi nei quali la scelta amministrativa si compie: dirò fra poco dell'importanza che questo ha ai nostri fini. Dall'altra, ed è ciò che qui interessa, evidenzia gli elementi di fatto e di diritto della operazione.

Condivido l'idea di Schmitt Glaeser, il quale, collegandosi agli studi comportamentisti, afferma che l'atto di decisione finale ha più il carattere di un riepilogo, preformato — almeno nella parte essenziale — nelle fasi precedenti del procedimento stesso (20). Ma ciò significa che diritto e fatto dell'episodio in cui amministrazione e amministrato entrano in contatto si colgono più ampiamente e significativamente, dietro l'atto, negli atti e nelle operazioni che l'hanno preceduto, nei rapporti e negli apporti organizzativi, i quali, come si dirà, costituiscono la parte essenziale del procedimento. Per fare un esempio tratto dalla vita commerciale, l'atto amministrativo finale è come il bilancio di una azienda che riassume le scritture contabili e ne dà una rappresentazione sintetica e statica; se si vuole conoscere la situazione contabile dell'azienda nella sua interezza e complessità, bisogna ricorrere alle scritture contabili, nelle quali si trova una rappresentazione analitica e dinamica di essa e, al di là di questa, della vita dell'azienda e dei suoi centri di azione. Il dispiegarsi del procedimento si rivela strettamente funzionale alla completezza e profondità della cognizione giudiziale.

---

(20) *Op. cit.*, 426.

C) — Anche il fatto che il procedimento metta in luce il modo e i tempi in cui la scelta amministrativa si compie — che è l'altro aspetto che ho segnalato or ora — non resta senza conseguenze per la tutela giurisdizionale del cittadino. Sempre più diffusa è l'esigenza che nei processi amministrativi vengano introdotti strumenti di tutela preventivi e anticipatori, a somiglianza dei processi civili. La tradizionale unica forma di tutela, conosciuta in questi processi, la tutela repressiva, la quale interviene ad atto amministrativo finale emanato e, spesso, eseguito, non basta più al bisogno di giustizia (la sensazione di una ingiusta disparità di trattamento fra la tutela contro le pubbliche amministrazioni e la tutela contro gli altri soggetti giuridici è acuta), nè sembra rispondere alla necessità di apprestare strumenti di reazione puntualmente adeguati ai molteplici modi di azione dell'amministrazione.

D'altra parte, l'inserzione, nell'ordinamento, di mezzi di tutela anticipatori e preventivi (comprese le azioni di accertamento) urta contro l'ostacolo della impossibilità di assoggettare a sindacato l'azione dell'amministrazione quando l'esercizio della potestà amministrativa e, in genere, l'attività amministrativa sono ancora *in itinere*.

Ma questo non significa che, perché un sindacato vi sia, occorre che sia intervenuto un formale atto finale; è necessario e sufficiente che l'amministrazione abbia fissato ed esplicitamente rivelato quanto meno le linee principali e stabili di orientamento della sua azione. Solo quando la scelta fra le varie possibili soluzioni non sia stata neppure compiuta, nè esista una ragionevole presunzione circa il suo contenuto, l'affare amministrativo appartiene ancora alla piena ed esclusiva responsabilità dell'amministrazione (per usare l'ordine concettuale di R. Scholz) (21).

La procedimentalizzazione dell'amministrazione apre la strada a tali interventi, perché rendendo «esterno» e conoscibile l'intero processo di formazione della scelta amministrativa, consente di individuare il momento, o la fase, in cui avviene il concretamento di questa scelta, anche se la formale e finale raccolta di essa in un testo è di là da venire. La procedimentalizzazione, così, crea e sviluppa, fra amministrazione e amministrati, nessi «durevoli», i quali, oltre a contribuire, come sappiamo, alla migliore identificazione delle parti del

---

(21) *Op. loc. cit.*

procedimento e delle loro situazioni giuridiche, e a concorrere al più ampio chiarimento del «fatto» e del «diritto» dell'episodio, ampliano le superfici di contatto fra i due poli di quelle relazioni e, rivelando in anticipo le lesioni delle situazioni degli amministrati, rendono appunto possibili interventi giudiziali antecedenti alla emanazione dell'atto formale.

Il discorso è qui generico mentre sarebbero necessarie distinzioni e specifiche precisazioni. È evidente che il maggiore interesse, sotto questo profilo, lo presentano le operazioni amministrative — per esempio i procedimenti di pianificazione, ma non solo quelli — nelle quali sia prevista la formulazione e la «pubblicazione» di progetti d'atto, un tipo di procedimento che meriterebbe forse maggiore diffusione per la sua idoneità a stimolare forme di cooperazione. L'interesse, sempre sotto questo profilo, dei procedimenti di pianificazione sta poi in ciò che in essi si concentra l'assunzione delle scelte amministrative a scapito dei procedimenti di decisione concreta che li seguono, i quali hanno oramai un carattere quasi esecutivo. In tutti questi casi, la «durata» delle relazioni fra amministrazione e amministrati si estende, queste relazioni si stabilizzano e le possibilità di tutela si definiscono nei loro profili soggettivi ed oggettivi (22).

7. — Ecco, dunque, i punti principali di integrazione fra procedimento amministrativo e processo giurisdizionale: la operazione di «soggettivazione» degli interessi coinvolti nell'azione amministrativa; la definizione degli elementi di diritto e di fatto dell'episodio amministrativo; l'evidenziazione dei tempi e dei modi in cui la scelta amministrativa avviene.

È in tali momenti e per tali attività che si rivela più nettamente la strumentalità del procedimento rispetto al processo giurisdizionale, che il procedimento «serve» il processo e al processo. Sono, questi, vantaggi innegabili dell'esistenza, e di una disciplina, del procedimento.

Ci sono anche, in verità, indicazioni di segno contrario, che assegnano al procedimento una strumentalità a rovescio. Sotto questo

---

(22) Sulla tutela preventiva contro la pubblica amministrazione e sulle ipotesi di «relazioni di durata» fra pubblica amministrazione e privato che sono di questa tutela il miglior terreno di esplicazione, mi permetto di rinviare al mio scritto *Trasformazioni dell'amministrazione e tutela giurisdizionale differenziata*, ora in *La riforma del processo amministrativo*, Milano, 1980, 205 sgg.

profilo, il procedimento non agevola il processo giurisdizionale, ma lo «disserva», nel senso che lo comprime, ne riduce la funzione.

Si tratta di indicazioni notissime ed alle quali ho già accennato sopra. Vi riaccenno per sottolineare che sono profili irrilevanti in un quadro astratto e prospettivo dei rapporti fra procedimento e processo giurisdizionale.

Anzitutto, l'espansione del procedimento e una disciplina paraprocessuale di esso possono influire su questi rapporti nel senso che il controllo giudiziale si ritrae dal sindacato del fatto e si riduce al controllo di legittimità (o addirittura di legalità) dell'azione amministrativa. È quanto accade nell'esperienza austriaca ed in quella nord-americana, nella quale ultima, come si sa, la vitalità del procedimento ha addirittura portato il giudice a limitare il suo controllo di legittimità, perché egli non tanto reinterpreta la legge, quanto accerta se l'interpretazione dell'amministrazione trovi nel testo normativo una base razionale e quindi avalla tale interpretazione anche se avrebbe interpretato la legge in tutt'altro modo.

Qualcosa di simile sotto questo aspetto troviamo nell'esperienza italiana, che è veramente curiosa. Il legislatore del 1865, come ho ricordato sopra, aveva mostrato l'intento di ordinare l'esercizio delle potestà amministrative secondo moduli «processuali». Il legislatore del 1889 credette al suo non troppo remoto antenato, come risulta dall'art. 16 (anch'esso da me già citato), e, istituendo il processo giurisdizionale amministrativo, lo costruì come un processo di mera legittimità, di tipo cassatorio, ad imitazione del giudizio di cassazione civile e penale e dell'esperienza austriaca, della quale evidentemente si gradiva il modello e ottimisticamente si immaginava esistente il presupposto e cioè un procedimento amministrativo «processualizzato». È accaduto, e accade, quindi, in Italia che «il fatto» non lo sindacà il giudice amministrativo perché lo presuppone «stabilito» nel procedimento con le garanzie dell'art. 3 legge 1865; e non lo «stabilisce» l'amministrazione nel modo ora detto perché questo precetto è rimasto non svolto e non applicato.

Si tratta di un disservizio notevole che il procedimento rende al processo giurisdizionale. Ma è evidente che esso dipende dal modo come la tutela giurisdizionale è organizzata. Se si vuole una effettiva integrazione dei due strumenti di tutela, e non un rapporto alternativo fra di essi, occorre, in uno con la processualizzazione del procedimen-

to, rafforzare la tutela giurisdizionale, far sì che essa si espanda fino alle sue ultime possibilità. Questo vale soprattutto e in particolare per il nostro ordinamento; dare vita ad una disciplina generale del procedimento, senza avere prima riformato il processo giurisdizionale, nel senso di conferirgli quella efficacia e effettività che oggi non ha, non significa riportare «il sindacato dei giudici alle più ristrette misure che gli sono proprie» (23), ma, poiché queste «misure» non potrebbero essere più ristrette di quelle che oggi sono, significa dare alla tutela giurisdizionale un colpo mortale.

Anche della seconda indicazione di segno contrario ho già parlato sopra. Disciplina del procedimento amministrativo e disciplina del processo giurisdizionale hanno cooperato — non solo da noi — nel senso di far emergere l'atto come (esclusivo) strumento di azione amministrativa e come (altrettanto esclusivo) termine dell'attacco giudiziale. Questo ha portato a deformare la rappresentazione del reale modo di operare dell'amministrazione e a ridurre la tutela giurisdizionale al sindacato dell'atto: vi è stato (e vi è) un gioco reciproco di influenze nefaste fra i due fenomeni.

Senonché, anche per tale aspetto, è da osservare che siffatto gioco è possibile solo se procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale abbiano il loro centro di gravità nell'atto amministrativo, il che non solo non è necessario, ma è da evitare come è universalmente riconosciuto se si vuole, da una parte, irrobustire il processo giurisdizionale e, dall'altra, adeguare la disciplina del procedimento alle nuove realtà dell'organizzazione e dell'azione amministrativa.

8. — Il problema diventa allora di stabilire quale procedimento amministrativo, quale processo giurisdizionale si abbiano in mente quando si valutano le possibilità di integrazione fra i due, potendo evidentemente l'integrazione svilupparsi più o meno, assumere un segno positivo o negativo, presentarsi in forme diverse a seconda della concezione che si abbia dell'uno o dell'altro. Il discorso, che sta per finire, dovrebbe cominciare, tanta è la difficoltà e la complessità dell'argomento. Mi limiterò a brevi cenni.

A). — Quale procedimento amministrativo?

Si tratta qui non di prescegliere e di definire un tipo di proce-

---

(23) F. Benvenuti, *L'attività amministrativa*, cit., 549.

dimento, ma di stabilire quale valore, quale funzione gli si assegni, come e dove lo si collochi nel complesso della realtà amministrativa.

Ora, io credo che il valore primario del procedimento — in assoluto e nel rapporto con la tutela giurisdizionale — sia un valore organizzativo (24). Il procedimento appartiene al mondo dell'organizzazione, non al mondo dell'atto, e nemmeno, in generale, dell'attività amministrativa. Il procedimento non si limita, infatti, a legare gli atti e i fatti in una serie progrediente verso un risultato finale, ma cuce dinamicamente soggetti (in senso ampio) e interessi, in una trama che è anzitutto organizzativa.

Esso, per giunta, non si limita a registrare ed utilizzare soggetti e interessi preesistenti, ma li crea o ne stimola la nascita. È in questo senso che è strumento di partecipazione: esso «apre» sulla partecipazione non come «apporto» esterno, ma come ampliamento della tematica degli uffici e degli organi, come invenzione di nuovi soggetti amministrativi. Come qualunque struttura organizzativa, il procedimento è sede di emersione e comparazione (o conflitto) di interessi; e la sua importanza non sta nel risultato che attinge, ma proprio nel suo «farsi», nel suo creare organizzazione, come è dimostrato da ciò che esso può, fisiologicamente, non sboccare in un atto, o almeno in un atto autoritativo.

Mi pare che il totale passaggio del procedimento dal territorio dell'atto a quello dell'organizzazione sia lo sbocco, *da una parte*, dello spostamento del centro di gravità dello studio del diritto amministrativo dall'atto all'organizzazione, che nella scienza italiana si può collocare all'incirca negli anni sessanta, *dall'altra* di quel movimento che è stato chiamato di diffusione del processo (25), il quale null'altro significa, sul piano teorico, se non valorizzazione del procedimento come *atto di più persone*, cioè come ordinamento dinamico e dialettico di più soggetti e dei loro interessi.

Questo passaggio, d'altronde, corrisponde egregiamente (il che è del tutto naturale) alla attuale fase di sviluppo dell'amministrazione. Il crescente trasferirsi dell'azione amministrativa verso attività aventi

---

(24) Per la riconduzione del procedimento all'organizzazione mi sia consentito rinviare ai già citati *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, 122 sgg. Cfr. anche G. Bertì, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, 220.

(25) E. Fazzalari, *Diffusione del processo e compiti della dottrina*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 861 sgg.

una funzione costitutiva porta sempre più al centro dell'attenzione — come ha sottolineato di recente anche Schmitt Glaeser (26), appunto in sede di valutazione della legge tedesca sul procedimento — l'ambito del diritto dell'organizzazione: il ruolo creativo e organizzativo del procedimento ne viene logicamente rafforzato. Si deve aggiungere che, se l'amministrazione sempre più largamente oggi privatizza la sua attività o la contrattualizza, il valore pubblicistico di tale tipo di attività, che non può più essere trovato nel regime sostanziale dell'attività, deve essere trovato a monte di essa e dei suoi risultati, cioè nell'organizzazione. Il procedimento è lo strumento organizzativo per compiere questa operazione, ma ciò è possibile solo se non lo si consideri, o non lo si consideri unicamente, come forma di esercizio di una potestà in sviluppo (potestà che può anche non esserci), ma come struttura di collegamento fra più soggetti, dando così di esso, soprattutto, una interpretazione «soggettiva» (sempre nel senso ampio cui ho già accennato).

#### B). — Quale processo giurisdizionale?

Qui veramente il discorso dovrebbe essere lungo, se volesse essere esaustivo; ma non penso che non si attenda da me il disegno di un modello di sistema di tutela giurisdizionale.

Quello che voglio e posso dire, soltanto, è che il più elevato livello di integrazione fra procedimento amministrativo e processo giurisdizionale è probabilmente raggiungibile, ove alla virtualità costitutiva del procedimento, così come sopra delineato, si accompagni altrettanta forza creativa del processo giurisdizionale. Per Bettermann la netta distinzione fra scopo e regime del procedimento e scopo e regime del processo giurisdizionale è richiesta dalla progressiva «soggettivazione» della giustizia amministrativa e dalla sua sempre maggiore assimilazione alla giustizia civile (27). V'è in questa opinione molto di vero, anche se il problema non è quello della «soggettivazione» della giustizia amministrativa (nessuno pensa evidentemente ad una giurisdizione amministrativa di diritto obiettivo) o del maggiore o minore ambito di cognizione del giudice amministrativo (che questo ambito debba essere il più largo possibile — comprensivo cioè del sindacato del fatto — è opinione unanime o quasi).

(26) *Op. cit.*, 429.

(27) *Op. loc. cit.*

Gli è che vi sono due modi di ammodernare il processo giurisdizionale amministrativo. Di essi ho già detto altra volta (28). La prima direzione di riforma è nel senso che il processo accentui la sua funzione garantista, di garantismo formale, intendo: affini o perfezioni i noti parametri di valutazione e le situazioni giuridiche già abitualmente conosciute, purifichi i suoi istituti per renderli più rispondenti a tale scopo, cerchi di accostarsi sempre più al modello del processo civile.

Per contro, lo scioglimento dei problemi del processo amministrativo e l'acquisizione, da parte di esso, di una piena funzionalità possono essere cercati nella direzione di una piena valorizzazione della sostanza «sociale» dell'opera del giudice amministrativo: si tratta di far recuperare completamente a questo giudice la funzione di solutore di conflitti, di disciplinatore immediato dell'azione amministrativa e di collocarlo al centro dell'amministrazione, della società in quanto anche amministrazione, con tutte le conseguenze — sul piano delle legittimazioni, del sindacato *de facto*, della invenzione del diritto, dei poteri decisori — che da tale posizione derivano.

Che cosa comporti la scelta fra queste due direzioni di riforma, se esse siano fra di loro compatibili o no, quali siano i vantaggi dell'un sistema e dell'altro, non sono cose che possano essere esaminate qui. A pare — ed è ciò che ora interessa — che la seconda sia la direzione più idonea a far risaltare i nessi di integrazione fra i due istituti: un processo che valorizzi l'opera creativa e «sociale» del giudice, si accorda, meglio di un processo meramente ricognitivo e di impronta garantista, con un procedimento il cui valore primario sia essenzialmente organizzativo.

9. — Una legge generale sul procedimento amministrativo, che si ambienta in un siffatto sistema di rapporti fra procedimento e processo giurisdizionale, dovrebbe, secondo me, ispirarsi a tre criteri fondamentali, ai quali accenno rapidamente:

a) La legge non dovrebbe avere a suo fulcro principale la considerazione dell'atto amministrativo e dell'*iter* di formazione di esso. Ciò potrebbe comportare, al limite, che la legge neppure contenga una disciplina dell'atto amministrativo, come invece la contiene

---

(28) Il giudice amministrativo oggi, ora in *La riforma del processo amministrativo*, cit., 24 sgg.

la legge tedesca del 1976 negli artt. dal 35 al 53; questo non significa che tale disciplina non sia utile, significa che essa non deve diventare il centro di gravità di una legge sul procedimento (il discorso vale sia per la disciplina dell'atto amministrativo in sé — requisiti, vizi etc. — sia per la disciplina dei profili relativi alla sua pubblicità ed attuazione — notificazione, esecuzione — che certo meritano l'attenzione del legislatore, ma non necessariamente in una legge generale sul procedimento). Comunque, per quanto possa sembrare paradossale, una legge generale non dovrebbe mirare ad essere la rappresentazione, esclusiva e diretta, del progredire dell'attività di esercizio della potestà amministrativa verso l'emanazione dell'atto finale. Questo per varie ragioni: *perché* si tratterebbe di una rappresentazione schematica e astratta sovrapposta alla varietà delle forme di azione dell'amministrazione; *perché*, in particolare, si perderebbe la ricchezza di esperienze offerta dalla considerazione delle combinazioni organizzative, attraverso le quali del resto l'*iter* di formazione della scelta amministrativa può benissimo essere colto senza la deformazione costituita dal valore totalizzante attribuito all'atto; *perché* termine dell'attività amministrativa non è sempre e soltanto un provvedimento in senso proprio.

Due aspetti mi sembrano a quest'ultimo riguardo significativi. L'eclisse dell'atto come attore primo, o unico, dalla scena del procedimento si dovrebbe accompagnare alla considerazione anche dell'attività non autoritativa delle pubbliche amministrazioni (che non necessariamente si svolge in regime di diritto privato) e delle forme convenzionali di esplicazione della attività amministrativa, autoritativa o non che questa sia.

Sarebbe strano che, facendo oggi una legge sul procedimento, lo si disciplinasse come se l'attività amministrativa fosse ancora quella dei tempi di O. Mayer o di Ranelletti, idea che è il vizio occulto di molte teorie e proposte pur recenti in materia. Bisogna aggiungere che una legge sul procedimento dovrebbe prevedere e secondare l'ipotesi che l'esercizio di pur tipiche potestà amministrative sbocchi non in provvedimenti, ma in intese e concordati con il privato, che non hanno nulla di scandaloso se si tiene presente che l'amministrazione non gestisce poteri sacrali, ma cura interessi che possono essere talvolta soddisfatti meglio — più rapidamente, in modo più indolore per tutti — mediante un accordo con il privato. La legge sul proce-

dimento dovrebbe — con l'elasticità delle disposizioni — legittimare questi metodi e queste forme.

b) La legge dovrebbe invece avere il suo fulcro nella previsione di una serie di ipotesi di rapporti organizzativi, rapporti colleganti centri, per così dire, ufficiali di azione amministrativa, fra di loro e con i «soggetti» di partecipazione. Questi rapporti sono unificati dall'intento di realizzare il coordinamento di tutti gli interessi coinvolti nell'azione amministrativa, ma possono essere i più diversi. La formulazione di ipotesi tipiche di combinazioni organizzative è la sola possibilità che esista di predisporre una legge valida per una realtà amministrativa fortemente differenziata e mutevole, senza cadere nella previsione di uno schema rigido e astratto o nella genericità di una mera fissazione di principi. Queste ipotesi andrebbero fissate in relazione alla soddisfazione di varie esigenze: l'esigenza di identificare tutti gli interessi e i loro portatori; l'esigenza di sviluppare e pubblicizzare l'elaborazione della decisione (la formazione di essa è così colta *mediatamente* attraverso l'apporto dei vari centri); la possibilità di chiusura concordata del procedimento. Mi pare che, proprio in relazione a queste esigenze, meritino particolare attenzione i procedimenti di pianificazione e, in genere, tutti i procedimenti c.d. di massa (29).

c) Proprio per quanto ho detto finora, va escluso, infine, che una legge sul procedimento possa limitarsi alla, o trovare la sua essenziale ragion d'essere nella enunciazione di principi generali regenti l'azione amministrativa (contraddittorio, pubblicità etc.).

Non che neghi la validità di questi principi, ma non credo che ad essi si possa assicurare vitalità attraverso la loro mera enunciazione e fidando nella attuazione concreta e spontanea di essi nell'azione amministrativa. Per conto mio, tali principi debbono spiegare efficacia soprattutto ispirando le ipotesi di rapporti organizzativi di cui ho parlato. Ciò che soltanto può dare ad essi concretezza e garanzia di attuazione. La loro enunciazione astratta dovrebbe servire solo come regola di chiusura di questo sistema di ipotesi. Questa stessa funzione, nella ricca esperienza del processo civile, hanno del resto le regole

---

(29) Ai quali, giustificatamente, la legge tedesca sul procedimento amministrativo riserva largo posto: cfr. G. Sciallo, *Procedimenti e atti*, cit., 1494 sgg.

esprese dell'interesse ad agire e del contraddittorio (art. 100 e 101 c.p.c.).

**MARIO NIGRO**  
*prof. ord. nell'Università di Roma*

## SULLA SOGGEZIONE DEL NOTIFICANTE AL TERMINE BREVE DI GRAVAME (\*)

SOMMARIO – 1. La generale convinzione che la notifica della sentenza fa decorrere il termine breve a carico del notificante. – 2. La consacrazione della regola nel codice previgente. – 3. Le spiegazioni fornite sul fondamento della regola: l'efficacia bilaterale della notificazione. – 4. *Segue*: la volontà della parte che dà impulso alla notifica. – 5. *Segue*: la conoscenza della pronuncia impugnanda. – 6. *Segue*: l'unità del processo in sede di gravame. – 7. Conclusioni critiche.

1. – Una convinzione profondamente radicata assegna alla notifica della sentenza l'effetto di promuovere il corso del termine *breve* di impugnazione anche a carico di colui che al procedimento notificativo dà impulso. La *communis opinio* è così salda e diffusa, che invano si sfoglierebbero repertori, manuali e trattati per ritrovare l'espressione di qualche dissenso o perplessità. La consultazione della giurisprudenza e della dottrina offrirebbe invece la costante riaffermazione della regola testé enunciata, lo svolgimento di essa in alcuni corollari e - ma non sempre - le ragioni giustificative.

Appunto i corollari ricavati e le giustificazioni addotte rafforzano solo in apparenza la soluzione generalmente condivisa. Le ragioni offerte, in particolare, sono troppe e nemmeno convergenti: come meglio si vedrà in seguito, l'effetto in esame viene ricondotto o alla bilateralità della notifica oppure alla volontà dell'istante oppure infine alla conoscenza legale della sentenza implicita nel notificante (1). Sicché prende corpo l'impressione che la rilevanza della notifica sia una convinzione più ricevuta che compiutamente spiegata ovvero un dato accolto di per sé, prima ancora di essere asseverato.

I corollari ritratti generano parimenti motivi di incertezza. Un'affermazione ampiamente ripetuta connette alla notifica, inefficace per il destinatario, l'attitudine di promuovere il termine breve di gravame per

(\*) Questo scritto è destinato agli *Studi in onore di Tito Carnacini*.

(1) Per i richiami si rinvia alle indicazioni offerte nei §§ 3, 4 e 5.

l'istante (2). Ebbene, la soluzione mal si concilia con lo schema della bilateralità della fattispecie, in quanto ne concepisce una rilevanza unilaterale (3); ma nemmeno si armonizza con la spiegazione fondata sulla volontà del notificante, poiché una siffatta volontà non è nel caso univocamente manifestata (4) e comunque non viene efficacemente espressa (5). L'unica giustificazione concepibile è, perciò, quella che si richiama alla conoscenza legale della sentenza, obiettivamente palesata nell'impulso alla notifica (6).

Pertanto, un divario non piccolo separa le differenti formulazioni della medesima regola e diviene evidente proprio nelle varie applicazioni. Già si è osservato che solo l'idea della conoscenza legale sorregge un'efficacia circoscritta al notificante; ora si può aggiungere che la stessa idea contiene in sé una potenzialità assai maggiore ed incisiva. Invero una conoscenza legale va presupposta anche nella parte che esperisce un'impugnazione inammissibile e, prima della relativa declaratoria, rinnova il suo gravame osservando il termine annuale di decadenza. Ebbene la giurisprudenza più recente, ribadendo alcune precedenti statuizioni (7), definisce rilevante la conoscenza della pronuncia pure obiettivata dal richiedente di una notifica e cioè della notifica del primo gravame (8).

Naturalmente, le perplessità finora raccolte si potenziano nell'ambito del processo litisconsortile e dinanzi alla complessità dei fenomeni ivi racchiusi. La soluzione più semplificata, spesso ribadita, accorcia il termine per notificante e notificato, indipendentemente dal tipo di cu-

(2) Così la giurisprudenza consolidata, di cui sono recente espressione le pronunce di Cass. 25 giugno 1980, n. 3990, in *Mass. Foro it.*, 1980, c. 798; 5 dicembre 1979, n. 6320, *ivi*, 1979, c. 1280; 1° dicembre 1979, n. 6279, *ivi*, 1979, c. 1272. Andrioli, *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1979, p. 772 definisce «fermissima» questa tendenza. Ma v. *contra* S.U. 20 maggio 1982, n. 3111, in *Foro it.*, 1982, I, c. 2210 (ove anche ampie indicazioni di precedenti).

(3) Né varrebbe replicare che il notificante non potrebbe opporre l'invalidità cui ha dato causa. Invero il rispetto del termine di impugnazione va controllato d'ufficio e dunque comprende l'esame della fattispecie idonea a segnare il *dies a quo*.

(4) Il più spesso la notifica inefficace per il destinatario è in funzione del procedimento esecutivo.

(5) La violazione delle forme dovrebbe comportare la totale nullità dell'atto, sia per la volontà manifestata di limitare il tempo del gravame altrui sia per la volontà — che si pretende implicita — di circoscrivere l'esercizio della propria impugnazione.

(6) Così appunto la giurisprudenza ricordata in nota 2.

(7) Cass., S.U. 20 maggio 1982, n. 3111, *cit.*; 26 novembre 1977, n. 5153, in *Mass. Giur. it.*, 1977, c. 1119; 10 gennaio 1977, n. 92, *ivi*, 1977, c. 23.

(8) *Contra* Cass. 19 marzo 1981, n. 1620, in *Giur. it.*, 1982, I, c. 258 la quale esclude che la notifica di un gravame inammissibile sia, rispetto all'impugnante, equipollente alla notificazione della sentenza ai fini della decorrenza del termine breve.

mulo soggettivo e dalla controparte del proponendo gravame (9). Ma pure frequente è una limitazione al criterio testé enunciato, nel senso che esso opererebbe all'interno delle cause inscindibili o tra di loro dipendenti (10) e cioè nella sfera del contraddittorio necessario in sede di impugnazione (11). La restrizione riesce ancor più accentuata secondo la sistemazione di un recente e pregevole scritto (12): anche in queste cause la notifica promuove un'unica decadenza abbreviata, solo se alla pluralità di vincitori fa riscontro la sconfitta di una parte e qualcuno dei primi notifica la pronuncia al soccombente.

Insomma i dubbi che contornano un convincimento generalmente ricevuto non sono pochi né trascurabili ed incoraggiano l'impegno di una verifica. E la dedica di uno scritto allo Studioso, che più penetranti e fecondi contributi ha elaborato sull'unità del processo di impugnazione (13), costituisce lo stimolo decisivo per un riesame dell'argomento.

2. - Le ragioni, che giustificerebbero una decadenza abbreviata per il notificante, sono molteplici; ma, come si è visto, esse non comprendono quella che sarebbe la più significativa: un chiaro disposto legislativo che sancisce l'efficacia soggettiva della notifica della sentenza.

Invero, né le generali regole sulla notificazione degli atti (art. 157 ss. c.p.c.), né le norme degli art. 285 e 326 - che rispettivamente disciplinano la notifica della sentenza ed il termine di impugnazione conse-

(9) Così Cass. 4 giugno 1979, n. 3158, in *Mass. Foro it.*, 1979, c. 635; 28 maggio 1979, n. 2490, *ivi*, 1979, c. 508; 6 aprile 1978, n. 1589, *ivi*, 1978, c. 314; 6 luglio 1977, n. 2973, *ivi*, 1977, c. 550; 29 giugno 1977, n. 2797, *ivi*, 1977, c. 530.

Nello stesso senso una parte della dottrina, opportunamente raccolta ed illustrata da Vaccarella, *Note in tema di litisconsorzio nelle fasi di gravame: il principio dell'unitarietà del termine di impugnazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, p. 97 ss., spec. p. 104 ss. A tali indicazioni addie Andrioli, *Dir. proc. civ.*, I, cit., p. 775 s.

(10) Cass. 29 maggio 1980, n. 3550, *Mass. Foro it.*, 1980, c. 709; 14 febbraio 1980, n. 1096, *ivi*, 1980, c. 209; 14 dicembre 1978, n. 5970, *ivi*, 1978, c. 1180; 19 ottobre 1978, n. 4727, *ivi*, 1978, c. 930; 9 ottobre 1978, n. 4483, *ivi*, 1978, c. 885; 20 aprile 1978, n. 1895, *ivi*, 1978, c. 365.

(11) Ambito che - come bene avverte Vaccarella, *Note, ecc., cit.*, p. 107 ss. - offre occasione di gravi disorientamenti.

(12) Vaccarella, *Note, ecc., cit.*, alla cui precisazione si uniforma Cass. 6 dicembre 1979, n. 6543, in *Giust. civ.*, 1980, I, p. 1365.

(13) Contributi che sono anche, di ordine scientifico e ricomprendono soprattutto le seguenti opere: *Il litisconsorzio nelle fasi di gravame*, Padova, 1937; *Impugnazione principale e impugnazione incidentale*, in *Giur. it.*, 1948, IV, c. 169 ss.; *Appello principale in luogo dell'incidentale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1948, p. 985 ss.; *Ricorso principale in cassazione in luogo dell'incidentale*, in *Foro it.*, 1949, I, c. 556 ss. Invero, la disciplina vigente sull'unità dell'impugnazione è frutto della speculazione (e pure della redazione) del prof. Carnacini.

guente - né altra prescrizione testuale estendono alla parte istante gli effetti della operazione compiuta dall'ufficiale giudiziario. Il silenzio serbato dal legislatore appare anzi sorprendente, appena si porti l'attenzione oltre il codice vigente e si considerino precedenti testi normativi.

Al riguardo va rammentato quell'art. 45 cod. proc. civ. 1865, che così statuiva: «Quando la legge stabilisca un termine da decorrere dalla notificazione, questo termine decorre anche contro la parte a cui istanza è seguita la notificazione, salvo che la legge abbia diversamente stabilito». La disciplina previgente contemplava quindi l'effetto, che pure oggi si postula in assenza di un omologo precetto; ed a sua volta la codificazione 1865 si uniformava ai codici sardi (14), i quali interrompevano un'opposta tradizione di scuola francese (15).

È interessante rileggere ora il commento di questi codici (16) e scoprire i motivi per cui era stata abbandonata la regola che «nessuno ponesse in mora se stesso». Infatti, la scelta viene giustificata col fatto che «può sembrare ingiusto che colui il quale voglia circoscrivere i diritti del suo avversario non si sottoponga alla medesima misura; inutile costringere le parti alla spesa di una nuova notificazione per ottenere quel risultato, tanto più che una sola notificazione pone l'intimato e l'intimante nelle medesime condizioni» (17). Queste ragioni vengono riprodotte anche nelle trattazioni formate sotto il vigore del codice 1865 o almeno nelle trattazioni formate nei primi decenni di applicazione (18).

Ciò che resta comune nell'evoluzione legislativa testé disegnata non è solo il tenore del precetto normativo, ma altresì la convinzione che l'efficacia bilaterale della notifica abbia il suo fondamento nella disposizione di legge (19). Tanto è vero che il decorso del termine

(14) Art. 1106 del codice 1854 ed art. 1144 del codice 1859.

(15) Già prima, nello stesso senso, l'art. 167 del *Codice di procedura civile per gli Stati di Parma Piacenza e Guastalla*.

(16) Mancini P.S., Pisanelli G., Scialoja A., *Commentario del codice di procedura civile per gli Stati sardi*, IV, Torino, 1862, p. 190 affermano che, prima del codice 1854, la soluzione adottata era nel senso che dalla notifica non decorresse il termine d'appello per il notificante. Ciò fa apparire errato quanto scrive Borsari, *Il codice italiano di procedura civile annotato*, I, Torino, 1872, p. 85: ossia che la disposizione di legge fosse «già preparata dalla giurisprudenza».

(17) Il brano è tratto da Mancini, Pisanelli, Scialoja, *Commentario*, IV, cit., p. 190.

(18) Mortara, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, 3<sup>a</sup> ed., Milano, s.d. II, p. 80; Mattiolo, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, 5<sup>a</sup> ed. rist., Torino, 1951, IV, p. 309 ss.

(19) V. per tutti Chiovenda, *Sul decorso del termine per impugnare la sentenza in caso di più notificazioni successive e regolari*, in *Foro it.*, 1907, I, c. 562.

veniva circoscritto tra notificante e notificato, in ossequio alla formulazione del cit. art. 45 del codice previgente (20).

La continuità si propaga fino ai lavori preparatori dell'attuale codificazione, in particolare (21) il Progetto Redenti (22) ed il Progetto prel. Solmi. Quest'ultimo si premurava di precisare che la notifica non implica accettazione, «ma fa decorrere il termine anche contro la parte notificante» (art. 322). La frattura avviene con il Prog. def. Solmi, dove il precetto non è più riprodotto ed è sostituito da una regola che erroneamente viene considerata equipollente (23).

In definitiva, scompare una disposizione che aveva differenziato il nostro ordinamento dalla codificazione francese; il che può essere occasione di meraviglia soprattutto oggi, dopo che il *code de procédure civile* ha abbandonato l'assioma per cui «*nul ne peut se forclore soi-même*» (24).

3. – La succinta esposizione compiuta permette prabilmente di comprendere perché l'efficacia della notifica in confronto di chi la promuove sia tanto generalmente ribadita quanto poco argomentata. Già i *conditores* del codice vigente seguivano probabilmente l'idea che la regola, *olim* dettata, fosse immanente al sistema delle impugnazioni;

(20) Mortara, *Commentario*, II, cit., p. 802; Mattiolo, *Trattato*, II, cit., p. 172.

(21) Una regola identica era contenuta nell'art. 344 dell'*Avumprogetto Carnelutti*.

(22) Ivi l'art. 652, relativo al termine di impugnazione.

(23) La rel. del Guardasigilli Solmi, n. 238 (in *Codice di procedura civile, Progetto definitivo e relazione*, Roma, 1939, p. 86) giustifica la scelta affermando: «la norma del 3° comma dell'art. 322 «troverà sede più opportuna tra i principi relativi alla disciplina dei termini, rispettivamente, per l'appello e la cassazione».

Nel prog. def. l'art. 348 prevede che, se la sentenza non è stata notificata e vi è pluralità di parti, la notificazione dell'atto di appello ad una delle controparti fa decorrere per l'appellante il termine breve di gravame contro le altre. La rel. Solmi, n. 246 (*op. cit.*, p. 89) ritiene che qui si sia travasato l'art. 322 del prog. prel.

(24) L'art. 528, al. 2 del *nouveau code de procédure civile*, istituito con decreto 5 dicembre 1975, stabilisce per tutti i mezzi di impugnazione che «*Le délai court même à l'encontre de celui qui notifie*». La norma riprende la disposizione dell'art. 66 del decreto del 28 agosto 1972, disposizione che aveva esteso a tutte le *voies de recours* la regola codificata per l'appello dal d.l. 30 ottobre 1955. In definitiva, una graduale evoluzione ha portato all'abbandono dell'assioma tradizionale.

Due ulteriori tratti vanno poi rammentati del sistema attualmente vigente in Francia. L'art. 528, cit. precisa che, nell'ipotesi di solidarietà o indivisibilità sono necessarie più notifiche se molteplici risultano i soccombenti ed invece ne basta una sola se la pluralità è di soli vincitori. L'art. 668 stabilisce a sua volta: «*La date de la notification par voie postale est, à l'égard de celui qui y procède, celle de l'expédition, et, à l'égard de celui à qui elle est faite, la date de la réception de la lettre*». Sulla nuova disciplina cfr. Vincent-Guinchard, *Procédure civile*, 21° ed., Paris, 1981, p. 767 nonché i rapidi cenni di Breton, note a Cass. 25 nov. 1975, in *Recueil Dalloz*, 1976, p. 171 e le osservazioni più specifiche di Perrot, in *Rev. trim. de droit civil*, 1979, p. 672.

allo stesso modo dovevano ragionare dottrina e giurisprudenza successive.

Ma se è possibile spiegare così un comune atteggiamento, ancora nessun elemento è offerto a favore della sua fondatezza. Certo i lavori preparatori esibiscono una volontà conservativa della regolamentazione anteriore; e tuttavia la volontà non si è tradotta in un apposito precetto, né può apparire implicita alle scelte d'assieme compiute (25). Invero, nel regime del 1865 la notifica della sentenza era l'unico mezzo che facesse decorrere il termine di impugnazione ed avviasse correlativamente la formazione del giudicato; oggi opera comunque la decadenza annuale sancita dall'art. 327 c.p.c. Si può dunque dubitare che l'ultrattività della notifica svolga attualmente quella funzione, che innegabilmente le competeva nell'ordinamento anteriore (26).

Peraltro, il maggior ostacolo all'automatica applicazione delle soluzioni di un tempo è questo. La rilevanza bilaterale della notifica era frutto di una norma, l'art. 45 del codice 1865, che aveva innovato la regolamentazione pregressa e dunque possedeva un'innegabile forza creativa (27). Ritenerne adesso che il medesimo effetto sancito dalla norma sia comunque esistente, significa supporne un fondamento diverso e comporta l'onere di una dimostrazione specifica.

Appunto questa dimostrazione è stata prospettata secondo tre differenti impostazioni, che sono già state ricordate (28) ed ora vengono valutate singolarmente.

La prima e più semplice argomentazione si richiama ad un preteso principio di «bilateralità» della notificazione, che opererebbe rispetto alla sentenza ed al termine di impugnazione non meno che in altri casi (29). È bene, però, chiarire che il ragionamento viene sviluppato in una prospettazione capovolta a quella che sarebbe necessaria alla nostra indagine: non è il principio della bilateralità che assevererebbe l'efficacia della notifica della sentenza, bensì l'estensione di questa effi-

(25) Ossia non sovvienne quel criterio che, in assenza di una enunciazione testuale, consentirebbe di completare la disciplina della notifica. V. questo criterio valorizzato per altri profili della notifica da Chiovenda, *Sulla pubblicazione e notificazione delle sentenze civili*, in *Saggi di diritto processuale civile*, II, Roma, 1931, p. 285 ss.

(26) V. alcune riflessioni sul sistema vigente e sulla sua differenza da quello anteriore *infra* § 6.

(27) Si richiamano i riferimenti sviluppati in § prec., testo e note 16-20.

(28) Sia pure in rapidissimi cenni all'inizio dello scritto.

(29) Punzi, *La notificazione degli atti nel processo civile*, Milano, 1959, p. 80, nota 25; id., *Delle comunicazioni e notificazioni*, nel *Commentario del codice di procedura civile* diretto da Enrico Allorio, I, 2, Torino, 1973, p. 1469 s. testo e nota 70.

cacia che comproverebbe il principio (30). Insomma, viene presupposto quanto forma l'attuale *thema demonstrandum* (31).

Né la lacuna è colmata dall'indicazione di altre ipotesi in cui la notifica di atti processuali opererebbe nei confronti di tutte le parti: come avverrebbe per la citazione ai fini della litispendenza o per la chiamata in causa di un terzo *ex art. 107 c.p.c.* (32). In tali casi, la notifica non è il fattore esclusivo dell'efficacia ma perfeziona una fattispecie più ampiamente composta; ed altresì realizza verso tutti l'unico effetto previsto dalla legge, sicché non si può ripetere più volte per iniziativa delle diverse parti (33). I due profili segnalati si atteggiavano in maniera assolutamente difforme nell'oggetto dell'intrapresa ricerca: la pretesa efficacia verso il notificante è conseguenza della notifica della decisione e configura un effetto ulteriore a quello prodotto in confronto del destinatario.

La seconda differenza merita di essere sottolineata, onde meglio intendere e valutare un'osservazione autorevolmente proposta (34). È stato detto dell'art. 45 codice 1865, dianzi riportato: «norma, codesta, la quale non è che un singolo aspetto del principio per cui gli effetti delle attività processuali, inquadrandosi e manifestandosi nel rapporto processuale, sono comuni ad entrambe le parti di questo». Si è così suggerito uno spunto di notevole influenza nella problematica affrontata e significativo assai più oggi che nel momento in cui era stato formulato. Allora, infatti, il brano riprodotto mirava a ricondurre una disposizione vigente alla sua matrice ispirativa; adesso, invece, la tendenza più generale, operante non meno nell'attuale ordinamento che in quello anteriore, potrebbe sorreggere una conseguenza non consacrata da una previsione testuale.

Orbene, il principio indicato esiste senza dubbio eppure non fornisce soluzione al nostro quesito, poiché non lo ricomprende. La comunicazione bilaterale dell'efficacia di un atto compiuto (35) è un fenomeno

---

(30) In particolare questa impostazione emerge da quanto scrive Punzi in *La notificazione*, cit., loc. cit.

(31) Ovvero resta da spiegare quale sia il fondamento giuridico della pretesa efficacia bilaterale della notificazione, in particolare della notifica che abbia ad oggetto la sentenza.

(32) V. ulteriori indicazioni in Punzi, *La notificazione*, cit., loc. cit.

(33) Vale a dire, la notifica della chiamata in causa di un terzo non può essere ripetuta da ciascuna delle parti cui è rivolto l'ordine del giudice, poiché la citazione di tale soggetto si realizza una volta sola.

(34) Betti, *Diritto processuale civile italiano*, 2<sup>a</sup> ed., Roma, 1936, p. 456.

(35) Ad es. un'assunzione probatoria può giovare alla difesa della parte contrapposta a quella che ha promosso l'assunzione; Betti, *Dir. proc. civ. it.*, cit., loc. cit.

distinto dalla duplicazione dell'effetto o, se si vuole, dalla corrispettività di due effetti contrapposti (36). La decorrenza del termine breve si imprime sul potere di impugnazione del notificato (37); se viene estesa anche al gravame del notificante e dunque investe la relativa posizione soggettiva, la rilevanza dell'operazione viene, per così dire, raddoppiata e si moltiplicano non i destinatari di uno stesso effetto, ma gli effetti dell'atto. Pertanto la regola della bilateralità del processo è a torto invocata in una situazione, per la quale ciò che occorrerebbe sarebbe l'ampliamento dell'efficacia ed un precetto che la contemplasse.

4. — Questi limiti dimostrativi sono, del resto, avvertiti seppure non esplicitati dalla letteratura prevalente, la quale mostra di non credere né alla bilateralità della notifica, né alla comunanza degli effetti processuali. In particolare, il dissenso è implicito alla spiegazione di una pregevole dottrina, la quale pone l'accento sulla volontà della parte che dà impulso al procedimento notificativo: «con la notificazione della sentenza la parte vuole esprimere, ed essa sola può esprimere, la volontà di concludere il processo, mettendo in moto i termini per l'impugnazione: e ciò vale sia nei confronti del notificato, sia nei confronti dello stesso notificante, anche se non possa in genere parlarsi di acqui-escenza» (38).

La tesi della decadenza abbreviata per il notificante viene fondata sulla volontà di un certo risultato e cioè della fine del processo ovvero della formazione del giudicato (39). Tale volontà, manifestata con la

(36) Per restare al settore probatorio, l'efficacia della prova assunta è fenomeno assolutamente distinto dalla regola codificata per la testimonianza nell'art. 244 c.p.c.: «La parte contro la quale la prova è proposta, anche quando si oppone all'ammissione, deve indicare a sua volta nella prima risposta le persone che intende fare interrogare e deve dedurre per articoli separati i fatti sui quali debbono essere interrogate».

(37) Si richiama in proposito quanto scrive Picardi, *Dei termini*, nel *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da Enrico Allorio, I, 2, Torino, 1975, p. 1537 s.: il termine perentorio deve essere considerato «... come un fatto giuridico strutturalmente autonomo caratterizzato da una propria efficacia di tipo estintivo, perché l'integrazione della fattispecie viene, in questo caso, ad eliminare gli effetti prodotti da precedenti atti giuridici, viene, cioè, a provocare la caduta di alcune posizioni giuridiche soggettive quali, ad es., il potere di appellarsi».

(38) Così Satta, *Commentario al codice di procedura civile*, II, 1, Milano, 1959-1960, p. 355. A sua volta scrive Redenti, *Diritto processuale civile*, rist., 2<sup>a</sup> ed. II, Milano, 1957, p. 323: «Il termine breve è stato introdotto nell'interesse delle parti, cioè di quelle che intendono affrettare il passaggio in giudicato o altrimenti la decisione finale delle sorti della causa, attraverso le eventuali impugnazioni. Non male, per ciò, dicono i pratici che la notificazione della sentenza serve a "mettere in mora" ad impugnare, facendo decorrere il termine breve, sia per la parte alla quale la notificazione vien fatta, sia anche per quella stessa che procede alla notificazione».

(39) V. rispettivamente Satta e Redenti, *op. loc. cit.*

notificazione della sentenza, produrrebbe il decorso del termine breve per la controparte, ma insieme essa implicherebbe anche l'assoggettamento del notificante alla medesima misura cronologica. Lo indurrebbe, poiché l'intento perseguito - conclusione del processo e giudicato - presuppone la consunzione di ogni potere impugnatorio, anche il proprio, ed è favorito dall'accelerazione della decadenza.

La concezione illustrata conferisce notevole risalto ad un dato presente nella regolamentazione positiva: il fatto che, a norma dell'art. 285, la notifica deve avvenire «su istanza di parte». Il requisito così imposto può essere variamente apprezzato ed assumere il senso di una legittimazione assai ristretta (40); tuttavia non deve alterare l'esatta costruzione dell'intero fenomeno. Il termine breve è l'effetto di un'operazione compiuta dall'ufficiale giudiziario ed avente per oggetto un provvedimento autoritativo, ossia consegue ad un'attività che non è di parte né per il soggetto né per il contenuto. La volontà dell'istante assume rilievo solo per l'impulso impresso alla sequenza ed al più condiziona l'efficacia della notifica (41); non è comunque la causa di un effetto direttamente stabilito dalla legge nell'art. 326 c.p.c. (42).

Pertanto, va radicalmente respinta l'idea che riconduce il termine breve ad un atto dispositivo di tenore negoziale (43). E va altresì rigettata perché, oltre ad essere in sé erronea, non giustificherebbe in ogni caso la soluzione del problema in esame. La matrice sostanziale, con cui si pretenderebbe di spiegare l'intero fenomeno, condurrebbe ad utilizzare la massima che «nessuno pone in mora se stesso» e quindi escluderebbe la decadenza ridotta a carico del notificante (44).

---

(40) Satta, *Commentario*, II, I, cit., p. 356, parla di «... una vera e propria legittimazione alla notificazione, nel senso che non qualunque soggetto estraneo al processo e nemmeno qualunque soggetto del processo, può notificare con efficacia la sentenza, bensì soltanto il soggetto del rapporto dedotto in giudizio ...». La legittimazione dovrebbe essere riservata alla parte personalmente e potrebbe essere estesa al difensore in virtù di specifica rappresentanza: così sostiene Satta e ribadisce Punzi, voce *Notificazione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, p. 647, argomentando dalla decorrenza del termine breve anche per il notificante. *Contra*, però, la giurisprudenza consolidata: Cass. 3 aprile 1979, n. 1917, in *Mass. Foro it.*, 1979, c. 415; 9 ottobre 1978, n. 4483, *ivi*, 1978, c. 885.

(41) Influenza ombreggiata da Chiovenda, *Sul decorso del termine*, ecc., cit., c. 562.

(42) Chiovenda, *op. loc. ult. cit.*

(43) Satta, *Commentario*, II, I, cit., p. 355 afferma: «... l'istanza si deve ricondurre all'esercizio dell'azione ed è una manifestazione di esso». V. altresì Satta-Punzi, *Diritto processuale civile*, 9<sup>a</sup> ed., Padova, 1981, p. 376; Punzi, *La notificazione*, cit., p. 98.

(44) In definitiva ed ancora una volta, occorrerebbe uno specifico precetto che estendesse l'efficacia dell'atto.

5. - L'argomentazione più seguita, coltivata principalmente nella giurisprudenza (45), si appoggia su un ragionamento piuttosto lineare. La premessa dell'intera dimostrazione è probabilmente questa: la notifica della sentenza incide sul termine di impugnazione del destinatario, poiché gli fornisce la conoscenza del provvedimento impugnando ovvero perché attribuisce data certa al momento nel quale la pronuncia deve ritenersi conosciuta. Orbene, chi dà impulso all'operazione notificativa palesa con ciò, attraverso un preciso accadimento, di avere notizia della decisione e di poter valutare la convenienza ad avvalersi dei gravami (46). Questa conoscenza viene esplicitata pur quando la notificazione sia inefficace verso il destinatario e, così, potrebbe operare a carico del solo notificante, limitandone cronologicamente il potere impugnatorio (47). Egualmente viene palesata con la proposizione di un gravame inammissibile e con la notifica a qualcuno dei litisconorti; ma come si è visto (48), le resistenze ad attribuirle rispettivamente rilevanza (49) sono diffuse e rappresentano il sintomo di un più vasto problema.

È proprio vero - ci si deve chiedere - che il nostro codice gradua la decadenza dell'impugnazione in corrispondenza alla notizia oppure all'ignoranza del provvedimento?

La risposta scaturisce da alcune riflessioni, intese a cogliere la scelta compiuta nel nostro ordinamento. Il primo e più importante dato è fornito dalla regola della decadenza annuale (50), impostata sulla pubblicazione della pronuncia e dunque coordinata alla perfezione del provvedimento giudiziale (51). Questo termine massimo si applica alle impugnazioni c.d. ordinarie ossia ai mezzi che influiscono sulla formazione del giudicato (52); rispecchia perciò l'intento del legislatore di assecondare l'irretrattabilità della pronuncia, attraverso una tecnica di

---

(45) La quale estende l'efficacia della notifica della sentenza anche al notificante: v. fra le espressioni più recenti di questa massima Cass. 28 luglio 1981, n. 4846, in *Mass. Foro it.*, 1981, c. 989.

(46) Questa spiegazione emerge dalle sentenze riportate in nota 2.

(47) Cfr. sempre i richiami di nota 2.

(48) In § 1.

(49) Rilevanza negata per la notifica di un gravame inammissibile (Cass. 19 marzo 1981, n. 1620, cit. in nota 8, superata però dalla più recente S.U. 20 maggio 1982, n. 3111 cit.) e controversa nell'ambito del processo litisconsortile.

(50) O meglio, della decadenza di un anno cui vanno di regola aggiunti i quarantacinque giorni della sospensione feriale.

(51) Sicché si può dire che la sentenza, per il solo fatto di esistere giuridicamente, fa decorrere il termine di impugnazione.

(52) Anche al regolamento di competenza, secondo la giurisprudenza consolidata: Cass. 12 aprile 1979, n. 2150, in *Dir. lav.*, 1979, II, p. 355.

consunzione automatica ed indipendente da ogni attività di comunicazione (53).

Peraltro, la norma dell'art. 327 c.p.c. fornisce anche un'altra indicazione. Con essa il codice vigente ha preso chiara posizione su un problema soggetto a notevoli oscillazioni nella storia del processo (54): quello sull'opportunità di ancorare il *dies a quo* del gravame alla sentenza oppure alla conoscenza di questa. La soluzione adottata nel 1942 e preparata da precedenti studi (55) valorizza il deposito in cancelleria quale formalità sufficiente affinché le parti si rendano edotte della sentenza e procedano alle loro eventuali impugnative. Tanto è vero, che la comunicazione del dispositivo, imposta dall'art. 133 c.p.c. alla cura del cancelliere, non incide assolutamente sul tempo di esperimento dei rimedi (56).

Gli elementi così raccolti debbono essere utilizzati nella indagine che ora si intende compiere con riguardo alla notificazione della sentenza. Questa costituisce una variabile all'interno di un sistema imperniato sulla decadenza annuale ossia configura una modalità che può esserci o non esserci e che, qualora sia attuata, deroga alla regola di più generale tenore. Appunto l'eventualità e l'accessorietà inducono a ricercare una spiegazione che sia il più possibile coerente con i principi della materia, poc'anzi esplicitati.

Ed allora due cose, si crede, vanno dette: la rilevanza della notifica non ha il suo fondamento né nel fatto che il nostro ordinamento rimette all'iniziativa delle parti la formazione del giudicato né nella circostanza che i termini di impugnazione corrono dalla conoscenza del provvedimento (57). In particolare, l'affidamento di conoscenza connesso all'efficacia della pubblicazione non può essere contraddetto da affermazioni del seguente tipo: la notifica produce un termine abbreviato di

(53) Uno spunto in tal senso è suggerito da Costa, *Manuale di diritto processuale civile*, 9<sup>a</sup> ed., Torino, 1980, p. 427.

(54) V. l'illustrazione di Chiovenda, *Sulla pubblicazione e notificazione*, ecc., cit., p. 237 ss.

(55) Chiovenda, *op. ult. cit.* Va altresì ricordato che il Progetto di codice elaborato dalla commissione per il dopo guerra e redatto appunto da Chiovenda, prevedeva negli artt. 164 e 189 quella decadenza annuale che è stata poi consacrata nel vigente art. 327: v. il progetto in Chiovenda, *Saggi*, II, cit., p. 114 ss. ed *ivi*, p. 1 ss. la relazione (di cui al presenti fini merita attenzione il § 145, p. 102 s.).

(56) Con le uniche eccezioni del regolamento di competenza, a norma dell'art. 47 c.p.c., e dell'impugnazione del p.m. avverso le sentenze in materia matrimoniale (art. 72 c.p.c.).

(57) Ossia non si riproducono due caratteri della disciplina previgente, superati dalla regola sistematica dell'art. 327 c.p.c.

gravame, poiché fa conoscere alla parte il provvedimento impugnando. Non può essere contraddetto in tal modo, perché si dovrebbe presumere in assenza di notifica una legale ignoranza e si cancellerebbe il ruolo sistematico assunto dall'art. 327 c.p.c. (58).

Il senso e l'incidenza della notificazione vanno invece apprezzati in un differente profilo, del resto esibito dal medesimo accadimento in cui l'operazione consiste. Con essa viene trasmessa nella sfera del destinatario la copia autentica della sentenza ed è conferita data certa al momento in cui è possibile una valutazione sulla convenienza del gravame. Insomma, il legislatore concede alle parti un anno affinché acquisiscano il testo della pronuncia, onde apprezzarne il contenuto e deliberare sull'impugnazione; tuttavia riduce sensibilmente il tempo della scelta, quando il provvedimento viene partecipato con particolari formalità.

Orbene, la notificazione promossa verso altri non vale ad assicurare che l'istante si sia munito della copia della decisione né, in mancanza di uno specifico precetto, istituisce un apposito onere in tal senso (59). Certo il notificante ha avuto occasione di ottenere la copia e di prendere visione della pronuncia; ma nella stessa situazione egli si trova quando procede all'iscrizione dell'ipoteca giudiziale oppure riassume il processo davanti all'istruttore dopo la decisione non definitiva (60). Eppure in nessuno di questi casi il termine ridotto corre a carico di chi abbia acquisito il testo della sentenza; anzi gli art. 340 e 361, nel mentre circoscrivono il tempo per fare riserva, non alterano le regole generali di decadenza dell'impugnazione (61).

---

(58) Chiovenda, *Sulla pubblicazione, ecc.*, cit., p. 282 s. scriveva: «In un procedimento regolarmente costituito la pubblicazione della sentenza o del provvedimento segna di regola il momento in cui le parti ne hanno scienza legale ... D'altra parte la scienza legale, regolarmente data colla pubblicazione, produce i suoi effetti quantunque essa non coincida colla scienza effettiva. Ciò nel campo della regola. La eccezione è costituita da determinati casi o da determinati effetti, per quali la scienza legale è data, o per meglio dire completata, con un atto formale diverso dalla pubblicazione (notificazione): ciò è o pel decorso dei termini o per le sentenze che valgono citazione o per l'esecuzione forzata». Appunto l'eccezione era presente in un ordinamento che, come quello del codice 1865, non contemplava la decadenza annuale; introdotta tale decadenza, la scienza legale è già prodotta dalla pubblicazione anche agli effetti del gravame.

(59) Sarebbe, cioè, necessaria una disposizione che, come l'art. 45 cod. 1865, stabilisse la decadenza del termine in danno del notificante e dunque gli creasse l'onere di acquisire anche per sé una copia della sentenza.

(60) Invero, le parti devono conformare le loro difese in funzione del contenuto della sentenza non definitiva ed a questo fine hanno l'onere di prenderne visione.

(61) V. l'illustrazione di tale disciplina in Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, 4° ed., II, Milano, 1981, p. 285 e Mandrioli, *Corso di diritto processuale civile*, 3° ed., II, Torino, 1981, pp. 302 s. e 326.

In definitiva, le posizioni di notificante e notificato non sono fra loro omogenee né quindi vanno assoggettate ad identico trattamento. Solo il secondo ha ricevuto con solennità di forme la copia della sentenza; il notificante invece palesa la possibilità di acquisirla ossia una facoltà connaturata all'avvenuta pubblicazione ed assorbita nella rilevanza di questa.

6. - L'insoddisfazione delle spiegazioni più accreditate induce a farsi carico di un ulteriore tentativo di dimostrazione della *communis opinio*: ulteriore tentativo che, lo si precisa subito, non è stato coltivato dalla letteratura epperò affonda le sue radici su tendenze recepite nella codificazione vigente.

Il ragionamento, che si vuole ipotizzare, procede da un'osservazione assai semplice: un problema di termine breve per il notificante sorge allorché si versa in un caso di soccombenza reciproca ovvero i poteri impugnatori appartengono ad entrambe le parti contrapposte (62). In tale ipotesi, la pluralità dei poteri potrebbe produrre, in quanto autonomamente esercitati, una ramificazione del processo in sede di gravame; potrebbe cioè causare una conseguenza che il codice 1942 ha inteso assolutamente evitare, per merito precipuo dello studioso qui onorato (63). Ebbene, la contestualità della decadenza e dunque l'efficacia bilaterale della notifica offrirebbe all'eventuale molteplicità dei separati procedimenti la nota della contemporanea pendenza; e così ne renderebbe concretamente possibile la riunione a norma dell'art. 335 c.p.c.

L'argomentazione presenta indubbio pregio quando introduce nella disputa un principio fortemente sentito dal nostro legislatore e consacrato in un'articolata disciplina. Ma questa meditata regolamentazione va apprezzata, oltre che per la tensione verso l'unità del giudizio, soprattutto per gli strumenti tecnici all'uopo utilizzati e per il ruolo ad essi attribuito. Infatti, la misura privilegiata di coordinamento tra iniziative impugnatorie diverse è la forma incidentale del gravame successivo; ossia è un congegno proiettato sull'esercizio del mezzo e capace di assicurare l'immediata rifusione nel *simultaneus processus*. Altri due meccanismi, pure adottati, sono essenzialmente complementari: l'ap-

---

(62) Per l'individuazione di tali ipotesi si rimanda ad Attardi, *Sentenze di rito e soccombenza del convenuto*, in *Giur. it.*, 1976, I, 1, c. 491 ss. nonché a Lancellotti, *La soccombenza requisito di legittimazione alle impugnazioni di parte*, Modena, 1979, p. 19 ss. (l'opera è attualmente fuori commercio. Quanto ivi scritto può essere letto anche negli *Studi in onore di E.T. Liebman*, III, Milano, 1979, p. 1911 ss. ed in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1978, p. 1554 ss.).

(63) Come già si è avuto occasione di ricordare in nota 13.

prossimazione dei termini di molteplici impugnative è prevista dall'art. 326 cpv. in un ambito circoscritto, la riunione dei procedimenti separati rappresenta una valvola di chiusura (64). Né può essere diversamente, poiché la forma incidentale genera immediatamente l'unità che il regime del termine favorisce in modo affatto indiretto (65) e che la riunione produce a seguito di un'attività riparatrice della ramificazione (66).

La scelta sistematica si riverbera anche nella soluzione del più specifico problema che - lo si ricorda - concerne la potenziale molteplicità di impugnative tra parti contrapposte. Ecco, la ramificazione non può essere paventata perché la notifica del primo gravame imporrà al destinatario, intenzionato ad impugnare, di avvalersi della forma incidentale; ed anzi rimetterà la controparte per così dire in termini a norma dell'art. 334 c.p.c. (67). La creazione di una decadenza abbreviata, che scaturisca dalla notificazione della sentenza e sia a carico del richiedente, nulla aggiunge all'efficienza di tale disciplina e piuttosto rischia di pregiudicarla.

Si ammetta invero per un momento l'esattezza del convincimento consolidato e si immagini che cosa è opportuno che facciano notificante e notificato parzialmente soccombenti nel tempo «breve» di impugnazione. Ognuno di essi verosimilmente appronterà le sue iniziative di gravame e si preoccuperà di perfezionarle tempestivamente, onde evitare di incorrere negli strali che una giurisprudenza non illuminata riserva all'impugnazione incidentale tardiva (68). La conseguenza presumibile è quindi la moltiplicazione iniziale di processi e l'esigenza - che la pratica dimostra sempre meno soddisfatta (69) - di un successivo recu-

(64) In proposito ci si permette di rinviare alle riflessioni sviluppate in *Impugnazioni separate contro la stessa sentenza*, in *Riv. dir. proc.*, 1976, p. 298 ss.

(65) V. sul punto le precisazioni di Carnacini, *Il litisconsorzio*, ecc., cit., p. 205 ss.

(66) Attività che può in concreto far difetto e generare gravissime conseguenze: v. *infra* nota 69.

(67) In ordine all'ambito di applicazione di tale norma si condivide pienamente la tendenza di un'autorevole dottrina, la quale esclude ogni limitazione di oggetto e di soggettività passiva del gravame incidentale tardivo. V. questa dottrina illustrata, assai di recente, da Liebman, *Manuale*, II, cit., p. 283 s. (ivi anche gli opportuni richiami di letteratura).

(68) V. per tutti Liebman, *Manuale*, II, cit., *loc. ult. cit.*

(69) Ciò risulta dalle non poche sentenze di Cass. che in questi anni hanno dovuto decidere - ed hanno deciso con drastico ed eccessivo rigore: *Impugnazioni separate*, ecc., cit. - su fattispecie caratterizzate da molteplicità di impugnazioni non riunite tempestivamente. V. Cass. 19 marzo 1981, n. 1629, in *Giur. it.*, 1982, I, c. 369; 3 ottobre 1979, n. 5079, in *Mass. Foro it.*, 1979, c. 1040; 9 giugno 1979, n. 2642, in *Foro it.*, 1979, I, c. 1757 con osserv. di Proto Pisani; 22 dicembre 1976, n. 4705, *ivi*, 1977, I, c. 68; 14 maggio 1975, n. 1865, in *Giur. it.*, 1976, I, c. 1177; 14 aprile 1975, n. 1406, in *Foro it.*, 1975, I, c. 2520 con nota di Barone. A tali casi si aggiunga la recente vicenda di una molteplicità di procedimenti generata dalla ripetuta iscrizione a ruolo del medesimo appello, vicenda definita da Cass. 6 marzo 1980, n. 1508, in *Foro it.*, 1980, I, c. 3040 con nota di Balena.

però dell'unità attraverso la riunione. Ed è una conseguenza non solo allarmante, ma anche curiosa per il seguente aspetto: uno dei motivi che avevano indotto a sancire la regola della «bilateralità» della notifica era di evitare la duplicazione di tale attività (70); ebbene, questa regola, calata nel codice vigente, incoraggia proprio quella molteplicità di operazioni che essa...vorrebbe evitare (71).

Le implicazioni sono parimenti gravi nell'ipotesi, in qualche modo inversa, che il notificante si astenga dall'impugnare nel termine breve. La convinzione della bilateralità della decadenza si sutura con le arbitrarie limitazioni impresses dalla giurisprudenza alle impugnazioni incidentali tardive ed asseconda una preoccupante compressione della tutela in fase di gravame (72).

7. – Le riflessioni testé sviluppate somministrano nuova linfa al dissenso che ha ispirato questo scritto o, se si vuole, stemperano l'impressione di eterodossia che la critica alle idee consolidate reca inevitabilmente con sé. Invero si crede di poter dire che la soluzione generalmente seguita non è avvalorata né dalla rilevanza della notificazione (73) né dal principio dell'unità del processo; anzi contrasta con la disciplina di questo principio (74) e genera conseguenze inopportune (75).

Gli inconvenienti addotti consistono nel fatto che la coincidenza del termine breve, per notificante e notificato parzialmente soccombenti, crea le condizioni per un contestuale esercizio dei rispettivi gravami, per una proliferazione di procedimenti e per la conseguente necessità di un provvedimento riunificatore. Tanto più questa situazione deve esse-

---

(70) Si richiama il brano di Mancini, Pisanelli, Scialoja, *Commentario*, IV, cit., p. 190 già riportato *supra*, in § 2. La medesima giustificazione è enunciata da Mortara, *Commentario*, II, cit., p. 801.

(71) Invero viene favorita la duplicazione di notifiche, richieste dalle parti contrapposte ed aventi ad oggetto – questa volta – le rispettive impugnazioni. Altresì si rende necessario il successivo provvedimento di riunione dei giudizi separatamente proposti.

(72) Tanto più preoccupante, in quanto la compressione è frutto di un'arbitraria limitazione dell'art. 354 e di una regola non codificata di efficacia bilaterale della notifica.

(73) Se sono persuasive le osservazioni enunciate nei §§ 3-5.

(74) Vi contrasta, in quanto il principio è compiutamente attuato dall'onere della forma incidentale di ogni impugnazione successiva e non abbisogna, per realizzarsi, di una regola che accorci i termini di tutti i gravami esperibili. Certo, una disposizione che abbrevia la decadenza esiste nella disciplina codificata ed è contenuta nell'art. 326 cpv.; ma appunto è un precetto accessorio, insuscettibile di generalizzazioni anche per il suo carattere eccezionale (acutamente Andrioli, *Dir. proc. civ.*, I, cit., p. 776 ne segnala la discrepanza con l'art. 329, 2° comma).

(75) Indicate alla fine del § precedente.

re concepita, in quanto le flebili *chances* della impugnazione incidentale tardiva dissuadono ogni parte avveduta dall'attendere l'iniziativa impugnatoria altrui. Perciò si può fortemente dubitare, almeno nella odierna realtà applicativa, della convenienza tecnica di una regola che sottoponga ad una medesima decadenza tutte le parti dell'operazione notificativa.

Questa considerazione non può essere trascurata in un ragionamento che ecceda i lineamenti scientifici del tema e si affidi a riflessioni di innegabile forza suggestiva. Non ci si vuole invero nascondere che la critica qui svolta lascia spazio ad alcune perplessità, enunciabili coi seguenti interrogativi: ma come è possibile che un ordinamento positivo non vincoli il notificante alla stessa misura temporale di impugnazione che vuole provocare per altri? come non ritenere avvalorata da insopprimibili esigenze equitative quella tesi che oggi costituisce comunque *ius receptum*? perché metterla in discussione se essa, pur non fondata su dati di diritto codificato o su argomentazione di sistema, risponde ad un senso di giustizia?

Le domande formulate suggeriscono dunque una soluzione nel senso della *communis opinio*: tuttavia la suggeriscono secondo un criterio di «totale identità di poteri delle parti» che costituisce una ispirazione essenziale, ma non esclusiva della disciplina processuale. Ed invero la compenetrazione di interesse pubblico con quello privato dei litiganti, l'urgenza di un ordinato sviluppo procedimentale fanno sì che il processo debba corrispondere a molteplici e divergenti canoni ispiratori e che in specie possa plasmare diversamente le modalità di esercizio dei contrapposti poteri in funzione del rispetto di un differente principio. Appunto la direttiva dell'unità dell'impugnazione può collidere, nella sua concreta attuazione, con l'imposizione di un termine breve uniforme: e rappresenta un dato che solo una contraria scelta del legislatore, prescrittiva della efficacia bilaterale della notificazione, permette di superare. Questa scelta non è stata però compiuta dal codice vigente.

Chi scrive è peraltro cosciente della tenace resistenza con cui una *communis opinio* si perpetua indefinitamente, sì da superare molto spesso le riforme legislative e da piegare a se stessa il tenore di nuove norme contrastanti. Insomma, le illusioni di un *revirement* non sono molte e non più di un'utopia sarebbe l'aspirazione di questo scritto a promuoverlo. Piuttosto l'obiettivo è di invitare ad un riesame di un convincimento che, proprio perché ritenuto troppo fermo, ha finito per assumere i caratteri di un dogma; ed è un invito che non dovrebbe

essere respinto nell'elaborazione, già da tempo iniziata, del nuovo codice di procedura civile (76).

Probabilmente i tempi sono maturi per una più piena consacrazione delle idee introdotte dalla disciplina del 1942 riguardo alla decadenza delle impugnazioni. L'esigenza pubblicistica alla formazione del giudicato andrebbe ulteriormente potenziata in duplice modo, con la riduzione del termine «massimo» e con la conservazione del termine «breve» decorrente dalla notificazione *officiosa* della sentenza (77). In ogni caso dovrebbe scomparire quell'idea di efficacia «bilaterale» che si è voluta confutare già *de lege lata*.

AUGUSTO CERINO-CANOVA

*prof. ord. nell'Università di Parma*

---

(76) Ci si riferisce al recente d.d.l. delega, per la riforma del processo civile, pubblicato in *Riv. dir. proc.*, 1981, p. 504 ss.; in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1981, p. 645 ss. ed in *Giust. civ.*, 1981, II, p. 315 ss. Ma soprattutto si pensa al testo normativo, che del recente d.d.l. è modello: le *Proposte di riforma*, pubblicate in *Riv. dir. proc.*, 1977, p. 452. In tali *Proposte* gli artt. 251 e 259-262 dettano una disciplina identica a quella vigente.

(77) Sembra particolarmente felice la disciplina novellata della ZPO tedesca: un termine massimo di sei mesi decorrente dalla pubblicazione ed un termine più breve promosso dalla notificazione *officiosa* della sentenza.

## L'ORDO IUDICIARIUS MEDIOEVALE (Riflessioni su un modello puro di ordine isonomico) (\*)

SOMMARIO: 1. Ordine « isonomico » ed ordine « asimmetrico » nel processo. – 2. L'ordine isonomico: *iudex non potest in facto supplere*. – 3. La filosofia dell'*ordo iudiciarius*: Giovanni di Salisbury. – 4. Conclusione: gli « iura naturalia » nel processo.

### 1. Ordine « isonomico » ed ordine « asimmetrico » nel processo.

1.1. *I fondamenti logici*. – Il processo – le cui implicazioni logiche e filosofiche sono state riscoperte dalla filosofia e dalla metodologia della scienza giuridica (1) – non costituisce un fenomeno unitario ed

---

(\*) Il presente scritto è destinato agli Studi in memoria di G. Ambrosetti.

(1) Un interessante panorama è offerto dai contributi al seminario internazionale su « Controversias científicas e filosóficas » (Universidade de Évora, 2-7 dicembre 1985), i cui Atti sono in corso di pubbl.

Sulla problematica si rinvia, anche per la bibliografia, al saggio di F. Gil-G. Giorello, *La controversie come méthode*, in *Revue de synthèse*, 1984, p. 435. Il problema dell'onere della prova nella logica di Leibniz ha richiamato in particolare l'attenzione: E. De Olaso, *Leibniz et l'art de disputer*, in *Akten der II. Internationalen Leibniz-Kongresses*, Band IV, Wiesbaden, 1975, p. 207; F. Gil, *Du droit à la Théodicée: Leibniz et la charge de la preuve dans la controverse*, in *Revue de synthèse*, 1985; A. Giuliani, *Leibniz e la teoria dei fatti relazionali negli Studi in onore di J. Wróblewski*, in *Studia Prawnicze*, 1985, 3-4, p. 39.

La logica giuridica contemporanea insiste sul carattere procedurale della teoria formale della disputa, ed i suoi legami con l'idea di sistema; cfr. A. Aarnio - R. Alexy - A. Peczenik, *The Foundation of Legal Reasoning*, in *Rechtstheorie*, 12, 1981, pp. 133-158, pp. 257-279, pp. 423-448.

Sul tema cfr. L. Gianformaggio, *Il gioco della giustificazione: in margine ad una teoria procedurale dell'argomentazione giuridica*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, a cura di G. Tarello, 1984, p. 475. La sociologia del diritto trova nel processo inteso come fenomeno burocratico – la prefigurazione di una più generale teoria del controllo sociale, che è basata sulla « legittimazione tramite il procedimento »; cfr. N. Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, Darmstadt, 1975. Il modello del giudice coincide con quello dell'*homo burocraticus*, che considera le conseguenze del suo operato e i bisogni degli individui come elementi irrilevanti; cfr. A. Febbrajo, *Funzionalismo strutturale e sociologia del diritto*

omogeneo. L'acquisizione della conoscenza nel giudizio – sia nella « questione di diritto » sia nella « questione di fatto » – presuppone la categoria dell'*ordine*, cioè di uno dei termini più complessi del lessico filosofico della tradizione occidentale. Senza ordine non è possibile una conoscenza corretta (2), come è rivelato dalle forme prelogiche della ragione umana, legate ai meccanismi psicologici della memoria e del ricordo (3). Un tale concetto è imparentato con altri (come quello di « prova », di « rilevanza », di « probabilità »): l'ordine permette di selezionare – tra le numerose informazioni – quelle che sono *rilevanti*, e che pertanto costituiscono prova.

L'idea dell'*ordine* è condizionata dalla soluzione data alla questione preliminare: l'autonomia della retorica rispetto alla logica, della ragione pratica rispetto alla ragione teorica, della prova argomentativa rispetto alla prova dimostrativa. Logica e retorica non sono in opposizione, ma complementari nella costruzione di questo concetto centrale della logica; senza ordine non è possibile non solo la dimostrazione, ma neppure l'argomentazione: la retorica, infatti può essere interpretata come logica delle relazioni in senso debole. Opposte sono le soluzio-

---

nell'opera di N. Luhmann, Milano, 1975, p. 110; J. Schafer, *Studien zur Theorie und Soziologie des gerichtlichen Verfahrens*, Berlin-München, 1986. Una critica della tesi del Luhmann – dal punto di vista della ermeneutica giuridica – è offerta da J. Esser, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, trad. di S. Patti e G. Zaccaria, con intr. di P. Rescigno, Napoli, 1983, p. 201.

La nuova retorica – nonostante la rivalutazione delle procedure legate alla logica della controversia giudiziaria – è sembrata utilizzabile piuttosto al livello della interpretazione del diritto, anziché a quello della procedura giudiziale. Infatti la tesi della specificità della prova giuridica – intesa in senso più ampio rispetto alla prova giudiziaria – ha favorito una interpretazione riduttiva. Sul tema, cfr. A. Giuliani, *Ordine isonomico ed ordine asimmetrico: nuova retorica e teoria del processo*, in *Sociologia del diritto*, 1986, n. 2-3, p. 81.

(2) Sul problema dell'*ordine* nell'argomentazione, più volte sottolineato dalla nuova retorica, merita particolare attenzione l'affermazione: « Lo studio dell'ordine negli argomenti in un discorso rientrava, durante il Rinascimento, nei problemi di metodo; Descartes lo ha sostituito con le regole del metodo ispirate dal ragionamento e dalle analisi matematiche » (Ch. Perelman, *Logica*, in *Enciclopedia del Novecento* vol. III, 1979, p. 1053).

(3) Secondo Aristotele (*de mem. et rem.*, 451 b) tutto ciò che offre un certo « ordine » (*taxis*) è facile da ricordare, come nel caso della matematica. Sulle interferenze tra il codice « psicologico » e quello « logico » cfr.: A. Giuliani, *Droit, mouvement et réminiscence*, in *Archives de philosophie du droit*, 1984, p. 101.

ni – offerte rispettivamente dalla logica e dalla retorica – al problema del ruolo del giudizio del giudice e delle parti nella controversia. Dal punto di vista logico-scientifico senza *ordine asimmetrico* non è possibile una discussione razionale: vengono privilegiate le operazioni solitarie della mente del giudice, sulla base di un « calcolo » garantito dal ricorso al dogmatismo della evidenza. Al contrario la discussione dialettica trova il suo presupposto nella divisione della conoscenza, come rimedio alla fallibilità del giudizio: nell'*ordine isonomico* la supplenza del giudice – il quale pretenda di sostituire il proprio giudizio a quello delle parti – è illogica ed iniqua. L'utilizzazione di tecniche probatorie razionali nel processo segna nello stesso tempo l'ingresso della civiltà umana e l'inizio della logica; essa presuppone la fiducia nella capacità della ragione umana di conoscere il passato, e cioè la *verità del fatto* in quanto avvenimento storico: un fenomeno fisico, una manifestazione di volontà, uno stato mentale. Nella storia della logica occidentale il processo (4) costituisce un persistente punto di riferimento: ma la problematica rischia di restare oscura, ignorando l'eterogeneità delle implicazioni logiche ed etiche dei diversi modelli. Aristotele aveva nei *Topici* in mente le tecniche della procedura greca (5); Leibniz e Kant si riferivano ai modelli di procedura del loro tempo, che erano stati elaborati da giuristi interessati ai problemi della logica e da logici interessati ai problemi del processo (6).

La storia del processo è percorsa dal perenne conflitto tra retorica e logica, che riflette due concezioni opposte dell'*ordine*, che abbiamo definito « ordine isonomico » ed « ordine asimmetrico ». Esse sono alla base rispettivamente dell'*ordo iudiciarius* medioevale e del *processus* nel senso moderno (7): se i principi dell'*ordo* medioevale (8) dipen-

(4) A. Giuliani, *Il concetto di prova*, Milano, 1961.

(5) Aristotele, *Top.*, 151 b 12.

(6) Sulla teoria del processo di Leibniz cfr. nota (1). La metafora del tribunale è ricorrente nel testo kantiano; cfr. J.F. Lyotard, *Judicieux dans le différend*, nel vol. coll. *La faculté de Juger*, Paris, 1985, p. 200.

(7) Sul passaggio dall'*ordo iudiciarius* al *processus* cfr. N. Picardi, s.v. *Processo civile (diritto moderno)*, in *Encicl. Dir.*, vol. XXXVII, Milano 1987, p. 101; A. Giuliani; s.v. *Prova (logica giuridica)*, vol. XXVIII, (in corso di stampa).

(8) La storiografia tradizionale ha privilegiato la tarda fase della procedura romano-canonica, in quanto offre temi rilevanti dal punto di vista della *Dogmengeschichte* permettendo di registrare una continuità nel passaggio dall'*ordo iudiciarius* al *processus* nel senso moderno. Al contrario la fase anteriore – che la prima

dono da quelli della retorica, i « principia processus iudicarii » – connessi all'*Ordnungprinzip* del processo prussiano del XVIII secolo – dipendono dalla logica. Nei due modelli la stessa terminologia (« onere della prova », « presunzione », « fatto ») ha un significato diverso, che riflette la distanza nelle soluzioni su questioni fondamentali, come quella relativa ai poteri di supplenza del giudice (9). Nell'*ordo* medioevale (*iudex non potest in facto supplere*) la supplenza costituirebbe una violazione della neutralità ed imparzialità del giudice; nell'ordine isonómico – basato sul principio del contraddittorio – le parti hanno un pari onere della prova, inteso come onere della persuasione. Nel *processus* invece spetta al giudice pilotare il processo secondo l'ideale leibniziano (10) del giudice « *advocatus partium generalis* »: l'ordine asimmetrico legittima la supplenza del giudice (*iudex potest in facto supplere*).

In realtà i problemi della procedura giudiziaria sono più complessi rispetto a quelli corrispondenti nella retorica e nella logica *tout court*: siamo pertanto obbligati a penetrare in questa *terra incognita*, che è costituita dai fondamenti etici ed istituzionali della logica intesa nel senso più esteso. Nel processo infatti logica ed epistemologia si rivelano discipline meno pure ed astratte di quanto comunemente si

---

generazione dei glossatori ricevette in eredità dalla età preirneriana – disorienta il giurista contemporaneo, il quale non sia disposto a relativizzare i principi della scienza processuale, in cui è stato educato. Basti pensare ad affermazioni come quella secondo cui la dottrina dell'*ordo* rinvia da un lato alla « norma canonica » e dall'altro alla « artificiosa dottrina » della retorica. Né potrebbe sperare di trovare lumi – a proposito della compatibilità di elementi in appartenenza così eterogenei – nell'altra ricorrente affermazione che la *forma placitandi*, « in paradiso videtur exorta »; il riferimento ai testi sacri permetteva di elevare la citazione a simbolo dei principi del contraddittorio, e degli stessi diritti di difesa. Su tutta la problematica cfr. Giuliani, *Il concetto di prova*, cit., p. 159 ss.; Id., *Prova (logica giuridica)*, cit.

(9) Il divieto di supplenza nel fatto trova la sua compensazione nella libertà di valutazione della prova (« *secundum conscientiam* »). In realtà – nella seconda fase dell'*ordo* – trionfa il principio opposto (*iudex potest in facto supplere*), che rappresenta un punto di continuità con la teoria moderna del *processus*: tale principio risulta collegato al dogma che il giudice « *secundum allegata iudicat* ». La controversia metodologica tra i giuristi medioevali emerge da una importante ricerca, anche se resta nella ottica della *Dogmengeschichte*; cfr. K.W. Nür, *Zur Stellung des Richters in gelehrten Prozess der Frühzeit: « Iudex secundum allegata non secundum conscientiam iudicat »*, München, 1967.

(10) Giuliani, *Prova (logica giuridica)*, cit.: il processo prussiano del XVIII secolo costituisce un modello puro di ordine asimmetrico.

crede; in una varietà di equilibri esse legittimano, in termini di razionalità, valori etici e politico-costituzionali diversi, ed al limite opposti.

1.2. *La moralità del processo.* – I principi del processo costituiscono parte integrante della tradizione giusnaturalistica: attraverso la sua mediazione sono penetrati – rispettivamente nell'*ordo iudiciarius* e nel *processus* – i principi dell'ordine isonomico e dell'ordine asimmetrico. La teoria del processo costituisce pertanto il capitolo della scienza giuridica europea, che più di tutti manifesta la conflittualità tra le due anime del diritto naturale, ricollegabili alla versione classica ed a quella moderna. Essa pertanto rappresenta per il filosofo un osservatorio privilegiato per verificare i modi opposti, con cui si configura – nelle due versioni – il rapporto tra « livello di razionalità » e « livello di moralità » nella esperienza giuridica. L'idea della verità non riguarda soltanto la nostra conoscenza (11), ma anche la nostra condotta: ha implicazioni non solo logiche, ma altresì etiche, che si riflettono sui metodi di prova della verità. La varietà delle soluzioni dipende dalle risposte date alla questione pregiudiziale: il rapporto tra ragionamento logico e ragionamento etico (12). Da un punto di vista teorico potrebbero configurarsi due situazioni limite:

a) nel diritto naturale classico il filosofo morale contesta la pretesa del logico di monopolizzare il problema della verità: il presupposto è la contrapposizione (13) della « verità pratica » (peculiare della *doxa*) rispetto alla « verità teorica » (peculiare della *episteme*).

Nella morale della virtù (o della ragionevolezza) la filosofia della giustizia corre parallela a quella della comunicazione umana; essa pertanto ha un carattere intrinsecamente procedurale: lo scambio egua-

---

(11) K.R. Popper, *Congetture e confutazioni*, Bologna, 1972 (p. 11: « Le fonti della conoscenza e dell'ignoranza »).

(12) Sulla contrapposizione tra morale della virtù e morale dell'obbligo rinviamo ai nostri saggi: *Il concetto classico di regola di condotta (a proposito della dottrina aristotelica dei praktà)*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Perugia*, n.s., 1974, n. 2, p. 553; *Informazione e verità nello Stato contemporaneo*, in *Atti del Congresso Nazionale di filosofia del diritto* (Bari, 1974), Milano, 1976, p. 167; *Droit, mouvement et réminiscence*, cit.

(13) Aristotele, *Eth. Nic.*, 1094 b 4: « ...è proprio dell'uomo colto richiedere, in ciascun genere di ricerca, tanta esattezza quanta ne richiede la natura dell'argomento: e sarebbe lo stesso lodare un matematico perché è persuasivo e richiedere dall'oratore delle dimostrazioni » (trad. A. Plebe).

le nel vero non è determinabile con il ricorso ad un calcolo. Le regole della discussione dialettica riflettono l'interferenza tra dimensione logica e dimensione etica: senza il rispetto della giusta regola di condotta nel dialogo, il contraddittorio non opera come strumento di ricerca della verità. L'ordine isonomico garantisce da un lato le condizioni della ragione pratica (basata sulla divisione delle conoscenze) e dall'altro lato i principi della giustizia naturale.

b) Nel diritto naturale moderno è sottinteso il tacito postulato della epistemologia moderna: e cioè che la verità è una sola come la logica (14). Il monismo della verità ha anche implicazioni morali: l'idea della frattura tra logica ed etica. Sul punto convergono sia i fautori della verità materiale (che affidano alla « *philosophia practica* » la determinazione delle *obligationes* nel processo), sia i fautori della verità formale (sul presupposto del carattere normativo della logica). Le regole di condotta nel processo sono rigorosamente predeterminate da una logica non dialogica del dialogo, la cui struttura portante è l'obbligo assoluto di dire la verità per i partecipanti alle vicende processuali: ad esso corrisponde il diritto dell'informazione del giudice.

1.3. *Fondamenti istituzionali.* – Il processo potrebbe essere considerato come un capitolo della storia politico-costituzionale di una certa epoca. Esso permette di verificare rapporti di armonia o di dissonanza fra i principi logici ed etici da un lato, e gli aspetti istituzionali dall'altro lato, soprattutto per ciò che riguarda i rapporti tra legislatore e giudice, e tra il giudice e le parti. Basti considerare:

a) l'ordine « isonomico » ha una istintiva diffidenza non solo nei confronti della supplenza del giudice nel fatto, ma altresì nei confronti del legislatore che pretenda di regolamentare un settore, come quello del processo, che è la manifestazione di una ragione pratica, pubblica, sociale. Esso pertanto risulta compatibile con l'idea della *extrastatualità* del processo, e con un sistema giudiziario di giudici professionali (15);

---

(14) La morale dell'obbligo si occupa di condizioni estrinseche alla verità, come l'obbligo di dire la verità. Basti considerare l'affermazione di Pufendorf (*De iure naturae et gentium*, IV, 1, 8): « Sic ut veritati Logicae, quae in conformitate verborum cum rebus consistit, Veritas Ethica... superaddat dicentis intentionem atque obligationem ».

(15) Il passaggio dall'*ordo iudiciarius* al *processus* coincide con il passaggio dalla responsabilità « professionale » del giudice (peculiare della civiltà comunale)

b) l'ordine « asimmetrico » mette tra parentesi la problematica dei diritti procedurali, indirettamente garantiti dalla *Legitimation durch Verfahren*: esso è compatibile con il processo moderno costruito come fenomeno burocratico, in cui il giudice funzionario non è responsabile nei confronti del cittadino delle conseguenze della propria decisione. L'ordine asimmetrico pertanto legittima sia la supplenza del giudice, sia il carattere pubblicistico del processo, le cui regole probatorie mirano al « *regulatum arbitrium iudicis* ».

## 2. L'ordine isonomico (*iudex non potest in facto supplere*).

2.1. *Il metodo topico*. – Aristotele dialettico può essere considerato il primo grande teorizzatore delle condizioni – logiche ed etiche – che permettono la realizzazione dell'ordine isonomico nel processo: ossia una situazione caratterizzata dal movimento di contraria informazione nella controversia. Sotto tale profilo il metodo topico appare il rimedio alle varie forme di ordine asimmetrico, che costituiscono perverzione delle regole della logica della controversia:

a) *la contesa eristica*, che affida la soluzione del conflitto alla registrazione dell'esito della lotta (16): le tecniche della procedura giudiziale permettono il passaggio alla discussione dialettica;

b) *la moralizzazione del processo* nel senso platonico, che riconosce ai governanti il diritto di mentire, ed ai governati l'obbligo assoluto di dire la verità (17);

---

alla responsabilità « disciplinare » (collegata ad un ordinamento burocratico della magistratura). Sul tema cfr. A. Giuliani - N. Picardi, *La responsabilità del giudice*, Milano, 1987.

(16) T. Kotarbinski, *L'éristique, cas particulier de la théorie de la lutte*, in *Logique et Analyse*, 1963, p. 19.

(17) Platone, *Rep.*, 389 b (trad. di F. Sartori, in *Opere complete*, Bari, 1971, VI, p. 107): « Ora, se c'è qualcuno che ha diritto di dire il falso, questi sono i governanti, per ingannare nemici o concittadini nell'interesse dello Stato. Ma non c'è altri che debba arrogarsi un simile compito. Aggiungeremo che, dicendo il falso agli uomini di governo, un privato commette lo stesso, anzi un maggiore sbaglio del malato che non dice la verità al medico, o del ginnasta che non la dice all'istruttore sulle sue condizioni fisiche, o di chi non espone al pilota il reale stato della nave e della ciurma ossia quale è la condotta sua o di qualche compagno ».

Sulla sopravvivenza della dottrina platonica v. R. De Mattei, *Dal premachievellismo all'antimachievellismo*, Firenze, 1969 (p. 15); « Il problema della liceità del

c) *il calcolo aritmetico* (18), proposto dai riformatori pitagorici: la pretesa di sostituire il giudizio del giudice a quello delle parti è un assurdo logico.

Il problema dell'ordine è fondamentale nella logica della controversia: sia nel ragionamento retorico (che privilegia il momento persuasivo, giustificativo e confutatorio peculiare dell'avvocato), sia nel ragionamento dialettico (orientato dal punto di vista della verifica e del controllo da parte del giudice). La sofistica – intesa come studio della patologia dell'argomentazione (e pertanto opposta alla eristica) – vanta un primato nell'ambito della logica della controversia, in particolare per quanto si riferisce al metodo probatorio. Lo studioso – che prenda le mosse dai presupposti della epistemologia moderna, secondo cui l'errore è privazione di conoscenza (19) – rischia di trovare precluso l'accesso alla comprensione del problema dell'ordine nella comunicazione intersoggettiva.

Il problema dell'errore non può essere eluso in una dottrina della ragione pratica, le cui tecniche non possono essere formalizzate: dalla correttezza e precisione nella individuazione dei fenomeni patologici dipende il successo di una terapia del disordine. La sofistica ci rivela dunque le interferenze tra logica ed etica, tra verità e giustizia. Il sofisma infatti non è solo un errore, ma un atto ingiusto: è *pleonexia*, ossia violazione della « eguaglianza », che è un valore logico ed etico.

2.2. segue: a) *divisione della conoscenza*: per quanto si riferisce agli aspetti logici, il presupposto è la consapevolezza della debolezza delle facoltà della ragione umana, la quale non è statica ed incorruttibile, ma soggetta a leggi di sviluppo e di decadenza, ed influenzata dalle

---

mendacio »). Cfr. altresì K. Popper, *La società aperta e i suoi nemici*, Roma, 1973, vol. I, p. 202.

(18) Sulla riforma della procedura proposta da Ippodamo di Mileto cfr.: A. Giuliani, *La definizione aristotelica della giustizia* (lit.), Perugia, 1985, p. 90.

(19) Sul tema cfr. Popper, *Congetture e confutazioni*, cit., p. 15 ss. Il problema dell'errore – connesso ad una logica della rilevanza, costruita in termini di « regole di esclusione » – assicura alla sofistica il primato tra i capitoli della teoria dell'argomentazione. Sulle implicazioni logiche ed etiche della sofistica rinviamo ai nostri saggi: *Il concetto di prova*, Milano, 1961; *La controversia: contributo alla logica giuridica*, Pavia 1966; *Logica del diritto (teoria dell'argomentazione)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXV, Milano, 1975, p. 13; *Droit, mouvement et réminiscence*, cit.

passioni. Il codice logico insomma non può essere separato rispetto a quello biologico, psicologico ed etico: in nessun settore – come quello della logica – è imprescindibile uno studio interdisciplinare, che tenga conto dei momenti prelogici. La conoscenza infatti comincia dalle sensazioni, ed il riferimento alla conoscenza sensibile permane in ogni stadio successivo attraverso i meccanismi psicologici della memoria e del ricordo: a questi ultimi si ricollega non solo la conoscenza teorica, ma anche quella pratica. La possibilità dell'errore non è in relazione alla percezione dei sensi (i quali possono ingannarsi, ma non possono ingannare), ma al procedimento inferenziale. Il contraddittorio è il cardine della *forma probandi* nel ragionamento retorico-dialettico: la verità emerge in termini negativi attraverso la esclusione delle inferenze argomentative irrilevanti. Il contraddittorio offre al giudice un sapere che nessuna mente individuale potrebbe ricercare autonomamente: l'interesse delle parti serve inconsapevolmente alla ricerca della verità *pratica*, irriducibile ad una verità necessaria peculiare delle scienze dimostrative.

I « fatti » con cui tratta il dialettico appartengono al passato, alla storia, alla contingenza di opposte valutazioni: essi sono legati al primato di quella prova naturale costituita dalla testimonianza umana. L'ordine isonomico è relativo a questioni miste (20), il cui modello è la controversia giudiziaria. In questo settore i fatti non sono omogeneizzabili ai fatti empirici: la dimensione cairotica della temporalità costituisce un ostacolo per separare il fatto dal valore, la « *quaestio facti* » rispetto alla « *quaestio iuris* ». Sintomatica è la distinzione aristotelica tra prove artificiali e prove inartificiali, in quanto la legge è ricompresa tra queste ultime. La prova dei fatti pertanto appartiene alla argomentazione, non alla dimostrazione: è estranea ad una razionalità dialettica la fiducia nella possibilità di una *evidentia* (21), che giustifichi la soppressione del contraddittorio. Affidare ad una ragione individuale – per quanto onnisciente (poco importa se di un legislatore o di un

---

(20) Sui problemi che pongono le *mixed questions* sul terreno della discussione filosofica cfr. M. Adler, *The Conditions of Philosophy*, New York, 1965.

(21) Sul passaggio dal significato retorico a quello metafisico-gnoseologico nella filosofia occidentale: C. Mazzantini, s.v. *Evidenza*, in *Enciclopedia Filosofica*, Firenze, III, 1967, p. 1159. Il significato retorico-giudiziale di evidenza – collegato al concetto di « testimonianza » – persiste sulla tradizione giuridica inglese; cfr. A. Giuliani, *The Influence of Rhetoric on the Law of Evidence and Pleading*, in *The Juridical Review*, 1962, 3, p. 216 (e in *l'Educazione giuridica*, vol. II 1979, p. 217).

giudice) – la ricerca del fatto è contro le istanze della ragione pratica, che è basata sulla divisione della conoscenza. Il contraddittorio insomma è un ineliminabile strumento di ricerca della verità in un settore legato – sia nella questione filosofica come nella controversia giuridica – a quella prova naturale costituita dalla testimonianza umana.

Il metodo dialettico è la logica dell'ordine nella discussione argomentativa, considerata nei suoi due capitoli: la teoria della controversia e la teoria della prova. La sofistica offre i criteri selettivi per determinare l'area della rilevanza: sia nel settore dell'*ordo quaestionum* sia in quello dell'*ordo probationum*, per usare il linguaggio dei giuristi medioevali. La funzione del giudice – che è ineliminabile – risulta neutrale, ma non passiva; egli non deve permettere la perversione del dialogo in una delle forme di ordine asimmetrico: risulta pertanto inammissibile una sua supplenza nella prova dei fatti. Alla rigorosa limitazione della informazione del giudice – tramite rigorose regole di esclusione (come il divieto della testimonianza *de auditu*, o della prova negativa) ed i principi della « forma probandi » – corrisponde la libertà nella valutazione della prova. Il costo di una ricerca basata sull'ordine isonomico è la possibilità di decidere con un « non liquet ».

2.3. segue: *b) la giustizia naturale del processo.* – Le regole dell'*ordo loquendi* non sono soltanto regole logiche, ma altresì regole della giusta condotta nello scambio del vero: esse garantiscono i principi del diritto naturale nel processo. La verità pratica è più complessa rispetto alla verità dimostrativa, in quanto rinvia a situazioni conflittuali, e pertanto non esclude la responsabilità della scelta (« deve il figlio ubbidire al padre o alle leggi »? – « deve il medico dire la verità all'ammalato? »). Nella concezione classica il filosofo morale contesta la pretesa del logico di monopolizzare il problema della verità: la verità pratica (relativa al dominio della *doxa*) è di competenza dell'etica.

Nel contesto più ampio della filosofia morale dovrebbe pertanto essere valutato il metodo probatorio peculiare dell'ordine isonomico. Le regole procedurali hanno una funzione compensativa rispetto alle varie ineguaglianze:

*a) ineguaglianze radicate nella natura delle cose, come nel caso della presunzione di innocenza (in dubio pro reo) (22), giustificata da una idea del probabile assiologicamente orientata;*

---

(22) L'automaticità della contrapposizione delle tesi non garantisce la ricerca

b) l'interrogazione sofisticata (23), che miri alla autoincriminazione della controparte.

L'ordine isonomico non ha la vocazione per l'obbligo assoluto di dire la verità; esso legittima il diritto al silenzio (*nemo tenetur se edere*) al di fuori di una situazione di eguaglianza e di reciprocità: l'uomo verace – affermava Aristotele nell'etica – parla « quando si deve e come si deve » (24). In conclusione vorremmo affermare che il fondamento istituzionale dell'ordine isonomico è da ricercare nella democrazia greca, in cui la isonomia veniva intesa come eguaglianza tra governanti e governati, tra il cittadino ed i suoi giudici.

### 3. La filosofia dell'« ordo iudiciarius »: Giovanni di Salisbury.

3.1. *Il Policraticus*. – L'incontro della tradizione retorica con la dialettica aristotelica nella cultura del XII secolo – definito « the

---

della verità. Bisogna correggere le ineguaglianze sostanziali; non essendo la posizione dell'accusato sullo stesso piano di quella del suo accusatore, la presunzione di innocenza ha la funzione di una *ratio compensandi*.

Nei *Problemata*, opera appartenente alla tradizione aristotelica (XXIX, 12, 951 a 15), si pone il problema: perché in tribunale è riservata la destra all'accusato? La spiegazione viene trovata nel favore dovuto alla difesa, il cui rischio è maggiore, dato che la superiorità dell'accusatore è nella natura delle cose, ed occorre pertanto una « *ratio compensandi* » a favore del convenuto (951 a 16). Nella stessa opera successivamente viene posto un problema connesso (perché in caso di dissenso tra i giudici la sentenza è favorevole all'accusato, se i voti sono egualmente divisi): « ... è preferibile assolvere il colpevole piuttosto che condannare l'innocente. Chi dubita deve scegliere il male minore » (951 b 5).

(23) Sul tema cfr. Giuliani, *Informazione e verità*, op. cit.

(24) Aristotele, *Eth Nic.*, 1127 a-b. Il diritto resta per secoli un importante veicolo della concezione dialettica del *veriloquium*, che riflette una concezione della giustizia come reciprocità. Nella glossa accursiana leggiamo: *non esse servandam fidem non servanti* (s.v. *uti*, al Cod. II, 3, 21). La dottrina dell'*ordo iudiciarius* ha raccolto questa eredità. Il fondamento dell'obbligo del *respondere* fu dibattuto a proposito di quel meccanismo di ricerca della verità, rappresentato dall'istituto delle *positiones* basato sulla testimonianza delle parti. Proprio nella situazione di eguaglianza fu individuata la giustificazione di una sorta di diritto reciproco all'interrogazione. Come leggiamo nel *Trattato* del Micalori: « nam si eam (confessionem) edere tenetur etiam actor potest cogi ad respondendum positionibus ipsius rei, et simpliciter, unde in hoc sunt pares ». Sulle discussioni fra i giuristi: A. Castellari, *Delle posizioni nella procedura comune italiana* (in F. Glück, *Commentario alle Pandette*, trad. it., Milano, 1903, XI, p. 77).

most legal century » (25) – offre alla filosofia del processo agganci logici, etici, e politici per la costruzione di un modello puro di ordine isonomico. L'opera di Giovanni di Salisbury merita particolare attenzione, in quanto rappresenta uno dei principali canali di diffusione degli ideali isonomici della civiltà giuridica occidentale, sopravvissuti attraverso metafore base (come il *due process* ed il *déni de justice* »). L'*ordo iudiciarius* del suo tempo è elevato ad importante manifestazione di una ragione pratica, sociale, pubblica realizzatasi nel tempo; lo spessore filosofico e logico dei suoi principi costituisce materia di riflessione per chi – come Giovanni di Salisbury – è nello stesso tempo filosofo della politica e dialettico (26).

La teoria del processo – *quomodo iudicium debeat ordinari* (27) – nel *Policraticus* non va considerata pertanto come una episodica digressione: è un fondamentale punto di raccordo tra la filosofia politica (strettamente imparentata con l'etica) e la concezione della dialettica come *ars opponendi et respondendi*. Nella storia della logica raramente è stato posto con maggiore attenzione il problema dell'errore, e della fallibilità del giudizio, nel ragionamento pratico. Lo studio della patologia dell'argomentazione è esaltato da Giovanni di Salisbury al punto da affermare – a proposito della sofistica – che « *veritas, non verbositas*,

---

(25) F. Pollock-F.W. Maitland, *The History of English Law*, Cambridge, 1952, vol. I, p. 511.

(26) Il *Metalogicon* di Giovanni di Salisbury (1110-1180) rappresenta la prima opera dell'età media, in cui vengono utilizzati tutti i libri della *Logica nova*: cfr., Giuliani, *Il concetto di prova*, cit., p. 147.

(27) Pol. V, 4. Già F.C. Savigny era stato impressionato dalla vasta conoscenza della procedura civile di G. (*Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, Heidelberg, 1850, 2<sup>a</sup> ed., IV, p. 431). Sull'interesse di G., per la scienza canonistica e la procedura cfr. le osservazioni nell'introduzione a *The Letters of J. o. S.*, ed. by W.J. Millor and E. H. Butler, I (1153-1169), London-Edinburgh, 1955, p. XX ss. G. utilizzò la *Summa Codicis* attribuita ad Irnerio per il *Policraticus*: cfr.: H. Fitting, *Die « Summa Codicis » und die « Quaestiones » des Irnerius*, in *Zeit. der Sav. Stift., Rom. Abt.*, t. XVII, 1896, p. 34 ss.; H. Kantorowicz, *Studies in the Glossators*, cit., p. 174. Sull'influsso della dialettica di Giovanni sulla scienza giuridica italiana cfr. W. Ullmann, *The Influence of John of Salisbury on Medieval Italian Jurists*, in *English Historical Review*, 1944, vol. 59, p. 384; Id., *Medieval Idea of Law*, London, 1946.

I capitoli relativi alla procedura – contenuti nel *Policraticus* (VI, 14-16) – sono stati omessi nella recente traduzione dell'opera (Giovanni di Salisbury, *Policraticus: l'uomo di governo nel pensiero medievale*, presentazione di M.T. Beonio Brocchieri Fumagalli e intr. di L. Bianchi, Milano, 1985).

sit hujus exercitii fructus » (28). Il dialettico nella teoria del processo trova la conferma che patologia della decisione giudiziale e patologia della condotta sono due aspetti dello stesso problema. Il « disordine » nella comunicazione sociale è un aspetto non trascurabile del problema più generale della violenza e dell'abuso nella vita sociale: le istituzioni in larga misura dipendono dalla « verità » dei fatti, e dalla correttezza delle tecniche probatorie per l'accertamento.

Ogni contaminazione tra i ruoli dei partecipanti alla controversia determina una *perversio ordinis*:

a) il processo è cosa delle parti, non del giudice; il suo compito è di controllare il giudizio delle parti, senza però sostituire il proprio giudizio alle due alternative, o ipotesi argomentative, che gli vengono prospettate;

b) la testimonianza deve essere limitata alla percezione sensoriale del teste: se a quest'ultimo fosse permesso di fare inferenze, verrebbero meno i confini tra testimonianza e giudizio;

c) la supplenza del giudice renderebbe precaria la distinzione tra giudice e testimone (come nel caso della *inspectio ocularis*), oppure tra giudice ed accusatore (come nel caso di una *evidentia*, che sfugga al principio del contraddittorio).

3.2. *La struttura dell'« ordo iudiciarius »*. – La supplenza non solo del giudice, ma anche dello stesso legislatore, nella prova dei fatti (e nella regolamentazione dell'*ordo*) si risolverebbe in una iniqua ed illogica manipolazione della verità. Nella struttura del processo della sua epoca Giovanni di Salisbury individua le condizioni logiche ed etiche, che permettono la difficile costruzione dell'ordine isonomico in una controversia:

a) *iuramentum de calumnia*: nel momento introduttivo del giudizio (« ut vero rerum veritas citius illucescat ») non solo le parti ma anche i difensori si obbligano – con il giuramento *de calumnia* – a non svolgere manovre capziose (29), fraudolente e dilatorie che si risolve-

(28) *Met.* IV, 22.

(29) *Pol.*, V, 13: « Ut vero rerum veritas citius illucescat, litigatores ipsos, personas videlicet principales, non ante ad litem Iudex admittet, quam ei praestito sacramento faciant fidem, quod justitiae insistent, et calumniam omnem procul faciant... Seu et ipsi patroni causarum, quo fidelior possit esse examinatio, ab ipsa contestatione litis, iuramento arctantur ad veritatem et fidem, jurantes quod cum omni virtute sua, omnique ope, quod justum et verum examinaverint, clientibus

rebbero in un abuso del processo. Nella controversia giudiziaria – come nella discussione dialettica – « est pravus socius qui impedit commune opus » (30). Il passaggio da una discussione velenosa (eristica) ad una discussione dialettica che ha per scopo la ricerca della verità (dialettica) presuppone la « fides », ossia lo spirito di lealtà dei partecipanti ad una controversia.

*b) la equaglianza nel processo.* – I valori – anche se non la terminologia – legati al concetto di « isegoria » sono costitutivi dell'*ordo iudiciarius*. La « paritas » – concetto chiave della *aequitas* – risulta più complesso nello scambio del vero (che si realizza nella comunicazione intersoggettiva) rispetto allo scambio dell'utile. La prima regola del contraddittorio è la « compensazione » rispetto alle varie forme di ineguaglianza nel processo, tenendo conto di tutte le circostanze relative alla capacità dei difensori: « Haec autem paritas, et in virtutis merito, et vivacitate ingenii, consilii profunditate, et opinione scientiae, et nominis auctoritate consistit, ut haec omnia, si fieri potest, apud partes quadam aequitatis lance librentur » (31). In questo lavoro di rettifica tendente a garantire il diritto naturale ad una eguale difesa, l'attività del giudice è neutrale, ma non passiva. La supplenza del giudice invece sarebbe contro l'ordine isonomico, in quanto violerebbe il principio della indipendenza e della imparzialità.

*c) la libertà di valutazione della prova (« secundum conscientiam »).* – Il primato della testimonianza umana – in quanto prova naturale – rispetto alla vasta categoria dei « testimonia » – risulta incompatibile con un atteggiamento contabile, peculiare della aritmetica delle prove: « In ipsa vero testium examinatione, non potest ex regula aliqua diffiniri, quid magis iudicem sequi oporteat » (32). La

---

suis inferre procurabunt, nihil studii relinquentes prout cuique possibile est; et quod ex industria sua non protrahent lites. Nam cas oportet a iudicibus infra biennium vel triennium terminari ».

(30) *Met.*, III, 10.

(31) *Pol.*, V, 13: « (iudex) ipsos quoque advocatos pari distributione partibus exaequabit, sive eos petierint, sive non, ut aequo Marte possit causa procedere. Haec autem paritas et in virtutis merito, et vivacitate ingenii, consilii profunditate, et opinione scientiae, et nominis auctoritate consistit, ut haec omnia, si fieri potest, apud partes quadam aequitatis lance librentur. Quod si unius prae caeteris est fama hilarior, ex officio iudicantis prout poterit parti adversariae compensabitur ».

(32) *Pol.*, V, 14: « Non enim ad multitudinem respici oportet, sed ad since-

libertà di valutazione « *secundum conscientiam* » trova la sua compensazione nella limitazione del campo dell'indagine mediante « regole di esclusione ».

Al dialettico *l'ordo iudiciarius* appare sotto tale profilo una « logica del conoscere attraverso testimonianze ». Nessuna evidenza è così privilegiata da escludere la prima regola del diritto probatorio: il principio del contraddittorio. L'eliminazione di ciò che è *irrilevante*, corrisponde alle istanze della ragione pratica, consapevole della fallibilità del giudizio e dei rischi dell'errore.

3.3. *La responsabilità del giudice.* – Il rapporto tra regole tecniche e regole deontologiche è così intimo nel processo da sollevare il più difficile problema della filosofia morale e politica: la responsabilità del giudice (ed in genere del titolare del potere politico), nell'amministrazione della giustizia. La responsabilità del giudice è *professionale* come quella del medico: in entrambi i casi è imputabile non solo la colpa, ma anche la *ignorantia*: « *licet ignari mitius puniantur, nisi fortè ignorantiam negligentia procuraverit* » (33).

---

ram testium fidem, et testimonia, quibus potius lux veritatis assistit. Ipsi quoque presumptionibus frequentissime stabit, donec probetur contrarium... Alias numerus testium, alias dignitas et auctoritas, alias veluti consentiens fama confirmat rei, de qua quaeritur fides. Hoc igitur solum tibi respondere possim summatim, non utique ad unam speciem, probationis cognitionem statim allegari debere, sed ex sententia animi tui, te aestimare oportere, quid aut credas, aut parum probatum tibi opineris. Iudici vero plurimum licet, dum in omnibus serviat veritati, quam si (ut solet) apud improbos periclitari cognoverit, ad professionem ejus qui necessarii fuerint, evocabit, et ad testimonium compellet invitos: his tamen exceptis, quos adversus certas personas testificari jura non cogunt ».

(33) *Pol. V, 11* « Nam sicut medico eventus mortalitatis imputari non debet, ita si quid triste per imperitiam ejus contigerit, ei merito imputatur. Quod si novit, et non vult, non ex ignorantia, sed ex malitia condemnatur. Finis siquidem utriusque damnatio est: licet ignari mitius puniantur, nisi forte ignorantiam negligentia procuraverit. Nam si ignorantia invicibilis est, non affert mortem, sed ab innatis tenebris excusatur. Si vero scit, et vult aequitati servire, nec potest, non tam praesidis est culpa, quam principis ».

Non minore è l'interesse per la deontologia della professione legale (*Pol. V, 13*): « Munus siquidem patrocinii fidelissime implendum est, et sine adversariorum injuria. Rationibus namque, non probis contendendum est, et ex edicto principis patitur opinionis dispendium, quisquis negotio derelicto, procax in adversarii sui contumeliam aut palam pergit, aut subdole. Sed licet patrono merces ex causa honorarii debeatur; concinnatorem vel remptorem litium esse non licet, ut certae

4. – *Conclusion: gli « iura naturalia » nel processo.* – La teoria dell'*ordo iudiciarius* – in apparenza restrittiva dei poteri del giudice nel processo (« *iudex non potest in facto supplere* ») – in realtà ne dilata le funzioni al punto da elevarlo a controllore del legislatore. L'*ordo iudiciarius* – considerato come il modello della procedura razionale nelle decisioni pratiche – rappresenta un fattore di equilibrio nel costituzionalismo medioevale. Il processo rappresenta la *Magna Charta* dei diritti del cittadino; il primato dell'*ordo* è nella sua extrastatualità, in quanto i suoi principi non dipendono dalla volontà del legislatore, ma dalla retorica e dalla etica. Se il titolare del potere politico e religioso (fosse anche il papa e l'imperatore) avesse preteso di intervenire nella regolamentazione dell'*ordo*, avrebbe commesso un'azione più odiosa rispetto a quella di alterare il valore della moneta. La *probatio seu ordo iudiciarius* sottintende quindi una filosofia politico-costituzionale, relativa ai limiti del potere.

La coscienza medioevale infatti avvertì non solo sul piano della esperienza giudiziale – ma anche su quello politico e religioso – la preoccupazione di sottrarre la « verità del fatto » e la « prova dei fatti », all'arbitrio del principe. La sua attività normativa non ha una presunzione di legittimità; essa presuppone – come quella giudiziaria – una « *notitia facti* » accanto ad una « *notitia iuris* »; anche in questo caso il « fatto » deve essere sottoposto alla verifica del contraddittorio. Ogni giudizio che si basa su affermazioni unilaterali si risolve in una manipolazione dei fatti; e pertanto costituisce una *perversio ordinis*. Il tema fu ampiamente dibattuto nella scuola dei glossatori, che trovò il punto di riferimento in costituzioni imperiali (34), in cui viene prescritto al giudice di annullare i *rescripta* « *contra ius vel publicam utilitatem* ». In questa teoria si può trovare la preistoria di alcuni istituti – come quello della interinazione – elaborati dalla successiva tradizione del diritto comune.

La tutela degli *iura naturalia* (35) trascende le parti coinvolte nel

---

partis emolumentum cum gravi damno litigatoris, et quadam deprecatione paciscatur ».

(34) Per alcuni riferimenti J.P. Dawson, *The Oracles of the Law*, Ann Arbor, 1968, p. 363.

(35) Sulla persistenza di questi valori nella tradizione del diritto comune europeo, cfr. G. Gorla, *Iura naturalia sunt immutabilia*, in *Atti del quarto Congresso intern. della Società italiana di storia del diritto sul tema Diritto e potere nella storia europea*, Firenze, 1982, p. 629.

singolo processo: essi hanno una dimensione sociale, in quanto la loro violazione è un attentato ai valori giuridici, morali, politici che costituiscono per l'uomo medioevale quella che oggi definiremmo la costituzione materiale. La collettività pretende dal giudice il *Resistenzpflicht* (36) (per usare l'espressione di Engelmann) nei confronti dei governanti. La tutela degli « iura naturalia » nel processo è infatti giudiziaria, non legislativa; pertanto l'*ordo* trova il suo prolungamento in istituzioni giudiziarie basate sulla responsabilità professionale del giudice per denegata giustizia nei confronti delle parti.

La teoria dei doveri del giudice (37) risulta pertanto una spia significativa per ricostruire la problematica degli *iura naturalia*: il diritto al giudice naturale, all'appello, al tempo ragionevole, etc. La responsabilità del giudice si estende in particolare ai casi, in cui la ineguaglianza delle parti nel processo è radicata nella natura delle cose: sintomatica è la complessa casuistica, come nel caso limite del « pupillus » o del « furiosus ». Il rispetto degli aspetti meramente tecnici della *forma probandi* non è sufficiente garanzia di neutralità ed imparzialità, in quanto può celare frodi ed abusi processuali, risolvendosi in autentiche forme di diniego di giustizia.

Le connessioni tra *ordo iudicarius* ed istituzioni giudiziarie (basate sulla responsabilità professionale del giudice) trovano il loro comune denominatore nella « isonomia », intesa come valore politico costituzionale: come eguaglianza tra governanti e governati. Significativo è il principio – affermato in vari statuti comunali – della *similitudo supplicii* nel caso di un magistrato che avesse decretato una pena ingiusta; esso trovava il punto di riferimento in un famoso testo romanistico: « quod quisque iuris in alterum statuerit, ut ipse eodem iure utatur » (D. 2.2.1).

ALESSANDRO GIULIANI

---

(36) A. Engelmann, *Die Wiedergeburt der Rechtskultur in Italien durch die wissenschaftliche Lehre*, Leipzig, 1938, p. 233 ss.; Cfr. altresì D. Quaglioni, *L'ufficiale in Bartolo*, in *L'educazione giuridica*, vol. IV (1981), t. 1, p. 143.

(37) A. Giuliani-N. Picardi, *La responsabilità del giudice*, cit., p. 26 ss.

## Valori permanenti del processo (\*)

SOMMARIO: 1. Valori positivi stabili nell'esperienza del processo. – 2. « Procedimento » e « processo » quali strutture di norme e di atti. – 3. « Processo » e contraddittorio. – 4. Processo di giustizia e processo per la realizzazione di altre attività, pubbliche e private. – 5. Processo di giustizia. Dall'*ordo iudicarius*... – 6. ... alla *Prozessordnung*. – 7. Valori positivi attuali: nel processo di giustizia e negli altri processi. – 8. Centralità del processo. – 9. Conclusione.

1. – Ho inteso il compito, del quale mi avete onorato, nel senso che, giurista positivo, io parli con Voi dei valori fondamentali che la disciplina del processo ha fatto emergere e realizza. Essi costituiscono in sè una realtà di rilievo; e potranno essere ragguagliati al « diritto naturale », secondo le vedute che ciascuno di noi professi in ordine al medesimo (1).

Sebbene tali valori si collochino specialmente sul piano dei contenuti – richiedano, cioè, un'indagine, diacronica e sincronica, sulle norme processuali che li incorporano e li positivizzano (2) –, va detto che

---

(\*) Questo scritto riproduce, con l'aggiunta di note, il testo della relazione letta al Convegno celebrativo del quarantesimo dell'Unione giuristi cattolici italiani, svoltosi a Roma il 9 e 10 dicembre 1988 sul tema « *Diritto naturale verso nuove prospettive* »; ed è destinato alla raccolta di studi in onore di Angelo Falzea.

(1-2) Sul « valore e sulla norma giuridica come « valore » positivizzato mi permetto di rimandare alla mia *Introduzione alla giurisprudenza*, Padova, 1984, n. 3 ss., e *Istituzioni di diritto processuale*, Padova, 1956, 40. V. anche *Introduzione alle scienze giuridiche; parte prima: il concetto di diritto*<sup>3</sup> (1988) di Angelo Falzea, specialmente 253 ss.

Per i vari settori dell'esperienza giuridica è dato cogliere la costanza, nella storia pregressa e in quella attuale, di certi valori positivi. Essi si offrono anche ai giusnaturalisti che rifiutino d'identificare il « diritto naturale » con un diritto ideale o con una ideologia, e che s'impegnino, invece, a rilevarlo dalla storia, cioè a mutare quei valori positivi, in ragione della loro stabilità.

Ma tale rilevazione è consentita, perché culturalmente legittimata, anzi imposta, perché concretamente utile, a tutti i giuristi: a prescindere dal divario di

la forma « processo » non è soltanto uno strumento a tal fine, ma costituisce essa stessa, essa per prima direi, un valore positivo.

2. – In sede di teoria delle forme giuridiche (3), il « processo », quale struttura di norme – e di posizioni giuridiche soggettive, e di atti giuridici, che dalle norme si traggono (4) –, è acquisizione molto recente; essa è stata preceduta, sul finire del secolo scorso, dallo schema del « procedimento ».

Il *genus* « procedimento » è sequenza di norme (di posizioni soggettive, di atti) fino alla norma, alla posizione soggettiva e all'atto – di solito, un provvedimento – che concludono la sequenza ed ai quali il suo svolgimento è indirizzato. Lo schema rappresenta la dinamica della formazione del provvedimento, e fornisce rilevanza a tutta l'attività preparatoria del medesimo.

Ancorché l'attuale nozione non sia certo limitata all'ambito dell'attività amministrativa, è in quest'ultimo ch'essa è venuta storicamente emergendo: si pensi, in ispecie, nell'area latino-germanica e, quali manifestazioni perspicue dello *Staatsrecht*, alla legge austriaca sul procedimento amministrativo del 1925, che, sulla scorta della legge costitutiva del supremo tribunale amministrativo, del 1875, e dell'opera di Tezner, detta regole uniformi sul procedimento (5).

3. – Dal suo canto, la *species* processo è contraddistinta: dalla partecipazione degli « interessati » all'*iter* procedimentale, nella fase preparatoria del provvedimento, intendendosi per tali quanti siano destinati a subire l'efficacia diretta dell'atto finale; non solo, ma anche e specialmente dal modo dialettico di tale partecipazione, il contraddittorio, ch'è il dire e contraddire, sul piede di simmetrica parità, in

---

opinioni sul se i valori in discorso siano scelte umane, dunque storiche (in proposito v. Fazzalari, *Introduzione*, cit., 85 ss.) o abbiano imperscrutabile origine metastorica.

(3) Per vero anche le « forme » sono tratte dal contenuto delle norme, ma ad un più accentuato livello di astrazione: necessario, appunto, per isolare schemi generali (v. Fazzalari, *Introduzione*, cit., 8).

(4) In proposito devo rinviare ancora a Fazzalari, *Introduzione*, cit., 53 ss., nonché *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Enc. del dir.*, XXXV, Milano, s.d., ma 1986, 822 ss.

(5) Sull'esperienza austriaca recente v. Schima, *Compiti e limiti di una teoria generale dei procedimenti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1953, 757 ss.

ordine a tutte le questioni, anche di rito, che il processo pone, e dei cui risultati – del contraddittorio, intendo – l'autore dell'atto finale non può non tenere conto (6).

Il contraddittorio fra coloro che hanno interessi contrastanti in ordine al provvedimento *in fieri*, destinato a coinvolgerli; la simmetrica parità fra i contraddittori; la indispensabilità dei loro apporti: tutto ciò fa del processo una struttura fondamentale per la convivenza.

Dal punto di vista storico, proprio nelle fonti austriache di cui ho fatto cenno, e in quelle da esse derivate, è dato cogliere il *Parteiengehör* (inteso come principio dell'« audizione » del cittadino interessato) o addirittura il contraddittorio dei destinatari del provvedimento: profili che segnano il passaggio dal procedimento mero al processo; anche se quest'ultima figura è stata enucleata e nominata – come « processo », appunto – molto più tardi. In proposito, il pensiero giuridico ha percorso un cammino apparentemente strano, ma spiegabile. I processualisti hanno sempre stentato, a causa dell'imponenza del fenomeno (la trave nell'occhio proprio...), a definire il « processo » – la struttura di loro specifica competenza! – e sono rimasti fermi, per il processo di giustizia, e ancora durante alcuni decenni di questo secolo, al piatto e inadeguato *cliché* pandettistico del « rapporto giuridico processuale » (7); quando, poi, hanno finalmente mutuato il concetto di « procedimento » (8) offerto dai giuspubblicisti, non hanno approfondito, nel suo ambito, una nozione pregnante di « processo », tale da evidenziarne, oltre alla dinamica, la struttura dialettica.

Dal canto loro, gli amministrativisti hanno elaborato la disciplina e il concetto del « procedimento » proprio partendo dal modello delle attività di giustizia, come da ovvio archetipo; senza, però, pervenire

(6) Fazzalari, *op. ult. cit.*, 820.

(7) V., fra gli altri, Bülow O., *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*, Giessen, 1868, § 2; Wach, *Handbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, Leipzig, 1885, § 4; Kohler, *Der Prozess als Rechtsverhältniss*, Mannheim, 1886, *passim*; e Planck, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, I Nördlingen, 1887, 242 ss. L'utilità sistematica del concetto di rapporto giuridico processuale è stata efficacemente contestata già da Rosenberg, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, 3 ed., Berlin, 1931 § 2 s. e § 3 n. 1.

(8) V. Carnelutti, *Dei rapporti giuridici processuali*, in questa *Rivista*, 1963, 349 ss., seguito da Punzi, *L'interruzione del processo*, Milano, 1963, 36 ss.

Peraltro anche il codice di rito vigente impiega promiscuamente i termini « procedimento » e « processo ».

alla constatazione che tale modello *non* è esclusivo della giustizia, sibbene è uno schema di teoria generale, utilizzabile e utilizzato anche al di là della giurisdizione, in qualsiasi settore dell'ordinamento, e così, appunto, in quello della pubblica amministrazione.

Perciò, sino a ieri, le caratteristiche proprie del « processo » non sono state evidenziate, e il processo è stato per lo più assorbito nella generica fisionomia del procedimento. Solo ultimamente (9) il « processo » ha rinvenuto un proprio significato, e si è dispiegato in tutta la sua potenzialità.

4. – Vero è che l'importanza di questo modulo di teoria generale sta, innanzitutto, nel suo impiego nelle attività di giustizia: nell'ambito degli ordinamenti statuali e di quelli supernazionali; di gruppi – partiti, sindacati, ordini professionali, associazioni sportive, società private – che, pur ruotando nell'orbita di uno Stato, organizzano, nel proprio seno e per i propri componenti, forme di giustizia con schemi processuali; e, ancora, di gruppi transnazionali, a coesione più o meno spiccata, che utilizzano il processo negli arbitrati cosiddetti « commerciali internazionali », retti dalle varie *leges mercatoriae* (le quali legano, al di sopra dei confini statuali, gli operatori economici in questo o quel settore) (10).

Ma il ruolo del processo non si esaurisce in ciò. Come sopra rilevato, nella nostra epoca altre attività, diverse dalla giustizia, utilizzano il processo: quante volte esse richiedano o almeno suggeriscano, per il loro attuarsi, la previa risoluzione di controversie.

L'esperienza pregressa, già menzionata, e quella attuale somministrano conferme: ad esempio, nell'area di *common law*, le *independent regulatory Commissions* statunitensi (la prima è del 1887; il loro incremento data dall'epoca del *new deal* roosveltiano) svolgono ancor oggi la loro attività di amministrazione pubblica, mediante processo improntato al principio costituzionale del « *due process of law* »; cioè istituiscono il previo contraddittorio fra i destinatari dei provvedimenti in formazione (11). In Inghilterra, malgrado la frammentarietà della disci-

---

(9) Sia consentito il rinvio a Fazzalari, *Diffusione del processo e compiti della dottrina*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 861 ss.; nonché agli scritti citati nella nota n. 4.

(10) Fazzalari, *Istituzioni di diritto processuale*, cit., 12 s. e 401 ss.

(11) Fazzalari, *Procedimento e processo*, cit., 820.

plina delle procedure, il favore per modelli processuali, ispirati ai principi della *rule of law*, è confermato nel *Tribunal and Inquires Act*, del 1958.

E, invero, l'impiego del processo fuori del campo della giustizia – di cui si rinvengono ampie tracce nel nostro Paese (12), in via di aumento (13) – può sventare lesioni ingiuste, rendere superflue reazioni successive al provvedimento, più costose e lunghe; e fa in ogni caso più trasparente l'attività dell'organo pubblico, agevolandola e responsabilizzandola.

Da aggiungere che si rinvengono anche in diritto privato attività che impiegano schemi processuali: si pensi, ad esempio, all'*iter* che mette capo alla delibera di un'assemblea di società, ed al contraddittorio che ivi può svolgersi.

5. – Insomma, la nostra era assiste alla diffusione del « processo » in tutti i settori. A mio avviso, il futuro ne farà sentire maggiormente il bisogno.

E, peraltro, innegabile che il cammino del processo nell'evo moderno è stato tutt'uno con lo svolgimento delle attività di giustizia, fino a creare la sinonimia (che ora, per quanto rilevato, dobbiamo considerare imperfetta) fra « processo » e « giustizia ». L'impiego del processo nella e per la giustizia sembra far risplendere il primo, per la qualità che sogliamo attribuire alla seconda: la realtà potrebb'essere inversa, nel senso che sia la giustizia a trarre vigore e valore dall'impiego del processo.

Ma tant'è. Cerchiamo di scandagliare alcuni contenuti storici, sia pure dell'età moderna, alla ricerca delle caratteristiche che oggi ascriviamo al processo, quindi dei suoi valori stabili, permanenti direi.

Come ognuno sa, per molti secoli e fino agli inizi del '700 (da noi, anche oltre), il processo giudiziario risulta regolato dal giudice, secondo un *ordo* (« *per processum iudicarium intelligamus formam iudici, seu solitum iudiciorum ordinem in disceptanda lite observandum* » (14)) ch'è tratto dalla prassi, e che – sia a causa della frammen-

---

(12) Mi riferisco anche, ma non soltanto ai processi di « giurisdizione volontaria », intesa come *genus* distinto dalla giurisdizione e dall'amministrazione pubblica (in arg. v. Fazzalari, *La giurisdizione volontaria*, Padova 1953; e *Istituzioni* cit., 431 ss.).

(13) Fazzalari, *Istituzioni*, cit., 77 ss. e 526 ss.

(14) Gravelius (Gravel), *De vitio nullitatis processus iudicarij*, Gissae, 1740, 5-6.

tazione del potere, sia al fine di sottrarsi ai capricci del potente – non è fatto risalire all'autorità, bensì al diritto di natura e, addirittura, all'etica (« *substantialia processus dicuntur esse iuris naturae et ita originem trahere ex iure divino ac naturali...* » (15)): un solido fondamento (« *Hae sunt potiores regulae, quae communiter traduntur in tantum esse iuris naturae, ut omitti vel negligi nequeant, tanquam essentialia...* » (16)), per imporre obbedienza, nonché alle parti, all'autorità e allo stesso giudice (« *Ea vero, quae principaliter naturalia in processu dicta, nec ipsum principem nedum iudicem negligere posse...* » (17)).

Il modello dell'*ordo iudiciarius* è ricco di pregi, ma non privo di difetti. Esso è improntato anche a logica argomentativa, e realizza un contraddittorio in senso forte, foriero, per i litiganti, di *iura naturalia* (18) (intesi anche in senso oggettivo, come canoni e istituti), e volti al fine di raggiungere verità, sia pure meramente probabili. Si celebra innanzi ad un giudice non burocrate, a sua volta aperto alla persuasione su verità di tal fatta, ed esperto, quanto al metro di giudizio, in adattamenti del diritto comune. Sul rovescio della medaglia è incisa la estenuante lungaggine del processo.

6. – Peraltro, specie dal sec. XVII serpeggia la rivolta contro le « liti immortali ». La quale trova, nell'area centrale dell'Europa, in Germania, due sbocchi. Il primo anche in ordine di tempo è marcatamente teorico, ripudia l'*ordo* prodotto della prassi, e lo sostituisce con la *Prozessordnung*, di cui elabora le linee sistematiche. L'approccio è ancora di tipo giusnaturalistico: « *Verbum autem 'rationabiliter' existimo, referendum esse ad ordinem iuris naturalis...* » (19); « *Nec enim substantialia processus, a iure naturali inducta, omitti possunt...* » (20);

(15) Coch D., *Abstinentia iuris naturae a fallacibus regulis putativi processus summarii*, Halae Magdaburgicae, 1708, 12.

(16) Coch D., *op. ult. cit.*, 13.

(17) Coch D., *op. ult. cit. loc. cit.*

(18) In arg., diffusamente, Gorla, « *Iura naturalia sunt immutabilia* ». *I limiti al potere del « Principe » nella dottrina e nella giurisprudenza forense fra i secoli XVI e XVIII*, in *Diritto e potere nella storia europea*, Firenze, 1982, 629 ss. V, anche il recentissimo *L'ordo iudiciarius medioevale (Riflessioni su un modello puro di ordine isonomico)* di Giuliani, in questa *Rivista*, 1988, 598 ss.

(19) Gravelius, *op. ult. loc. cit.*

(20) Carpzwow B., *Jurisprudentia forensis romanosaxonica, secundum ordinem constitutionum D. Augusti electoris Saxon. exhibens definitiones judiciales succinctas*

e, ancora, « ... *actus substantiales pertinent: libelli oblatio; citatio; litis contestatio; defensionis admissio; probatio; causae cognitio* » (21). Ma ora, piú precisamente, si tratta del giusrazionalismo di Leibniz (22), di Wolff (23), di Thomasius (24) (che arriverà, tramite Kant, alla pandettistica ed al *Professorenrecht*) (25).

Il secondo sbocco è, nel XVIII secolo, quello politico-istituzionale: il sovrano, pur ispirato da quel pensiero, ma forte del proprio potere, detta legge anche sul processo.

Come hanno rilevato anche Giuliani e Picardi (26), le due componenti – quella teorica e quella politica – finiscono con l'interagire. E, così, il giudice diventa *homo burocraticus*; dirige il processo, ma secondo la disciplina data; e il contraddittorio, quando non è scalzato, perde molto della sua pregnanza: da una parte, s'insegna che il giudice può, procedendo con logica formale, arrivare alla verità anche in difetto del contributo di parte; dall'altra, il giudice sa di dover rispondere al sovrano e non ai litiganti. Il processo finisce col presentarsi, piuttosto che come tenzone dialettica ed argomentativa, dunque come metodo per generare convincimento, come una sorta di gara, disseminata di ostacoli, cioè di termini e di preclusioni, la vittoria nella quale arride a chi meglio si districa (27).

---

*rerum et quaestionum in foro praesertim Saxon. occurrentium*, Lipsiae, 1721, definitio XVII, n. 4 e 11.

(21) Gravelius, *op. ult. cit.*, 33.

(22) Leibniz, *De legum interpretatione, rationibus, applicatione, systemate*, in Leibniz, *Disquisitiones ad elementa iuris civilis communis hodierni*, ora in Hobbes, *A Dialogue between a philosopher and student of the Common Laws of England*, e Leibniz, *Specimen quaestionum philosophicarum ex iure collectarum. De casibus perplexis. Doctrina conditionum. De legum interpretatione*, a cura di T. Ascarelli, Milano, s.d., ma 1965, 407 ss.

(23) Wolff C., *Ius naturae methodo scientifica pertractatum*, I, Leipzig und Frankfurt, 1740 § 2.

(24) Thomasius C., *Fundamenta juris naturae et gentium*, Halae, 1705, 10 ss.

(25) Sul punto, magistralmente, Orestano, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna s.d., ma 1987, 228 ss.

(26) Giuliani, *Ordine isonomico ed ordine asimmetrico. « Nuova retorica » e teoria del processo*, in *Sociol. del dir.*, 1986, 81 ss.; Id., *L'ordo iudiciarius medievale (Riflessioni su un modello puro di ordine isonomico)*, ora anche in questa *Rivista*, 1988, 598 ss.; e Picardi, *Les racines historiques et logiques du code de procédure civile*, in *Mélanges G. Mitsopoulos* (in corso di stampa).

(27) Fazzalari, *La sentenza in rapporto alla struttura e all'oggetto del processo* (relaz. al conv. intern. svoltosi nei giorni 10-12 ottobre 1985 a Ferrara), ora in *Atti col titolo: La sentenza in Europa: metodo tecnica stile*, Padova, 1988, 315 ss.

7. – La prevalenza di canoni statuali nella disciplina del processo di giustizia si fa assoluta nello stato di diritto, ed è vissuta, poi, come fenomeno ovvio.

Tuttavia, nel nostro tempo, vengono ribaditi alcuni degli antichi valori: nell'area di civiltà cui apparteniamo, si tende ad assicurare il contraddittorio nella sua versione forte, sia dal punto di vista degli strumenti di difesa sia da quello degli scopi; si tende a degerarchizzare il giudice, garantendone l'indipendenza; si riaffermano, come frutto del migliore rapporto giudice-litiganti, il ruolo della retorica, il circuito dei discorsi e dei ragionamenti.

Si tratta di valori transepolari, perché legati ad esigenze immemorabili, e transnazionali, perché corrispondono ad esigenze senza frontiere. La loro costanza si erge e prevale contro i disvalori delle ricorrenti crisi della amministrazione della giustizia.

Non a caso c'è chi – penso a Nörr (28) – riprende (sulla linea di pensiero che si svolge da Nettelbladt (29) fino a Grolman ed a Gönner) la problematica dei *substantialia processus*, ascrivendoli, oggi, di bel nuovo, all'*ordo naturalis processus*.

Il diritto a processo pubblico, dinanzi a tribunale imparziale, indipendente e preconstituito; il diritto a parteciparvi sul piede di parità rispetto agli avversari, con adeguate possibilità di difesa; il diritto a processo ragionevolmente rapido: questi diritti, quali canonizzati dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, realizzano altrettanti valori permanenti del processo giurisdizionale; alla stessa stregua del « *nemo iudex sine actore* » e della *res iudicata*.

È dato altresì rilevare, ai giorni nostri, altri principi stabili, comuni a tutti i processi, quali che siano le attività che attraverso i medesimi si realizzano.

Così, il principio secondo il quale il contraddittorio – vuoi provocato da privato, vuoi mosso da organo pubblico – va instaurato con un atto che indichi chiaramente e compiutamente il *thema disputandum*, e

---

(28) Nörr, *Naturrecht und Zivilprozeß*, 1 Auflage, Tübingen, 1976, 8 e 41; Id., *Päpstliche Dekretalen und römische kanonischen Zivilprozess*, in *Studien zur europäischen Rechtsgeschichte*, Frankfurt, a.M., 1972, *passim*.

Cenni in Tammelo, *Natural Law in the Light of the History of Legal Philosophies*, in *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1974, 38 ss.

(29) Nettelbladt, *Systema elementare universale iurisprudentiae naturalis in usum praelectionum academicarum adornatum*, Halae Magdaburgicae, 1762, § 1694.

si deve usare una forma di comunicazione che assicuri agl'interessati la conoscenza di tale atto; quello per cui ciascun contraddittore – a chiunque spetti l'iniziativa del processo, la individuazione di fatti e norme, la scelta delle operazioni precedenti l'atto finale – ha facoltà di allegare fatti, di addurre prove, di partecipare alle attività istruttorie, sempre in simmetrica parità rispetto agli altri contraddittori; il principio connesso alla sostanza medesima del contraddittorio ed alla difesa che in esso si articola, che ciascuno dei contraddittori può farsi rappresentare o assistere da un esperto; quello per cui di tutte le attività svolte deve restar traccia; il principio della « motivazione necessaria »; infine – *last but not least* – la regola di lealtà dei contendenti (30).

8. – Su questi valori positivi e in questi più vasti confini si conferma la centralità del processo, quale chiave di volta per la tutela della persona. La lezione di Capograssi (31) in tal senso va, dunque, ribadita e, ove possibile, ampliata.

Non mi riferisco, però, alla sua veduta, secondo cui il processo giurisdizionale serve per concretare le norme sostanziali, altrimenti destinate a rimanere mere ipotesi, larve: questa veduta si colloca nell'ambito di un « monismo » processuale che, gettate le radici col saggio windscheidiano sull'« *actio* » (32), è giunto fino a Capograssi (33), a Satta (34), ad Allorio (35), attraverso Binder (36), Schultze (37), Bü-

---

(30) Ancora Fazzalari, *Istituzioni di diritto processuale*, cit., 310-311.

(31) Capograssi, *Intorno al processo (ricordando Giuseppe Chiovenda)*, e *Giudizio processo scienza verità*, tutti in *Opere*, V, Milano, 1959, 131 ss. e 51 ss.

(32) Windscheid, *Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts*, Düsseldorf, 1856, 2.

(33) Capograssi, *opp. ultt. citt.*, luoghi citati.

Sul pensiero di Capograssi è utile consultare Zaccaria *Esperienza giuridica, dialettica e storia in Giuseppe Capograssi*, Padova, 1976, 31 ss. Sulla influenza della lezione capograssiana sulla dottrina del processo v., segnatamente, Fazzalari, *Capograssi e la realtà del processo* (relaz. al conv. naz. di studi su Giuseppe Capograssi, sul tema *L'individuo, lo stato, la storia*, svoltosi in Roma nei giorni 8-10 maggio 1986, i cui Atti risultano in corso di stampa.

(34) Satta, *Diritto processuale civile*<sup>19</sup>, Padova, 1987, 128 ss.

(35) Allorio, *La pluralità degli ordinamenti giuridici e l'accertamento giudiziale*, ora in *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, I, Milano, 1957, 30 ss.

(36) Binder, *Prozess und Recht*, Leipzig, 1927, 39 ss.

(37) Schultze, *Privatrecht und Prozess in ihrer Wechselziehung*, I, Freiburg und Tübingen, 283 ss.

low (38), Merkl (39), Kelsen (40). Si tratta di un ramo non fecondo della riflessione intorno al diritto: ovvio essendo che la norma astratta si specifica in concreto, e crea la posizione giuridica soggettiva (così, il diritto soggettivo), all'insorgere, nella realtà, della fattispecie reale, e non per mezzo di una eventuale, successiva sentenza (per cui io non sarei marito di mia moglie e padre dei miei figli dal momento in cui sposai la prima e in cui nacquero i secondi, bensì lo diventerei solo quando ottenessi l'accertamento del magistrato!).

È ben vero che la sentenza è stata – e in qualche ordinamento è ancora – anche fonte di diritto, ma lo è in senso diverso da quello della pretesa concretizzazione, nel giudizio, della norma astratta, e seguendo un cammino inverso: cioè mediante la posizione, ad opera del giudice, di una norma concreta per il caso controverso, dalla quale – assunta come precedente – si fa, poi, discendere una norma « generale », cioè applicabile ad una serie indefinita di casi. Comunque, questo dato non è predicabile *sub specie aeternitatis*, e non si riscontra negli ordinamenti che separano il compito di porre leggi da quello di amministrare giustizia (41).

La centralità del processo può, dunque, e deve, essere proposta in altro senso, cioè in base alla sua struttura dialettica ed ai contenuti che la permeano. Anche Capograssi (42) ha avvertito che a tale struttura, più che qualsiasi altra, sono intrinseche ragione e sistematicità del conoscere e dell'agire: strumenti e garanzie irrinunciabili, la cui difesa da parte del filosofo abruzzese è oggi più attuale di ieri, a petto dell'irrazionalismo e dell'asistematicità che serpeggiano fra i cosiddetti operatori del diritto, dottrinari e giudici in testa. (Ve ne sono, perfino, che osano ammantarsi di « giusnaturalismo », come se quest'ultimo non si fondasse, da sempre, sulla ragione).

9. – Spetta a Voi, come ho accennato in principio, di accettare le constatazioni sopra offerte e di collocarle nel contesto e nella prospettiva da Voi prescelti.

(38) Bülow O., *Klage und Urteil*, in *Zeitschrift für Civilprocess*, 1903, 265 ss.

(39) Merkl, *Die Lehre von der Rechtskraft*, Berlin, 1923, 166 ss.

(40) Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1925, 223 ss.

(41) Fazzalari, *Introduzione alla giurisprudenza*, cit., 42 ss.

(42) In proposito rinvio, per più ampie considerazioni a Fazzalari, *Capograssi e la realtà del processo*, cit.

Il che non mi esonera dal dovere di manifestarVi ulteriormente il mio pensiero.

Cattolici o laici, noi siamo fermamente convinti dell'« umanità del diritto », che il diritto è fatto per l'uomo e non viceversa; perciò ne propugniamo la razionalità, l'esigenza di porre, secondo esperienza, dunque nel fluire della storia, regole adeguate ai bisogni dell'uomo.

Al sommo poniamo il valore che, pur fra negazioni e contrasti, emerge nella storia con carattere di necessità ed assolutezza: la persona umana. Ricordo l'ammonimento di Mounier (43): « La persona non è una cellula, ma un vertice, da cui partono tutte le vie del mondo ».

A tale valore – fondante: la mente corre, innanzitutto all'art. 2 della Costituzione (44) – corrispondono, a mio avviso, quelli prevalenti e stabili del processo; ne sono epifanie, storiche e positive. E, invero, « la persona è esperienza di valori » (45).

ELIO FAZZALARI

---

(43) Mounier, *Che cos'è il personalismo?*, Torino, Einaudi, 1975, 14.

(44) Dei valori cui rinvia la Costituzione come misura assiologica di controllo del diritto positivo e soprattutto, come « punti di vista storicamente condizionati, la cui validità dipende dal consenso sociale politico fissato nel patto costituzionale » parla Mengoni, *Diritto e valori*, Bologna, s.d., ma 1985, 98.

(45) V. ancora Mounier, *Il personalismo*, Roma, 1966, 104.

## MODELLI DI PROVA E DI PROCEDIMENTO PROBATORIO (\*)

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La prova nei sistemi di *common law*. – 3. La prova nei sistemi di *civil law*. – 4. Ipotesi per modelli di prova.

1. – Nella voce *Prova in Generale*. a) *Filosofia del diritto*, recentemente apparsa sull'*Enciclopedia del diritto* (1), Alessandro Giuliani propone, riprendendo un'elaborazione già svolta anche in altri scritti (2), due modelli fondamentali di prova.

Secondo il primo modello, la prova è un argomento persuasivo, diretto a convincere l'organo che giudica sui fatti (giudice o giuria) dell'opportunità di assumere come attendibile una certa versione dei fatti rilevanti per la decisione.

La prova così intesa si colloca tipicamente entro un procedimento probatorio caratterizzato da due elementi fondamentali: a) lo svolgersi per il tramite di un dialogo tra le parti; b) l'aver luogo di fronte ad un giudice passivo, ossia privo di poteri in ordine alla prova dei fatti (3). Su un piano più generale, questa prova e questo procedimento probatorio si collocano tipicamente entro un modello complessivo di processo che viene definito *isonomico* (4).

---

(\*) Questo scritto rappresenta, con qualche correzione e l'aggiunta delle note, la relazione presentata al X Colloquio dell'Associazione Italiana di Diritto Comparato (Milano, 1-3 giugno 1989). Esso è destinato agli *Studi in onore di Vittorio Denti*.

(1) Vol. XXXVII, Milano 1988, p. 518 ss.

(2) Cfr. in particolare *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Milano 1961.

(3) Cfr. *Prova in generale*, cit., p. 523 ss.

(4) *Op. e loc. ult. cit.* Su tale modello cfr. anche Giuliani, *L'ordo iudiciarius medioevale (Riflessioni su un modello puro di ordine isonomico)*, in *Riv. dir. proc.* 1988, p. 598 ss.; Id., *Ordine isonomico e ordine asimmetrico: «nuova retorica» e teoria del processo*, in *Sociol. dir.* 1986, n. 2-3, p. 81 ss.

Nel secondo modello, la prova viene intesa come strumento dimostrativo, finalizzato alla conoscenza « scientifica » della verità dei fatti rilevanti per la decisione. La prova così definita si colloca tipicamente entro un procedimento probatorio la cui principale caratterizzazione deriva dalla presenza di un giudice che, oltre ad essere un burocrate come tale inserito nell'organizzazione dello Stato, è attivo in quanto dotato di autonomi poteri finalizzati all'accertamento della verità dei fatti rilevanti per la decisione (5). Su un piano più generale, questa prova e questo procedimento probatorio si collocano tipicamente entro un modello complessivo di processo che viene definito *asimmetrico* (6).

Giuliani elabora ed applica questi due modelli prevalentemente sul piano dell'analisi storica. Non prendo tuttavia in considerazione questo aspetto, benché esso susciti non poche perplessità (ad es. rimarrebbe da spiegare come si concilii l'imponente fenomeno della prova legale, che ha a lungo dominato i sistemi dell'Europa continentale, e del quale in alcuni ordinamenti rimangono consistenti residui, con l'idea, che Giuliani ritiene tipica di questi sistemi, per cui la prova sarebbe un mezzo per stabilire la « verità scientifica » dei fatti).

Agli stessi due modelli viene però attribuita anche una rilevanza sul piano dell'analisi comparatistica, benché questo aspetto appaia assai meno approfondito. Giuliani tende cioè ad accreditare l'idea per cui la prova come strumento persuasivo, con tutto ciò che ne deriva quanto al procedimento probatorio e al modello globale di processo, sarebbe tipica dei sistemi di *common law*; al contrario, la prova come strumento di conoscenza scientifica dei fatti, con tutto quel che ne segue quanto al procedimento probatorio e al modello globale di processo, sarebbe tipica dei sistemi di *civil law* (7).

È proprio questa idea che merita qualche considerazione, non solo allo scopo di verificare la corrispondenza tra i due modelli di prova e i due grandi sistemi processuali, ma anche per vedere, in termini più generali, se quei modelli di prova abbiano qualche utilità sul piano dell'analisi comparatistica. In ogni caso, un approfondimento condotto in questa direzione può far emergere qualche elemento rile-

---

(5) Cfr. *Prova in generale*, cit., p. 527 ss.

(6) Cfr. *Prova in generale*, cit., p. 526, e i riferimenti indicati nella n. 4.

(7) Cfr. *Prova in generale*, cit., p. 547 ss., 575 ss., e *The Influence of Rethoric on the Law of Evidence and Pleading*, in 3 *The Jurid. Rev.* 1962, p. 216 ss.

vante ai fini dell'indagine sui « modelli di prova » presenti, se ve ne sono, nei principali sistemi processuali.

2. - Un primo aspetto del problema in esame è se sia attendibile la affermazione di una corrispondenza tra il modello della prova come strumento persuasivo e i sistemi processuali di *common law*.

A supporto di questa affermazione possono essere richiamati diversi elementi tipici di quei sistemi, ed in particolare dell'ordinamento nordamericano.

Ad esempio, si può ritenere che il *trial*, svolgendosi in forma esclusivamente orale ed avendo struttura dialettica, evochi l'immagine di un dialogo tra le parti di fronte ad un ascoltatore passivo rappresentato dal giudice (o anche dalla giuria). Al riguardo si potrebbe obiettare che a parlare non sono soltanto le parti, essendo il *trial* soprattutto il « luogo » in cui parlano i testimoni, sicché il dialogo è in realtà composto da più voci diversamente orientate e che esprimono diversi contenuti (8). Si potrebbe anche osservare che è piuttosto eufemistico definire dialogo ciò che viene solitamente descritto come uno scontro talvolta molto aspro per aggiudicarsi la vittoria (9).

Tuttavia, può anche darsi che la forma orale in cui si svolge il dibattito evochi l'idea che l'assunzione delle prove, che in esso ha luogo, abbia anche finalità persuasive nei confronti di chi dovrà rendere la decisione sui fatti.

Nello stesso senso può d'altronde richiamarsi il fatto che le tecniche di acquisizione delle prove orali nel *trial*, ed in particolare l'*order of presentation* delle prove, vengono talvolta analizzate anche sotto il profilo dell'efficacia persuasiva che esse possono avere, specialmente

---

(8) Al riguardo, la nozione semplice di « dialogo tra le parti » è inadeguata. Se si vuole interpretare il *trial* come dialogo, bisogna tener conto della sua complessità, ed anche del fatto che sul piano dell'analisi semiotica esistono diversi concetti di « dialogo », su cui cfr. ad es. Kevelson, *The Law as a System of Signs*, New York-London 1988, p. 70 ss. Per la critica dell'immagine semplificata del *trial*, e l'analisi dei diversi discorsi che in esso si svolgono, cfr. Jackson, *Law Fact and Narrative Coherence*, Merseyside, U.K., 1988, p. 33 ss., 85 ss.

(9) Non a caso, il *trial* è stato descritto come qualcosa che per i non giuristi « is a strange and traumatic experience, which in anticipation, whether as parties or witnesses, they regard with dread and apprehension and in retrospect they would wish never to repeat again »: cfr. Jacob, *The Fabric of English Civil Justice*, London 1987, p. 149.

nei confronti della giuria (10). Vero è che in queste analisi prevale nettamente il punto di vista dell'avvocato rispetto al fenomeno probatorio, sicché facilmente esso viene visto soprattutto come un complesso di mezzi per convincere il *trier of fact* della bontà di una tesi, più che come un metodo per la ricerca della verità (11). Tuttavia, esse mettono in evidenza lo scopo persuasivo che spesso viene perseguito nel *trial*.

Vale inoltre la pena di ricordare che, nel contesto delle analisi dedicate al problema dell'onere della prova, in particolare nel processo nordamericano, l'accento viene posto non sull'onere di dimostrare la verità dei fatti, ma sul *burden of persuasion* che la parte deve soddisfare riguardo ai fatti che ha allegato a fondamento delle proprie difese (12).

Se si guarda a questi fattori, se ne può dedurre che esiste una dimensione persuasiva del fenomeno probatorio, che appare particolarmente evidente nell'ambito del *trial* angloamericano. Con ciò, tuttavia, non si è ancora dimostrato che questa sia la dimensione più importante della prova nei sistemi di *common law* (e tanto meno che essa sia l'unica), e neppure che su di essa si possa fondare un « modello di prova » da ritenersi tipico di quei sistemi.

Al riguardo, infatti, altri e forse più importanti fattori debbono essere presi in considerazione.

Il primo concerne la struttura e la *ratio* della disciplina legale delle prove negli ordinamenti di *common law*. Non pare dubbio che essa costituisca un elemento determinante del modello di prova che si può considerare tipico di questi ordinamenti, ma è facile constatare che

(10) Cfr. in particolare Thibaut-Walker, *Il giusto processo. Un'analisi psicologica dei modelli processuali*, tr. it. Milano 1981, p. 79 ss.; Lawson, *Order of Presentation as a Factor in Jury Persuasion*, in 56 *Ky.L.J.* 1968, p. 523 ss.

(11) Sono solitamente orientati in questo senso, essendo destinati ad un pubblico di avvocati, gli studi sulle tecniche di interrogatorio dei testimoni. Nell'ampia letteratura in argomento cfr. in particolare Dombroff *on Direct and Cross-Examination*, 1985, spec. p. 29 ss., 170 ss., e i saggi di Bodin, Hays, Clark e Gallagher in *Civil Litigation and Trial Techniques*, Bodin ed., New York 1976, p. 331 ss., 365 ss., 433 ss., 525 ss., 537 ss.

(12) Cfr. in particolare James-Hazard, *Civil Procedure*, 3rd ed., Boston-Toronto 1985, p. 314 ss.; Friedenthal-Singer, *The Law of Evidence*, Mineola, N.Y., 1985, p. 267 ss. Sull'aspetto « persuasivo » del problema v. anche, per l'Inghilterra, Pattenden, *the Risk of Non-Persuasion in Civil Trials: The Case Against a Floating Standard of Proof*, in 7 *Civ. Just. Quart.* 1988, p. 224 s.

ad essa è estranea ogni considerazione della prova vista come argomento persuasivo. Come è noto, la *law of evidence* è costituita essenzialmente da una serie di regole che escludono l'ammissibilità di determinati mezzi di prova quando si verificano particolari condizioni: si tratta in parte delle *exclusionary rules* in senso proprio, ed in parte dei cosiddetti *privileges*. Le prime, come mostra l'esempio della *hearsay rule* che ne è il caso più importante (13), risalgono ad esigenze processuali connesse alla corretta formulazione del giudizio di fatto, sicché possono considerarsi come regole di una metodologia legale diretta ad un accertamento attendibile dei fatti nel contesto – che continua ad essere considerato come il tipo ideale del processo di *common law* – del *jury trial*. Tali esigenze possono essere ravvisate da un lato nella necessità di assicurare che la prova venga sottoposta al vaglio della *cross-examination*, e dall'altro lato nell'opportunità di evitare che la giuria venga indotta in errore da prove di difficile valutazione (5). La prima esigenza si riconnette evidentemente all'idea che la *cross-examination* sia un metodo efficace per il controllo sull'attendibilità della testimonianza (14). La seconda implica la premessa che la giuria debba e possa giungere ad un accertamento veritiero dei fatti, dato che si tende a prevenire il rischio di errori di valutazione delle prove. È da notare che tale esigenza non solo costituisce la *ratio* di diverse regole di esclusione (15), ma sta alla base del potere discrezionale del giudice di escludere prove che rischiano di provocare *unfair prejudice* o di trarre in errore la giuria (16). Sotto entrambi i profili emerge una

---

(13) Cfr., per un ampio esame della *hearsay rule* e della sua evoluzione, Dondi, *L'evoluzione della Hearsay Rule » nel processo civile angloamericano*, parte I, in *Riv. dir. proc.* 1979, p. 97 ss., parte II *ivi*, p. 223 ss.

(14) V. *infra*, n. 22 e *ivi* nel testo.

(15) Oltre a quella che concerne l'*hearsay evidence*, essa si riferisce infatti all'esclusione delle *character informations*, della prova dei *subsequent repairs* e dell'*opinion evidence*: cfr. in generale Friedenthal-Kane-Miller, *Civil Procedure*, St. Paul, Minn., 1985, p. 464 ss.; Friedenthal-Singer, *op. cit.*, p. 36 ss.; Keane, *The Modern Law of Evidence*, Oxford 1985, p. 19.

(16) Questo potere è previsto dalla Rule 403 delle *Federal Rules of Evidence* statunitensi, su cui cfr. Friedenthal-Singer, *op. cit.*, p. 12 ss.; Saltzburg-Redden, *Federal Rules of Evidence Manual*, 2nd ed., Charlottesville, Virg., 1977, p. 115 ss.; Weinstein's *Evidence*, New York 1982, vol. 1, p. 403-404 ss.

Per un'interessante analisi dei modi in cui un mezzo di prova può essere *prejudicial* rispetto ad una corretta ricostruzione dei fatti da parte della giuria, cfr.

concezione della prova e del procedimento probatorio come strumenti diretti a stabilire la verità dei fatti, non come strumenti argomentativi o persuasivi.

Quanto ai *privileges*, essi sono intesi ad assicurare, anche nell'ambito del processo, la tutela di valori rilevanti connessi al segreto su determinati fatti (come nel caso del segreto di Stato) e alla *privacy* di determinati rapporti (come nel caso dell'*attorney - client privilege*) (17). Il meccanismo consiste nel rendere inammissibili prove che violerebbero i segreti in questione, e fa evidentemente prevalere valori extraprocessuali sulle esigenze processuali in funzione delle quali ogni prova rilevante dovrebbe essere ammessa. Le regole attinenti ai *privileges* contrastano dunque con la finalità di accertamento processuale della verità, poiché escludono la possibilità di provare certi fatti o di impiegare certi mezzi di prova. La loro presenza non esclude tuttavia l'esistenza di questa finalità: semplicemente, ne limita le modalità di conseguimento nella misura in cui sugli scopi del processo si fa prevalere la tutela di altri interessi o valori (18). Appare chiaro, comunque, che i *privileges* non hanno particolare rilevanza sotto il profilo dei modelli di prova: non contraddicono infatti l'idea per cui le prove ammissibili sono dirette all'accertamento della verità, né da essi può trarsi alcun elemento per sostenere che le prove hanno una funzione persuasiva.

Ancora sulla natura della *law of evidence* vale la pena di osservare che essa si configura come un'insieme di eccezioni al principio per cui ogni prova rilevante va ammessa (19). La *ratio* fondamentale dell'impiego delle prove è dunque la loro rilevanza. Ma una prova è rilevante in quanto utile per l'accertamento della verità dei fatti (20),

---

Rothstein, *Evidence in a Nutshell: State and Federal Rules*, 2nd ed., St. Paul, Minn., 1981, p. 6 ss.

(17) Cfr. Keane, *op. cit.*, p. 417 ss.; Rothstein, *op. cit.*, p. 407 ss.; Friedenthal-Kane-Miller, *op. cit.*, p. 466 ss.; Friedenthal-Singer, *op. cit.*, p. 145 ss.

(18) Su questi problemi v. da ultimo Steffen, *Truth as Second Fiddle: Reevaluating the Place of Truth in the Adversarial Trial Ensemble*, in *Utah L. Rev.* 1988, p. 799 ss.

(19) Il principio generale è stabilito nella Rule 402 delle *Federal Rules of Evidence*, su cui v. Saltzburg-Redden, *op. cit.*, p. 109 ss.; Rothstein, *op. cit.*, p. 2 ss.; Weinsein's *Evidence*, cit., vol. 1, p. 402-4 ss. Per l'analogo principio nel diritto inglese cfr. Keane, *op. cit.*, p. 17 ss.

(20) La Rule 401 delle *Federal Rules of Evidence* definisce rilevante la prova

sicché anche sotto questo profilo – essenziale per comprendere il funzionamento del sistema probatorio negli ordinamenti di *common law* – torna in primo piano la connessione funzionale tra prova e verità dei fatti.

Si prenda ora in considerazione il metodo di assunzione delle prove, incentrato sull'interrogatorio dei testi ad opera dei difensori di parte, ed in particolare sulla *cross-examination*. Come si è già accennato questo metodo, che caratterizza il *trial* angloamericano, può essere visto come una tecnica retorico – persuasiva, ed in realtà viene considerato in questo modo specialmente nelle analisi condotte da avvocati o per avvocati (21). Non pare peraltro che per questa via si giunga ad esaurire il carattere del procedimento probatorio imperniato sul meccanismo dell'interrogatorio incrociato.

Per un verso, infatti, appare tuttora significativa la classica definizione di Wigmore per cui esso può considerarsi come il marchingegno giuridico più efficace che sia mai stato inventato per la scoperta della verità (22).

Questa definizione è forse enfatica, ed è contraddetta dalle frequenti degenerazioni che la prassi della *cross-examination* conosce, specialmente nelle corti nordamericane, a causa dell'eccessiva *contentiousness* degli avvocati e dello scarso controllo che sul loro comportamento viene esercitato dai giudici (23). Tuttavia, essa esprime con chiarezza il presupposto essenziale su cui si fonda il modello dell'interrogatorio incrociato: esso è il convincimento che lo scontro dialettico delle parti in sede di assunzione orale della prova sia decisivo per fare emergere la verità dei fatti, in quanto consente un controllo approfondito dell'attendibilità del teste e della fondatezza delle sue dichiarazioni.

---

= having any tendency to make the existence of any fact that is of consequence to the determination of the action more probable or less probable than it would be without the evidence ». Al riguardo cfr. Saltzburg-Redden, *op. cit.*, p. 101 ss., ed ampiamente Weinstein's *Evidence*, cit., vol. 1, p. 401-6 ss. In generale sul concetto di rilevanza come potenziale utilità della prova per l'accertamento dei fatti v. Taruffo, *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova 1970, p. 6 ss., 90 ss., 231 ss.

(21) V. i riferimenti indicati *supra*, nella n. 11.

(22) Cfr. Wigmore, *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, 3rd ed., Boston 1940, vol. 5, p. 29.

(23) Su questi aspetti cfr. Taruffo, *Il processo civile « adversary » nell'esperienza americana*, Padova 1979, p. 30 ss.

ni (24). È d'altronde in questo convincimento, e non nelle possibilità di manovre retoriche cui pure la *cross-examination* si presta, la ragione fondamentale per cui la tecnica dell'interrogatorio incrociato ad opera dei difensori di parte è stata adottata in numerosi ordinamenti e per cui qualcosa di simile viene importato (o se ne suggerisce l'importazione) anche in Italia (25).

Per altro verso, basta guardare alle complesse e sofisticate regole che guidano il funzionamento dell'interrogatorio incrociato, per rendersi conto che esse non rispondono alla logica di una tecnica argomentativa, bensì a quella di una tecnica diretta ad ottenere risultati attendibili. È il caso del divieto di chiedere al teste di esprimere *opinions* che non attengano alla verità dei fatti (26), ed è il caso del divieto di porre *leading questions* (che possono suggerire al teste la risposta, condizionandone le reazioni e traendo perciò in inganno la giuria) (27).

---

(24) Questo convincimento è già espresso da Bentham (cfr. *Traité des preuves judiciaires*, Paris 1923, vol. I, p. 228 s.), che assegna alla *cross-examination* un ruolo importante nel suo sistema di « natural procedure » (su cui v. Twining, *Theories of Evidence: Bentham and Wigmore*, London 1985, p. 48 ss.). Esso è d'altronde corrente nella letteratura angloamericana (cfr. ad es. Jacob, *op. cit.*, p. 163), e si riflette chiaramente nella Rule 611 a) delle *Federal Rules of Evidence*, ove si prevede che il giudice eserciti un *reasonable control* per assicurare che l'interrogatorio dei testi sia efficace *for the ascertainment of truth* (cfr. Saltzburg-Redden, *op. cit.*, p. 363 ss.; Weinstein's *Evidence*, cit., vol. 3, p. 611-3 ss.).

(25) Cfr. gli artt. 498, 503, 506 del nuovo c.p.p. Sull'interrogatorio incrociato nel processo penale cfr. Calamanti, *La « cross-examination », Studio comparato sull'esame dei testimoni nel dibattimento penale italiano e nel « trial » anglo-americano « in open court »*, in *Arch. pen.* 1985, p. 76 ss., e da ultimo Ferrua, *La formazione delle prove nel nuovo dibattimento: limiti all'oralità e al contraddittorio*, in *Pol. dir.* 1989, p. 251 s.

Per il processo civile, l'introduzione dell'interrogatorio, incrociato veniva proposta nell'art. 218 del « progetto Liebman » (in *Riv. dir. proc.* 1977, p. 475), e prevista come « possibilità » rimessa all'autorizzazione del giudice nell'art. 13 n) del disegno di legge delega per la riforma del codice, del 1981 (in *Giust. civ.* 1981, II, p. 348). Al riguardo v. accenni in Taruffo, *Note per una riforma del diritto delle prove*, in *Riv. dir. proc.* 1986, p. 290; Denti, « *Cross-examination* » e processo civile, in *Foro it.* 1987, V, 325 ss.

(26) È questo il significato che viene comunemente attribuito alla Rule 701 delle *Federal Rules of Evidence*, che, a proposito del *lay witness* (ossia del teste non esperto) ammette *opinions* solo quando siano razionalmente fondate sulla diretta percezione dei fatti, e utili per capire la testimonianza o stabilire un fatto. Cfr. Rothstein, *op. cit.*, p. 51 ss.; Saltzburg-Redden, *op. cit.*, p. 408 ss.; Weinstein's *Evidence*, cit., vol. 3, p. 701-3 ss., 701-9 ss.

(27) Queste domande sono di regola escluse nella *direct examination*, salvo

Si può dire allora che il metodo dell'interrogatorio incrociato può apparire come una tecnica retorico-persuasiva perché si attua oralmente e perché viene posto in essere dalle parti. Ma, al di là del fatto che non di dialogo si tratta ma di scontro (tra difensore e teste, più e oltre che tra difensori) e che il giudice non è affatto passivo (essendo continuamente chiamato a risolvere i numerosi problemi che sorgono nel corso dell'interrogatorio, e potendo egli porre direttamente domande al teste) (28) questo sarebbe comunque un approccio superficiale e riduttivo del fenomeno in esame. È indubbio, cioè, che nel *trial* vi siano elementi retorici, ed anche rituali e persino teatrali (29); è dubbio invece che in questi aspetti si esaurisca la natura e la funzione del metodo probatorio fondato sulla *cross-examination*. Al contrario, questo metodo appare come il metodo orale più analitico e sofisticato, ed anche più controllato da regole specifiche, per assumere prove in vista dell'accertamento della verità.

È certamente lecito dubitare che questo metodo funzioni in modo ottimale nella realtà pratica; si può anzi sostenere che, al di là delle definizioni ottimistiche, esso viene spesso piegato a fini diversi ed addirittura contrastanti con l'accertamento della verità dei fatti (30). Tuttavia, se per un verso l'abuso e la degenerazione nell'impiego di uno strumento non ne modificano la funzione propria, né impediscono che esso raggiunga risultati corretti quando viene correttamente impiegato, per altro verso va rilevato che neppure le disfunzioni pratiche della *cross-examination* (nei limiti in cui si verificano) possono portare

---

che servano a chiarire la testimonianza, mentre sono ammesse nella *cross-examination* perché possono servire a saggiare l'attendibilità del teste avverso. Cfr. la Rule 611 c) delle *Federal Rules of Evidence*, e cfr. Saltzburg-Redden, *op. cit.*, p. 363 ss.; Weinstein's *Evidence*, cit., vol. 3, pp. 611-54 ss. Per le analoghe regole nel diritto inglese cfr. Keane, *op. cit.*, p. 98 s.

(28) Sul ruolo del giudice nell'interrogatorio dei testi v. la Rule 611 a) e b) delle *Federal Rules of Evidence*, su cui cfr. Saltzburg-Redden, *op. cit.*, p. 363 ss.; Weinstein's *Evidence*, cit., vol. 3, pp. 611-13 ss., 611-24 ss. Sul potere d'ufficio di interrogare i testimoni v. la Rule 614 b), su cui cfr. Saltzburg-Redden, *op. cit.*, p. 399 ss.; Weinstein's *Evidence*, cit., vol. 3, pp. 614-9 ss. In generale, e per riferimenti, sul ruolo del giudice nel *trial* cfr. Taruffo, *Il processo civile « adversary »*, cit., p. 19 ss.

(29) Cfr. Taruffo, *op. ult. cit.*, p. 294; Ball, *The Play's the Thing: An Unscientific Reflection on Courts Under the Rubric of Theater*, in 28 *Stanf. L.Rev.* 1975, p. 81 ss.

(30) Cfr., anche per riferimenti, Taruffo, *op. ult. cit.*, p. 29 ss.

a ritenere che essa sia in realtà una tecnica persuasiva. Esse, invero, non fanno emergere una « logica della persuasione » in luogo di una « logica della verità »: l'intento che le guida è ben diverso, ed è quello della vittoria ad ogni costo, dell'aggressione psicologica e della prevaricazione, del trar vantaggio dalla confusione quando si sa di aver torto (31). In una parola, è la logica dello scontro senza regole: è dubbio che essa coincida con quella della ricerca della verità (32), ma pare certo che essa non coincide con quella della persuasione.

Un altro problema cui vale la pena di accennare, sempre a proposito della prova nei sistemi di *common law*, riguarda la valutazione delle prove, ossia il giudizio che dalle prove viene tratto in ordine ai fatti della causa.

Al riguardo è utile ricordare che la *law of evidence* non ha mai conosciuto e non conosce regole di prova legale in senso proprio, sicché la valutazione delle prove e l'accertamento dei fatti sono integralmente rimessi a quello che con terminologia continentale si potrebbe chiamare « libero convincimento » del giudice (o della giuria).

Che la valutazione delle prove sia « libera », in quanto non vincolata da norme giuridiche, non significa peraltro che l'accertamento dei fatti costituisca un problema rimesso alla « persuasione » soggettiva di chi sui fatti deve giudicare; la discrezionalità del giudizio sui fatti può essere considerata, infatti, come precondizione di un accertamento che può essere veritiero.

La dottrina di *common law* è orientata nel senso di escludere che il processo persegua lo scopo di stabilire una verità certa ed assoluta sui fatti della causa (33). Peraltro, solo in alcune posizioni per certi versi estreme emerge la tendenza a ritenere che il processo non possa o non debba produrre un accertamento veritiero dei fatti, o comunque che la verità dei fatti sia indifferente al processo. Queste tendenze si riscontrano in particolare nell'ambito delle teorizzazioni dell'*adversary system*, che privilegiano il valore dello scontro delle parti sino a farne

---

(31) Cfr. Taruffo, *op. ult. cit.*, p. 32 ss.

(32) Occorre peraltro tener conto della diffusa opinione secondo la quale il modello processuale del libero scontro fra le parti va apprezzato proprio perché consente meglio di altri la scoperta della verità: in questo senso v. ad es. James-Hazard, *op. cit.*, p. 5.

(33) Cfr. Taruffo, *op. ult. cit.*, p. 46 ss.; Damaška, *Presentation of Evidence and Factfinding Precision*, in 123 *U.Pa.L.Rev.* 1975, p. 1104 ss.

l'unica regola e l'unica finalità del processo (34). Esse appaiono peraltro fondate su una specifica ideologia del processo, sostanzialmente imperniata sulla regola per cui in un libero scontro chi vince ha ragione per definizione (35), più che su un'analisi approfondita del problema della prova e della sua funzione nel processo.

Bisogna invece osservare che se dall'ambito delle posizioni ideologicamente condizionate si passa a quello delle analisi sulle prove e sul giudizio di fatto, emergono tendenze assai più significative al fine di definire come valutazione della prova e accertamento dei fatti vengano intesi nel processo di *common law*. Se per un verso si esclude che la prova possa produrre verità assolute, per altro verso si ammette che il processo possa, e quindi debba, condurre ad una decisione fondata su una ricostruzione attendibile dei fatti. Questa posizione è variamente formulata, ma nell'ambito di una tendenza sostanzialmente omogenea. Un consistente filone dottrinale che risale a Pound (36), ma trova significative manifestazioni anche in anni recenti, contesta il fondamento della teoria *adversary* del processo ed afferma che la decisione deve comprendere un accertamento obiettivo ed imparziale dei fatti (37). Analogamente si afferma che, in qualunque modo si definiscano le funzioni e lo scopo del processo, va comunque escluso che esso possa ammettere l'errore nel giudizio sui fatti (38). Ancora, quando si analizza direttamente la valutazione delle prove e il giudizio di fatto, la tendenza prevalente si fonda sull'impiego di modelli probabilistici, destinati a fornire lo schema razionale della « verità dei fatti » in

---

(34) Cfr. ad es. Saltzburg, *The Unnecessarily Expanding Role of the American Trial Judge*, in 64 *Virg. L. Rev.* 1978, p. 11 ss.; Id., *Lawyers, Clients and the Adversary System*, in 37 *Mercer L.Rev.* 1986, p. 647 ss.; Landsman, *The Adversary System. A Description and Defense*, Washington-London 1984, p. 36 ss.

(35) Cfr. Taruffo, *op. ult. cit.*, p. 282 ss.

(36) Riferimenti in Taruffo, *op. ult. cit.*, p. 6.

(37) Per una recente ed approfondita analisi al riguardo v. in particolare Atiyah-Summers, *Form and Substance in Anglo-American Law*, Oxford 1987, p. 157 ss. V. inoltre da ultimo Steffen, *op. cit.*, p. 801 ss., 839 ss. Particolarmente interessante nell'ambito della dottrina nordamericana è poi la posizione espressa da Frankel, *The Search for Truth: An Umpireal View*, in 123 *U.Pa.L.Rev.* 1975, p. 1031 ss.

(38) Cfr. ad es. Saks-Kidd, *Human information Processing and Adjudication: Trial by Heuristics*, in 15 *Law & Soc. Rev.* 1980-81, p. 125.

termini di scelta dell'ipotesi più probabile tra le diverse possibili ricostruzioni dei fatti stessi (39).

Un tratto comune a tutti questi orientamenti consiste nell'escludere che le prove possano fornire una verità in qualche modo « assoluta » dei fatti; non viene però neppure accolta la posizione opposta, secondo la quale l'accertamento veritiero dei fatti sarebbe impossibile, o comunque estraneo alle finalità del processo. Di conseguenza, non risulta una tendenza a risolvere la problematica della prova sul piano della mera persuasione del *trier of fact*.

Piuttosto, emerge una concezione della prova connessa ad una idea « relativa » della verità, secondo la quale la funzione della prova è di fornire elementi per una scelta razionale intorno alla versione più probabile dei fatti della causa (40).

3. — Si può ora prendere in considerazione il problema se negli ordinamenti di *civil law* sia riscontrabile un modello dominante, secondo il quale la prova sarebbe finalizzata alla dimostrazione della verità scientifica dei fatti ad opera di un giudice-burocrate dotato di tutti gli autonomi poteri occorrenti a tal fine.

In questo senso può probabilmente essere invocato un fenomeno rilevante: si tratta del rafforzamento della posizione del giudice nell'ambito del processo civile continentale, che emerge già nei codici settecenteschi (come quelli prussiani) (41) e che, sia pure con alterne vicende

---

(39) Cfr. ad es. Eggleston, *Evidence, Proof and Probability*, 2nd ed., London 1983, spec. p. 30 ss., 159 ss., 189 ss.; Finkelstein-Fairley, *A Bayesian Approach to Identification Evidence*, in 83 *Harv. L.Rev.* 1970, p. 484 ss.; Dawson, *Probabilities and Prejudice in Establishing Statistical Inference*, in 13 *Jurim J.* 1973, p. 191 ss.; Ball, *The Moment of Truth: Probability Theory and Standard of Proof*, in 14 *Vand. L.Rev.* 1961, p. 807 ss.; Kaye, *The Laws of Probability and the Law of the Land*, in 47 *Un.Ch.L.Rev.* 1979, p. 34 ss.; Stoebuck, *Relevancy and the Theory of Probability*, in 51 *Iowa L.Rev.* 1966, p. 849 ss.

Per un'analisi degli *standards of proof* in termini di probabilità, sulla base della giurisprudenza inglese, v. da ultimo Pattenden, *op. cit.*, p. 220 ss.

(40) Questa concezione della prova è evidentemente alla base delle *Federal Rules of Evidence* nordamericane: v. in particolare la Rule 401 (cit. nella n. 20), che definisce la rilevanza della prova in termini di maggiore o minore probabilità del fatto.

(41) Sul codice prussiano cfr. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna. I. Assolutismo e codificazione*, Bologna 1976, p. 234 ss.; Cavallone, *I poteri di iniziativa istruttoria del giudice civile. Premessa storico-critica*, in *Studi parmensi*

storiche, caratterizza le condifcazioni moderne (42). Questo fenomeno ha un tratto peculiare, particolarmente rilevante per quanto qui interessa, consistente nell'attribuzione al giudice di poteri autonomi di disposizione delle prove, che sarebbero orientati verso la ricerca della verità dei fatti al di là di quanto può emergere dalle attività probatorie delle parti (43).

Inoltre, a questa immagine del ruolo del giudice appare talvolta connessa l'affermazione per cui uno degli scopi fondamentali del processo è la ricerca della verità « oggettiva » dei fatti.

È dubbio, tuttavia, che da questi elementi possa fondatamente derivarsi l'esistenza di un modello di prova come dimostrazione scientifica dei fatti ad opera del giudice, tale da essere comune ai sistemi processuali di *civil law*. Sono infatti numerosi e rilevanti gli elementi che contraddicono la possibilità di costruire un modello di questo genere.

Si consideri ad es. il problema del ruolo del giudice nell'accertamento dei fatti, in particolare dal punto di vista dei poteri istruttori d'ufficio.

È indubbio che negli ordinamenti di *civil law* sia in atto da tempo una tendenza all'estensione di tali poteri, al fine evidente di rendere possibile al giudice l'accertamento di una « verità dei fatti » non vincolata alle iniziative probatorie delle parti (44). È però altrettanto chiaro

---

1980, p. 72 ss. Sul codice austriaco di Giuseppe II cfr. Tarello, *op. cit.*, p. 512 ss.; Taruffo, *La giustizia civile in Italia dal 700 a oggi*, Bologna 1980, p. 36.

(42) Cfr. Comoglio, *Direzione del processo e responsabilità del giudice*, in *Riv. dir. proc.* 1977, p. 15 ss.; Cavallone, *op. cit.*, p. 33 ss., 65 ss., 78 ss. In particolare sull'evoluzione dell'ordinamento tedesco cfr. Brüggemann, *Judex statutor und judex investigator*, Bielefeld 1968, p. 41 ss., 53 ss., 61 ss.

(43) V. da ultimo Denti-Taruffo, *Simplifying the Taking of Evidence*, in *Justice and Efficiency*, W. Wedekind ed., Deventer-Antwerp-Boston 1988, p. 325 s.; Micheli-Taruffo, *L'administration de la preuve en droit judiciaire*, in *Towards a Justice with a Human Face*, Antwerpen-Deventer 1978, p. 109, 119 ss. Cfr. inoltre Denti, *L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei*, in *Id.*, *Processo civile e giustizia sociale*, Milano 1971, p. 88 ss.; Cappelletti, *Iniziativa probatorie del giudice e basi pregiudiziali della struttura del processo*, in *Id.*, *Processo e ideologie*, Bologna 1969, p. 155 ss.; *Id.*, *Le grandi tendenze evolutive del processo civile nel diritto comparato*, *ivi*, p. 215 s.; Jolowicz, in Cappelletti-Jolowicz, *Public Interest Parties and the Active Role of the Judge in Civil Litigation*, Milano-New York 1975, p. 155 ss.

(44) Particolarmente importante è il manifestarsi di questa tendenza nel

che questa tendenza ha messo capo, almeno finora, ad esiti normativi alquanto diversificati, e tali da precludere la possibilità di identificare un modello unitario di giudice come « ricercatore autonomo della verità ». Vi sono invero ordinamenti, come quello francese, che con recenti riforme hanno generalizzato il potere del giudice di disporre d'ufficio tutti i mezzi di prova rilevanti per la decisione (45). Vi sono poi gli ordinamenti socialisti che addirittura, in omaggio al principio della verità materiale (su cui v. più oltre), hanno configurato il *dovere* del giudice di acquisire d'ufficio tutti gli elementi di prova occorrenti per l'accertamento della verità (46).

Nell'area dei sistemi di *civil law* vi sono però anche ordinamenti che adottano soluzioni diverse. Si va infatti dall'ordinamento spagnolo, strettamente legato al principio dispositivo in materia di deduzione delle prove (47), all'ordinamento tedesco, in cui il giudice non ha un potere generale di disporre d'ufficio tutti i mezzi di prova, ma può in realtà disporre di sua iniziativa l'acquisizione della maggior parte di essi (48). Al centro di questo variegato panorama si colloca l'articolata e non molto coerente soluzione oggi vigente nel nostro sistema, ove il principio di disponibilità di parte sulle prove vige nel rito ordinario con alcune eccezioni, ma non vige nei riti speciali ed è apertamente

---

progetto di codificazione unitaria del processo civile iberoamericano: v. l'art. 33 n. 4 in *El código procesal civil modelo para Iberoamérica*, Montevideo 1988, p. 93, che attribuisce al giudice i poteri necessari per stabilire la verità dei fatti, nel rispetto del diritto di difesa delle parti.

(45) Cfr. l'art. 10 del *code de procédure civile* del 1976. Al riguardo cfr. Vincent-Guinchard, *Procédure civile*, 20ème éd., Paris 1981, p. 1004.

(46) Cfr. l'art. 16 dei Principi fondamentali di procedura civile dell'URSS e delle repubbliche federate, in *Ricerche sul processo. I. Il processo civile sovietico*, Padova 1976, p. 32. Cfr. inoltre Wengerek, *Struttura e principi della procedura civile in Polonia*, in *Riv. dir. proc.* 1974, p. 400, in riferimento agli artt. 3 e 252 del codice polacco.

(47) Cfr. in generale Ramos Mendes, *Derecho procesal civil*, 3 ed., Barcelona 1986, vol. I, p. 348; Montero Aroca, *Poderes del Juez y poderes de las partes*, in *Un « codice tipo » di procedura civile per l'America Latina*, Roma 1988, p. 164 ss.

(48) Solo la prova testimoniale è infatti rimessa alla disponibilità delle parti: cfr. Schellhammer, *Zivilprozess*, Heidelberg 1983, p. 293 ss.; Arens, *Zivilprozessrecht*, 20. Aufl., München 1983, p. 196; Jauernig, *Zivilprozessrecht*, 20. Aufl., München 1983, p. 175; Nagel, *Die Grundzüge des Beweisrechts im europäischen Zivilprozess*, Baden-Baden 1967, p. 44. Per un'ampia analisi v. inoltre Brüggemann, *op. cit.*, p. 355 ss.

contraddetto, nel rito del lavoro e negli altri che a questo si riferiscono, dall'art. 421 c. 2 c.p.c.

Anche lo sguardo più superficiale ai dati relativi ai vari ordinamenti di *civil law* impone dunque una constatazione: mentre esiste una tendenza generale all'estensione dei poteri istruttori autonomi del giudice, ciò non significa affatto che al riguardo esista un modello uniforme. Al contrario, i sistemi di *civil law* conoscono pressoché tutte le soluzioni possibili, da quelle in cui prevale la disponibilità di parte, a quelle in vario modo « miste », sino a quelle fondate su un potere istruttorio generalizzato, o addirittura sul dovere del giudice di accertare la verità. È facile osservare, allora, che l'immagine unitaria del giudice di *civil law* come « burocrate inquisitore » è largamente infondata e nasce da una semplificazione così accentuata da non trovare riscontro nella realtà.

A questo bisogna aggiungere che anche nei sistemi che conoscono un giudice dotato di estesi poteri istruttori autonomi, la funzione che al giudice si riconosce non è di ricerca inquisitoria della verità, ma soltanto di integrazione delle iniziative probatorie delle parti. Da un lato, invero, occorre ricordare che i fatti che si tratta di provare sono pur sempre soltanto quelli che le parti allegano. Dall'altro lato, le iniziative probatorie del giudice non si sostituiscono né si sovrappongono a quelle delle parti, ma si configurano in funzione accessoria e ausiliaria rispetto a queste. Ciò vale non solo nei sistemi in cui le iniziative istruttorie d'ufficio sono configurate in termini di poteri discrezionali (49), ma anche nei sistemi (quelli socialisti) in cui esse sono oggetto di un dovere del giudice (50).

È dunque vero, in via di larga e generica approssimazione, che i sistemi di *civil law* tendono ad attribuire al giudice il compito di accertare i fatti anche acquisendo d'ufficio gli elementi di prova occor-

---

(49) La premessa è infatti che spetti anzitutto alle parti la deduzione delle prove (v. ad es. Schellhammer, *op. cit., loc. cit.*). Ciò è particolarmente chiaro nel c.p.c. francese, che, se per un verso prevede un potere generale del giudice di disporre prove d'ufficio (v. n. 45), per altro verso prevede che tale potere sia esercitato solo quando le parti non dispongono di prove sufficienti, e non possa invece essere esercitato per rimediare alle loro carenze difensive (cfr. l'art. 146 dello stesso codice).

(50) Cfr. in particolare Gurvic, *Introduzione: profili generali del processo civile sovietico*, in *Ricerche sul processo. I. Il processo civile sovietico*, cit., p. 16; Wenzel *op. cit., loc. cit.*

renti; non è vero invece che questa tendenza si traduca nella figura di un giudice che ricerca autonomamente la verità assoluta dei fatti.

Questa immagine è d'altronde contraddetta da un altro fatto molto rilevante, che attiene alla situazione processuale delle parti nei confronti della prova. È noto che esiste ormai da tempo la tendenza a riconoscere, entro il più generale ambito della garanzia della difesa, il « diritto alla prova » delle parti (51). Tale diritto ha numerose implicazioni, alcune delle quali sono significative per quanto qui interessa. Per un verso, dire che le parti hanno il diritto di servirsi di tutte le prove rilevanti per l'accertamento dei fatti (52) significa riconoscere ad esse la più ampia possibilità di iniziativa nell'ambito del procedimento probatorio. Il ruolo delle parti nella prova dei fatti viene dunque esaltato, non più in termini di poteri dispositivi, ma in termini di garanzia: il diritto delle parti alla prova non contrasta con l'eventuale esistenza di poteri istruttori del giudice, ma colloca le parti su un piano di parità, se non di prevalenza, rispetto al giudice, quanto alla facoltà di determinare la raccolta del materiale probatorio. A maggior ragione, dunque, il ruolo del giudice sul piano delle iniziative probatorie non è centrale, né tantomeno prevale su quello delle parti.

Per altro verso, il diritto alla prova implica anche il diritto delle parti al contraddittorio sulle prove, prima che queste vengano usate in sede di decisione (53). Per quanto attiene alle prove disposte d'ufficio dal giudice, ciò significa:

- a) poterne contestare la rilevanza e la ammissibilità;
- b) partecipare alla loro assunzione;
- c) poter dedurre prove contrarie;
- d) poter discutere l'efficacia delle prove d'ufficio, prima della decisione (54).

---

(51) Per un panorama generale al riguardo cfr. Perrot, *Le droit à la preuve*, in *Effektiver Rechtsschutz und verfassungsmässige Ordnung-Effectiveness of Judicial Protection and Constitutional Order*, Bielefeld 1983, p. 91 ss.

(52) In questo senso cfr. Perrot, *op. cit.*, p. 102 ss., nonché Taruffo, *Il diritto alla prova nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.* 1984, p. 77 ss.; Walter, *Freie Beweiswürdigung*, Tübingen 1979, p. 304 ss.

(53) Cfr. Perrot, *op. cit.*, p. 113.

(54) Sull'attuazione del contraddittorio rispetto alle prove cfr. Ferri, *Contraddittorio e poteri decisori del giudice*, in *Studi urbinati 1980-81* (ma 1984), p. 101 ss. (dell'estr.); Tarzia, *Problemi del contraddittorio nell'istruzione probatoria civile*, in *Riv. dir. proc.* 1984, p. 634 ss.; Taruffo, *op. ult. cit.*, p. 98 ss.

Diventa allora evidente che il ruolo del giudice è tutt'altro che quello di un solitario e autonomo ricercatore della verità dei fatti: nei limiti in cui la legge glielo consente, egli può introdurre elementi di prova nel processo, ma essi sono soggetti allo stesso « trattamento processuale » che vige per le prove dedotte dalle parti.

Un secondo problema rilevante riguarda i caratteri del diritto delle prove nei sistemi di *civil law*, dovendosi verificare se il modello della prova come dimostrazione scientifica sia coerente con la disciplina positiva della prova.

Una constatazione generale si impone peraltro su questo terreno, ed è che non pare possibile ricondurre tali sistemi ad uno schema unitario. Se si guarda infatti al regime di ammissibilità delle prove, ed in particolare della prova testimoniale, è facile rilevare che nell'area di *civil law* esistono almeno due tendenze, fortemente diversificate. La prima si trova rappresentata nell'ordinamento tedesco e in altri che ad esso si sono ispirati, ed è caratterizzata dall'assenza di limiti all'ammissione della testimonianza, con limitate eccezioni relative ad alcuni procedimenti speciali fondati su documenti particolari (55). Poiché in questi sistemi anche le altre prove sono in generale ammesse, si può dire che essi massimizzano la possibilità di dimostrare i fatti in giudizio, e quindi anche la possibilità di ricerca della verità.

La seconda tendenza è storicamente rappresentata dall'ordinamento francese e da altri che a questo si sono ispirati, come quello italiano. Essa si incardina sull'idea che la prova civile sia principalmente la prova delle obbligazioni: ne discende una disciplina che privilegia nettamente la prova scritta, in stretta correlazione con la regolamentazione della forma dei contratti, e per conseguenza contiene una serie di limiti rilevanti all'impiego della prova testimoniale (56). Inoltre, il nucleo della disciplina delle prove riguarda appunto la prova dei contratti, mentre una attenzione assai scarsa è rivolta alla prova in materie diverse da quella contrattuale. In sistemi così strutturati, è veramente

---

(55) Cfr. i §§ 373 e ss. della ZPO germanica, ove non si prevedono limiti generali all'ammissibilità della prova testimoniale. Cfr. Nagel, *op. cit.*, p. 283.

(56) Cfr. al riguardo, anche per riferimenti al sistema francese, Taruffo, *Prova testimoniale. a) Diritto processuale civile*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano 1988, p. 740 ss., 757.

Va invece segnalato che il sistema spagnolo non conosce analoghe limitazioni della prova testimoniale in rapporto alla prova scritta: cfr. Ramos Mendes, *op. cit.*, p. 608 ss.

arduo sostenere che la prova tenda ad una dimostrazione scientifica dei fatti, o comunque alla ricerca della verità: il valore dominante è infatti un altro, consistente nel derivare la disciplina della prova da quella delle obbligazioni, e nel privilegiare la certezza formale data dal documento rispetto all'accertamento giudiziale dei fatti.

Se poi si guarda alle modalità di assunzione delle prove, si può osservare che nei sistemi di *civil law*, compresi quelli dei paesi socialisti, è largamente dominante il metodo per cui l'assunzione della prova spetta al giudice (57). Prevale dunque una concezione che può definirsi « burocratica » dell'assunzione delle prove, ma anche a questo proposito si impone qualche rilievo. Anzitutto, concezione burocratica non significa concezione inquisitoria del ruolo del giudice nell'assunzione delle prove: di regola, infatti, il giudice è vincolato dalle allegazioni di parte, e i poteri autonomi di cui dispone in sede di assunzione sono diretti essenzialmente a chiarire il contenuto e controllare l'attendibilità della prova, non a consentirgli una libera ricerca della verità (58). Vi è poi da sottolineare che più si estende la regola del contraddittorio nella formazione della prova, meno evidente e preminente diventa il ruolo autonomo del giudice (59). Infine, va rilevato che l'essere le prove assunte dal giudice non è affatto una garanzia di effettiva ricerca della verità dei fatti. Al contrario, si rileva comunemente che il giudice — proprio perché si comporta da burocrate — non è solitamente interessato ad approfondire tale ricerca, e tende a non utilizzare adeguatamente i poteri di cui dispone a tal fine. In sostanza, la concezione burocrati-

---

(57) Per un panorama comparatistico al riguardo cfr. Nagel, *op. cit.*, p. 260 ss.

(58) V. ad es. l'art. 253 c. 1 del nostro codice, e l'art. 652 della LEC spagnola. Più ampi appaiono poteri concessi al giudice dal § 396 della ZPO tedesca (su cui v. *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Neuwied u. Darmstadt 1987, p. 1118; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, *Zivilprozessordnung*, 47. Aufl., München 1989, p. 1151). Particolarmente interessante è poi l'art. 213 del codice francese, ove si ammette che il giudice interroghi il teste su tutti i fatti la cui prova è consentita dalla legge, anche se essi non siano indicati nel provvedimento che ammette la prova.

(59) La legge ammette d'altronde che le parti svolgano un ruolo nell'assunzione della prova. Accade talvolta che esso sia alquanto ridotto (v. ad es. l'art. 214 del codice francese e l'art. 253 del codice italiano), ma altre volte esso è rilevante, come nel § 397 della ZPO tedesca, ove si ammette che le parti rivolgano direttamente domande al teste (cfr. Schellhammer, *op. cit.*, p. 314; *Kommentar zur ZPO*, cit., p. 1120; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, *op. cit.*, p. 1152).

ca dell'assunzione delle prove tende a risolversi in un metodo che in concreto non è idoneo all'accertamento della verità dei fatti. Anche per ovviare a questo diffuso inconveniente, d'altronde, in diversi sistemi di *civil law* si è introdotta o si tende ad introdurre la tecnica dell'interrogatorio incrociato ad opera dei difensori di parte, nel convincimento che *questo* sia un metodo più efficace di ricerca della verità in sede di assunzione delle prove.

Se, infine, si guarda al problema della valutazione della prova, si osserva che anche sotto questo profilo diversi fattori contrastano con l'idea della prova come dimostrazione scientifica della verità dei fatti. Per un verso, va ricordato che in alcuni ordinamenti esistono, e talvolta sono ancora numerose e consistenti, ipotesi di prova legale (61). Quale che sia la *ratio* della loro conservazione (per la confessione e il giuramento decisorio, e specialmente per quest'ultimo, si può pensare che il legislatore voglia privilegiare la disponibilità delle parti sulla « verità » dei fatti), non occorrono particolari argomentazioni per mostrare come tali ipotesi siano in netto contrasto con ogni finalità di accertamento della verità « reale ». Per altro verso, è pur vero che si va ormai da tempo estendendo l'applicazione del principio della libera valutazione delle prove (62), ma è anche vero che tale principio non significa *di per sé* l'assunzione di un'idea « scientifica » della prova o dell'accertamento dei fatti. Libera valutazione significa infatti valutazione discrezionale in quanto non vincolata dalla legge: come poi venga « riempita » l'area del giudizio di fatto che la legge non disciplina è di per sé un problema. Può accadere che esso sia risolto nel senso di adottare modelli scientifici di verità, ma può anche accadere che sotto l'etichetta del libero convincimento si collochi l'irrazionalità e l'arbitrio del giudice o, all'opposto, una concezione formalistica della verità dei fatti (63). In sostanza, il principio della libera valutazione si limita a

---

(60) È ad es. il caso della Svezia, su cui cfr. Nagel, *op. cit.*, p. 268.

(61) Per un sintetico panorama al riguardo cfr. Nagel, *op. cit.*, p. 72 ss.; per l'ordinamento spagnolo v. inoltre Ramos Mendes, *op. cit.*, p. 550 ss., e per l'ordinamento tedesco cfr. *Kommentar zur ZPO*, cit., p. 827; Schellhammer, *op. cit.*, p. 276.

(62) Cfr. Nagel, *op. cit.*, *loc. ult. cit.* Per accenni alla storia dei principi relativi alla valutazione delle prove cfr. Walter, *op. cit.*, p. 37 s., 50, 67 ss., 75 ss., 86 ss., 133 ss. V. inoltre in particolare Nobili, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano 1974, spec. p. 81 ss., 145 ss., 180 ss.

(63) Cfr. l'ampia analisi di Walter, *op. cit.*, p. 88 ss., 132 ss. Cfr. inoltre

non impedire (e, forse, a favorire) l'accertamento della verità, ma non lo determina, né tanto meno impone l'adozione di modelli scientifici del giudizio sui fatti.

Se dunque si guarda complessivamente al diritto delle prove nei sistemi di *civil law*, ed in particolare al nostro ed a quelli che si ispirano agli stessi principi, appare quanto mai arduo pensare all'esistenza di un modello di prova come dimostrazione scientifica della verità dei fatti. Semmai, vi sono diverse buone ragioni per criticare il diritto continentale delle prove in quanto esso assomiglia troppo poco, e talvolta non assomiglia affatto, ad un metodo scientifico per la ricerca della verità. È infatti ricorrente nelle varie letterature l'affermazione che le prove servono per accertare la verità dei fatti: rimane però quanto mai incerto il reale significato di questa affermazione; ancora più dubbio è che essa alluda ad un modello scientifico di prova.

L'esistenza di tale modello non è derivabile, d'altronde, dalle concezioni che nella cultura giuridica dei sistemi di *civil law* riguardano la natura del giudizio sui fatti.

Per un verso, appare da tempo superata l'idea che anche tale giudizio sia riconducibile a forme sillogistiche (64), e sia quindi caratterizzato da certezza logica, così come appare superata la tradizionale teoria del sillogismo giudiziale. Si ammette invero che il momento della sussunzione del fatto nella norma possa avere carattere deduttivo, ed anche che argomenti deduttivi possano essere usati nella giustificazione della decisione (65): ciò non riguarda però l'accertamento dei

Taruffo, *Note per una riforma*, cit., p. 256; Patti, *Libero convincimento e valutazione delle prove*, in *Riv. dir. proc.* 1985, p. 481 ss.; Ekelöf, *La libera valutazione delle prove*, in *Studi in onore di A. Segni*, Milano 1967, vol. II, p. 91 ss.

(64) Questa idea ispirava ad es. il tentativo di Stein (cfr. *Das private Wissen des Richters*, Leipzig 1893, p. 16 ss.) di costruire le massime d'esperienza come regole generali che potessero fondare una concezione deduttiva del giudizio di fatto. Vi sono però valide ragioni per ritenere infondata questa costruzione: cfr. Nobili, *Nuove polemiche sulle cosiddette «massime d'esperienza»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1969, p. 123 ss.; Taruffo, *Certezza e probabilità nelle presunzioni*, in *Foro it.* 1974, W, 89 ss.; Id., *Studi*, cit., p. 180 ss.

(65) Cfr. Wroblewski, *Legal Syllogism and Rationality in Judicial Decision-Making*, in *1 Rechtstheorie* 1974, p. 27 ss. Per un interessante esempio di analisi sillogistica di una decisione v. McCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford 1978, p. 19 ss., ma v. al riguardo l'esame critico di Wilson, *The nature of legal reasoning: a commentary with special reference to Professor McCormick's theory*, in *Legal Studies* 1982, p. 269 ss.

fatti, che quindi è quasi sempre sottratto alle regole della dimostrazione deduttiva (66).

Per un altro verso, si nega spesso che il processo abbia (possa avere o debba avere) tra i suoi scopi la dimostrazione scientifica dell'esistenza dei fatti. Di tale negazione si danno diverse versioni, variamente argomentate, che possono essere ridotte sostanzialmente a due: vi è una versione *debole*, secondo la quale il processo non può produrre verità « scientifiche » a causa dei suoi limiti intrinseci (di durata, di modalità giuridiche, di struttura, di strumenti disponibili) (67). Vi è poi una versione *forte*, strettamente connessa a ideologie concernenti la funzione del processo civile, per cui, essendo il processo diretto alla risoluzione di controversie fra privati, non ha alcun bisogno di stabilire certezze « scientifiche » sui fatti. Talvolta si sostiene anzi che l'accertamento della verità dei fatti non è necessario per la decisione, dovendo questa risolvere il conflitto di interessi invece che il contrasto sull'esistenza dei fatti (68).

In ogni caso, quando non si esclude sul piano ideologico che la verità debba essere accertata nel processo, e si ammette sul piano metodologico che essa possa essere stabilita, non ci si riferisce mai a verità assolute o « scientifiche » dei fatti (69). Si tende piuttosto a ricostruire l'accertamento del fatto in base alle prove in termini di « verità relativa », di gradi di approssimazione alla realtà materiale, di scelta della ipotesi più probabile sulla scorta degli elementi di conferma forniti dalle prove (70). Queste, quindi, non danno dimostrazioni

---

(66) In senso diverso v. da ultimo Gianformaggio, *Certezza del diritto, coerenza e consenso. Variazioni su un tema di McCormick*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica* 1988, p. 473 ss. Gianformaggio non considera però che l'ipotesi in cui l'inferenza fattuale è deduttivamente « certa », perché fondata su una regola generale, è del tutto eccezionale (v. Taruffo, *op. ult. cit.*, n. 24 e ivi nel testo), mentre il caso « normale » è quello in cui il giudizio di fatto non può avere fondamento deduttivo.

(67) Cfr. ad es. Schellhammer, *op. cit.*, p. 277 s.; Calamandrei, *Il giudice e lo storico*, in *Opere giuridiche*, I, Napoli 1965, p. 397 ss. Cfr. inoltre Taruffo, *Note per una riforma*, cit., p. 249.

(68) Cfr. ad es. Cavallone, *Critica della teoria delle prove atipiche*, in *Riv. dir. proc.* 1978, p. 722; Calamandrei, *Il processo come gioco*, in *Opere giuridiche*, I, cit., p. 556.

(69) Cfr. in generale Taruffo, *op. loc. ult. cit.*

(70) Questa tendenza si è manifestata con particolare evidenza nella dottrina scandinava e nella dottrina tedesca. Per la prima cfr. in particolare Stening,

scientifiche di alcunché, ma forniscono elementi per una valutazione discrezionale che mira ad assumere come « giudizialmente vera » la ricostruzione più attendibile dei fatti della causa.

Da questa linee di tendenza, che possono considerarsi prevalenti nella dottrina di *civil law* sulla prova e sul giudizio di fatto, sembrano discostarsi nettamente i paesi socialisti. In essi, infatti, il dogma filosofico della « verità materiale » o « oggettiva » diventa principio giuridico, sicché si afferma anche al livello delle norme positive che il processo deve tendere all'accertamento della verità materiale dei fatti, con la conseguenza che la prova è il mezzo per la dimostrazione di tale verità (71). Al riguardo, e pur senza entrare nel merito di una concezione che richiederebbe un'analisi approfondita, vale tuttavia la pena di fare due considerazioni. La prima è che il principio della verità materiale presuppone un'epistemologia che ha precisi presupposti ideologici, e con essi sta e cade: la premessa è, infatti, la teoria del materialismo dialettico e la sua assunzione come ideologia di base del sistema giuridico, della disciplina del processo e del diritto delle prove (72). Ne segue, ovviamente che la concezione della prova come strumento per accertare la verità materiale va in crisi quando la teoria o l'ideologia della verità materiale vengono poste in discussione. La seconda considerazione è che anche all'interno di questo quadro teorico/ideologico si è tracciata una rilevante distinzione tra « verità assoluta », che sarebbe finalità propria della scienza ma non del processo, e « verità relativa », che può e deve essere conseguita nel processo (73). Sotto questo

---

*Bevisvärde*, Uppsala 1975, nonché Patti, *op. cit.*, p. 498 ss., anche per ulteriori indicazioni. Per la seconda cfr. in particolare Greger, *Beweis und Wahrscheinlichkeit*, Köln-Berlin-Bonn-München 1978, spec. p. 10, 32 ss., 38 ss.; Huber, *Das Beweismass im Zivilprozess*, Köln-Berlin-Bonn-München 1983, p. 78 ss., 102 ss.; Musielak-Stadler, *Grundfragen des Beweisrechts*, München 1984, p. 67 ss., 102 ss., 122 ss.; *Kommentar zur ZPO*, cit., p. 816 ss., 821. Cfr. anche l'esame critico di Walter, *op. cit.*, p. 142 ss., 173 ss., nonché Patti, *op. cit.*, p. 507 ss.

(71) Cfr. ad es. Troussov, *Introduction à la théorie de la preuve judiciaire*, tr. fr., Moscou s.d. (ma 1965), p. 8 ss.; Ginsburgs, *Objective Truth and the Judicial Process in Post-Stalinist Jurisprudence*, in 10 *Am. J. Comp. L.* 1961, p. 53 ss.; Huber, *op. cit.*, p. 36 ss.; Kellner, *Aufgaben der Gerichte nach der neueren Zivilprozessordnung*, in *Staat und Recht* 1975, p. 1512 (altri riferimenti in Taruffo, *Studi*, cit., p. 139 ss.).

(72) V. riferimenti nella n. precedente e da ultimo Huber, *op. cit.*, p. 37 s.

(73) Cfr. Ginsburgs, *op. cit.*, p. 56 ss.; Troussov, *op. cit.*, p. 199; Taruffo, *op. ult. cit.*, p. 144 ss.

profilo, emerge piuttosto la distinzione tra « verità soggettiva », respinta come sinonimo di arbitrio, e « verità oggettiva », controllabile in termini di approssimazione alla realtà materiale (74). Ne deriva che anche in questa prospettiva la prova tende ad essere vista come strumento per una conoscenza « relativa », benché « oggettiva », dei fatti della causa, più che come la dimostrazione di verità dotate di certezza scientifica (75).

4. – Se si guarda al panorama tracciato, benché in estrema sintesi e per sommi capi, del problema delle prove nei sistemi di *common law* e di *civil law*, risulta che è possibile individuare modelli di prova e di procedimento probatorio, ma che in particolare su questo terreno non sono ammesse semplificazioni.

Emerge piuttosto l'esigenza di articolare l'analisi dei modelli su un duplice registro: vi è infatti il livello dei modelli epistemologici sottesi alle norme, o che si collocano nelle aree non disciplinate dalla legge, e vi è poi il livello dei modelli giuridici, ricavabili dalle norme e – più generalmente – dai valori e dalle strutture connesse alla disciplina della prova e del successo. Con ogni probabilità, un'analisi sensata può svolgersi solo tenendo conto di entrambi i livelli, e considerando le loro intersezioni e interrelazioni, così come queste si presentano nei diversi sistemi. In questa sede un'analisi di questo genere non può ovviamente essere svolta in tutte le sue implicazioni. Piuttosto, vale la pena di accennare a qualche considerazione attinente ad entrambi i livelli del problema, onde proporre ipotesi per una possibile indagine sui modelli di prova.

Per quanto attiene ai modelli epistemologici, sembra possibile rilevare, se non l'emersione di un modello unitario, almeno l'esistenza di tendenze presenti in vari sistemi e caratterizzate da rilevanti elementi di convergenza. Il punto ideale di questa convergenza può essere ravvisato in una concezione della « verità giudiziale » che è relativizzata ma che tuttavia implica la possibilità di un controllo razionale, e dunque può dirsi « oggettiva » in qualche significato del termine.

Usando uno schema assai semplificato ma non privo di efficacia, si può parlare di due posizioni estreme e contrapposte, ma minoritarie

---

(74) Cfr. Troussov, *op. cit.*, p. 93 ss., 164 ss.; Ginsburgs, *op. cit.*, p. 68 s.; Taruffo, *op. ult. cit.*, p. 149 s., e da ultimo Huber, *op. cit.*, p. 39.

(75) Cfr. Troussov, *op. cit.*, p. 6 ss., 32; Taruffo, *op. ult. cit.*, p. 150 ss.

e ormai superate, e di una posizione « intermedia » sulla quale si verifica l'accennata convergenza.

Una posizione estrema è quella per cui non ha senso parlare di accertamento della verità dei fatti, poiché si tratta di un'attività puramente soggettiva e tendenzialmente irrazionale (76). Essa deriva da premesse di ordine teorico e filosofico più generale sulla realtà, sul soggetto, sulla conoscenza, che in vario modo negano la possibilità della conoscenza razionale, e quindi negano *a fortiori* che essa possa aver luogo nel processo (77). A questa posizione si avvicina anche l'atteggiamento dei « razionalisti delusi », ossia di coloro che, aspirando alla verità assoluta ma avendo constatato che non esiste, cadono nell'estremo opposto del soggettivismo (78). Al di là del pregio che qualcuno potrà forse riconoscere a questi orientamenti da altri punti di vista, rimane che essi dissolvono in radice il problema della prova e dell'accertamento del fatto, riconducendolo integralmente entro la sfera soggettiva del giudice. Ci si può allora limitare a dire che essi sono inutili, almeno per chi si proponga un'analisi razionale di quel problema.

All'estremo opposto si collocano le posizioni che ammettono qualche forma di verità assoluta, e per conseguenza ritengono possibile che essa si raggiunga nel processo (79). A parte qualche versione ingenua del materialismo, si tratta oggi, nell'ambito della dottrina processualistica, di un « luogo ipotetico » più che di una posizione reale. Come si è accennato, infatti, le concezioni deduttive del giudizio di fatto sono da tempo superate, e d'altronde nessuno più coltiva una versione *naïve* della conoscenza scientifica come dimostrazione di verità immutabili, da trapiantare all'interno del processo.

Il « luogo intermedio » tra questi estremi raccoglie orientamenti non irrazionalistici e non assolutizzanti, caratterizzati dal tentativo di un impiego ragionevole, a proposito della prova e del giudizio di fatto, dei modelli razionali della conoscenza pratica. Questi orientamenti, diffusi nei sistemi di *common law* come in quelli di *civil law*, tendono

---

(76) Per efficaci analisi di questa posizione nella recente dottrina tedesca cfr. Huber, *op. cit.*, p. 70 ss. e Greger, *op. cit.*, p. 81 ss.

(77) Cfr. Greger, *op. cit.*, p. 17 ss.; Huber, *op. cit.*, p. 98 ss.

(78) Per accenni a questa posizione v. Huber, *op. cit.*, p. 73; Taruffo, *Note per una riforma*, cit., p. 250 s. e 270 n. 76.

(79) Cfr. Huber, *op. cit.*, p. 77 s., e riferimenti nella n. 71.

a considerare il giudizio di fatto come scelta dell'ipotesi razionalmente più attendibile tra diverse ricostruzioni possibili dei fatti della causa; per conseguenza, la « verità dei fatti » non è mai assoluta, ma è data dall'ipotesi più probabile, ovvero sorretta da maggiori elementi di conferma (80). La prova è allora lo strumento che produce elementi di conferma o di negazione (falsificazione) di un'ipotesi relativa all'esistenza di un fatto, ed in tal modo costituisce la base conoscitiva su cui il giudice formula inferenze ai fatti della causa (81). Nell'ambito di questa tendenza diffusa, variano in qualche misura gli strumenti analitici impiegati per definire la struttura del giudizio di fatto: così, ad es., si ricorre talvolta al calcolo logico delle probabilità, altre volte all'analisi del procedimento inferenziale e dei criteri che lo giustificano, ed altre volte ancora alla versione statistico/quantitativa del calcolo probabilistico (82). Rimane tuttavia comune la tendenza ad elaborare un modello razionale della valutazione delle prove, pur rimanendo all'interno di concezioni relativistiche della verità giudiziale, e a considerare l'accertamento dei fatti in base alle prove come un giudizio a struttura inferenziale mirante ad identificare la ricostruzione dei fatti più attendibile, sulla base oggettiva costituita da dati empirici e da regole del ragionamento.

Sarebbe forse eccessivo, a questo riguardo, ritenere che esista un modello epistemologico definito, unitario e comune ai vari sistemi (83). Va però rilevata l'esistenza di tendenze convergenti, che muovono da presupposti di metodo sostanzialmente omogenei.

A fronte di ciò, occorre invece considerare che al livello istituzionale, ossia di disciplina giuridica della prova e del procedimento probatorio, opera una serie di varianti, che hanno peso e contenuto diverso nei vari sistemi, e che quindi determinano l'esistenza di diversi modelli « legali » della prova.

---

(80) Cfr. Taruffo, *op. ult. cit.*, p. 249 ss., e riferimenti nelle n. 39 e 70.

(81) Cfr. Huber, *op. cit.*, p. 103 ss.

(82) V. ancora i riferimenti nelle nn. 39 e 70, nonché Taruffo, *Studi*, cit., p. 216 ss., 231 ss.

(83) Un ampio dibattito esiste in particolare a proposito dell'impiego di vari modelli probabilistici, e del conseguente impiego di diverse nozioni di « probabilità », di « grado di probabilità » o di « probabilità prevalente » come fondamento del giudizio sui fatti: al riguardo cfr. in particolare Eccleston, *op. cit.*, p. 129 ss., 159 ss., 189 ss.; Walter, *op. cit.*, p. 142 ss., 173 ss.; Huber, *op. cit.*, p. 78 ss., 103 ss.; Greger, *op. cit.*, p. 40 ss.; Patti, *op. cit.*, p. 497 ss., 507 ss.

Senza alcuna pretesa di completezza, vale la pena di indicare i fattori di variazione più importanti sotto il profilo strutturale, se non altro allo scopo di mostrare come da essi venga condizionata la concreta attuazione del modello epistemologico della prova.

Un primo gruppo di fattori è costituito dall'incidenza, sulla disciplina legale della prova, di valori ritenuti rilevanti dal legislatore ma estranei alla dimensione conoscitiva del fenomeno probatorio. Si tratta a volte di valori di natura extraprocessuale, come nel caso dei riflessi probatori della regolamentazione formale dei contratti nei sistemi di tipo francese (84), o nel caso della tutela della *privacy* nei sistemi di *common law* (85). Altre volte si tratta di valori attinenti al processo, come l'esigenza di rendere definitiva la decisione col giudicato, l'esigenza di rapidità della tutela giurisdizionale, l'esistenza di preclusioni che operano in vario modo nel senso di giustificare limitazioni alla « ricerca della verità » sui fatti, o addirittura nel senso di legittimare decisioni non fondate su un vero e proprio accertamento di tale « verità » (86).

Un secondo gruppo di fattori attiene alle ideologie del processo e delle sue funzioni, e più propriamente alle ideologie della decisione giudiziaria. Come si è già accennato, chi ritiene che la funzione del processo sia semplicemente quella di risolvere controversie, eliminando conflitti fra parti private, tende ovviamente ad escludere che l'accertamento veritiero dei fatti sia un valore, e per conseguenza a negare che esso sia da collocare tra gli scopi fondamentali del processo (87). Per contro, chi condivide quella che è stata definita l'« ideologia legale-razionale » della decisione (88), o comunque ritiene che la decisione non possa considerarsi giusta se è fondata su una ricostruzione sbagliata o inattendibile dei fatti (89), tende a considerare la « verità di fatto »

(84) V. *supra*, par. 3.

(85) V. *supra*, par. 2.

(86) Sui diversi ruoli che un giudizio di « verosimiglianza » (invece che di « verità ») può svolgere in particolari tipi di processo, cfr. soprattutto Calamandrei, *Verità e verosimiglianza nel processo civile*, in *Opere giuridiche*, vol. V, Napoli 1972, p. 632 ss.

(87) V. *supra*, nn. 34 e 35.

(88) Cfr. in particolare Wroblewski, *Legal Syllogism*, cit., p. 27, 38; Id., *Justification Through Principles and Justification Through Consequences*, in *Reason in Law*, Milano 1987, vol. I, p. 140, 158 ss.

(89) Cfr., anche per riferimenti, Taruffo, *Note per una riforma*, cit., p. 243 ss.

come un requisito della decisione stessa. Ne deriva la tendenza ad abbassare il limite di tollerabilità dell'errore nell'accertamento dei fatti, e a massimizzare le possibilità di impiego delle prove come strumento di verifica delle scelte del giudice. Appare intuitivo che queste ideologie condizionino in modo diverso la configurazione della prova e del procedimento probatorio: la prima nel senso di considerare la prova non più che come un aspetto nello svolgimento della dialettica processuale tra le parti, ovvero come uno strumento da usare per prevalere sull'avversario; la seconda nel senso che la prova è considerata come uno strumento di conoscenza razionale dei fatti, e quindi è finalizzata a porre in essere condizioni di correttezza e di giustizia della decisione.

Un terzo gruppo di fattori rilevanti deriva dal fatto che la struttura del processo, e quindi anche il ruolo che in essa gioca il fenomeno probatorio, è direttamente connessa con i modelli di distribuzione del potere nell'ambito dell'organizzazione dello Stato in generale, e in particolare al livello dell'organizzazione giudiziaria (90). Queste connessioni incidono in vario modo sulla disciplina del processo e sul modo di definirne le funzioni. In particolare, esse influenzano la distribuzione dei poteri attinenti allo svolgimento del processo tra parti e giudice, sicché a tipologie generali di distribuzione del potere è riconducibile anche la distinzione tra i processi che si ispirano al modello *adversary* e quelli che presentano caratteri di inquisitorialità (91). Si tratta di interrelazioni complesse e non riducibili a schemi elementari, come talvolta si tende a fare; appare peraltro evidente che esse condizionano la struttura del procedimento probatorio e la funzione che ad esso risulta assegnata nell'ambito del processo; soprattutto, è il ruolo che parti e giudice giocano rispettivamente in relazione all'accertamento dei fatti a prestarsi ad un'analisi significativa in termini di modelli di articolazione del potere (92).

Pare evidente, infine, che l'analisi comparatista dei tipi di prova e di procedimento probatorio non possa prescindere dalla dimensione diacronica, ossia dall'evoluzione interna dei vari sistemi. Così, ad es. occorre tener presente che l'attuazione della regola del contraddittorio

---

(90) Cfr. in generale Damaška, *The Faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach to the Legal Process*, New Haven-London 1986, spec. p. 47 ss., 71 ss., 181 ss.

(91) Cfr. Damaška, *op. cit.*, p. 71 ss., 147 ss.

(92) Cfr. Damaška, *op. cit.*, p. 119 ss., 135 ss., 160 ss., 170 ss.

sulle prove, e la tendenza a realizzare l'oralità nell'assunzione della prova, incidono in modo rilevante sulla struttura del procedimento probatorio nei sistemi di *civil law*: l'archetipo del procedimento burocratico-inquisitorio, che peraltro non era presente nelle codificazioni liberali dell'800, e che ha avuto moderate manifestazioni nelle codificazioni del nostro secolo, è infatti contraddetto dall'idea dell'assunzione della prova in un dibattimento orale in cui largo spazio va riconosciuto alla attuazione del contraddittorio delle parti (93). Così pure va considerato che la passività del giudice, che si ritiene tipica dei sistemi di *common law*, è sempre meno un punto fermo nell'evoluzione di quei sistemi, e in particolare nell'ordinamento statunitense (94). Occorre anche considerare che la *law of evidence* va conoscendo trasformazioni rilevanti, come ad esempio quelle che derivano dall'attenuazione delle regole di esclusione (95), o dal crescente impiego degli *affidavits* in luogo di prove orali che renderebbero più complicato e costoso il processo (96).

Se, dunque, esistono tendenze convergenti nei vari sistemi sotto il profilo epistemologico, sicché emerge una concezione diffusa della prova come strumento per una scelta conoscitiva intorno alla ricostruzione più attendibile dei fatti, è soprattutto sul piano delle ideologie del processo e della decisione, nonché su quello della disciplina legale della prova e del procedimento probatorio, che emergono le varianti più significative. I modelli che ne derivano non coincidono però, o tendono a coincidere solo in parte, con le tradizionali classificazioni delle « famiglie » dei sistemi processuali. Ciò porta a dire che queste classificazioni, che appaiono sempre più generiche e approssimative anche per molte altre ragioni, sono ormai scarsamente utili al fine di analizzare la problematica della prova. D'altronde, gli elementi che emergono dall'esame di questa problematica mostrano come per un verso in essa vi siano elementi comuni a diversi sistemi, e per altro verso come all'interno dello stesso sistema vi siano fattori rilevanti di

---

(93) V. al riguardo importanti accenni in Cappelletti, *Procédure orale et procédure écrite*, Milano-New York 1971, p. 89 ss., e da ultimo Id., *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford 1989, p. 62.

(94) V. *supra*, n. 28 e ivi nel testo. Nel senso dell'estensione dei poteri del giudice inglese v. ad es. Jacob, *Justice between Man and Man*, in *Current Legal Problems*, 1985, p. 230.

(95) Cfr., a proposito della *hearsay rule*, Dondi, *L'evoluzione*, cit., p. 224 ss.

(96) V. accenni in Denti-Taruffo, *op. cit.*, p. 324 s.

disomogeneità. Esistono dunque rapporti tra i modelli di prova e i sistemi processuali: essi non sono però di simmetrica coincidenza, ma di complessa e articolata interrelazione.

**MICHELE TARUFFO**

*Prof. ord. nell'Università di Pavia*

**GIUSEPPE CHIOVENDA A PARMA**  
**(dalla procedura civile al diritto processuale)**  
**maggio 1900-dicembre 1902 (\*)**

**SOMMARIO:** 1. Premessa. – 2. L'Italia, l'Università italiana e la procedura civile alla fine del XIX secolo. – 3. Da Premosello alla docenza a Modena. – 4. La domanda a Parma, il trasferimento della docenza a Roma e il comando a Simoncelli. – 5. Il libro sulle spese. – 6. La recensione di Triani. – 7. La prolusione sulle forme. – 8. Il concorso per la cattedra di Parma. – 9. La riforma Mortara e le *Lezioni di procedura* di Simoncelli. – 10. La prolusione parmense e il « mutamento di sesso » della procedura. – 11. Le *Lezioni di diritto giudiziario* di Simoncelli. – 12. Le *Lezioni di diritto processuale civile* di Chiovenda. – 13. Il passaggio di Mortara in magistratura e la partenza di Chiovenda da Parma.

1. – Il primo contatto di Giuseppe Chiovenda con Parma risale al maggio del 1900, esattamente novantadue anni fa. Egli, a quell'epoca, aveva ventott'anni e, avendo presentato domanda per l'abilitazione alla libera docenza per titoli in « Procedura civile e ordinamento giudiziario » presso l'Università di Modena, era in attesa che il ministro della pubblica istruzione, il celebre medico Guido Baccelli, si pronunciasse sulla sua istanza (1).

È appunto in tale attesa ch'egli, a maggio 1900, presentò domanda al ministro per essere nominato professore straordinario di Procedura civile e

---

(\*) Con qualche modifica e l'aggiunta delle note, questo saggio – che vede la luce nel 120° anniversario della nascita di Giuseppe Chiovenda – riproduce il testo della conferenza tenuta nell'Università di Parma il 9 maggio 1991, nel novantesimo anniversario dell'ascesa di Chiovenda sulla cattedra di « Procedura civile e ordinamento giudiziario » della Facoltà giuridica di quella Università.

(1) Per più ampi ragguagli e per la relativa documentazione v. il mio *Storie di processualisti e di oligarchi. La procedura civile nel Regno d'Italia (1866-1936)*, Milano 1991, pp. 64 ss. e 409 ss. Per evitare troppe citazioni di questo libro, prego il lettore di farvi riferimento ogni qualvolta non troverà sufficientemente documentate le affermazioni contenute nel testo.

ordinamento giudiziario nella Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Parma, ove l'insegnamento era scoperto.

Se ne può dedurre che a quell'epoca era possibile essere nominati professore straordinario senza concorso. Erano, dunque, tempi diversi dai nostri. Ed è perciò di fondamentale importanza avere idee chiare su di essi, perché, come si vedrà, nessuno più di Chiovena può essere considerato figlio del suo tempo: in un qualsiasi altro momento storico la sua vicenda, sia sul piano scientifico sia su quello accademico, sarebbe stata certamente diversa.

2. - Non è questa la sede, né io ho la competenza per farlo, per illustrare compiutamente la situazione politico-sociale dell'Italia nel periodo tra la fine del secolo XIX e l'inizio del XX.

Tuttavia, limitando il discorso all'essenziale, può essere utile ricordare che nel 1900 l'Italia era stata unificata da appena quarant'anni e Roma era stata conquistata soltanto da trenta. Le forze disgregatrici dell'Unità s'erano appena spente, ma alcuni dei principi spodestati erano ancora in vita e la questione romana era ancora aperta in tutta la sua complessità, tanto che non pochi cattolici italiani erano tutt'altro che lieti all'idea che al Quirinale sedesse il re d'Italia e non più il papa-re (2).

Sul trono, a quell'epoca, sedeva il « re buono », Umberto I, destinato ad essere assassinato a Monza di lì a qualche mese. Il governo, dal giugno del 1898, era presieduto da Luigi Girolamo Pelloux, un militare, ch'era succeduto al Di Rudinì, colui che nel 1897 aveva ordinato al generale Bava-Beccaris di reprimere a suon di cannonate gli scioperi di Milano. Ciò significa ch'erano tempi nei quali l'esecutivo non scherzava.

Quanto all'insegnamento universitario, esso era disciplinato dalla « liberalissima » legge sarda 13 novembre 1859, n. 3725, opera del ministro Gabrio Casati e perciò meglio nota come la « legge Casati », per la quale il governo, nell'interesse pubblico, aveva larghissimi poteri in fatto di nomina dei professori universitari.

Nelle facoltà di giurisprudenza imperavano i romanisti, che credo fossero un buon trenta per cento dei professori universitari di materie giuridiche. Abituati da secoli ad avere il predominio nel campo degli studi giuridici, essi erano stati messi in difficoltà dal Regno d'Italia, che aveva definitivamente abrogato il diritto romano, fino a ieri in vigore in alcuni stati preunitari (3). Ciò nonostante, essi non s'erano dati per vinti e, forti delle

(2) Cfr. Spadolini, *Giolitti e i cattolici (1901-1914)*, 1971, Firenze 1974, p. 11, il quale riferisce che nel settembre del 1901 al congresso cattolico di Taranto « si levò il grido 'Roma o morte' ».

(3) Cfr. Schiavone, *Un'identità perduta: la parabola del diritto romano in*

posizioni già acquisite, fecero il possibile e l'impossibile per conservare la propria egemonia. Il loro capo era uno studioso relativamente giovane, Vittorio Scialoja, che nel 1900 aveva quarantaquattro anni, ma che ciò nonostante insegnava già da sedici anni a Roma, ove da un paio d'anni era preside della Facoltà giuridica: egli era convinto che il diritto moderno discendesse tutto dal diritto romano ed era un grande ammiratore della scienza giuridica tedesca, che reputava superiore alla nostra nel campo del diritto romano e in ogni altro campo (4).

Non spetta a me spiegare come e perché i romanisti di cent'anni fa arrivarono alla conclusione che fosse il caso di puntare sulla tesi del ritorno al diritto romano e ai tempi di Roma (5). Ma, alla luce di quel che ci assicurano gli storici, mi pare di poter dire che l'idea del ritorno al diritto romano e ai tempi di Roma, se oggi può far sorridere, aveva allora una ben precisa *ratio*, ché tendeva per un verso a dare una più solida base unitaria al Regno d'Italia e per l'altro a giustificare la presenza del re d'Italia a Roma. In diverse parole, mentre i sovrani preunitari, una volta spodestati, furono criminalizzati e presentati come biechi forcaioli, il papa, col quale non era evidentemente possibile usare lo stesso metodo, fu delegittimato con armi più sofisticate, sì che, una volta presa Roma, i termini storici del problema furono ribaltati: si cominciò a far capire (più che a dire) che il papa, lungi dall'essere stato violentemente sfrattato dal Quirinale, era colui che quattordici secoli prima aveva sfrattato gli italiani da Roma. Gli italiani, quindi, quali legittimi discendenti dei romani, nel (ri)conquistare Roma, avevano solo esercitato un proprio diritto e fatto il proprio dovere.

Comunque, quale che fosse la vera ragione per la quale i romanisti ritennero opportuno propugnare l'avvenuto ritorno ai tempi di Roma (che è

---

*Italia*, in Id. (a cura di), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Roma-Bari 1990, p. 275 ss. E v. anche Crifò, *Storiografia giuridica italiana sull'Impero romano tra Ottocento e Novecento*, in *L'impero romano fra storia generale e storia locale*, a cura di Gabba e Christ, Como 1991, p. 115 ss.

(4) Cfr. Scialoja, *Diritto pratico e diritto teorico*, in *Riv. dir. comm.* 1911, I, p. 943 ss. È diffusa l'opinione che Scialoja avesse una « mente universale », il che doveva essere vero. Ma, nel senso che Filomusi Guelfi fosse solito dire che « Vittorio di filosofia non capisce gnente gnente gnente », Carnelutti, *La strada*<sup>2</sup>, Roma-Milano 1943, p. 130.

(5) Il primo a lanciare l'« idea » che il diritto moderno discendesse tutto dal diritto romano fu, nella prolusione romana tenuta all'indomani di Porta Pia, F. Serafini, *Del metodo degli studi giuridici in generale e del diritto romano in particolare*, (1872), in *Opere minori, Parte prima, Scritti vari*, Modena 1901, p. 208 ss., del quale v. anche *Istituzioni di diritto romano*<sup>2</sup>, Firenze 1881, p. 1, in nota: « tutti questi codici nazionali hanno in comune che si fondano intieramente sul diritto romano ».

una tesi che sarebbe stata « accolta » qualche decennio dopo da chi ebbe modo di assicurare che l'impero era tornato sui colli fatali di Roma...), nel frattempo si andava affermando il socialismo giuridico, che ebbe il suo profeta in quell'Antonio Menger che ai benpensanti del tempo dovette apparire come un pericoloso rivoluzionario. Si che si scatenò una sorta di « guerra al diritto romano » tra i romanisti e coloro che nei romanisti e nel diritto romano vedevano un ostacolo al progresso civile, sociale e politico dell'Italia (6).

Quanto alla procedura civile, essa a quel tempo era una materia giovane e in via di assestamento scientifico e accademico, perché, almeno a livello universitario, lo studio del processo era cominciato da poco, con la codificazione. I suoi più autorevoli esponenti erano Luigi Mattiolo (1838-1904), Lodovico Mortara (1855-1937) e Giuseppe Manfredini (?-1902): il primo insegnava a Torino, era allievo di Matteo Pescatore ed era autore di un monumentale *Trattato di diritto giudiziario*; il secondo insegnava da due anni a Napoli (ove era stato chiamato da Pisa), era autodidatta, dirigeva la *Giurisprudenza italiana* dal 1892 e aveva appena cominciato a pubblicare un modernissimo *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*; il terzo insegnava a Bologna, era allievo di Filippo Salomoni ed era autore di alcune pregevoli monografie e di un buon manuale (7).

Alle spalle dei tre grandi « M » (Mattiolo, Mortara e Manfredini) spiccava Giovanni Cesareo-Consolo (1857-1908), allievo di Mattiolo e titolare a Messina. Indi, tra le ultime leve, Enrico Galluppi (1849-1915), Antonio Castellari (1850-1931), Carlo Lessona (1863-1919), Gaetano Franceschini (morto alla fine del 1904 o all'inizio del 1905) e Salvatore La Rosa (1857-1926), ch'erano stati i protagonisti degli ultimi due concorsi a cattedra, quello del 1896 per ordinario a Siena e quello del 1897 per straordinario a Padova (8).

Di tali concorsi, il primo era stato deciso da una commissione presieduta da Mattiolo e composta da Gianzana, Triani, Mortara e Manfredini, ed era stato vinto dall'ex civilista Galluppi, allievo di Emidio Pacifici-Mazzoni, che utilizzò la vittoria per essere nominato ordinario a Roma, ove era straordinario di procedura dal 1883; il secondo aveva visto in commissione Triani, Mariani, Viti, Mortara e Manfredini, ed era stato vinto da Franceschi-

(6) Cfr. Brugi, *La guerra al diritto romano*, in *La scienza del dir. priv.* 1894, p. 449 ss., sul cui pensiero v. Grossi, « *La scienza del diritto privato* » Milano 1988, p. 171 ss.

(7) V. Manfredini, *Programma del corso di diritto giudiziario civile*, I, Padova 1884; *Il procedimento civile e le riforme*, Padova 1885; *Dell'esecuzione forzata*, Bologna 1892.

(8) Sui quali v. *Storie di processualisti*, cit., p. 44 ss.

ni, allievo di Manfredini. Alle loro spalle s'erano classificati Castellari, che fu nominato straordinario a Genova, e Carlo Lessona, allievo di Mortara, che fu chiamato a Siena. Il primo dei « non eletti », dunque, era il catanese La Rosa, che poco dopo fu nominato straordinario per decreto ministeriale a Catania.

Infine, per avere idee chiare sulla procedura civile italiana all'alba del nostro secolo, è opportuno tener presente che Lessona, alla fine del 1898, era stato chiamato da Siena a Pisa, ove era succeduto al suo maestro Mortara; nonché che, a dicembre dell'anno successivo, 1899, Galluppi era passato al Consiglio di Stato, conservando l'incarico a Roma. Ciò significa che il nuovo anno e il nuovo secolo si aprirono con la cattedra di procedura civile di Roma scoperta.

3. — Illustrata, sia pure nelle grandi linee, la situazione nella quale si trovavano l'Italia, l'Università italiana e la procedura civile all'inizio del XX secolo, può già comprendersi che Giuseppe Chiovenda si affacciò al mondo della procedura civile mentre imperavano i tre grandi « M », mentre Mortara e la sua scuola erano chiaramente sulla cresta dell'onda e mentre la cattedra di Roma era scoperta.

Si narra che Giuseppe Chiovenda, tra i venti e i trent'anni, ossia nell'età nella quale i giovani fremono dalla voglia di affermarsi e di dire la loro, si barricò nel religioso silenzio della sua « officina » di studioso, tutt'intento a leggere, a meditare e a riflettere; e si narra anche ch'egli non scrisse una pagina prima di avere letto tutto ciò ch'era stato scritto in precedenza, in Italia e all'estero, di storia, di teoria, di dommatica e di pratica (9).

Si tratta, ovviamente, di una leggenda, che fa torto non solo alla verità, ma anche (e direi soprattutto) alla personalità e all'intelligenza del giovane Chiovenda. In realtà, nel 1900 Giuseppe Chiovenda era un normalissimo giovane di ottime e belle speranze. Egli era nato, da un'antica famiglia patrizia, nel 1872 a Premosello (Novara) e aveva sin dall'adolescenza mostrato una forte propensione per la poesia e per gli studi umanistici, tanto che a quindici anni aveva scritto una tragedia in versi (10). Compiuti con encomio

---

(9) Cfr. Calamandrei, *La terza edizione dei « Principii » di Giuseppe Chiovenda*, in *Arch. giur.* 1924, p. 221 ss., spec. 224 (ora in *Opere giuridiche*, X, a cura di Cappelletti, Napoli 1985, p. 40 ss., spec. 43). Nello stesso senso Segni, *Giuseppe Chiovenda*, in *Studia et doc. hist. et iuris* 1938, p. 292; Liebman, *Giuseppe Chiovenda*, in *Riv. dir. comm.* 1938, I, p. 92; *Storiografia giuridica « manipolata »*, in questa *Rivista* 1974, p. 112.

(10) Cfr. Chiovenda, *Corradino di Svevia*, (1887), in *Il collegio Mellerio Rosmini. Domodossola 1837-1937*, Milano 1939, pp. 250-269.

gli studi liceali nel collegio Rosmini di Domodossola, avrebbe voluto iscriversi a lettere, ma alla fine, come tuttora avviene a tanti giovani della sua età, si lasciò convincere dai famigliari a studiare giurisprudenza (11). Su suggerimento del padre, Pietro, ch'era avvocato, si iscrisse a Roma, ove, negli anni universitari pubblicò un volumetto di poesie (12). Si laureò *cum laude* il 5 luglio del 1893, discutendo con Vittorio Scialoja una tesi sulle spese nel processo civile romano. Subito dopo la laurea aprì studio di avvocato e ottenne la nomina di vice pretore onorario a Roma.

Da avvocato e vice pretore onorario si distinse tra i giovani intellettuali romani dell'ultimo scorcio dell'Ottocento: frequentava il cenacolo di Ugo Fleres, collaborava alla rivista 'Ariel', fondata dallo stesso Fleres, era un assiduo frequentatore del teatro Costanzi, « certamente al loggione » (13).

Nel 1894 pubblicò un secondo volumetto di poesie, *Agave*, che gli procurò una bella recensione della « Contessa Lara », che sulla *Tribuna illustrata* lo definì « il giovanissimo avvocato *doublé* d'un poeta come ce ne sono pochi » (14).

I « *peccata iuventutis meae* », come egli definiva i suoi versi (15), non lo distolsero però più di tanto dallo studio del diritto romano. Col senno di poi, infatti, possiamo ben dire che la tesi sulle spese dovette essere giudicata piuttosto favorevolmente e appassionare non poco il giovane Chioventa, se è vero, come è vero, ch'egli, tra il 1894 e il 1899, pubblicò ben quattro saggi di diritto romano, tutti sulle spese processuali (16), nei quali, naturalmente, si schierò col suo maestro Scialoja nel respingere la c.d. « guerra al diritto romano » e nell'assicurare che ormai, grazie alla scuola storica tedesca, che aveva tenuto alta la fiaccola del diritto romano nel corso dei secoli, si era tornati al diritto romano « puro » (ossia dei tempi di Roma). Indi, nel 1900 portò a termine una vasta monografia, *Trattato generale sulla condanna nelle spese giudiziali (storia, teoria, pratica)* (17), nella quale trasfuse i suoi

---

(11) È una notizia che ho appreso dalla figlia di Chioventa, signora Beatrice Chioventa Canestro.

(12) Cfr. Chioventa, *Poesie (1889-1891)*, Roma 1891.

(13) Così la figlia di Chioventa, Canestro Chioventa, *Un piccolo ritratto inedito di Giuseppe Verdi (dai « ricordi » di Giuseppe Chioventa)*, in *Oscellana* 1981, n. 4, p. 201.

(14) Lo riferisce ancora la Canestro Chioventa, *op. loc. ult. cit.*

(15) V. ancora la Canestro Chioventa, *op. loc. ult. cit.*

(16) Cfr. Chioventa, *Le spese del processo civile romano*, in *B.I.D.R.* 1894, p. 275 ss.; *La pubblica amministrazione e la condanna nelle spese davanti alla IV Sezione del Consiglio di Stato*, in *Giust. amm.* 1896, p. 84 ss.; *La condanna nelle spese di lite in diritto romano*, in *Riv. it. scien. giur.* 1899, p. 3 ss.; *Della condanna nelle spese a favore del procuratore*, in *Foro it.* 1899, I, c. 883 ss.

(17) Cfr. *Storie di processualisti*, cit., p. 66.

scritti giovanili e grazie alla quale il 15 aprile 1900 chiese la docenza per titoli a Modena.

La Facoltà modenese nominò una commissione che aveva tra i suoi componenti il Triani e che, pur dolendosi del fatto che l'autore avesse scritto un libro di tanta mole (425 pp.) senza occuparsi degli aspetti sociali e fiscali dell'istituto, non ebbe dubbi a esprimere parere favorevole, anche perché le conclusioni del lavoro le parvero in linea coi « concetti organici emessi dall'indagine storica » (18).

4. - La legge Casati, se prevedeva il concorso per diventare ordinari, consentiva al governo di nominare gli straordinari scegliendoli a propria discrezione tra i liberi docenti: infatti, e per esempio, Salvatore La Rosa doveva ad un decreto ministeriale la sua nomina a straordinario di procedura a Catania. Possiamo perciò esser certi che Giuseppe Chiovenda, subito dopo il *placet* della Facoltà giuridica modenese e ancor prima del decreto ministeriale di autorizzazione all'esercizio della docenza, che sarebbe sopraggiunto di lì a qualche giorno, cominciò a confidare di esser subito nominato straordinario. Non è perciò un caso se egli, a maggio del 1900, chiese al ministro di essere nominato straordinario di procedura a Parma.

La legge Casati, però, cominciava a denunciare i suoi anni. L'idea che il ministro potesse a suo libito nominare gli straordinari non poteva durare, tanto che da qualche tempo era invalsa la prassi di bandir concorsi per straordinario, come era appunto accaduto nel 1897 per la cattedra di Padova. La domanda di Chiovenda, quindi, giungeva in un periodo di transizione, ché era fondata su una legge che, per il suo carattere spiccatamente autoritario, era in fase di superamento nella realtà applicativa.

Il Rettore di Parma, Silvio Perozzi, un romanista, in data 23 maggio 1900, inoltrò al ministero la domanda di Chiovenda, ma il ministro, il 3 giugno 1900, gliela restituì invitandolo a comunicarla alla Facoltà di giurisprudenza affinché ne tenesse conto « nel formulare le sue proposte per il nuovo anno scolastico 1900-1901 » (19).

Il 2 luglio 1900, la Facoltà giuridica di Parma (Malgarini, Laghi, Bonfante, Tommasini, Brandileone, Perozzi e Sraffa: tre storici su otto), su proposta di Angelo Sraffa, allievo di David Supino e molto devoto a Mortara (20), chiese il concorso. Ne possiamo dedurre che il giovane Chio-

---

(18) Così la relazione dei proff. Giuseppe Triani, Pio Sabbatini ed Enrico Serafini, in *Storie di processualisti*, cit., p. 410 ss.

(19) Cfr. *Storie di processualisti*, cit., p. 422.

(20) Sraffa (1865-1937) è colui che alla fine del 1891 suggerì a Mortara di assumere la direzione della *Giur. it.* (v. Mortara, *Pagine autobiografiche*, in Satta, *Quaderni del diritto e del processo civile*, 1, Padova 1969, p. 56). Egli soleva dire

venta, che probabilmente qualche anno prima sarebbe stato nominato *de plano* straordinario senza concorso, fu piuttosto sfortunato, tanto che dovette sottoporsi ai rischi del concorso. E, col senno di poi, dobbiamo dire che la sua sfortuna ebbe non poche conseguenze, perché, se egli fosse stato nominato straordinario per decreto ministeriale, il concorso per la cattedra di Parma non sarebbe stato bandito e molte cose non sarebbero accadute.

La storia, però, non si fa coi « se » e coi « ma » e perciò a noi non resta che continuare a vedere quello che accadde.

Il 19 agosto 1900, Chioventa chiese al ministro – che ora, col governo Saracco, era Nicolò Gallo, un avvocato – di bandire il concorso: il che con tutta evidenza significa che a quell'epoca i cittadini potevano rivolgersi direttamente ai ministri per ottenere il bando di un concorso a cattedra! Bei tempi!...

Il ministro Gallo il 25 agosto 1900 aprì il concorso per la cattedra di Parma. Non sappiamo quando la notizia pervenne a Chioventa, ma sappiamo ch'egli in quei giorni aveva ben altri problemi cui pensare: tra il 23 e il 27 agosto 1900 la sua Premosello fu colpita da una terribile alluvione ed egli si distinse a tal punto nell'opera di soccorso da meritarsi la medaglia d'argento al valor civile (21).

Il 31 agosto 1900, poco dopo il regicidio di Monza, il ministro Gallo, accogliendo la proposta della Facoltà giuridica romana, comandò il prof. Vincenzo Simoncelli, ordinario di diritto civile nell'Università di Pavia e futuro genero di Vittorio Scialoja, ad insegnare procedura civile nell'Università di Roma a far tempo dal 16 ottobre 1900 (22).

Il 9 ottobre 1900, una settimana prima che il civilista Simoncelli cominciasse a insegnare procedura a Roma, Chioventa chiese al ministro di trasferire la docenza da Modena a Roma.

Il 17 ottobre 1900 il ministro inoltrò la domanda di Chioventa al rettore dell'Università di Roma per il parere della competente facoltà. Il 2 novembre 1900 la Facoltà giuridica di Roma, sotto la presidenza di Scialoja, fece proprio il parere di una commissione formata da Filomusi Guelfi, Schupfer e dallo stesso Scialoja e dette il *placet* al trasferimento della docenza a Roma (23).

L'anno 1900, quindi, si chiuse, per i proceduristi italiani, in un modo

---

di considerare Mortara il proprio maestro: lo riferisce Rotondi, *Lodovico Mortara*, in *Riv. dir. priv.* 1937, I, p. 67.

(21) V. *Scheda biografica di Giuseppe Chioventa*, in *Nel centenario della nascita di Giuseppe Chioventa*, estratto da *Oscellana* 1972, n. 4, p. 1. La scheda è anonima, ma è dovuta alla figlia di Chioventa.

(22) V. *Storie di processualisti*, cit., p. 419.

(23) *Storie di processualisti*, cit., p. 415 s.

un po' diverso da come s'era aperto: su richiesta della Facoltà parmense e di un giovane allievo del romanista Vittorio Scialoja, era in via di svolgimento un concorso a cattedra; su richiesta della facoltà presieduta da Scialoja, una cattedra di procedura era occupata per comando da un civilista. In diverse e più chiare parole, i roman-germanisti stavano invadendo il campo della procedura civile italiana.

5. - Nel 1901 Chiovena pubblicò in edizione definitiva il suo libro sulle spese, nel quale, come tutti sanno, viene propugnata la necessità che alla soccombenza faccia sempre eco la condanna alle spese perché il « diritto misconosciuto » deve uscire « indenne dalla lite » e « deve essere riconosciuto come se fosse riconosciuto al momento della domanda o dell'attacco » (24). L'art. 370, comma 2°, c.p.c. (parzialmente corrispondente all'attuale art. 92, comma 2°, c.p.c.), nel concedere al giudice il potere di compensare le spese « quando concorrano motivi giusti », sembrava opporsi a tale tesi, ma l'autore sostiene che quella norma va intesa nel senso che la compensazione è ammessa solo quando vi è soccombenza reciproca (25).

Il problema, però, non è questo. È invece importante osservare che il libro si apre con una prefazione nella quale l'autore, dopo avere dato per scontato che le spese devono essere sostenute da uno dei litiganti, avverte che lo « studio moderno del diritto giudiziario » deve essere effettuato « coi sussidii e cogli argomenti della storia e della logica », ossia con un metodo che nessuno, tanto meno Mattiolo o Mortara (26), aveva mai messo in dubbio, ma che viene inteso in un senso profondamente nuovo: non si tratta più di capire come e perché è nato un istituto, né tanto meno di tener conto dell'esperienza per evitare di ricadere negli stessi errori dei *Patres*, bensì di stabilire se le origini della condanna alle spese sono romane o no. E l'indagine si conclude sostenendo, come nel saggio del 1896, che il diritto « moderno » (e cioè vigente in Italia), se era diverso dal diritto intermedio, era (come insegnava Scialoja) identico a quello giustiniano (27). Cioè a dire, noi (parlo per me...), finora, abbiamo letto il libro di Chiovena prescindendo dalla parte storica e dal suo stretto collegamento con quella « moderna » (28), che pure, per l'autore, rappresentavano il pregio essenziale del libro, il *leitmotiv* di tutto il suo insegnamento e di tutta la sua vita,

(24) Chiovena, *La condanna nelle spese giudiziali*, Torino 1901, p. 179.

(25) Chiovena, *La condanna*, cit., p. 336.

(26) Cfr. Mattiolo, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*<sup>4</sup>, I, Torino 1892, p. 5 ss.; Mortara, *Lo Stato moderno e la giustizia*, Torino 1885, p. 9 ss.

(27) Chiovena, *La condanna*, cit., p. 179.

(28) V. però ora la pregevole indagine di Cordopatri, *La responsabilità processuale*, Roma 1991.

quello che trent'anni dopo gli avrebbe fatto dire che « la nostra legge processuale di domani (...) non sarà (...) né francese, né tedesca », ma « romana » (29).

Sennonché, l'aspetto più sorprendente del libro è che, già alla luce di quanto riferisce il suo autore, verrebbe fatto di dubitare che Giustiniano volesse che alla soccombenza facesse ineluttabilmente eco la condanna alle spese. Dal libro, infatti, si apprende che Giustiniano consentiva, se del caso, addirittura « la condanna nelle spese dell'attore vincitore, ma contumace: *hanc poenam actori imponimus* » (30), sì che non si vede come gli si potesse attribuire l'opinione opposta e tanto meno come, nell'economia di quel libro, si potesse dire che quella appena ricordata fosse « una singolarissima condanna, poco interessante per noi, poiché la sanzione che ne è l'oggetto non è diretta contro il soccombente » (31).

È chiaro a questo punto che, a prescindere dalla poderosa struttura del libro e dalla soluzione dei singoli problemi interpretativi, che denotano il possesso di qualità indubbiamente superiori alla media, la monografia si risolve in una forzatura del diritto romano « puro » e nel diritto « moderno », che finiscono col combaciare a dispetto delle norme di ieri e di oggi pur di propugnare una tesi che, oltre tutto, e per la verità, non sembra né giusta, né equa, perché, non avendo sempre il soccombente tutti i torti, la compensazione delle spese per giusti motivi (rimessi al prudente apprezzamento del giudice e a prescindere dalla soccombenza reciproca), è una soluzione più che apprezzabile.

Mi permetterei di dedurne che Giuseppe Chiovenda era parecchio più grande di quel suo primo libro. Ecco, se fosse stato guidato da un processualista e non avesse dovuto dimostrare che il diritto moderno era identico al diritto romano...

6. - Come si sarà notato, il libro di Chiovenda, rispetto all'aprile del 1900, ha un altro titolo: il *Trattato generale* è stato soppresso ed è rimasta *La condanna nelle spese giudiziali*.

Le ragioni della modifica sono, se non erro, facilmente immaginabili, anche perché la prefazione si apre giust'appunto avvertendo che « questo libro, come il suo titolo esprime, non comprende l'intero argomento delle spese ... » (32). Ora, dunque, non gli si può più rimproverare di avere scritto un « trattato generale » senza occuparsi degli aspetti sociali e fiscali dell'isti-

---

(29) Chiovenda, *L'idea romana nel processo civile moderno*, in questa *Rivista* 1932, I, p. 332.

(30) Chiovenda, *La condanna*, cit., p. 90.

(31) Chiovenda, *La condanna*, cit., p. 90 s.

(32) Chiovenda, *La condanna*, cit., p. IX.

tuto. La prefazione, però, porta la data dell'8 marzo 1900 (33), che è precedente a quella della domanda di docenza (15 aprile 1900), sì che ora Triani non può nemmeno dire che è stato lui a fargli raddrizzare il tiro!

È difficile dire se Triani, che « al pari del Pescatore fece della procedura non l'esegesi, ma la filosofia giuridica » (34), si sia accorto o no della prefazione e della data. Sta di fatto che gli recensì il libro e che, sia pure con molto garbo, glielo demolì. Riconobbe la libertà dell'autore di scegliere il tema da studiare, ma disse che era un vero peccato che l'autore di quel « grosso ed interessante volume » non si fosse occupato anche dell'aspetto sociale e fiscale dell'istituto, ivi compreso il patrocinio gratuito, sì da scrivere « un codice completo dell'istituto » (35). Indi, dopo aver preso atto dell'« ampia trattazione storica, non imbastita per l'occasione, o di ostentata erudizione, ma condotta con sicura coscienza del nesso che lega fra loro tutti i momenti dell'istituto » dimostrò che nelle lunghe pagine di storia erano stati trascurati non pochi statuti e, rincarando la dose rispetto alla relazione modenese, osservò che « la soverchia diligenza » nell'analisi del pensiero dei vari autori che nei secoli s'erano occupati dell'istituto, « gli ha fatto perdere alquanto della lucida semplicità che ha poi riacquistata nella sintesi » (36). Infine, quanto al diritto moderno, « si fa presto a distinguere i tre concetti cardinali della pena, della riparazione del danno, della completa reintegrazione del diritto; ma attorno a questi punti, quante idee intermedie! » (37).

A quanto pare, però, la severità di Triani non impedì al libro di andare a ruba: negli anni Trenta, infatti, Chiovenda ci ha riferito che quella monografia fu scritta con « intenti innovativi e intonazione perentoria » (38) ed « ebbe così liete accoglienze dagli studiosi e dai pratici, che l'edizione ne fu esaurita in pochi mesi » (39).

7. – Il 21 gennaio 1901 Chiovenda inaugurò il suo corso libero nell'Università di Roma con una prolusione su *Le forme nella difesa giudiziale del diritto*. Il lavoro, quasi tutto di carattere storico e con fuggevoli cenni al diritto positivo, ha una lunga nota bibliografica iniziale, che vede la dottrina italiana (compresi, in ordine alfabetico, Manfredini, Mattiolo e Mortara, i

---

(33) Chiovenda, *La condanna*, cit., p. XI.

(34) Sabbatini, *Commemorazione di Giuseppe Triani*, Modena 1917, p. 11.

(35) Triani, *Recensione a Chiovenda, La condanna*, in *Arch. giur.* 1901, p.

574.

(36) Triani, *Recensione*, cit., pp. 574 s., 576 e 577.

(37) Triani, *Recensione*, cit., p. 577.

(38) Chiovenda, *Lodovico Mortara*, in questa *Rivista* 1937, I, p. 102.

(39) Chiovenda, *La condanna nelle spese giudiziali*<sup>2</sup>, Roma 1935, p. VII.

tre grandi « M ») in netta minoranza, e scarse citazioni dottrinarie che vedono comparire, tra gli italiani, solo Muratori e Romagnosi (40). Insomma, la procedura civile italiana viene sostanzialmente ignorata.

Dopo una lunga, ma nello stesso tempo rapida carrellata attraverso i secoli, « finalmente il Chiovenda delinea le basi fondamentali del processo moderno » (41), al cui proposito riferisce le opinioni del Klein, « il valoroso processualista » autore del regolamento austriaco entrato in vigore tre anni prima. Chiovenda ricorda i tratti del sistema di Klein: « i soli confini naturali del potere del giudice sono le domande di merito delle parti »; l'*Offizialmaxime* deve prendere il posto della *Parteidispositionsmaxime*, con la conseguenza che « le parti possono disporre del diritto sostanziale, rinunciare alle domande, modificarle, ma non disporre delle ragioni, delle eccezioni, dei mezzi di prova », nonché che « non v'è diritto di chiedere o consentire rinvii: il giudice li dà, se e quando crede. Non vi devono essere inutili ritardi, perché anche lo Stato ha interesse a sbrigarli il più presto possibile della pretesa contro di lui diretta, e perché l'ingombro delle cause che si rinviano distrae inutilmente la sua attività » (42).

Klein, che aveva alle spalle il regolamento giuseppino, un monumento dell'autoritarismo più puro, per il quale l'azione era esercitabile solo se autorizzata dal giudice (43), non convinse il giovane Chiovenda: « Non mi pronuncio su questo sistema. Già in questa materia ogni apprezzamento è relativo, non assoluto. Intanto è chiaro che un tal sistema non è attuabile se non in un paese dove da un lato il popolo abbia del giudice un elevato concetto e dall'altro i giudici presentino elevate garanzie di cultura e di insospettabilità » (44). E aggiunse: « il prof. Schrutka Rettore dell'Università di Vienna (...) lamentava che ai cresciuti poteri e alla nobilitata posizione del giudice, non corrispondesse un proporzionale aumento nelle garanzie d'indipendenza »; (...) « l'aumento dei poteri in mano al giudice è pericoloso, se non gli si tolgono le occasioni d'abusarne » (45).

---

(40) Chiovenda, *Le forme nella difesa giudiziale del diritto*, (1901), in *Saggi di diritto processuale civile*, I, Roma 1930, p. 354, in nota.

(41) Così Anonimo, *Recensione a Chiovenda, Le forme*, in *Arch. giur.* 1901, p. 574.

(42) Chiovenda, *Le forme*, cit., p. 371.

(43) Tarello, *Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto di secolo. Per uno studio della genesi dottrinale e ideologica del vigente codice italiano di procedura civile*, (in *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, III, Firenze 1977, p. 1409 ss. e, con l'aggiunta di alcune pagine postume) in *Id., Dottrine del processo civile*, a cura di Guastini e Rebuffa, Bologna 1989, p. 12. Sull'autoritarismo del processo di Klein v. da ultimo König, *La ZPO austriaca dopo la riforma del 1985*, in questa *Rivista* 1988, p. 712 ss.

(44) Chiovenda, *Le forme*, cit., p. 371.

(45) Chiovenda, *Le forme*, cit., p. 372.

Da segnalare la chiusa: parafrasando il sogno di Faust, il giovane libero docente asserisce che « coloro che spendono le loro forze, per la scienza e per la patria, nell'insegnamento, concorreranno alla soluzione di quel problema (scil., della semplificazione delle forme), più ancora che col preparare il materiale alle riforme legislative, col diffondere nella nuova generazione più vivo il culto della *santità dei giudizi* » (46). Ove il riferimento a Mortara, che si batteva per la riforma e non credeva nel miglioramento in tempi brevi del genere umano (47), e a Lessona, che studiava « per la Scienza e per la Patria » (48), mi pare abbastanza scoperto. È un fatto, però, che di lì a qualche anno Chiovena, come tutti sanno, sarebbe divenuto il più convinto propugnatore della necessità di una « radicale riforma » del nostro processo civile (49) e avrebbe assicurato che i suoi sforzi tendevano soltanto a far grandi « la mia scienza e la mia Patria » (50).

8. — Poco dopo la prolusione romana di Chiovena, e precisamente il 1° febbraio 1901, Federico Cammeo, di qualche mese più giovane di Chiovena e allievo di Mortara, destinato a diventare uno dei più grandi giuristi del nostro secolo, salì la cattedra di diritto amministrativo dell'Università di Cagliari.

Il 15 febbraio 1901 cadde Saracco e si ebbe il governo Zanardelli, con Nunzio Nasi alla pubblica istruzione e Francesco Cocco-Ortu alla giustizia.

Il 17 marzo 1901 casa Chiovena fu allietata dalla nascita della primogenita, Beatrice, che oggi vive a Roma e alla quale mi è particolarmente gradito inviare da questa città tanto cara al suo illustre genitore un deferente saluto e un affettuoso augurio di ancor più lunga vita.

Il giorno dopo, 18 marzo 1901, Mortara fondatore e presidente dell'Università popolare di Napoli, inaugurò i corsi della nuova istituzione con una prolusione su *La sovranità civile della scienza* (51).

(46) Chiovena, *Le forme*, cit., p. 378.

(47) Cfr. Mortara, *La lotta per l'uguaglianza*, (1889), in *Quaderni fiorentini*, 19, 1990, p. 145 ss.

(48) Cfr. Lessona, *L'indirizzo scientifico della procedura civile*, (1898), in *Scritti minori*, I, S. Maria C.V. 1911, p. 297.

(49) Il *revirement* avvenne nel 1909, con la conferenza su *Lo stato attuale del processo civile in Italia e il progetto Orlando di riforme processuali*, (1910), poi in Chiovena, *Saggi*, cit., I, p. 395 ss. Su quella conferenza, con la quale ebbe inizio la battaglia chiovendiana per l'oralità, v. Cavallone, « *Preferisco il cattivo processo attuale* » (*Chiovena, Mortara e il « progetto Orlando »*), in questa *Rivista* 1988, p. 1050, in nota, e il mio *Storie di processualisti*, cit., p. 141 ss.

(50) Chiovena, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli 1923, p. XXIV.

(51) Cfr. Mortara, *La sovranità civile della scienza*, in *L'Università popolare di Napoli*, I, 1, 18 marzo 1901, p. 2.

Il 31 marzo 1901 il Parlamento approvò la legge 31 marzo 1901, n. 107, la quale, accogliendo le proposte formulate da Mortara dieci anni prima al congresso giuridico di Firenze (52), riformò il procedimento sommario dando mandato al governo per l'attuazione.

Nel frattempo, le facoltà giuridiche italiane erano state chiamate alle urne per la formazione della commissione giudicatrice del concorso per la cattedra di Parma. I più suffragati furono, ovviamente, i più autorevoli, e cioè i tre grandi M, ossia, nell'ordine, Mortara, Mattiolo e Manfredini. Il ministro della pubblica istruzione (non sappiamo se Gallo o Nasi, ma più probabilmente il secondo), nello scegliere i commissari, reputò però opportuno di non rispettare la « consuetudine di preferire i primi eletti » (53) e nominò Mariano Mariani (Pavia), Giovanni Dettori (Sassari), Raffaele Pascucci (Macerata), Giovanni Cesareo-Consolo (Messina) e il comando Vincenzo Simoncelli (Roma) (54).

È difficile capire perché si arrivò a tener fuori dalla commissione i primi tre eletti. Tanto meno è facile capire qual bisogno vi fosse di un simile atto di forza, ma certo è che vi fu. Con quali conseguenze nell'animo degli esclusi è facile immaginare.

La commissione si riunì in Roma il 29 aprile 1901 e chiuse i suoi lavori quattro giorni dopo, 3 maggio 1901. Vinse, come tutti sanno, Chiovenda, che prevalse di un sol punto sul più anziano La Rosa. Da notare che, se si eccettua il civilista Simoncelli, che si mostrò piuttosto generoso con Chiovenda e col suo metodo, nessuno degli altri commissari, tutti processualisti, ravvisò alcunché di men che normale nei titoli dei vari candidati e che, anzi, il Dettori, rettore di Sassari, tenne a precisare che « il presente concorso non ha fornito in generale un largo contributo al vero incremento degli studi del diritto giudiziario » (55).

Ne possiamo dedurre che Giuseppe Chiovenda andò in docenza e vinse il concorso a cattedra con pieno merito, ma senza essere giudicato da un grande della procedura civile italiana. Può capitare. Bisogna però pur dire che la composizione della commissione giudicatrice di quel concorso rappre-

---

(52) Cfr. Mortara, *Relazione*, in *Atti del III Congresso giuridico nazionale tenuto in Firenze l'anno 1891*, (Torino) 1897, p. 74 ss. Sull'assennatezza e l'attualità delle proposte di riforma formulate da Mortara, v. Tarzia, *Procedimento sommario e procedimento formale*, in Tarzia-Cavallone (a cura di), *I progetti di riforma del processo civile (1866-1935)*, I, Milano 1989, p. 414 ss., spec. 422 ss. In senso critico v. invece Taruffo, *La giustizia civile in Italia dal 700 ad oggi*, Bologna 1980, p. 168 ss.

(53) Tale consuetudine viene ricordata dal ministro Nasi nell'ordinanza 10 ottobre 1901, in *Min. P.I., Boll. uff.* 31 ottobre 1901, n. 44, p. 1827.

(54) Cfr. *Storie di processualisti*, cit., p. 180.

(55) Cfr. *Storie di processualisti*, cit., p. 81.

sentava un affronto, un grande affronto, per i *Maiores* della procedura civile dell'epoca, che avevano tutto il diritto di essere preferiti ai minori (leggi Mariani, Dettori e Pascucci) e agli estranei (leggi Simoncelli) che furono invece chiamati a giudicare.

Ma, tant'è, nella Storia è avvenuto di peggio. Talché, quando si è detto che la legge Casati era fatta apposta per consentire al governo di fare e disfare a proprio piacimento; e quando si è precisato che nel caso di specie il ministro fece giust'appunto quello che gli parve più opportuno fare, si rivela perfettamente inutile, specie a novant'anni di distanza, esprimere giudizi di valore. Al limite, se proprio si deve dir qualcosa, ci si può limitare a prendere atto che oggi, per fortuna, le cose sono cambiate. Certo, oggi vi è il rischio che il sorteggio favorisca studiosi poco votati dai colleghi, ma, io direi, meglio il sorteggio che l'arbitrio del ministro.

9. - Con d.m. 8 agosto 1901 il ministro Nasi nominò « il dottor Giuseppe Chiovena per l'anno scolastico 1901-1902 Professore straordinario di Procedura civile e ordinamento giudiziario nella R. Università di Parma, con lo stipendio di lire tremila (annue) a decorrere dal 1° novembre 1901 » (56).

Poco dopo, Mortara portò a termine la redazione delle norme di attuazione della legge 31 marzo 1901, n. 107, che gli era stata commissionata dal guardasigilli Cocco-Ortu: ne sortì il r.d. 31 agosto 1901, n. 413, che è tutto opera di Mortara e che segnò la definitiva affermazione del procedimento sommario, ispirato all'oralità, nella realtà applicativa (57).

Nello stesso periodo Chiovena pubblicò un saggio di ben settanta pagine sulla pubblicazione e notificazione delle sentenze civili, un « aridissimo argomento », che cercò di « sollevare alquanto salendo anche alle origini dell'istituto » (58), e cioè facendone la storia, per una buona metà del saggio, attraverso i secoli.

Sempre nel 1901 apparvero in edizione litografata le *Lezioni di procedura civile* di Vincenzo Simoncelli, tenute nell'Università di Roma nell'anno accademico 1900-01 e raccolte dal dott. Ottorino Petroni.

Il libro merita di essere letto. Anzitutto il titolo. Se si considera che Simoncelli, l'anno dopo, avrebbe pubblicato le *Lezioni di diritto giudiziario* e poi, l'anno successivo e sempre in litografia, il *Diritto giudiziario*, si compren-

(56) Il decreto è conservato nel fascicolo personale di Chiovena all'Archivio centrale dello Stato.

(57) Cfr. Mattiolo, *Trattato*<sup>3</sup>, cit., III, p. 417.

(58) Cfr. Chiovena, *Sulla pubblicazione e notificazione delle sentenze civili*, (1901), in *Saggi*, cit., II, p. 237 ss., spec. 238.

derà che nel 1900-01 non si era ancora arrivati all'idea di cambiare persino il nome della disciplina.

I tre volumi di Simoncelli sono estremamente interessanti, tanto che meriterebbero di essere ripubblicati. Non tanto per quel che dicono, quanto per quel che rappresentano e che significano.

Il primo, quello del 1900-01, è, a rifletterci, quello che doveva essere: un libro anti-Mortara, nel senso che non vi era argomento sul quale Mortara non avesse irrimediabilmente torto. In compenso, però, Mortara, pur propugnando sempre tesi insostenibili, esisteva, nel senso che Simoncelli teneva costantemente d'occhio le sue opere e, soprattutto, il suo *Commentario*. È un fatto, però, che Simoncelli, nell'occuparsi, per esempio, dell'appello, sul quale Mortara aveva scritto un intero volume del *Digesto* (59), dialogava pressoché esclusivamente con Pisanelli (60)! Che è il « metodo » che sarebbe stato usato da Chiovenda nei *Principii* (61).

Comunque, a prescindere da Mortara, le *Lezioni di procedura* di Simoncelli si aprono assicurando che « il giudizio è il mezzo che serve da una parte ad attuare la legge (...) e dall'altra a difendere il diritto soggettivo del cittadino » (62), operando così, non saprei con quanta consapevolezza, una grande inversione dei due scopi del processo.

Da segnalare, infine, che queste prime *Lezioni di procedura* di Simoncelli erano, diciamo così, « italiane »: gli stranieri e, in particolare, i tedeschi sono sì citati, ma non certo massicciamente, tanto che nessuno, leggendole, penserebbe che l'autore fosse un « germanista »: Simoncelli, infatti, oltreché col citatissimo Mortara, dialogava sovente non solo con Pisanelli e Mattiolo, ma anche con Pescatore; e non dimenticava di citare i francesi. Lessona, invece, a dispetto dei cinque volumi del suo *Trattato delle prove*, era ignorato anche nelle lunghe pagine sulle prove (pp. 803-911). Chiovenda, infine, evidentemente perché ancora troppo giovane, veniva menzionato solo a proposito delle spese (63).

10. - Il 15 ottobre 1901 il preside della Facoltà giuridica di Parma, Alessandro Malgarini, comunicò alla Facoltà (Berenini, Tommasini, Laghi, Pier Paolo Zanzucchi e Sraffa) che gli era pervenuta una lettera ministeriale

---

(59) Cfr. Mortara, *Appello civile*, voce del *Dig. it.*, III, 2, Torino 1890, pp. 404-1012.

(60) Cfr. Simoncelli, *Lezioni di procedura civile*, raccolte stenograficamente e compilate per cura di Ottorino Petroni, Anno Accademico 1900-1901, Roma, Stab. lit. P. Casetti, p. 980 ss.

(61) Cfr. Chiovenda, *Principii*, cit., p. 975 ss.

(62) Cfr. Simoncelli, *Lezioni di procedura*, cit., p. 3.

(63) Cfr. Simoncelli, *Lezioni di procedura*, cit., p. 927.

« che annuncia la nomina del Dr. Chiovenda a professore straordinario di procedura civile » (64).

Il 1° novembre 1901 Chiovenda sali così « la cattedra di procedura civile del modesto ateneo di Parma » (65). Tre settimane dopo, e precisamente il 21 novembre 1901 Simoncelli, il quale, grazie al comando, era divenuto un processualista, fu chiamato alla cattedra di procedura di Roma, che avrebbe tenuto fino al 1906, quando passò al civile e rese possibile la nomina per chiara fama del trentaquattrenne Chiovenda a Roma.

Pochi giorni dopo, un giovane studioso trentino, Francesco Menestrina, intorno al cui nome s'era svolto qualche tempo prima ad Innsbruck « un episodio della lotta per l'italianità » (66), proluse nella stessa Innsbruck con una lezione su *L'influenza dei diritti latini nella legge austriaca di procedura civile* (67).

Indi, il 5 dicembre 1901 Chiovenda proluse dalla cattedra di Parma con una lezione su di un tema che rispecchiava appieno non solo le ideologie e le preferenze del suo maestro Vittorio Scialoja, ma anche le sue proprie personali preferenze: *Romanesimo e germanesimo nel diritto processuale* (68), divenuta, in sede di pubblicazione, *Romanesimo e germanesimo nel processo civile*.

Ne possiamo già dedurre che, con l'ascesa di Chiovenda sulla cattedra di Parma, la « procedura civile » cambiò sesso e divenne « diritto processuale », una formula destinata a rivelarsi vincente: il che significa che il famoso « mutamento di sesso » della nostra disciplina, che si è soliti far risalire alla

(64) Il verbale della seduta della Facoltà trovasi negli archivi dell'Università di Parma. Me ne ha cortesemente fornito una copia l'amico e collega Bruno Cavallone, ultimo successore di Chiovenda sulla cattedra di Parma, al quale devo gli altri documenti parmensi che si troveranno citati nelle note successive. A lui va la mia gratitudine.

(65) Così (Mortara), *Recensione a Chiovenda, La condanna*<sup>2</sup>, in *Giur. it.* 1935, IV, c. 252. A titolo di curiosità può forse essere utile riferire che a Parma, nell'anno accademico 1901-02, la commissione per gli esami di profitto di Procedura civile e ordinamento giudiziario era composta da Chiovenda, Sraffa e Rocco: lo decise la Facoltà giuridica nella seduta del 22 maggio 1902, il cui verbale trovasi negli archivi dell'Università di Parma.

(66) Così Chiovenda, *Romanesimo e germanesimo nel processo civile*, (1902), in *Saggi*, cit., I, p. 223, in nota.

(67) Cfr. Menestrina, *L'influenza dei diritti latini nella legge austriaca di procedura civile*, (1901), in *Scritti giuridici vari*, Milano 1964, p. 213 ss.

(68) Così era formulato il titolo della prolusione nell'invito a stampa, a firma del preside Malgarini, che ho potuto vedere a casa Chiovenda, grazie alla cortesia della signora Beatrice. La prolusione fu tenuta alle ore 14 nella Scuola dell'Istituto di Chimica farmaceutica.

prolusione bolognese del 3 febbraio 1903 sull'azione, va spostato da Bologna a Parma, arretrato di quindici mesi e datato 5 dicembre 1901.

Il problema di fondo, in quella prolusione, è stabilire in quale e quanta parte il processo civile italiano discendesse dal diritto romano o dal diritto germanico. Un problema che oggi si fa fatica ad apprezzare, ma che, evidentemente, a quell'epoca, come del resto sta a dimostrare la prolusione tirolese di Menestrina, era ritenuto tanto importante da meritare una prolusione. Il che, io direi, si spiega con quello che ho detto all'inizio, ossia col fatto che novant'anni fa gli italiani avevano bisogno di trovare e di darsi un'identità: la quale, per caso o *pour cause*, era rinvenuta in Roma e nel diritto romano. Infatti, nel saggio chiovendiano, chiara manifestazione di quel nazionalismo giuridico che oggi suscita perplessità, ma che allora era politicamente essenziale (69), la rassicurante e patriottica tesi di fondo è quella di sempre: « noi siamo molto più romani nel nostro processo, che non fossero i nostri padri: poiché in molti istituti la legislazione e la scienza ci hanno ricondotto al diritto romano puro » (70). Che era, come sappiamo, il *leitmotiv* dell'insegnamento di Scialoja: a riprova si adduceva l'istituto delle spese (71).

Da notare che nella prolusione parmense, nella quale, dato il tema, al diritto « moderno » sono dedicate solo le ultime tre pagine, si assiste all'esplosione dell'informazione tedesca, che ora non sfuggirebbe neppure ad un lettore distratto. Anche quando si trattano argomenti più che sviscerati dalla dottrina italiana, si citano soltanto autori tedeschi. I pochi italiani citati sono prevalentemente storici (Salvioli, Roberti, Pampaloni, Pertile, Ruffini); i processualisti contemporanei si contano sulle dita di una mano e corrono rischi gravissimi: al napoletano de Palo (che forse era allievo di Mortara e) che aveva dissentito dallo Skedl, viene rimproverato un « equivoco di traduzione » (72). I *Patres* e i *maiores* della procedura civile italiana non sono neppure menzionati.

I *Patres* e i *maiores* della procedura civile italiana, però, esistevano. E il fatto che Chiovenda, forte dell'appoggio dell'onnipotente Scialoja, si sentisse autorizzato ad ignorarli, non autorizza noi a fare altrettanto. Anzi, almeno oggi, onestà vuole si dica *apertis verbis* che Chiovenda fu lanciato da Scialoja in una « missione » tanto ardita quanto pericolosa. Non è perciò un

---

(69) Cfr. Tarello, *L'opera di Giuseppe Chiovenda nel crepuscolo dello Stato liberale*, (1973), in *Dottrine del processo*, cit., p. 142 s. Forse è il caso di precisare che Chiovenda ha sempre rivendicato a sé il merito d'essere un nazionalista: v., nel 1932, *L'idea romana*, cit., p. 332.

(70) Chiovenda, *Romanesimo e germanesimo*, cit., p. 222.

(71) Chiovenda, *Romanesimo*, cit., p. 222, in nota.

(72) Chiovenda, *Romanesimo*, cit., p. 206.

caso se alla fine il prezzo si rivelò piuttosto alto e se egli trovò il modo e la maniera di condannare tutta la vicenda, coinvolgendo nella condanna anche (e, secondo me, soprattutto) Scialoja (73).

11. – Nel 1902, dopo che Carlo Lessona, allievo prediletto di Mortara, era divenuto, il 2 febbraio, ordinario a Pisa, Chiovena, il 7 marzo, essendo stato chiamato a Bologna il Perozzi, ebbe l'incarico di Storia del diritto romano a Parma (74).

Poco dopo videro la luce, in edizione litografata, le *Lezioni di diritto giudiziario* di Simoncelli.

Il titolo, se dimostra che il « mutamento di sesso » cominciava ormai a prender piede, dimostra anche che, come sempre avviene in simili casi, non si sapeva ancora come regolarsi sul nuovo nome da imporre alla vecchia « procedura », se diritto giudiziario, come preferiva Mattiolo (75) e come riproponeva Simoncelli, o diritto processuale, come proponeva Chiovena.

Comunque, nel passaggio dalla procedura al diritto giudiziario, le *Lezioni* di Simoncelli dovevano essere state bagnate nel Reno, ché esse si aprono, si snodano e si chiudono con un inno alla pandettistica tedesca, tant'è vero che già dalla prima pagina il lettore viene aggredito da una interminabile teoria di studiosi tedeschi e solo tedeschi (76). Gli italiani sono praticamente cancellati: Mortara, che fino all'anno prima aveva sempre torto, oggi viene sostanzialmente ignorato. E quando non viene ignorato, viene dileggiato: l'autore, infatti, invocando un innominato « eminente apostolo del sistema », assicura che il commentario è solo il « primo passo della scienza », che

(73) V. *Storie di processualisti*, cit., p. 352.

(74) Il verbale dell'adunanza del 7 marzo 1902 della Facoltà giuridica trovasi negli archivi dell'Università di Parma.

(75) Mattiolo, *Trattato*\*, cit., I, p. 12.

(76) Spero si vorrà convenire che, anche a prescindere dai risvolti accademici, l'« invasione » del romanista Scialoja e dei suoi « germanisti » nel campo della procedura civile italiana suscita perplessità *ante omnia* sul piano strettamente scientifico: un processualista italiano, che ha il compito istituzionale di studiare il processo civile italiano, deve conoscere anche gli stranieri, ma non può attenersi solo agli stranieri, né tanto meno può ignorare ostentamente gli italiani, specie se del calibro di Pescatore, Pisanelli, Mattiolo, Mortara, Manfredini e Lessona. Non è del resto un caso se lo stesso Simoncelli, nelle sue opere di diritto civile, pur citando i tedeschi, si guardava bene dall'ignorare gli italiani (v. infatti Simoncelli, *La destinazione del padre di famiglia come titolo costitutivo di servitù prediali*, Napoli 1886; *L'enfiteusi*, I, Milano 1888; II e III, Bologna 1888). Deve perciò ritenersi fuori discussione che l'exasperato (per non dire asfissiante) germanesimo del « processualista » Simoncelli tendeva solo a umiliare i processualisti italiani e, soprattutto, Mortara.

troverebbe invece la sua realizzazione nel « sistema » (77). Il che significa che Mortara, che in quel periodo stava pubblicando a fascicoli il suo grandioso e modernissimo *Commentario* (78), dovette prendere atto che un civilista, dall'alto della cattedra di procedura di Roma, si prendeva gioco di lui, della sua scienza, del suo lavoro e del suo *Commentario*! È un fatto di non lieve gravità, senza precedenti e mai più verificatosi nella storia delle scienze giuridiche italiane (e forse non solo italiane), di fronte al quale, pur con tutta la buona volontà di limitarsi a riferire fatti e date, non si può, a parer mio, restare indifferenti.

Deve poi dirsi che dalle *Lezioni di diritto giudiziario* di Simoncelli si apprende che gli autori del celebre commento al c.p.c. sardo del 1854 erano diventati « Scialoja, Pisanelli e Mancini » (79): quel commento era in realtà di « Mancini, Pisanelli e Scialoja », ma Simoncelli, non sappiamo se per caso o no, schierò gli autori alla rovescia, sì da anteporre Antonio Scialoja (padre di Vittorio) a Pasquale Stanislao Mancini e a Giuseppe Pisanelli.

Da notare, infine, che per Simoncelli lo scopo del giudizio è, come l'anno prima, « duplice », ma ora i suoi addendi sono invertiti: « la difesa del diritto dell'individuo e di conseguenza l'attuazione della legge » (80).

12. – Poco dopo, da una litografia di Parma fu pubblicato un libro dal titolo un po' « strano », *Lezioni di diritto processuale civile* (81). L'autore, naturalmente, era Chiovenda, il quale dovette subito capire quanto irta di ostacoli fosse la strada del « mutamento di sesso » e della (chiamiamola così) rettifica del nome: basti pensare che, ad onta del titolo, il calligrafo, a pie' della prima pagina delle singole dispense, scrisse « Procedura civile ».

Le *Lezioni* parmensi, più che importanti per l'analisi della formazione e dell'evoluzione del pensiero del grande maestro ossolano, sono la logica e naturale prosecuzione della prolusione, tant'è vero che, se le *Lezioni di diritto giudiziario* di Simoncelli sembrano bagnate nel Reno, quelle « di diritto processuale civile » di Chiovenda sembrano, almeno per taluni aspetti, decisamente scritte in Germania: per esempio, a proposito della « lettera-

---

(77) Simoncelli, *Lezioni di diritto giudiziario*, dettate nella Università di Roma l'anno 1901-1902 e raccolte da Ottorino Petroni, Roma, lit. del Genio Civile, p. 14 s.

(78) V. *Bibliografia di Lodovico Mortara*, in *Quaderni fiorentini*, 19, 1990, p. 132 ss.

(79) Simoncelli, *Lezioni di diritto giudiziario*, cit., p. 14.

(80) Simoncelli, *Lezioni di diritto giudiziario*, cit., p. 20.

(81) Chiovenda, *Lezioni di diritto processuale civile*, raccolte da Arturo Scotti, Anno accademico 1901-1092, lit. A. Bartoli, Parma 1902, pp. 404 + 10, che si mostra a conoscenza delle *Lezioni di diritto giudiziario* di Simoncelli (p. 141).

tura italiana » sul processo civile, rinviano a Wach, Wetzell, Schmidt, Savigny, Bethmann-Hollweg, Engelmann e Schulte (p. 27).

Ai nostri fini, di particolare interesse sono le pagine nelle quali il giovane Chioventa si pronuncia sulla letteratura processuale italiana. Egli la definisce « molto povera » e precisa che l'« opera fondamentale » era il *Commentario* al c.p.c. sardo « scritto da tre napoletani: Mancini, Pisanelli, Scialoja » (p. 32 s.). Sul c.p.c. italiano del 1865, invece, « fondamentale » era il *Trattato* del Mattiolo, « vasta opera in 6 volumi, ricca ed importantissima per la pratica » (p. 33). Indi vengono ricordati i commenti di Ricci, Viti e Mortara, il corso di Manfredini e i manuali di Pescatore, Saredo, Mattiolo, Viti, Mortara e Lessona: tra questi ultimi, « consigliabili agli studenti » erano, « per più ragioni », quelli del Mortara, del Saredo e del Lessona (p. 34). Il che, se non erro, sta a dimostrare che la nostra letteratura (nella quale figurava anche il Borsari) non era poi tanto « povera » come si sosteneva.

Quanto al processo, esso, sulle orme di Wach, « è la forma di attuazione autoritativa del diritto obiettivo, relativamente ad un rapporto ad esso soggetto ed allo scopo della tutela di interessi: di diritto privato » (p. 42). Sull'azione Chioventa riporta un lungo passo di Mortara (p. 68 s.), ma poi preferisce schierarsi col Gierke, il grande teorico della superiorità del diritto tedesco, secondo il quale l'azione spetterebbe solo a chi ha ragione: « ogni altro uso è abuso » (p. 70, in nota). Sugli altri temi, gli studiosi tedeschi sono sempre, come nella prolusione, citatissimi; i processualisti italiani, invece, si contano anche qui sulle dita di una mano e continuano a distinguersi per una singolare caratteristica, quella di avere sempre torto.

Così stando le cose, è chiaro che, una volta raggiunta la cattedra di Parma, Giuseppe Chioventa, con l'entusiasmo che è proprio dei giovani, si spinse ancora più in là del civilista Simoncelli nel trascurare la processualciviltistica italiana: il che, se trent'anni dopo lo avrebbe fatto assurgere a « fondatore » della scienza processualciviltistica moderna, sul momento, almeno e specialmente tra i processualisti, non gli poté certo procurare delle simpatie.

Ma, tant'è, qualcuno doveva avere deciso che fosse il caso d'ignorare i processualisti italiani. È difficile capire perché si prese una simile decisione, ma è facile immaginare che a prenderla dovette essere un personaggio molto potente e molto disinvolto, non certo il giovane e del tutto innocente Chioventa.

13. - Nell'estate del 1902 Mortara, dopo undici anni di assenza, ricomparve sulla rivista degli Scialoja, il *Foro italiano*.

Nel novembre dello stesso 1902 morì Giuseppe Manfredini. Si rese così vacante la cattedra di procedura di Bologna. Non sappiamo se Franceschini,

allievo dello scomparso e già libero docente a Bologna (82), o Lessona, ch'era torinese, fossero interessati alla cattedra bolognese. Certo è che la Facoltà giuridica dell'*Alma Mater* decise di assegnare il posto da ordinario lasciato libero da Manfredini ad altra disciplina e di coprire l'insegnamento della procedura con un posto da straordinario: era il via libera per Chiovenda, unico straordinario di procedura che potesse essere interessato a Bologna.

Il 4 dicembre 1902 Mortara dette al guardasigilli Cocco-Ortu la sua formale disponibilità a passare in magistratura (83).

Cinque giorni dopo, il 9 dicembre 1902, la Facoltà giuridica bolognese affrontò il problema della copertura della cattedra di procedura. Il preside, Giuseppe Brini, dichiarò alla Facoltà (Mantovani, Martello Gaudenzi, Rava, Stoppato, Bolaffio, Perozzi, Venezian, Rossi, Ramponi e Costa) che « aspirerebbe ad essere chiamato, e che vi sarebbe pure egregiamente designato dai suoi titoli, in particolare dai suoi lavori, nei quali egli applica alla disciplina un indirizzo elevatamente scientifico e che gli hanno conquistato un luogo preminente fra i giovani cultori della disciplina, e dalla già riconosciuta valentia d'insegnante, il prof. Chiovenda di Parma » (84).

La dichiarazione del preside fu appoggiata dal romanista Perozzi, sì che la Facoltà, all'unanimità, propose « con caldo voto » al ministro la chiamata di Chiovenda a Bologna.

Si chiuse così la breve parentesi parmense di Giuseppe Chiovenda (85), snodatasi peraltro nel momento più tormentato e drammatico attraversato dalla nostra scienza in campo accademico.

Egli, nel lasciare Parma per Bologna, non poteva non sapere d'essere ormai avviato verso grandi mete, ma, io credo, non poteva immaginare che meno di due mesi dopo, il 3 febbraio 1903, avrebbe « fondato » la scienza processualciviltistica moderna e scritto il relativo « manifesto ».

FRANCO CIPRIANI

*Prof. ord. nell'Università di Bari*

(82) V. la prolusione al corso libero di Franceschini, *La presente fase del diritto giudiziario civile*, in *Giur. it.* 1895, IV, c. 39 ss.

(83) Cfr. *Storie di processualisti*, cit., p. 86.

(84) Copia del verbale della Facoltà giuridica bolognese trovasi nel fascicolo personale di Chiovenda all'Archivio centrale dello Stato.

(85) A seguito della chiamata di Chiovenda a Bologna, la Facoltà giuridica di Parma, nella seduta del 22 gennaio 1903, conferì l'incarico dell'insegnamento della procedura a Sraffa (il verbale trovasi negli archivi dell'Università di Parma). In seguito la cattedra fu assegnata ad Alfredo Rocco.

## NOTE SUL GIUDIZIO DI EQUITÀ (\*)

**SOMMARIO:** 1. Significato dell'espressione « giudizio d'equità ». Oggetto del presente scritto. – 2. Il giudizio d'equità come giudizio secondo regole liberamente scelte dal giudice, non identificabili prima del processo e al di fuori del suo ambito. – 3. Il giudizio di equità come giudizio volto all'applicazione di regole, che il giudice ha il dovere di manifestare il più presto possibile (e comunque prima del formarsi di qualsiasi preclusione relativa alla difesa delle parti nel merito). – 4. L'applicazione delle norme di diritto come possibile scelta del giudice d'equità. – 5. Identità tra giudizio di equità e giudizio di diritto, per quanto concerne la disciplina della prova. – 6. L'impugnazione della decisione di equità. In particolare: la motivazione e il suo controllo. – 7. Illegittimità costituzionale del giudizio di equità imposto dalla legge processuale, quando esiste una disciplina legale della situazione controversa.

1. – L'espressione « giudizio di equità » può assumere (e effettivamente assume nella dottrina italiana) una pluralità di significati, che nella loro varietà sono tuttavia riconducibili a due nozioni fondamentali.

Da un lato, ci troviamo di fronte a ipotesi, nelle quali il legislatore rinuncia a risolvere determinati problemi con una precostituita disciplina legale, preferendo affidarsi ad una valutazione compiuta caso per caso dal giudice e sostanzialmente sottratta ad ogni possibile sindacato di merito: come accade nell'ipotesi prevista dall'art. 1226 c.c., ove – sotto la rubrica « valutazione equitativa del danno » – si legge che « se il danno non può essere provato nel suo preciso ammontare, è liquidato dal giudice con valutazione equitativa » (1). Dall'altro lato ci trovia-

---

(\*) Il presente scritto è destinato (con il titolo: *Note sul giudizio di equità nel diritto italiano*) alla raccolta di studi in memoria di Alfredo Buzaid curata dall'Istituto Brasileiro de Direito Processual della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di São Paulo.

(1) È questa l'ipotesi della così detta equità « integrativa », sulla quale cfr.: C.M. De Marini, *Il giudizio di equità nel processo civile*, Padova 1959, p. 190 ss.;

mo di fronte a casi nei quali il legislatore, pur avendo risolto certi problemi con una preconstituita disciplina legale, consente al giudice di prescindere da tale disciplina: il che può avvenire o per il rilievo attribuito alla volontà espressa in tal senso dalle parti, o per una norma processuale che, pur prendendo atto della disciplina sostanziale, mira a diminuirne in qualche modo l'effettività ogni qualvolta sorga controversia (2).

Un esempio del rilievo attribuito alla volontà delle parti è ricavabile dall'art. 114 c.p.c., ove si legge che « il giudice, sia in primo grado che in appello, decide il merito della causa secondo equità quando esso riguarda diritti disponibili delle parti e queste gliene fanno concorde richiesta ». Un esempio di giudizio di equità imposto da norme processuali è invece ricavabile dall'art. 113, 2° comma, dello stesso c.p.c., ai sensi del quale « il conciliatore decide secondo equità osservando i principi regolatori della materia » (3): ove, pur esistendo una disciplina sostanziale della situazione controversa, si prevede tuttavia che il giudice ne prescinda in qualche misura (4). Ed un ulteriore esempio è

---

V. Varano, *Equità (I Teoria generale)*, in *Enciclopedia giuridica*, XII, Roma 1989, p. 7 ss.; G. Verde, *Profili del processo civile, parte generale*, 3° ed., Napoli 1991, pp. 139-140; E. Grasso, *Equità (giudizio di)*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sez. civile*, VII, Torino 1991, p. 470 ss., spec. p. 477; C. Giovannucci Orlandi, *Nuove prospettive per la giustizia minore?*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1984, p. 1210 ss., spec. p. 1215; F. Cipriani, *Il giudizio di equità necessario*, in *Foro it.* 1985, V, c. 34 ss., spec. c. 35.

(2) È questa l'ipotesi della così detta equità « sostitutiva », sulla quale cfr.: C.M. De Masini, *Il giudizio di equità ecc.*, cit., p. 182 ss.; V. Varano, *Equità (I. Teoria generale)*, cit., p. 8 ss.; G. Verde, *Profili del processo civile*, cit., pp. 139-140; E. Grasso, *Equità (giudizio di)*, cit., p. 477; C. Giovannucci Orlandi, *Nuove prospettive ecc.*, cit., p. 1215; F. Cipriani, *Il giudizio di equità necessario*, cit., c. 35.

(3) La norma attuale è dovuta, com'è noto, alla riforma introdotta con la l. 30 luglio 1984, n. 399. Su tale riforma cfr. gli autori citati *infra*, nota 4, *Opp. locc. cit.*.

(4) Esprimo in tal modo il mio dissenso da quanti individuano nei « principi regolatori della materia » anche delle regole di carattere etico, morale, sociale (F. Lancellotti, *Il conciliatore giudice di equità sotto il controllo della Cassazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1985, p. 690 ss., spec. p. 702 ss.; L. Montesano, *Sui « principi regolatori della materia » nel giudizio di equità*, in *Foro it.* 1985, V, c. 21 ss., il quale dà peraltro a tali principi anche un contenuto almeno parzialmente giuridico, indicando tra le loro fonti la Costituzione). A mio parere, tali « principi » possono essere soltanto principi giuridici (e cfr. in tal senso: C.E. Balbi, *Il*

offerto dal tenore che la stessa norma acquisterà dopo l'entrata in vigore della l. n. 374 del 1991, che sostituisce il giudice conciliatore con il giudice di pace: giacché, grazie al nuovo secondo comma dell'art. 113 c.p.c. come norma relativa al giudice di pace, quest'ultimo deciderà « secondo equità le cause il cui valore non eccede lire duemilioni » (5).

Al secondo gruppo di ipotesi (nelle quali il giudice è svincolato dal rispetto di una pur esistente disciplina legale del rapporto controverso, per volontà delle parti o per virtù della norma processuale che gli attribuisce particolare libertà di valutazione) è dedicato il presente scritto, con una rassegna dei principali problemi dell'istituto ed una proposta di loro soluzione.

Trattasi di problemi talora di ampio respiro, sui quali sarebbe possibile una trattazione molto più ampia di quella contenuta in queste pagine. Ma qui si vuole soprattutto contribuire a tener desto il dibattito, proponendo delle tesi più come tema di discussione che come proposte definitive; e se anche esprimerò il mio pensiero in forma perentoria, ciò farò soltanto per semplificare al massimo il discorso, senza che ciò possa attenuare l'intrinseco carattere dubitativo delle affermazioni compiute.

Né il tema è uno di quelli che possono essere trascurati. Certo, manca nell'ordinario processo di cognizione una apprezzabile esperienza del ricordato art. 114 c.p.c., non essendo frequente la richiesta di

---

processo davanti al giudice conciliatore dopo la l. 30 luglio 1984, n. 309, in *Giur. it.* 1985, IV, c. 114 ss., spec. cc. 120-121; A. Cerino Canova, *Principio di legalità e giudizio di equità*, in *Foro it.* 1985, V, c. 25 ss., spec. c. 34; G. Tarzia, *L. 30 luglio 1984, n. 399*, in *Le nuove leggi civili commentate* 1984, p. 1145 ss., spec. pp. 1153 ss.; A. Levoni, *Prime note alla l. 30 luglio 1984, n. 339, sulle modificazioni di competenza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1984, p. 1192 ss., spec. p. 1196-1197; C. Giovannucci Orlandi, *Nuove prospettive ecc.*, cit., p. 1215; F. Cipriani, *Il giudizio di equità necessario*, cit., c. 40; E. Grasso, *Equità (giudizio di)*, cit., p. 472; V. Varano, *Equità (II. giudizio di equità)*, in *Enciclopedia giuridica*, XII, Roma 1989, p. 8; C. Mandrioli, *Corso di diritto processuale civile*, 8° ed., I, Torino 1991, p. 94 (in nota).

(5) Abbondante è ormai la letteratura su questa nuova disposizione. Cfr. per tutti (e anche per ulteriori riferimenti): C. Cecchella, in *Il giudice di pace* (a cura di M. Acone), Napoli 1992, p. 142 ss.; A. Proto Pisani, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli 1991, pp. 435-436 (prima che la l. n. 374/1991 fosse approvata e promulgata); G. Rampazzi, in *Le riforme del processo civile* (a cura di S. Chiarloni), Bologna 1992, p. 1020 ss.

decisione *ex bono et aequo* rivolta al giudice togato (6). Ma un certo rilievo merita comunque l'art. 133 c.p.c. sui poteri equitativi del giudice conciliatore, come aspetto particolarmente significativo della attuale giustizia minore; conserva interesse sotto il medesimo profilo la nuova norma, che sarà contenuta nel secondo comma dell'art. 113 c.p.c. dopo l'entrata in vigore della l. n. 374 del 1991 sul giudice di pace; e la richiesta di decisione equitativa, se anche rarissima nel processo civile ordinario, è molto frequente nel giudizio arbitrale. In virtù di ciò, il crescente successo dell'arbitrato come strumento per risolvere i conflitti tra operatori economici fa sì, che anche problemi tipici del giudizio d'equità abbiano nel mondo di oggi importanza crescente.

2. - Non può essere discusso, credo, il principio in virtù del quale anche il giudice di equità deve rispettare ed applicare le norme di diritto di ordine pubblico (7); e le norme giuridiche di ordine pubblico costituiscono un insieme di precetti riconoscibili *a priori* come fonte della disciplina applicabile al caso controverso. Altrettanto deve poi dirsi per le norme giuridiche, il cui rispetto sia imposto al giudice di equità da questa o quella norma di settore: come accade nel caso previsto dal già ricordato art. 114, 2° comma, c.p.c., che impone al conciliatore di applicare i così detti « principi regolatori della materia »: giacché anche siffatti « principi » dovrebbero essere riconoscibili prima ed a prescindere di qualsivoglia processo, per il fatto di dover essere ricavati dal diritto vigente.

Naturalmente (e purtroppo) numerose e assai gravi sono le incertezze, di fronte alle quali ci si trova quando si vuole dare alle norme di ordine pubblico ed ai così detti « principi regolatori della materia » un contenuto concreto. Da un lato, infatti, l'ampiezza della categoria dell'« ordine pubblico » è discussa sotto molti profili; e forse non è nemmeno corretto cercare una nozione di « ordine pubblico » suscetti-

---

(6) Sull'insuccesso del giudizio d'equità nell'ordinario processo civile (art. 114 c.p.c.) cfr. per tutti: M. Cappelletti, *Il giudizio di equità e l'appello*, in *Riv. dir. proc.* 1952, II, p. 143 ss.; L. Montesano, *La tutela giurisprudenziale dei diritti*, Torino 1985, p. 82; S. La China, *Diritto processuale civile, Le disposizioni generali*, Milano 1991, p. 601; F. Cipriani, *Il giudizio di equità necessario*, cit., cc. 36-37.

(7) Cfr., per tutti: E. Fazzalari, *Istituzioni di diritto processuale*, 5° ed., Padova 1989, p. 395; L. Laudisa, *Sul controllo di legittimità della sentenza equitativa*, in *Giur. it.* 1974, I, I, c. 1749 ss., spec. c. 1751.

bile di applicazione in tutti i casi, essendo possibile (ed anzi probabile) che esistano varie nozioni di « ordine pubblico », quanti sono i problemi per la cui soluzione tali nozioni devono essere applicate. Dall'altro lato, la categoria dei « principi regolatori della materia » è stata intesa sin dal suo primo apparire in modi talmente diversi tra di loro, da creare nell'interprete confusione e sconcerto più che speranze (8). Ma questi sono problemi di stretto diritto, ai quali non si può sfuggire; e si può comunque parlare di una disciplina riconoscibile *a priori* di qualsiasi processo, se si tiene sempre presente l'inevitabile premessa che la certezza del diritto è un'aspirazione. Ci si trova insomma di fronte a problemi, ma il contenuto di questi problemi può essere osservato e discusso con pretesa di obiettività.

Non credo tuttavia che la aspirazione ad ancorare il giudizio di equità a regole in qualche modo precostituite, riconoscibili a prescindere da quanto il giudice può dichiarare nell'ambito del processo, possa essere coltivata anche al di là di questo limite; e mi pare che la caratteristica fondamentale del giudizio *ex bono et aequo* consista proprio – una volta premessa la necessità di applicare le norme giuridiche di ordine pubblico e le altre regole sopra richiamate – nella mancanza di qualsivoglia disciplina descrivibile in via preventiva.

In primo luogo, infatti, non riesco ad attribuire un serio contenuto positivo alle pagine di dottrina, nelle quali si afferma che il giudice di equità deve trarre la disciplina del caso concreto dall'etica, dalla morale, dalla coscienza sociale concepite come insieme di precetti alternativo al diritto o solo parzialmente coincidente con il medesimo (9). A vero dire, sono piuttosto scettico sulla possibilità di pensare ad un qualsivoglia giudice *ex bono et aequo*, soltanto perché esso deve o può

(8) Cfr. gli autori citati *supra*, nota 4.

(9) P. Calamandrei, *Istituzioni di diritto processuale civile*, ora in Id., *Opere giuridiche*, IV, Napoli 1968, p. 92; F. Carnelutti, *Diritto e processo*, Napoli 1958, p. 139 (che parla di « diritto naturale »); E.T. Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, 4<sup>a</sup> ed., rist., Milano 1984, I, p. 157; E. Fazzalari, intervento in AA.VV., *L'equità*, Milano 1975, p. 141 ss., spec. p. 143 ss.; L. Montesano, *Sui « principi regolatori della materia » ecc.*, cit., c. 22; F. Cipriani, *Il giudizio d'equità necessario*, cit., c. 39; F. Galgano, *Diritto ed equità nel giudizio arbitrale*, in AA.VV., *L'arbitrato commerciale internazionale in Svizzera e in Italia*, Milano 1992, p. 57 ss., spec. p. 74 ss.. Considera questa orientamento con simpatia, se ne interpreto bene il pensiero, A. Cerino Canova, *Principio di legalità ecc.*, cit. c. 27. Altri riferimenti in V. Varano, *Equità (teoria generale)*, cit., p. 6-7.

pronunciare una decisione equitativa, come ad interprete dell'etica, della morale, della coscienza del suo tempo: giacché ci si deve forse attendere da tale giudice particolare onestà e particolare prudenza, ma non anche la tempra o l'attitudine speculativa del filosofo o del sociologo. Ma a parte ciò non esiste la possibilità di attribuire alle regole della morale, dell'etica, della coscienza sociale una qualsiasi forza cogente, per la mancanza di qualsiasi mezzo idoneo a provocare un sindacato sul contenuto e sulla retta applicazione di tali regole. Né occorre altro per concludere che il richiamo all'etica, alla morale, alla coscienza sociale può avere soltanto un significato ottativo.

In secondo luogo non riesco a condividere il sempre più ampio movimento di opinione, che vorrebbe vincolare il giudice di equità al rispetto di norme giuridiche anche oltre i confini sopra indicati: movimento di opinione nel quale confluiscono tesi spesso diverse tra loro quanto a formulazione ma tutte tendenti a concepire il giudizio di equità come un giudizio che, assumendo quale punto di partenza il regime giuridico del caso controverso, dovrebbe poi introdurre dei correttivi più o meno ampi secondo i casi (10).

Non posso infatti sfuggire a un certo senso di disagio di fronte alla indeterminatezza delle tesi a volta a volta formulate (11); e non

---

(10) A. Nasi, *Equità (giudizio di)*, in *Enc. di diritto*, XV, Milano 1966, p. 107 ss., spec. p. 131 ss., 143; E. Grasso, *Equità (giudizio)*, cit. p. 471 ss. (con modificazione rispetto all'opinione espressa in precedenza: cfr. *l'op. cit.* nella nota seguente); V. Varano, *Equità (l. teoria generale)*, cit. p. 10 ss.; G. Brogginì, *Aspetti storici e comparatistici*, in AA.VV., *L'equità*, cit., p. 17 ss., spec. p. 24; C.E. Balbi, *Il processo davanti al giudice conciliatore ecc.*, cit., c. 116 (con un accenno molto breve ma significativo sull'art. 114 c.p.c.).

(11) La massima parte degli scrittori ricordati più sopra (nota 10) sembra rinunciare deliberatamente a fissare un preciso confine tra l'area dei vincoli imposti al giudice e l'area della libertà concessa al medesimo. Parlare di una certa « indeterminatezza » della tesi sostenuta significa dunque non tanto formulare una critica, quanto prendere semplicemente atto di ciò che si legge e forse delle stesse intenzioni degli scrittori.

Un commento a parte merita la tesi del Nasi, la cui formulazione è apparentemente molto precisa (cfr. *op. loc. cit.* nella nota 10): il giudice *ex bono et aequo* dovrebbe tener ferma la fattispecie delineata dalla norma, essendo poi libero di variare la disciplina. Se ben capisco, dunque, il giudice di equità potrebbe ricollegare ad una qualsivoglia fattispecie legale conseguenze diverse da quelle previste dalla legge (sia che si tratti delle conseguenze previste dalla legge per un'altra fattispecie, sia che si tratti di conseguenze non previste da una norma), mentre resterebbe esclusa *in radice* la possibilità di considerare come rilevanti dei

vedo – una volta superato il criterio distintivo tra ciò che è ordine pubblico e ciò che non lo è; o tra ciò che è « principio regolatore » e ciò che non lo è, ai sensi dell'art. 113 c.p.c. – quale altro criterio potrebbe essere inventato per separare l'ambito della disciplina giuridica cogente dall'ambito della libertà concessa al giudice.

Credo dunque che la caratteristica fondamentale del giudizio di equità consista nella applicazione al caso concreto di una regola liberamente scelta dal giudice, senza vincoli precostituiti (12). Mi rendo conto che in questo modo il giudizio *ex bono et aequo* presenta anche un aspetto molto rischioso, per il fatto di poter aprire la porta anche

---

fatti giuridici diversi da quelli rientranti nelle fattispecie normative: ed è questo il modo migliore per trasformare il giudizio di equità in una stamberia, per non dire di peggio. Supponiamo, come esempio, che il giudice di equità – dopo aver qualificato uno dei due litiganti come creditore verso l'altro per un certo importo, con scrupoloso ossequio della fattispecie legale – usufruisca dalla sua libertà per affermare che nel caso di specie niente è comunque dovuto a tale creditore. Qui i casi sono due. O il giudice di equità ha raggiunto questa sua conclusione perché ha valorizzato come decisivi dei fatti diversi da quelli considerati tali dal diritto: ed allora la decisione può essere razionalmente giustificata, ma la giustificazione consiste per l'appunto nell'aver delineato come premessa una fattispecie più completa di quella legale, capace di attribuire rilievo anche a fatti cui il diritto non la attribuiva; o invece si omette qualsiasi riferimento a fatti diversi da quelli rientranti nella fattispecie legale, e la decisione ha serie probabilità di entrare a far parte di una ideale galleria degli orrori.

La verità è che la descrizione di una qualsivoglia fattispecie è finalizzata alla applicazione di una certa disciplina; ed è molto difficile variare la disciplina senza variare la fattispecie, se si suppone che il giudice abbia l'equilibrio e la capacità di ragionare, nei quali è lecito sperare. Tesi come quelle del Nasi, che pretendono di scindere le fattispecie legali dalle conseguenze delle norme, hanno dunque il curioso effetto di facilitare (se non addirittura imporre) quell'arbitrio, che invece il vincolo ad un qualsivoglia insieme di precetti giuridici dovrebbe contribuire ad evitare.

(12) Cfr. in tal senso: V. Denti, *Contributo allo studio del giudizio di equità nel processo civile*, Pavia 1944, p. 53 (ove si parla di un potere discrezionale del giudice *ex bono et aequo*); C.M. De Marini, *Il giudizio di equità ecc.*, cit., p. 230 ss.; R. Vecchione, *Equità (giudizio di)*, in *Noviss. Dig. it.*, VI, rist., Torino 1979, p. 625 ss., spec. p. 630; V. Frosini, *Equità (nozione)*, in *Enc. diritto*, XV, Milano 1966, p. 69 ss., spec. p. 82; E. Grasso, *Dei poteri del giudice*, in *Commentario del c.p.c.* diretto da E. Allorio, I, 1, Torino 1973, p. 1276 ss., spec. pp. 1284-1285; S. Satta e C. Punzi, *Diritto processuale civile*, 11° ed., Padova 1992, p. 203; L. Laudisa, *Sul controllo ecc.*, cit., c. 1752. Mi pare in tal senso anche E. Fazzalari, *Istituzioni di diritto processuale*, cit., p. 395 (ma su questo autore cfr. anche la nota 9).

all'arbitrio. Ma non si può seriamente studiare un qualsivoglia istituto, se non se ne considerano senza veli anche gli aspetti negativi; e il primo accorgimento, del quale vi è bisogno per uno spregiudicato studio del giudizio *ex bono et aequo*, è per l'appunto quello di non sottovalutarne i pericoli.

Si deve anzi avere chiarissimo il principio in virtù del quale, ad onta del suo nome, il giudizio *ex bono et aequo* ha in sé almeno una certa iniquità di partenza: proprio per la mancanza di un sistema di regole riconoscibili *a priori*, a prescindere da ciò che il giudice può dichiarare e da ciò che può avvenire nell'ambito del processo, vengono meno i parametri, in base ai quali le parti avrebbero potuto ragionevolmente determinarsi nella amministrazione e gestione stragiudiziale del rapporto controverso.

3. - L'inesistenza di una qualsivoglia norma generale riconoscibile *a priori*, al di fuori del processo, non implica tuttavia una rinuncia a configurare il giudizio d'equità (alla pari del giudizio di diritto) come volto ad applicare al caso concreto una regola di carattere generale. Al contrario, una regola generale da applicare al caso concreto è assolutamente necessaria, ancorché il giudice sia libero nella sua formulazione; ed il primo grande problema del giudizio d'equità può essere posto nei seguenti termini: in qual modo le regole generali, delle quali il giudice intende fare impiego nella soluzione del caso concreto, debbano essere fatte emergere nel processo, affinché le parti le conoscano, ne discutano e possano tenerne conto nella loro difesa di merito.

Questo tema è presso che trascurato dalla dottrina: la quale, quando non cede alla tentazione di ricondurre il giudizio d'equità entro l'ambito di un sistema di norme riconoscibili *a priori*, dà spesso l'impressione di cadere nell'eccesso opposto, quasi che il giudizio di equità potesse fare a meno di una regola qualsivoglia e le parti potessero difendersi nel merito senza conoscere i criteri di valutazione prescelti dal giudice. In nessuna pagina si afferma infatti l'esigenza che, in via preliminare a qualsiasi difesa sul merito, le parti siano poste in condizione di conoscere le norme applicabili; e emerge talora dalle trattazioni l'immagine di un giudizio, le cui regole possono essere conosciute per la prima volta soltanto nel momento in cui il giudice le applica con la propria decisione (13). Proprio per questo si afferma, ad esempio,

---

(13) Cfr. gli autori citati *supra*, nota 12, *Opp. locc. citt.*

che la parte non ha alcun criterio predeterminato per distinguere i fatti rilevanti da quelli che non lo sono, tanto da dover narrare tutto ciò che potrebbe avere una qualsivoglia attinenza (ancorché molto labile) con l'oggetto della controversia (14).

Un poco di riflessione consente tuttavia di cogliere con evidenza che una cosa è il consentire al giudice di applicare regole diverse dalle norme di diritto, conferendogli il più ampio potere di scelta sino all'arbitrio; ed un'altra cosa, totalmente diversa, è l'ammettere che la regola scelta dal giudice – qualunque essa sia – sia anche segreta per l'intero corso del processo, e possa essere conosciuta soltanto in occasione della sentenza (quasi che la decisione potesse essere assimilata ad una scatola a sorpresa, dal contenuto assolutamente imprevedibile). Anche il giudizio di equità ha bisogno di una difesa; e non vi è difesa degna di questo nome, quando da un lato non vi è la possibilità di separare i fatti rilevanti dai fatti irrilevanti ai fini del decidere, alla luce di una fattispecie astratta percepibile come tale; e dall'altro non si conoscono le conseguenze, in vista delle quali le fattispecie astratte sono delineate.

Non si può dunque fare a meno dal porre in capo al giudice di equità una ben precisa regola *in procedendo*, a difesa del contraddittorio: la manifestazione, in via preliminare alla difesa delle parti sul merito, della regola astratta (o delle regole astratte), delle quali dovrà farsi applicazione nel caso concreto (o la cui applicabilità al caso concreto va tenuta presente e discussa come possibile ipotesi di lavoro).

Mi rendo conto che enunciare questo principio significa enunciare una regola capace di porre qualche delicato problema di applicazione, soprattutto per quanto concerne la scelta del momento entro il quale la regola applicabile deve essere manifestata; e l'inconveniente costituito da una attività difensiva delle parti non sorretta dalla conoscenza delle regole applicabili non può essere del tutto eliminato. Il giudice può infatti formulare delle ipotesi di lavoro sulle regole applicabili, invitando le parti a discuterne, soltanto dopo aver preso visione del contenuto della controversia: onde è necessariamente priva di orientamento normativo la attività di difesa insita nella formulazione della domanda da parte dell'attore, e forse anche quella insita nella formulazione della

---

(14) In questo senso C.M. De Marini, *Il giudizio di equità nel processo civile*, cit., pp. 218-219.

prima risposta da parte del convenuto; e probabilmente il panorama delle regole, la cui applicazione può essere posta sul terreno del dibattito come problema, può completarsi soltanto nel corso del processo, come frutto del dibattito che si svolge tra le parti con la partecipazione del giudice. Imporre la manifestazione delle regole applicabili (o della cui applicazione sia possibile discutere) significa dunque enunciare una regola molto delicata e tale da richiedere notevole abilità in sede di concreta attuazione.

Ma almeno un punto deve essere chiaro: non può verificarsi alcuna preclusione nella attività di allegazione e deduzione di prove, prima che siano manifestate le norme, in funzione della cui applicazione (affermata o semplicemente ipotizzata) le allegazioni sulle deduzioni istruttorie dovrebbero essere compiute (15). Credo che si debba essere tanto più severi su questo punto, quanto più si è invece decisi (o se si preferisce: rassegnati) a difendere la libertà del giudice nella scelta delle norme. Anche per il giudice deve valere il principio, in virtù del quale il massimo grado di libertà va accompagnato con il massimo grado di responsabilità. Quanto più è libero, il giudice deve essere trasparente nelle sue valutazioni: e la trasparenza esige il superamento di qualsiasi tipo di segreto e di sorpresa.

---

(15) Per le ragioni esposte nel testo è particolarmente delicato il problema della compatibilità del giudizio *ex bono et aequo* con le preclusioni introdotte nel processo ordinario di cognizione con la riforma dovuta alla l. 26 novembre 1990, n. 353 (preclusioni la cui entrata in vigore è stata rinviata al gennaio 1994). Mi riferiscono: al principio in virtù del quale, stante la nuova disciplina della trattazione orale (nuovi artt. 183 ss. c.p.c.), l'attore non ha il diritto di aggiungere nuovi fatti a quelli narrati in atto di citazione; al principio in virtù del quale il convenuto deve proporre con la comparsa di risposta a pena di decadenza, oltre che eventuali domande riconvenzionali, anche le eccezioni processuali e di merito (nuovo art. 167 c.p.c.); alle preclusioni, cui le deduzioni istruttorie soggiacciono grazie ai nuovi artt. 163, 167, 183, 184 c.p.c.. L'argomento meriterebbe di essere svolto con ampiezza, il che non può avvenire in questa sede. Mi pare tuttavia che una interpretazione aderente al principio del contraddittorio ed alle garanzie costituzionali dovrebbe proporsi di valorizzare al massimo (ed a mio parere estendere) le facoltà che, al fine di addolcire la disciplina delle preclusioni, sono conferite al giudice istruttore dai ricordati nuovi artt. 183 e 184 c.p.c., nonché la rimessione in termini prevista dal nuovo art. 184 bis c.p.c.; e mi pare altresì che, nei limiti entro i quali dei risultati soddisfacenti non possano essere conseguiti per tale via, nel caso di giudizio *ex bono et aequo* si profili una illegittimità costituzionale del processo, da aggiungere a quella di cui si dirà *infra*, n. 7 nel testo, con specifico riferimento ai casi di giudizio di equità imposto dalla legge.

Né manca, a sostegno di questa conclusione, una ulteriore considerazione di ordine sistematico. Quando si dice che la regola applicata dal giudice d'equità è insindacabile nel merito secondo criteri di legalità, si pone questa regola sul medesimo piano degli accertamenti di fatto compiuti dal giudice secondo il proprio convincimento (16). E allora inevitabile che si applichino anche tutti i principi processuali di garanzia, che presiedono all'accertamento dei fatti; ed occorre rendersi conto che l'applicazione di una norma non previamente conosciuta dalle parti è l'equivalente della utilizzazione di informazioni di fatto appartenenti alla scienza privata del giudice. La manifestazione della regola applicabile al caso concreto è necessaria per le stesse esigenze di moralità processuale, in virtù delle quali il giudice non può decidere in base ad informazioni raccolte in segreto.

4. - Una volta premesso che il giudice di equità può sottrarsi all'applicazione delle norme di diritto, resta poi da vedere se esso abbia comunque il potere di attenersi alle regole giuridiche: punto che dà oggi luogo a qualche discussione (17).

A riguardo, a me pare evidente che il giudice di equità, il quale ritenga di essere vincolato al rispetto di norme di legge, commetta un errore proprio perché impone a se stesso dei vincoli, dai quali è libero (18). A questo punto sono necessarie tuttavia due considerazioni.

---

(16) Non senza ragione, sotto questo profilo, l'enunciazione della regola applicabile al caso concreto diviene un requisito di completezza della motivazione, come una convincente enunciazione dei giudizi relativi ai fatti controversi: *infra*, nel testo, n. 6.

(17) Cfr. in argomento: F. Carnelutti, *Appunti sull'arbitrato di equità*, in *Riv. dir. proc.* 1955, II, p. 173 ss., spec. p. 177 ss.; P. Calamandrei, *Diritto ed equità nell'arbitrato*, ora in *Id., Opere giuridiche*, IX, Napoli 1983, p. 337 ss., spec. p. 339; S. Satta, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, rist., Milano 1969, p. 95; V. Denti, *Contributo ecc.*, cit., p. 36; V. Andrioli, *Commento al cod. proc. civ.*, 3<sup>a</sup> ed., rist., I, Napoli 1957, p. 329; F. Galgano, *Diritto ed equità nel giudizio arbitrale*, cit., p. 64; G. Verde, *Profili del processo civile*, cit., p. 140; F. Cipriani, *Il giudizio di equità necessario*, cit., cc. 39-40 (con riferimento al caso previsto dall'art. 113, 2<sup>a</sup> comma, c.p.c. ed all'arbitrato di equità); R. Vecchione, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Milano 1971, p. 656 ss.; G. Monteleone, *Nullità del lodo secondo diritto nell'arbitrato di equità*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1979, p. 835 ss., spec. p. 838 ss.; *Id.*, *Eccesso di potere degli arbitri per inosservanza dei criteri di giudizio fissati dalle parti*, in *Riv. dir. proc.* 1982, p. 122 ss.

(18) Cfr. infatti: F. Carnelutti, *Appunti sull'arbitrato d'equità*, cit., p. 178; P.

In primo luogo, non vi sono ragioni per vietare al giudice di non fare uso dei suoi poteri equitativi (puramente e semplicemente), quando esso sia stato soltanto *autorizzato* a decidere *ex bono et aequo* (19). Se la situazione del giudice può essere descritta in termini di un mero potere di sottrarsi all'applicazione delle norme di legge, infatti, manca qualsiasi possibilità di sottoporre l'applicazione del diritto a qualsivoglia restrizione; ed una volta escluso, da parte del giudice, l'errore consistente nella ritenuta esistenza di vincoli su questo tema, non è legittimo alcun tipo di censura. Si può dunque sindacare la scelta compiuta dal giudice a favore delle norme giuridiche solo nei casi, in cui sia eventualmente possibile configurare in capo al giudice un dovere, e non anche un mero potere, di decisione equitativa (20).

In secondo luogo – e con particolare riferimento alla ipotesi, nelle quali sia possibile parlare di un dovere di decisione equitativa – sul contenuto di tale dovere occorre intendersi. Si può probabilmente affermare che il giudice deve sottoporre la norma di legge al vaglio critico della propria coscienza, senza alcuna rinuncia *a priori* di una valutazione in tal senso. Ma non si può mai giungere sino ad escludere che il vaglio critico compiuto dal giudice abbia esito favorevole alla norma di legge, coincidendo la scelta del giudice con quella compiuta dal legislatore. Si può anzi presumere che le norme di legge appaiano suscettibili di applicazione anche *ex bono et aequo*, perché la ricerca della soluzione più equilibrata e più equa per il maggior numero possibile di casi costituisce la prima (anche se non sempre unica) ispirazione del legislatore.

Ciò premesso, i problemi che si pongono sono essenzialmente due.

Il primo problema consiste nel vedere, in qual modo sia possibile

---

Calamandrei, *Diritto ed equità nell'arbitrato*, cit., pp. 339-340; G. Monteleone, *Eccesso di potere ecc.*, cit., p. 125.

(19) Cfr. sul punto: R. Vecchione, *Sull'impugnazione del lodo di arbitri di equità*, in *Riv. dir. proc.* 1956, II, p. 1287 ss.; Id., *Impugnazione del lodo di arbitri di equità*, in *Riv. dir. proc.* 1956, II, p. 186 ss.; Id., *Impugnazione del lodo di arbitri di equità*, in *Foro pad.* 1955, I, c. 1079 ss.

(20) Dissento dunque dall'opinione di G. Monteleone, ove l'a. sembra configurare in capo all'arbitro (e quindi anche al giudice) un vero e proprio dovere di decisione equitativa anche nei casi di mera autorizzazione a decidere *ex bono et aequo* (*Nullità del lodo ecc.*, cit., p. 838; *Eccesso di potere degli arbitri ecc.*, cit., p. 125 ss.).

in sede di legittimità una censura contro la decisione equitativa, quando il giudice sia incorso in uno degli errori appena descritti: vale a dire, si sia ritenuto vincolato al rispetto delle norme di legge, ovvero (in un caso in cui poteva parlarsi di un vero e proprio dovere di decisione *ex bono et aequo*) abbia ommesso di sottoporre la norma di legge applicata al vaglio critico della propria coscienza; e sul tema si tornerà tra breve (*infra*, n. 6).

Il secondo problema è quello di distinguere i casi di mera autorizzazione a decidere secondo equità dai casi, nei quali la decisione equitativa può essere considerata come un vero e proprio dovere: ed è questo l'aspetto più delicato del tema, anche perché si tratta di un argomento sino ad ora non emerso nella analisi della dottrina. Né si tratta di un tema unitario. Nelle ipotesi di giudizio di equità imposto dalla legge, infatti, il problema è quello di interpretare una norma; mentre nei casi di giudizio di equità per accordo tra le parti il problema è quello di interpretare delle dichiarazioni negoziali.

Per quanto concerne le norme, il già ricordato art. 113, 2° comma, c.p.c. ci pone di fronte ad una formula perentoria (in virtù della quale il giudice « decide secondo equità »), capace di far pensare ad un vero e proprio dovere di decisione equitativa. Mi pare tuttavia che ad una conclusione diversa sia opportuno giungere in base alla *ratio* della norma, la quale tiene conto sia del carattere bagatellare della controversia sia della circostanza che il giudice non è un giudice professionale. Il carattere non professionale del giudice fa temere e prevedere che gli errori di diritto possano essere particolarmente numerosi, quand'anche le sentenze non possano considerarsi ingiuste alla luce di criteri diversi da quelli accolti dal legislatore; e il carattere bagatellare delle controversie rende eventuali errori più tollerabili (o quanto meno: meno intollerabili) che altrove. Il fine perseguito dal legislatore può essere allora individuato nella eliminazione di possibili censure per errore di diritto: ed è aderente ad un simile scopo il conferimento al giudice di un mero potere di disapplicare la legge.

Per quanto concerne l'interpretazione di dichiarazioni negoziali delle parti, non si può invece che rinviare ai criteri generali delineati per l'interpretazione dei contratti dagli artt. 1362 ss. c.c.; ed il problema di sapere, in qual senso sia la volontà delle parti, merita di essere qualificato come un problema inerente non al merito della controversia, ma a questioni processuali. L'argomento investe infatti i poteri e i doveri del giudice in ordine alla decisione della controversia, più che il vero e proprio merito della medesima; e si deve porre il quesito sul

medesimo terreno, sul quale è collocato il problema della scelta tra giudizio *ex iure* e giudizio *ex bono et aequo*. Occorre insomma rendersi conto che esistono due diversi tipi di giudizio di equità; e quando ci si chiede, se un qualsiasi giudizio sia *ex iure* o *ex bono et aequo*, si deve anche definire con la dovuta attenzione il tipo di giudizio equitativo a volta a volta tenuto presente, con una scelta relativa al contenuto dei compiti affidati all'organo giudicante (21).

5. – Sensibile è la tendenza ad attribuire al giudizio di equità una disciplina diversa da quella propria del giudizio di diritto, per quanto concerne le prove. Si è infatti parlato di un carattere « approssimativo-intuitivo » degli accertamenti di fatto del giudice *ex bono et aequo*, per giustificare un « temperamento » del divieto di iniziative istruttorie d'ufficio (22); si è negata la ammissibilità del giuramento decisorio, per l'asserita inettitudine dei criteri di giudizio fondati sul *bonum et aequum* a far apparire un qualsiasi fatto come « decisivo » ai sensi dell'art. 2736, n. 1, c.c. (23); si è negata la applicabilità dei « limiti legali alla valutazione delle prove » (con riferimento vuoi ai limiti di ammissibilità delle prove, vuoi alla efficacia legale di certe risultanze informative), sia per una asserita incompatibilità fra tali « limiti legali » e la mancanza di vincoli circa la qualificazione giuridica dei fatti accertati e le loro conseguenze, sia per il desiderio di favorire il più possibile un'approfondita e libera valutazione dei fatti controversi (24) (25).

---

(21) La qualificazione come questione « processuale » del problema, se il giudice sia semplicemente autorizzato ovvero sia tenuto a pronunciare una decisione *ex bono et aequo*, è molto importante per stabilire, quali siano i poteri della Corte di cassazione al riguardo. E appena il caso di ricordare, infatti, che la Corte di cassazione, quando giudica su questioni di procedura anziché sul merito della controversia, ha un pieno potere di apprezzamento anche in fatto, oltre che in diritto (cfr. in questo senso, con un insegnamento che è poi rimasto indiscusso, cfr. già: G. Chiovenda, *Principi di diritto processuale civile*, 3<sup>a</sup> ed., Napoli 1923, p. 1037; Id.: *Istituzioni di diritto processuale civile*, 2<sup>a</sup> ed., Napoli 1936, II, 1, p. 606).

(22) E. Redenti, *Diritto processuale civile*, 2<sup>a</sup> ed., rist., Milano 1957, III, p. 486-469; A. Nasi, *Equità (giudizio di)*, cit., p. 122.

(23) C.M. De Marini, *Il giudizio d'equità ecc.*, cit., p. 221; E. Grasso, *Dei poteri del giudice*, cit., loc. ult. cit.; Id., *Equità (giudizio)*, cit., p. 475.

(24) E. Redenti, *Dir. proc. civ.*, cit., III, p. 467; T. Carnacini, *Arbitrato rituale*, in *Noviss. Dig. it.*, I, 2, Torino 1964, p. 890; C.M. De Marini, *Il giudizio di equità ecc.*, cit., pp. 220-222; A. Nasi, *Equità (giudizio di)*, cit., p. 123.

(25) A tutti i temi appena ricordati sembra riferirsi in termini omnicompre-

Al riguardo, tuttavia, sono ancora convinto della tesi sostenuta ormai molti anni or sono, quando sono stato tratto ad occuparmi del tema come premessa per una analisi sulla disciplina della prova nell'arbitrato rituale (26): credo ancora oggi che gli orientamento riferiti siano erronei, e nessuna differenza possa esistere – quanto a disciplina della prova – tra giudizio di equità e giudizio di diritto.

Per quanto concerne l'asserita inammissibilità del giuramento decisorio, è chiaro che nessun fatto può apparire « decisivo » ai sensi dell'art. 2736, n. 1, c.c., se non alla luce di una norma che lo qualifichi come indispensabile al fine della produzione di certe conseguenze rilevanti per il caso concreto; e la tesi più sopra riferita sarebbe senz'altro da accogliere, se potesse essere accolto l'orientamento citato *supra*, n. 3, che presenta il giudizio d'equità come un giudizio senza alcun possibile riferimento a norme di carattere generale. Ma si è visto che anche il giudizio di equità richiede la applicazione al caso concreto di una regola di carattere generale, ancorché tale regola non sia riconoscibile prima del processo e il giudice sia del tutto libero nella sua scelta; si è del pari affermato che tale regola deve essere manifestata dal giudice, in modo da consentire alle parti di difendersi tenendola presente; e tale regola è utile per distinguere i fatti decisivi dai fatti non decisivi, come una qualsivoglia disposizione di legge. Viene dunque meno anche la ragione, in virtù della quale il giuramento decisorio dovrebbe essere escluso.

Non convince poi la tesi, secondo la quale la mancanza di una preconstituita disciplina legale dovrebbe rendere « privi di senso » i limiti legali imposti al giudice, sia in ordine alla ammissibilità delle prove sia in ordine alla loro efficacia.

Il problema relativo alla qualificazione giuridica dei fatti ed alle loro conseguenze legali non ha niente a che vedere con il diverso

---

sivi G. Verde, *Profili del processo civile*, cit., p. 141, ove l'a. afferma che « il vero connotato del giudizio di equità sta nella libertà istruttoria del giudice ». Le parole di Verde sono riprese da A. Cerino Canova, *Principio di legalità ecc.*, cit., c. 33.

(26) E. F. Ricci, *La prova nell'arbitrato rituale*, Milano 1974, p. 30 ss. (lavoro al quale – p. 30 – rinvio anche per ulteriori citazioni di dottrina non recente). Tale orientamento (a parte quanto riguarda la ritenuta inammissibilità del giuramento decisorio, sopra ricordata) è espresso anche da F. Grasso, *Dei poteri del giudice*, cit., 1294. *Adde*: V. Varano, *Note in tema di giudizio di equità*, in *Foro it.*, 1988, I, c. 975 ss., spec. c. 983-984; Id., *Equità (II. giudizio d'equità)*, cit., p. 5; S. La China, *Dir. proc. civ.*, cit., pp. 599-600.

quesito, attraverso quale tecnica e tramite la applicazione di quali regole i fatti debbano essere acclarati nel processo; ed è totalmente privo di giustificazione il passaggio dall'uno all'altro terreno.

Buone o meno buone che siano, le scelte del legislatore in ordine alla ammissibilità ed alla efficacia dei mezzi di prova rilevano delle prese di posizione *a priori* sulla attendibilità e credibilità delle risultanze informative in ipotesi utilizzabili dal giudice: attendibilità e credibilità che dipende dalle caratteristiche tipiche di tali risultanze (per la loro origine, per il modo con il quale esse si formano ecc.), e non dalla disciplina dei fatti da acclarare, sotto il duplice profilo della loro sussunzione entro fattispecie legali e delle loro conseguenze.

Né si può pretendere di superare le regole relative alla ammissibilità ed efficacia delle prove, per il desiderio di consentire la miglior possibile investigazione sui fatti. Si pone qui l'accento su un grande problema *de iure condendo*, e precisamente sul quesito, se ed entro quali limiti le regole in questione siano compatibili con la migliore disciplina di un processo moderno; e non escludo che l'orientamento preferito a questo proposito possa avere anche una qualche conseguenza *de iure condito*, circa la scelta dei migliori orientamenti interpretativi, se si ammette che anche l'interpretazione sia (o possa essere) almeno in parte influenzata da prese di posizione di carattere *lato sensu* politico. Ma si parla qui di temi e problemi concernenti la disciplina delle prove in tutti i giudizi, siano essi di diritto o di equità; e ci si deve guardare dal presentare questi temi e problemi come aspetti tipici del giudizio *ex aequo et bono*, proprio per evitare di attribuire loro una importanza minore di quella che essi meritano (27).

Infine non convince nemmeno la affermazione, secondo la quale il divieto di iniziative istruttorie d'ufficio dovrebbe attenuarsi in omaggio al preteso carattere « approssimativo-istitutivo » delle valutazioni sul fatto proprie del giudice d'equità.

Non si capisce la ragione, per la quale l'accertamento del fatto compiuto dal giudice d'equità dovrebbe essere più « approssimativo-intuitivo » dell'accertamento compiuto dal giudice di diritto; né si comprende la ragione, per la quale un tal carattere « approssimativo-intuitivo » dell'accertamento del fatto, ove anche potesse essere riconosciuto

---

(27) Tale presa di posizione, già da me espressa in *La prova nell'arbitrato rituale*, cit., p. 37 ss., sembra oggi fatta propria: da V. Varano, *Equità (II. giudizio di equità)*, cit., p. 5; Id., *Nota in tema di giudizio di equità*, cit., cc. 983-984.

come dato tipico del giudizio d'equità, dovrebbe attenuare il divieto di iniziative istruttorie ufficiose: giacché tale attenuazione dovrebbe essere se mai finalizzata ad una valutazione più completa e precisa di quella legata alla necessità di previe istanze istruttorie delle parti. I limiti imposti alle iniziative istruttorie d'ufficio sono forse, nel diritto italiano, meno ampi di quelli affermati dalla massima parte della dottrina (28); ma essi valgono – quale che ne sia l'estensione – per il giudizio di diritto e per il giudizio di equità in ugual modo.

La regola, secondo la quale il giudizio di equità è caratterizzato dalla stessa disciplina delle prove, che è propria del giudizio di diritto, è dunque la più attendibile alla luce di una pacata considerazione delle cose (29). Certo, dietro le tesi ricordate si può notare la lodevole (e

---

(28) Mi permetto di rinviare al riguardo al mio scritto *Il principio dispositivo come problema di diritto vigente*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, p. 380 ss. (nel quale si sostiene che l'art. 115, 1° comma, c.p.c., tradizionalmente inteso come enunciazione del principio dispositivo, enuncia in realtà il principio del diritto alla prova, senza compiere a favore del principio dispositivo alcuna scelta di fondo). La mia tesi su questo punto è stata molto criticata (e cfr., per una critica molto decisa: B. Cavallone, *Crisi delle «Maximen» e disciplina dell'istruzione probatoria*, in *Riv. dir. proc.*, p. 678 ss.).

(29) Un discorso particolare merita la affermazione, secondo la quale nel giudizio di equità sarebbe inapplicabile la «regola di giudizio fondata sull'onere della prova» (così G. Verde, *Profili del processo civile*, cit., p. 141; e nello stesso senso A. Cerino Canova, *Principio di legalità ecc.*, cit., c. 33). Questa affermazione mi sembrerebbe a vero dire quasi incomprensibile, se dovesse essere intesa alla lettera. Poiché, infatti, l'ipotesi di mancanza totale di prova deve essere formulata anche a proposito del giudizio *ex bono et aequo*, di una regola di giudizio come quella dell'onere della prova si potrebbe fare a meno – qui come sempre – solo a patto di consentire da parte del giudice una decisione di *non liquet*. Non credo tuttavia che sia questa l'interpretazione da dare ai passi ricordati, i quali mi sembrano piuttosto mirare a rendere il giudice d'equità (ancora una volta) più libero del giudice di diritto nella ricerca delle prove, con particolare riguardo al superamento dei limiti di ammissibilità delle medesime anche con riferimento ai confini entro i quali l'art. 2729 c.c. confina il possibile impiego delle presunzioni; e se questa è l'interpretazione corretta della tesi del mio amico Verde e del mio compianto amico Cerino Canova, il mio dissenso è implicito in quanto già spiegato nel testo. Altra cosa è naturalmente l'osservare che la ripartizione legale dell'onere della prova tra le due parti in lite va ricollegata al modo, con il quale la legge sostanziale disciplina il caso controverso (con particolare riferimento alla qualificazione legale del fatto da provare come fatto costitutivo, impeditivo o estintivo del diritto vantato): onde il giudice d'equità, per il fatto di potersi sottrarre a tale qualificazione legale, può *eo ipso* anche ripartire l'onere della prova tra le parti in

talora giustificata) aspirazione a delineare un modello di disciplina delle prove, che sia migliore di quello assunto come vigente per il giudizio di diritto. Ma la battaglia per migliorare la disciplina delle prove va combattuta – come tutte le battaglie – serie – con riferimento al cuore piuttosto che alla periferia del sistema; ed il cuore del sistema resta il giudizio di diritto, avendo il giudizio di equità (non ostante l'interesse di questo istituto) una importanza minore. Proprio coloro, che sono più sensibili al desiderio di migliorare il *jus quo utimur*, devono guardarsi dal presentare le loro aspirazioni come aspirazioni di settore, quando queste possono (e devono) ricevere maggiore considerazione.

6. – Un tema particolarmente importante è quello relativo alla impugnazione della decisione di equità.

A questo proposito, occorre ovviamente tener conto dell'art. 339 c.p.c., secondo il quale non sono soggette ad appello le sentenze del conciliatore e quelle pronunciate secondo equità ai sensi dell'art. 114 c.p.c.; mentre può essere subito affermata sia la ammissibilità dell'appello contro le sentenze del pretore e del tribunale ingiustamente pronunciate *ex aequo et bono*, sia la ammissibilità della revocazione (art. 395 ss. c.p.c.) e della opposizione di terzo (art. 404 c.p.c.) nelle ipotesi previste dalla legge per tali gravami. Inoltre, si può ammettere subito senza problemi la ammissibilità di un ricorso per cassazione per violazione di legge (art. 960, n. 3, c.p.c.) e l'impugnazione del lodo arbitrale per violazione di norme di diritto (art. 829, 2° comma, c.p.c.), quando siano state violate le norme di diritto relative al merito della controversia, che per il loro carattere di ordine pubblico o altra ragione debbano essere applicate anche dal giudice *ex bono et aequo*.

Ma altri aspetti del tema meritano più diffusa considerazione, con particolare riferimento al ricorso per cassazione (art. 360 ss. c.p.c.) ed all'impugnazione del lodo arbitrale (art. 829 ss. c.p.c.).

In primo luogo ci si deve chiedere quale sia la situazione, qualora il giudice abbia pronunciato secondo equità quando non poteva farlo (perché non richiesto concordemente dalle parti, o perché non ricorrevano uno dei casi di giudizio equitativo necessario); ed a mio modo di vedere conviene riflettere che, in mancanza dei presupposti del giudi-

---

modo diverso, da come dovrebbe se fosse vincolato al rispetto di tale legge sostanziale.

zio equitativo, permane a carico del giudice il vincolo al rispetto di tutte le norme di legge.

Si deve allora valutare la decisione con il medesimo metro, che viene impiegato per la valutazione della decisione *ex iure*; e due sono i casi. Se il giudice ha violato o disapplicato le norme di diritto, viene in considerazione il n. 3 dell'art. 360; mentre nel caso di applicazione delle norme giuridiche non esiste alcun motivo di gravame, quand'anche l'applicazione del diritto sia stata scelta dal giudice come risultato di una valutazione compiuta *ex bono et aequo*. Conta insomma il risultato conseguito con la decisione, e non l'insieme dei criteri dei quali il giudice ha dichiarato di fare o voler fare impiego (30).

Ciò consente di risolvere in modo agevole anche il problema dell'impugnazione del lodo arbitrale. Se si dovesse parlare di altri mezzi di censura, sarebbe forse difficile trovare una norma pertinente. Se invece si condivide l'opinione sopra suggerita, resta aperta la strada all'impugnazione per violazione delle norme di diritto ai sensi del già ricordato 2° comma dello stesso art. 829 c.p.c. (31).

In certo senso inversa a quella appena considerata è poi l'ipotesi, in cui il giudice di equità rifiuti di considerarsi tale, affermando un proprio inesistente vincolo al rispetto delle norme giuridiche: ipotesi al cui proposito si è parlato di una violazione della regola della necessaria corrispondenza tra chiesto e pronunciato (32). Non mi pare tuttavia

---

(30) Come è noto F. Carnelutti parlò a suo tempo, per l'ipotesi considerata nel testo, di un eccesso di potere giurisdizionale: « è pertanto tipico eccesso di potere la violazione di legge che il giudice commette quando, senza esservi autorizzato, giudica secondo equità: infatti, allora egli si fa legislatore del caso singolo » (*Eccesso di potere*, in: F. Carnelutti, *Studi di diritto processuale*, I, Padova 1925, p. 339 ss., a p. 359); e tale concetto è stato poi ripreso da V. Denti, *Contributo ecc.*, cit., c. 64. La adesione a questo insegnamento richiederebbe tuttavia una previa accettazione della nozione di eccesso di potere giurisdizionale, alla quale il Carnelutti lega la sua tesi: punto sul quale sarebbe possibile aprire un dibattito di ampie proporzioni; e soprattutto, una volta accettata in ipotesi la qualificazione del vizio come eccesso di potere, resterebbe impregiudicato il problema di una collocazione di tale vizio entro una delle previsioni contenute negli artt. 360 e 829 c.p.c.. Qui la costruzione carneluttiana si rivela fonte di gravi problemi, perché è probabilmente impossibile trovare una collocazione entro previsioni diverse da quella relativa alla violazione o falsa applicazione di norme di diritto, se si attribuisce ai singoli mezzi di censura un contenuto aderente al senso delle parole impiegate dal legislatore.

(31) In tal senso cfr. T. Carnacini, *Arbitrato rituale*, cit., pp. 919-920.

(32) G. Monteleone, *Nullità del lodo ecc.*, cit., p. 841 ss.; Id., *Eccesso di*

che questo suggerimento sia accoglibile. Di una violazione della regola della corrispondenza tra chiesto e pronunciato non si può in realtà parlare, perché tale regola riguarda l'oggetto della decisione e non anche il tenore della decisione stessa.

L'unica ragionevole soluzione del problema è probabilmente ancora una volta legata alla possibilità di configurare l'errore commesso dal giudice come errore di diritto, ai sensi degli artt. 360, n. 3 e 829, 2° comma, c.p.c.. Convieni qui riflettere che il principio, in virtù del quale il giudice di equità non deve rifiutare i propri poteri, configurando a proprio carico dei vincoli inesistenti, è a sua volta una regola giuridica. In tanto l'ipotesi di una possibile censura per sua violazione può essere posta sul terreno del dibattito come problema, in quanto si sia disposti a considerare tale regola come cogente; e la collocazione della censura entro le ipotesi previste dagli artt. 360, n. 3 e 829, 2° comma, c.p.c. può trovare giustificazione nel rilievo, secondo il quale si tratta di una regola destinata ad influire sulle scelte delle norme applicabili al merito, assumendo una funzione strumentale rispetto a queste ultime (33).

Occorre inoltre ricordare che il giudice tenuto a pronunciarsi secondo equità ha un particolare onere di motivazione. L'art. 118, 2° comma, disp. art. c.p.c. dispone infatti che « nel caso previsto nell'art. 114 del codice debbono essere esposte le ragioni di equità sulle quali è fondata la decisione »; e dunque il giudice *ex bono et aequo* ha il dovere di indicare e giustificare la regola applicata al caso concreto (34).

Tale regola – già lo si è visto: *supra*, n. 3 – deve essere già stata resa nota alle parti nel corso del processo; ma la motivazione della

---

*potere degli arbitri ecc.*, cit., p. 127 ss.; E. Grasso, *Equità (giudizio)*, cit., p. 476; V. Varano, *Equità (II. giudizio d'equità)*, cit., p. 6.

(33) Ricordo qui che peraltro, secondo quanto spiegato più sopra, il problema di sapere, se il giudice sia semplicemente autorizzato o addirittura tenuto a pronunciare una decisione di equità, appartiene alle questioni di procedura (*supra*, nota 21 e relativo testo).

Dapprima occorre dunque vedere, con un pieno giudizio anche in fatto, quali siano i poteri del giudice; e solo in un secondo momento, dopo aver definito tali poteri, si deve scendere all'esame dell'ulteriore quesito, se il giudice abbia o non abbia illegittimamente rifiutato i propri compiti.

(34) Cfr. sul punto, in particolare: R. Vecchione, *Equità (giudizio di)*, cit., p. 635; E. Grasso, *Equità (giudizio)*, cit. p. 473; V. Varano, *Equità (II. giudizio di equità)*, cit., p. 5; G. Verde, *Profili del processo civile*, cit., pp. 140-141.

sentenza deve farvi riferimento, e spiegare altresì le ragioni per le quali la stessa regola appare idonea a disciplinare il caso concreto. In mancanza di tale requisito di motivazione, la sentenza del giudice togato è censurabile ai sensi dell'art. 360, n. 5, c.p.c. (35); mentre il lodo arbitrale è censurabile ai sensi dell'art. 829, 1° comma, n. 5 dello stesso codice: ove si configura come motivo di impugnazione la mancanza del requisito stabilito nell'art. 823, n. 3, c.p.c., che richiede come requisito di forma « l'esposizione sommaria dei motivi » (36).

Ciò premesso circa i requisiti della motivazione, mi pare che il particolare dovere di motivare proprio del giudice *ex bono et aequo* si atteni considerevolmente, qualora tale giudice faccia uso dei propri poteri equitativi scegliendo come disciplina equa applicabile quella delineata dalla legge. In tal caso, infatti, le ragioni di equità, che sorreggono la disciplina prescelta, si identificano con la *ratio* delle norme applicate, che non ha bisogno di particolare illustrazione. Basta dunque che il giudice dichiari di scegliere anche in via di equità la disciplina fissata dal diritto, per assolvere il proprio compito nel modo migliore e sottrarsi ad ogni possibile censura: bisognosa di particolare spiegazione non è l'adesione alla norma di legge, ma la scelta di una disciplina diversa da quella fissata dal diritto (che, proprio perché diversa da quella fissata dal diritto, deve fondarsi su considerazioni, delle quali le norme giuridiche non hanno potuto tener conto) (37).

Infine, resta da considerare l'ipotesi in cui il giudice di equità non abbia manifestato durante il procedimento la regola o le regole, la cui applicabilità al caso concreto doveva essere posta sul terreno del dibattito come problema (ovvero abbia manifestato tale regola o tali regole tardivamente, tanto da non consentire alle parti di discuterne e di adeguarvi le loro difese). Se si accettano le tesi già proposte più sopra (n. 3) il problema è tuttavia facilmente risolvibile.

Da un lato, infatti, la violazione del principio del contraddittorio (imposto dall'art. 101 c.p.c.) rientra pacificamente entro il motivo di

---

(35) Cfr. sul punto: R. Vecchione, *Equità (giudizio di)* cit., p. 635; E. Grasso, *Equità (giudizio)*, cit., p. 476.

(36) Cfr. sul punto: R. Vecchione, *Equità (giudizio di)*, cit., p. 635.

(37) Cfr. in tal senso: F. Galgano, *Diritto ed equità* ecc., cit., p. 64. Contraria a questo orientamento è invece altra parte della dottrina; e cfr. infatti: G. Monteleone, *Nullità del lodo* ecc., cit., p. 838 ss.; Id., *Eccesso di potere degli arbitri* ecc., cit., p. 125.

cassazione delineato dall'art. 360, n. 4, c.p.c. (« nullità della sentenza o del procedimento »), anche quando la nullità non sia espressamente comminata da alcuna norma: e ciò sia perché esiste anche la categoria delle nullità *extra* formali, sia perché in ogni caso la previsione del citato art. 360, n. 4, c.p.c., va intesa anche alla luce dei precetti costituzionali, primo tra i quali il principio della difesa fissato dall'art. 24, 2° comma, Cost.. Né esistono problemi per l'impugnazione del lodo arbitrale, giacché la violazione del principio del contraddittorio è ormai da tempo configurata come autonomo motivo di impugnativa del lodo, anche al di là delle espresse previsioni contenute nell'art. 829 c.p.c. (38).

7. – Un ultimo grave problema è infine costituito a mio parere dalla legittimità costituzionale dell'istituto, tutte le volte in cui il giudizio di equità non scaturisce da un accordo delle parti ma è imposto dalla legge (come accade ai sensi del già ricordato art. 113, 2° comma, c.p.c.). Credo infatti che l'istituto contrasti con l'art. 24, 1° comma, della Costituzione, ove si legge che « tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi ».

Il significato del diritto di azione concesso dall'art. 24 Cost. è molto ricco, e non è qui il caso di compiere una estesa rassegna delle regole concrete che possono (e devono) esserne ricavate. Un punto può essere tuttavia sottolineato in modo particolare ai nostri fini: quando un diritto soggettivo è attribuito a un qualsiasi soggetto da una norma di diritto sostanziale, non vi è « azione » degna di questo nome, se il giudice adito può disapplicare la norma dalla quale il diritto soggettivo discende. Non vi è dunque giudizio di equità che, per il fatto di poter prescindere da norme di legge, non possa condurre al disconoscimento del diritto soggettivo pur creato dalle norme sostanziali: proprio per questo l'art. 114 c.p.c. consente alle parti di chiedere un giudizio di equità soltanto in materia di diritti disponibili; e non vi è giudizio di equità imposto dalla legge, che non si sostanzi il diniego di tutela del diritto soggettivo, così come delineato dalle norme sostanziali (39).

(38) Cfr. al riguardo la rassegna di C. Cecchella, *L'arbitrato*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale civile* diretto da A. Proto Pisani, Torino 1991, p. 226.

(39) Cfr. in tal senso i preziosissimi rilievi di A. Cerino Canova, *Principio di legalità ecc.*, cit., c. 30 ss.; C.E. Balbí, *Il processo davanti al giudice conciliatore*

Non posso dunque non essere d'accordo con la perplessità, con le quali la dottrina ha accolto l'ormai più volte ricordato art. 113, 2° comma, c.p.c. (40). A me pare che scarso entusiasmo meriti in generale il legislatore che, dopo aver delineato una qualsivoglia disciplina sostanziale, facoltizzi i giudici a non tenerne conto con una disposizione di procedura. Se la disciplina sostanziale non è soddisfacente, è necessario cambiarla; se invece essa è soddisfacente, è necessario rispettarla sino a quando le parti non stabiliscano d'accordo il contrario: e un giudizio di equità per legge mi pare giustificato soltanto nei casi, nei quali il legislatore rinuncia per qualsiasi ragione a delineare una disciplina sostanziale mediante norme. Ma prescindiamo da tutto ciò, e supponiamo (sia pure *disputandi causa*) che il facoltizzare il giudice – mediante una norma di procedura – a non rispettare le norme sostanziali sia soluzione seria. Norme come l'art. 24, 1° comma, Cost. hanno per l'appunto anche la funzione di richiamare il legislatore alla necessaria coerenza: non c'è norma sostanziale che il giudice possa trascurare, quando non sono le parti e chiederglielo d'accordo in materia disponibile; e non credo che il legislatore italiano abbia dato, con l'art. 113, 2° comma, c.p.c., la miglior prova di sé (né nella versione attualmente in vigore, concernente il conciliatore; né nella nuova versione dovuta alla l. n. 374 del 1991, concernente il giudice di pace).

EDOARDO F. RICCI

---

ecc., cit., c. 115; A. Cerino Canova, *Principio di legalità ecc.*, cit., ca 30; F. Cipriani, *Il giudizio di equità necessario*, cit., cc. 38-39. D'altronde, l'ipotesi di imporre la decisione di equità alle controversie di tenue valore aveva suscitato anche in precedenza delle perplessità, che non sarebbe giusto passare sotto silenzio (cfr. ad es.: V. Denti, *Giudice onorario e giudice unico nel processo civile*, in *Atti dell'incontro sul giudice onorario*, Bologna, 1977, Milano 1979, p. 6 ss., spec. p. 8).

(40) Cfr. gli autori citati nella nota 4, *Opp. locc. citt.*

## UN MITO RIVISITATO: NOTE COMPARATIVE SULL'AUTORITÀ DEL PRECEDENTE GIURISPRUDENZIALE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La mancanza di senso dell'attribuzione di un'autorità meramente persuasiva al « precedente » continentale. – 3. La nostra tesi e i contrasti sincronici e casuali nella giurisprudenza della Corte di cassazione. – 4. L'efficacia del precedente « persuasivo » è un'efficacia giuridica. – 5. L'efficacia del precedente nei Paesi di *common law*, ovvero il paradosso del vincolo elastico. – 6. Quasi una conclusione. – 7. Il « vincolo » al precedente come segno simbolico di una cultura e di una prassi giuridica imperniata soprattutto sulla giurisprudenza.

1. – Immaginiamo di domandare ad uno studente, che sia già transitato attraverso l'area del diritto comparato, di descrivere le differenze principali tra i sistemi di *common* e quelli di *civil law*. Possiamo essere certi che nel suo elenco troverà un posto di rango la diversa autorità da assegnare al precedente giurisprudenziale nei due sistemi: vincolante in un caso; solo persuasiva nell'altro.

Questo stereotipo da lungo tempo (1) universalmente diffuso appare a prima vista così autoevidente nel suo significato teorico da non meritare un approfondimento.

Ma così non è, poiché gli enunciati generali che aspirano a descrivere su un livello di elevata astrazione le principali differenze tra sistemi giuridici si collocano sovente alle origini di una mitologia.

Per cogliere il nocciolo di verità racchiuso entro ciascun singolo mito occorre allora sottoporre prima di tutto ad una analisi accurata le

---

(1) Pound, *The Theory of Judicial Decision*, in (56) *Harvard Law Review* 1923, 641 ss.; Goodhart, *Precedent in English and Continental Law*, in (50) *Law Quarterly Review* 1934, 40 ss.; Micheli, Contributo allo studio della formazione giudiziale del diritto, in *Studi nelle Scienze giuridiche e sociali dell'Università di Pavia*, vol. XXIII (1938), 113 ss., 137 ss.; più di recente, anche se con minore rigidità, Kahn-Freund, *Common Law and Civil Law— Imaginary and Real Obstacles to Assimilation*, in *New Perspectives for a Common Law of Europe* a cura di Cappelletti, Firenze 1978, 150.

proposizioni apparentemente semplici e definitive con cui tradizionalmente, attraversando cadenze rituali, il mito si esprime.

Si tratta di percorrere un itinerario in parte già tracciato da alcuni studiosi, portati a rimarcare le convergenze e i punti di contatto tra sistemi giuridici che nascono da una comune tradizione di civiltà e da un analogo sviluppo socio-economico e inclini a ritenere che le differenze, pur esistenti e talora notevoli, vengono spesso sovrastimate nei discorsi dei giuristi.

Anche con riferimento al precedente, questa posizione di metodo sta cominciando a prendere piede. Ne segue un indirizzo che tende a mettere in risalto gli elementi di somiglianza negli atteggiamenti tenuti dai giudici dei due ordinamenti di fronte alle decisioni del passato, piuttosto che le differenze ricavabili dai diversi modi di descrivere quegli atteggiamenti nei discorsi della dottrina e degli stessi giudici, oltre che nella percezione del pubblico (2).

---

(2) Cfr., ad esempio, Lupoi, *Il valore del precedente giudiziario in Inghilterra e in Francia nel secolo XX*, in *Quaderni del Foro italiano* 1968, c. 59 ss.; Cappelletti, *The Doctrine of Stare Decisis and the Civil Law: a Fundamental Difference or no Difference at All?*, in *Festschrift für K. Zweigert*, Tübingen 1981, 581 ss.; Cross, *Precedent in English Law*, Oxford 1979, 15 ss.; Kriele, *Das Präjudiz im kontinental-europäischen und anglo-amerikanischen Rechtskreis*, in *La sentenza in Europa. Metodo, Tecnica e Stile*, Padova 1988, 62 s.; Saphiro M., *Courts, a Comparative and Political Analysis*, Cambridge 1981, 148 ss.; Albisetti, *Considerazioni sulla dottrina del precedente nella giurisprudenza canonica*, in *Studi in onore di Grassetti*, Milano 1980, 9; Picardi, *Appunti sul precedente giudiziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1985, 203; Galgano, *Giurisdizione e giurisprudenza in materia civile*, in *Contratto e impresa* 1985, 41 s.; Bin M., *Funzione uniformatrice della cassazione e valore del precedente giudiziario*, *ivi* 1988, 551 s.; Antonioli Dellorian, *Il precedente giudiziario come fonte di diritto: l'esperienza inglese*, in *Riv. dir. civ.* 1993, I, 133 ss.; Doe, *Canonical Doctrine of Judicial Precedent: a Comparative Study*, in (54) *The Jurist* 1994, 205 ss. E v. anche, per l'affermazione di « una estrema difficoltà nel distinguere la teoria del precedente vincolante ... dalla prassi consolidata di seguire il precedente persuasivo », Mattei, *Stare decisis, Il valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti d'America*, Milano 1988, 4. Vale anche la pena di ricordare, a sostegno delle tesi che minimizzano le differenze tra le due famiglie di ordinamenti, la singolare previsione di un ordinamento di *civil law* che codifica l'autorità del precedente, consentendo il ricorso alla corte suprema per il caso di sua violazione. Alludo alla *Ley de enjuiciamiento civil* spagnuola che elenca tra i motivi di ricorso la violazione della giurisprudenza consolidata del *Tribunal Supremo*. Su questa singolare figura, per cui il *Tribunal Supremo* può cassare la sentenza impugnata, motivando semplicemente sull'esistenza di questa difformità, senza, peraltro, essere vincolato dalla propria precedente giurisprudenza, cfr., Franceschelli V., *La giurisprudenza come fonte del diritto e la dottrina legal del Tribunal Supremo spagnolo*, in *Riv. dir. civ.* 1982, II, 298 ss.

Nella stessa linea di pensiero, almeno nelle intenzioni dei curatori (se ne veda l'in-

I motivi della deviazione da convincimenti ancora pervasivamente accolti, almeno a livello istituzionale (3), sono facili da individuare. Da un lato abbiamo il famoso *practice statement* con cui la *House of Lords* si è dichiarata nel 1966 libera di ribaltare i propri precedenti, e una prassi della *Supreme Court* nordamericana sempre più proclive a non tenerne conto, quanto meno in materia costituzionale (4). D'altro lato si va sviluppando una chiara tendenza culturale a rivalutare il ruolo della giurisprudenza nei Paesi di *civil law*. (Per averne una riprova con riferimento al nostro Paese, basti pensare alla fortunata categoria del « diritto vivente » o « giurisprudenziale ») (5).

2. – L'enunciato secondo cui in determinate situazioni ordinamentali il precedente ha un'efficacia meramente persuasiva è privo di senso, a prenderlo nel suo significato letterale.

Mi rendo conto di avanzare un punto di vista iconoclastico, di fronte ad un uso consolidato, non solo negli ordinamenti di *civil*, ma anche negli ordinamenti di *common law* con riferimento ai quei provvedimenti giurisdizionali che stanno al di fuori del circuito del c.d. *stare decisis* (6).

Tuttavia, a me pare ovvio che l'autorità o l'efficacia di un prece-

---

roduzione), si collocano McCormick e Summers, *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, Ashgate 1997. Ma in relazione a quest'opera è interessante notare che la differenza di efficacia tra precedente di *common law* e precedente continentale risalta con evidenza, ancora secondo le cadenze tradizionali, nei saggi dedicati a singoli ordinamenti, sia pure all'interno di uno sforzo teorico indirizzato, a mio avviso con poco successo, a iscrivere entro un medesimo campo concettuale, attraverso l'individuazione di successive gradazioni « a scendere » il significato giuridico delle due categorie di precedente (Cfr. Peczenik, *The Binding Force of Precedent*, *Op. cit.*, 461 ss.).

(3) Cfr. ad esempio, da ultimo, Criscuoli, *Introduzione al diritto inglese. Le fonti*, 2<sup>a</sup> ed., Milano 1994, 325 ss. e, ancora più di recente, in sede di recensione all'opera citata per ultima nella nota precedente, Adams, *The Rhetoric of Precedent and Comparative Legal Research*, in (62) *The Modern Law Review* 1999, 464 ss.

(4) Cfr., con riguardo agli Stati Uniti, *infra* nota 25.

(5) Un interessante prodotto di questa tendenza culturale è dato dall'antologia curata da Bin M., *Il precedente giudiziario. Valore e interpretazione*, in *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, vol. 26, Padova 1995.

(6) Ad esempio, negli Usa, nei rapporti tra Corti di appello non appartenenti al medesimo circuito. Cfr. ÔHara, *Social Constraint or Implicit Collusion?: Toward a Game Theoretic Analysis of Stare Decisis*, in (24) *Seton Hall Law Rev* 1993, 772; Estreicher e Revesz, *Nonacquiescence by Federal Administrative Agencies*, in (98) *Yale Law Journal* 1989, 735 s.

dente, *per il suo essere precedente*, non consiste, non può logicamente consistere nel fatto che il giudice susseguente sia persuaso che il giudice anteriore ha risolto correttamente un caso analogo a quello che egli si trova ora a dover decidere.

L'autorità o l'efficacia di un precedente, in quanto tale, è qualcosa di autonomo e anzi in un certo senso di contrastante rispetto alla condivisione dei risultati di un processo interpretativo delle norme giuridiche coinvolte.

Tutte le volte che il giudice, perché convinto grazie a sue autonome valutazioni, o perché convinto dalle argomentazioni di un avvocato, o perché convinto dalla lettura di un'opera di dottrina, o infine perché convinto dalla lettura dei motivi della sentenza (magari emanata in un altro ordinamento appartenente alla medesima tradizione culturale) risolve la fattispecie oggetto del giudizio in maniera identica a come è stata precedentemente risolta dall'altro giudice, non sussiste alcuna operatività del precedente.

L'ultima ipotesi non è distinguibile dalle prime tre. Non si può individuare l'autorità del precedente a seconda del destinatario delle lodi eventualmente rivolte nel mio provvedimento a colui che è riuscito a convincermi della bontà di una certa soluzione.

Malgrado le apparenze, l'efficacia persuasiva del precedente non risiede nel fatto che il giudice susseguente rimane convinto della bontà della soluzione adottata in precedenza da un altro giudice (7).

Se ragioniamo un momento sull'efficacia del precedente (ma anche,

---

(7) Questo è invece il punto di vista comunemente adottato dai giuristi angloamericani: cfr., ad esempio, sia pure all'interno di un pensiero a volte poco chiaro, Bronaugh, *Persuasive Precedent*, in *Precedent in Law a cura di Goldstein*, Oxford 1987, 216 ss. (Of course, the judge who cites and also follows a persuasive precedent (unlike a binding one) must have been convinced of its rightness: 223 e la tesi viene ribadita in numerosi altri passi). Nello stesso tempo, però, questo autore sostiene che la « *precedential stature is not held as a matter of the substance or content of the case law* » e finisce così col mettersi in contraddizione. Egli infatti individua codesta « *precedential stature* » nella domanda nascente dall'ordinamento di un « *fair treatment* » dei soggetti coinvolti in un processo giurisdizionale, ossia del rispetto del principio di uguaglianza. Senonché, dal momento che egli sostiene senza mezzi termini che, quando il precedente sia soltanto persuasivo, il giudice lo deve ignorare se non è convinto della bontà della soluzione, pare a me chiaro che per questo giudice la preoccupazione di garantire l'uguaglianza di trattamento non può giocare alcun ruolo. Né ad una diversa conclusione può condurre il fatto, avanzato da Bronaugh a riprova della bontà della sua tesi, che talvolta capita che il giudice, convinto della correttezza del precedente, ma non volendolo seguire, si preoccupa di operare un « *distinguishing* ». (*Op. cit.*, 229).

con riferimento agli ordinamenti di *common law*, sul vincolo al precedente) facciamo subito una scoperta solo a prima vista paradossale. Scopriamo che *efficacia o vincolo hanno modo di esprimersi ad una condizione: che il giudice, se non fosse per quell'efficacia o per quel vincolo, deciderebbe la causa in modo diverso, e magari migliore.*

Ecco allora che il rispetto dei valori connessi all'obbedienza ai precedenti, dalla parità di trattamento dei cittadini alla prevedibilità delle decisioni (8), appare avere un suo prezzo, che talvolta converrà pagare, talaltra no: il risultato che si ottiene seguendo il precedente, non è in realtà il risultato « corretto » o « migliore » dal punto di vista interpretativo (almeno stando alle convinzioni del giudice che attualmente decide).

Naturalmente, stabilire quando sia opportuno perseguire il risultato prevedibile e garante dell'uguaglianza e quando sia, invece, opportuno perseguire il risultato « corretto » o « migliore », (e dunque, questo sì, « persuasivo ») conseguente alla libera esplicazione dell'attività interpretativa del giudice, è questione di scelta che dipenderà dalla tipologia delle fattispecie su cui il giudice è chiamato a decidere (9).

Al riguardo, mi limito a ricordare come in tutti gli ordinamenti sia amplissimo il campo dove le ragioni della stabilità, e quindi del rispetto del precedente potranno, nella reciproca dialettica interazione, prevalere rispetto alle ragioni del cambiamento, e quindi della deviazione dal precedente.

Qui importa soprattutto sottolineare che, quando si dice che negli ordinamenti continentali il precedente ha un'efficacia « meramente persuasiva », si vuole segnalare una diversità in confronto al « vincolo » dei precedenti anglosassoni. Ma non ci si preoccupa, almeno di solito, di definire con analitica precisione l'esatto significato dell'attributo che qualifica questa efficacia.

Si ha in mente soltanto l'alta probabilità che giudici formalmente liberi rispetto ai precedenti vi si uniformino.

---

(8) Per una rapida analisi di questi valori cfr. Chiarloni, *Efficacia del precedente giudiziario e tipologia dei contrasti di giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1989, 118 ss.

(9) Due esempi opposti molto convincenti si trovano in Schauer, *Precedent*, in *Stanford Law Review* 1987, 597 s. « making all capital punishment decisions under strict precedential rule would satisfy desire for predictability, but would also entail putting to death some people who would live if their case were scrutinized carefully. And, at the other extreme, many decisions involving the formalities of contracts or real estate transactions are decisions in which sacrificing optimality for predictability would involve negative consequences that are far from catastrophic ».

Anzi, desidero insistere, la peculiare efficacia del precedente sta proprio nella circostanza che il suo mero esistere fa preferire la soluzione in esso adottata a quella che il giudice susseguente avrebbe autonomamente preso, perché ritenuta più corretta e quindi migliore (e dunque, questa sì, più « persuasiva » o convincente) in confronto ad altre escogitabili, e magari già presenti nel supermercato delle confliggenti risposte ai singoli problemi giuridici, ivi compresa la risposta fatta propria dalla anteriore giurisprudenza (10).

Se vogliamo proprio conservare le tradizionali cadenze discorsive, potremmo dire: il precedente ha un'efficacia persuasiva, nei confronti del giudice di pari grado, perché, in determinate circostanze in cui i valori della stabilità facciano premio rispetto a quelli del moto, egli è « persuaso » che sia opportuno rispettare il precedente invece di introdurre una soluzione diversa, da lui ritenuta migliore; ed ha la medesima efficacia, ma di natura più intensa, nei confronti del giudice inferiore, perché, *coeteris paribus*, egli è, per sovrammercato, « persuaso » che sia opportuno non correre il rischio di una riforma o di un annullamento in sede di impugnazione (11).

Ma, a parlare di efficacia persuasiva del precedente nei termini

---

(10) Trattando delle massime elaborate dall'ufficio del massimario della cassazione, Lupoi, in *La cassazione, l'università e l'elaboratore*, in *Riv. notariato* 1974, 254, sostiene che « la massima difetta di contenuto argomentativo e, dunque, di capacità persuasiva. Come non osservare allora che la massima difetta, per necessaria conseguenza, dell'essenziale connotato del precedente giudiziario? Se, nel nostro ordinamento, un precedente giudiziale è tale solo se persuade ... è difficile evitare la conclusione che la massima, priva di argomentazione non può in alcun modo essere considerata un precedente giudiziale ». Dal nostro punto di vista il ragionamento, in apparenza limpido, è tutto giocato su un equivoco determinato da un'interpretazione letterale della nozione di persuasività del precedente. Invece, ben giustamente, secondo la nostra prospettiva, Costantino, *Contributo allo studio del litisconsorzio necessario*, Napoli 1979, 136, mette l'accento sul valore « persuasivo » della costanza nel tempo dei precedenti, a prescindere dal contenuto argomentativo degli stessi. Il giudice inferiore si atterrà alla massima, specie se costante, benché sia priva di argomentazione, semplicemente per evitare il rischio di un annullamento in sede di impugnazione.

(11) A scanso di fraintendimenti, segnalo che il discorso condotto nel testo astrae dal caso, raro, così si spera, in cui il precedente è affetto da un errore madornale. Il discorso si regge nei confini dell'ambito normale di soluzioni opinabili delle questioni giuridiche sorte nell'ambito delle c.d. zone grigie delle norme coinvolte in una controversia. Una particolare tipologia di errori, che consentono di ignorare il precedente viene sussunta nella categoria del precedente emanato *per incuriam* dai giuristi anglosassoni. Si tratta del precedente emanato ignorando l'esistenza di altro e contrario precedente o altra e contraria disposizione di legge.

appena descritti, dobbiamo ammettere che paghiamo il prezzo di una violenza non piccola nei confronti del significato delle parole come lo troviamo nel vocabolario.

3. – A prescindere dai discorsi astratti, di valore sempre relativo, la tesi riceve un'importante conferma empirica se si esamina la tipologia dei contrasti nella giurisprudenza della nostra Corte di cassazione.

Nella costruzione di questa tipologia avevo avuto a suo tempo occasione di inserire i contrasti sincronici casuali, determinati da un imperfetto fluire dell'informazione tra i giudici che si succedono a comporre i collegi nella Corte suprema (12).

L'aumento dei giudici civili addetti alla cassazione per far fronte (a stento) al progressivo dilagare dei ricorsi (giunti ormai a rasentare i ventimila ogni anno) e la dilatazione, dovuta a banalissimi motivi (dis)organizzativi, del tempo intercorrente tra la deliberazione della sentenza e il suo essere resa, oltre che pubblica, anche concretamente disponibile attraverso la massimazione ufficiale o altri strumenti hanno comportato una conseguenza molto deplorabile.

Esiste una sorta di agglomerazione in periodi molto ristretti di contrasti di giurisprudenza, almeno in gran parte da ritenersi dovuti alla mancata conoscenza del precedente da parte del collegio, che magari fa parte proprio della sezione che pochi giorni prima ha deciso in composizione diversa la medesima questione in maniera difforme.

Si tratta di problema non ignoto neppure alle corti di *common law*. Con riferimento alla giurisprudenza delle *Court of appeals* negli Stati Uniti si è infatti di recente notato un preoccupante fiorire di decisioni contraddittorie (c.d. *inadvertent conflicts*) entro la corte del nono circuito, dovute appunto al gran numero di giudici che compongono quella corte (13), che decide circa 2500 casi l'anno (meno di un settimo, comunque, di quelli decisi dalla corte suprema italiana).

Siamo in presenza di contrasti non voluti (14): per quanto riguar-

---

(12) *Efficacia del precedente*, cit., 143 ss.

(13) Wise, *The Legal Culture of Troglodytes: Conflicts Between Panels of the Court of Appeal*, in (37) *Wayne Law Review* 1991, 316 s.; Helmann, *Junboism and Jurisprudence. The Theory and Practice of Precedent in the Large Appellate Court*, in (56) *University of Chicago Law Review*, 1989, 543 ss.

(14) Di questa categoria di contrasti si occupa anche Proto Pisani, *Su alcuni problemi organizzativi della Corte di cassazione: contrasti di giurisprudenza e tecniche di redazione della motivazione*, in *Foro it.* 1988, V, 26 ss., denominandoli « contrasti incon-

da gli ordinamenti di *civil law*, il giudice susseguente si sarebbe probabilmente conformato alla decisione del giudice anteriore, se soltanto l'avesse conosciuta, essendo sensibile alle molte buone ragioni che consigliano l'uniformazione al precedente e correlativamente dissuadono dall'emanare una decisione difforme, pur ritenuta migliore. Ciò soprattutto quando si tratti di materia nuova particolarmente problematica, e la soluzione in contrasto con il precedente è preferita in virtù di ragioni e argomenti facilmente rinunciabili (15).

I contrasti sincronici sono inevitabili anche a causa di un dato socio-organizzativo. Le centinaia di giudici appartenenti alle sezioni civili della corte suprema non abitano tutti insieme in una sorta di ideale abbazia laica dove esistono momenti giornalieri di vita collettiva che consentano una socializzazione delle conoscenze. Molti di essi sono pendolari, e studiano i fascicoli nell'intimità di una casa spesso lontana centinaia di chilometri da Roma, frequentata solo per le riunioni della camera di consiglio. In questa solitudine è di insufficiente conforto avere a disposizione, per la conoscenza dei precedenti, i c.d. foglietti forniti dall'ufficio del massimario, che non sono in grado di documentare la giurisprudenza recentissima.

Se davvero la maggior parte dei contrasti sincronici sono non voluti,

---

sci » e proponendo, tra altri, anche il rimedio di riconvocare la camera di consiglio per rideliberare, ogniquale volta l'ufficio del massimario rilevi il contrasto in sede di esame del provvedimento prima della pubblicazione. In argomento v. di recente Dalmotto, *Contrasti inconsapevoli sul luogo della notifica dell'impugnazione del lodo e valore del precedente depositato dopo ma deliberato prima del cambiamento di giurisprudenza*, in *Giur. it.* 2000, 1857 ss., dove si ricordano parecchi casi di contrasto casuale tra sentenze di Cassazione. Risalendo negli anni, troviamo un clamoroso esempio di contrasto casuale in due sentenze della Corte di cassazione del 1961 (n. 1342 del 10 giugno e n. 1355 dell'11 giugno) che risolvono in senso difforme, ma all'insaputa l'una dell'altra (grazie al fatto che i ricorsi relativi erano stati sottoposti all'esame di due turni diversi della stessa sezione, cioè a due collegi diversamente composti), la questione della soggezione al vincolo di proroga legale dei contratti poliennali di locazione di immobili ad uso di albergo. Il caso suscitò a suo tempo un certo scalpore, perché, allo scopo evidente di occultare un contrasto alquanto imbarazzante, la seconda sentenza non fu massimata ufficialmente. Cfr., in proposito, la nota violentemente e giustamente critica di Scialoja A., *Il precedente occulto*, in *Foro it.* 1962, I, 109. Altri esempi di sentenze della Corte di cassazione che dicono il contrario di un'altra, sono ricordati da Carnelutti, *Massime non consolidate*, in *Riv. dir. proc.* 1951, 360 s.

(15) Un altro aspetto che può indurre alla conformazione al precedente riguarda la maggiore « specializzazione » nella materia del giudice che lo ha deciso, che determina un affidamento da parte del giudice susseguente: cfr., al riguardo, gli acuti rilievi di ÓHara, *Social Constraint*, cit., 745 s.

casuali (o, se si preferisce, inconsci o *inadvertent*) e finiscono con il risolversi nel tempo grazie al riconoscimento del contrasto (con fatica, perché è meno facile uniformarsi al precedente altrui, quando ciò comporti la necessità di disconoscere il proprio) ci troviamo a disposizione una riprova, per così dire, *a contrario*, dell'autentica efficacia del precedente negli ordinamenti ove essi sono privi di efficacia « vincolante ».

È un'efficacia che non ha nulla a che fare con la capacità di persuasione ascrivibile agli argomenti addotti a supporto della decisione. Ha soltanto a che fare con il nudo fatto che essa è venuta prima.

4. – Se l'efficacia del precedente è estranea a qualsiasi « etica della convinzione », bisogna trovarle un altro fondamento.

Incominciamo con il notare che, alla luce della tesi sin qui sviluppata, parlare di efficacia del precedente significa pensare che il giudice susseguente si trova di fronte ad una scelta tutte le volte che, se il precedente non ci fosse, adotterebbe una soluzione diversa.

Egli può inchinarsi al precedente, ovvero emanare la pronuncia in contrasto, da lui ritenuta migliore.

Questo primo risultato non è da poco. È eversivo dei tradizionali canoni del positivismo, dato che tra questi canoni va compreso il principio per cui l'ordinamento giuridico è un sistema chiuso di regole, l'attività interpretativa è indirizzata a individuare la corretta soluzione di un dubbio e il giudice è tenuto ad attenersi alle soluzioni da lui individuate come corrette.

Ma soprattutto questo primo risultato dice una cosa molto interessante in ordine al contesto di giustificazione di un provvedimento giurisdizionale. Ci suggerisce che un giudice può benissimo argomentare in motivazione la soluzione per lui ottimale di un caso, contrastante con il precedente, e poi concludere per il rispetto di quest'ultimo.

Vi è di più. Se il ragionamento finora svolto è esente da errori, risulta provata la legittimità dell'eventuale trasferimento, presso le corti di diritto continentale, di una prassi conosciuta dalle corti nordamericane. Alludo al c.d. *prospective overruling*, iniziato da Cardozo nel 1932 (caso *Sunburst*), dove la corte proclama che cambierà orientamento soltanto per il futuro, mentre vi si adegua per il caso attualmente sottoposto al suo esame, allo scopo di non deludere l'affidamento di almeno una delle parti circa il mantenimento delle soluzioni antiche (16).

---

(16) Il diffondersi della tecnica del *prospective overruling* è alla base di uno steroti-

Certo, se di fronte al precedente, magari consolidato, il giudice può scegliere secondo le modalità appena indicate, non si tratta però di una scelta arbitraria.

Si tratta di una scelta orientata, nel senso che il giudice è tenuto ad uniformarsi al precedente, a meno che non esistano gravi ragioni adeguatamente motivate per discostarsene (non basta la sua convinzione

---

po alquanto diffuso, secondo cui « la giurisprudenza americana è meno vincolata al precedente della giurisprudenza inglese », come dimostrerebbe anche il più frequente ricorso di quest'ultima agli artifici del *distinguishing* (Lupo, *Valore dichiarativo della sentenza ed irretroattività del mutamento giurisprudenziale nel diritto statunitense*, in *Quaderni del Foro it.* 1969, 735; Mandelli, *Recenti sviluppi del principio dello stare decisis in Inghilterra e in America*, in *Riv. dir. proc.* 1979, 672). Non sono d'accordo (il che non implica, ovviamente, il misconoscimento di un dato di fatto comunemente riconosciuto e cioè la maggiore elasticità della giurisprudenza americana rispetto a quella inglese – dovuta però ad una pluralità di fattori fra i quali non rientra, come determinante, un maggior rigore del vincolo *stare decisis* nel secondo rispetto al primo ordinamento: cfr., in proposito, Tunc, *The not so Common Law of England and the United States, or Precedent in England and in the United States, a Field Study by an Outsider*, in *Modern Law Review* 1984, 150 ss.). La tecnica del *prospective overruling* consente alle decisioni dei giudici di avere una forza non dissimile da quella della legge, ispirata al principio della irretroattività (cfr., per la tesi che la tecnica in esame concreta una indebita ingerenza nel legislativo ad opera del giudiziario, Scarman, *Law Reform by Legislative Technique*, in *Saskatchewan Law Review* 1967, 219, citato da Mattei, *Stare decisis cit.*, 325 (*non vidi*)). Si tratta comunque di un'obiezione già avanzata a suo tempo, di fronte ai primi tentativi di fondare la tecnica del *prospective overruling*, dal nostro Bigiavi, *Appunti sul diritto giudiziario*, in *Studi Urbinate* 1953-54, 59 (1954), osservando che se l'*overruling* disponesse soltanto per il futuro, « si esorbiterebbe dall'ambito del diritto giudiziario vero e proprio e si verrebbe a creare una categoria di sentenze molto simili agli *arrêts de règlements* francesi », cosicché i giudici verrebbero ad esercitare una vera e propria *subordinate legislation*. Non sembra concordare con queste critiche Bin, *Prefazione* alla ristampa di Bigiavi, *op. cit.*, Padova 1989, 19, ove, anzi, nel contesto di un discorso fortemente preoccupato delle ragioni di certezza e prevedibilità delle decisioni, e in linea con un'idea già prospettata da Pizzorusso, *Fonti del diritto*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma 1977, 558, che però la ritiene non compatibile con l'attuale normativa e si augura un intervento legislativo al riguardo, si avanza il suggerimento di un utilizzo della medesima tecnica ad opera della nostra Corte di cassazione, così che le esigenze dell'innovazione possano trovare « nella nostra giurisprudenza, forme di espressione più consapevoli, equilibrate e prevedibili ». Le peculiarità del *prospective overruling* rispetto alle concezioni tradizionali della regola *stare decisis* sono ultimamente analizzate, secondo una prospettiva diversa da quella qui accennata, da Mattei, *op. cit.*, 309 ss., ove viene messo in rilievo il contrasto tra l'istituto e due miti del *common law* classico, come la funzione semplicemente dichiarativa della giurisdizione e l'essenzialità, al fine di cogliere l'esatto ambito di vincolatività del precedente, della distinzione tra *ratio decidendi* e *obiter dictum*.

che la soluzione contrastante sia la migliore, ma occorre un bilanciamento molto più approfondito dei valori coinvolti nelle soluzioni contrastanti).

Per convincersene basta riflettere per un momento sulla funzione principale spettante a tutte (17) le corti supreme: farsi presidio di un valore fondamentale dell'ordinamento giuridico, quale la certezza del diritto, attraverso l'attuazione del compito di nomofilachia, in modo da assicurare, come dice l'art. 65 della nostra legge sull'ordinamento giudiziario, « l'uniforme interpretazione delle norme giuridiche » (oltre che la loro « esatta osservanza », innocuo enunciato ispirato agli usi linguistici del positivismo giuridico) (18).

Al riguardo è interessante notare come da tempo la norma appena ricordata è stato autorevolmente indicata come la base legale per il rispetto, in senso sia verticale che orizzontale, dei precedenti della nostra corte suprema, sulla base di argomenti perfettamente identici a quelli che vengono tradizionalmente avanzati nei Paesi di *common law* per giustificare il c.d. « vincolo » al precedente (19).

5. - L'enunciato secondo cui in determinate situazioni ordinamentali il precedente ha oggi un'efficacia vincolante è erroneo, a prenderlo

---

(17) E quindi, è importante sottolinearlo fin d'ora, anche a Corti ispirate ad un modello diverso da quello della cassazione pura, come le Corti di revisione germaniche. L'omologazione sotto questo profilo era già stata intuita da Calamandrei, voce *Cassazione civile*, in *Nuovo Dig. it.*, vol. II, Torino 1937, ora in *Opere giuridiche*, vol. VIII, Napoli 1979, 56, ove si mette in rilievo che, in ordine al problema della distinzione tra errori di fatto e errori di diritto agli effetti della loro denunciabilità « l'istituto della *Revision* presenta problemi assolutamente identici a quelli che da noi suscita la cassazione ». Ricordo anche che lo stesso autore, in *Per il funzionamento della cassazione unica*, ora in *Opere giuridiche*, cit., vol. VIII, 391, dà notizie sui meccanismi previsti in Austria e Germania per assicurare l'attuazione del compito di nomofilachia.

(18) Cfr., al riguardo, i diffusi rilievi di Taruffo, *La corte di cassazione e la legge*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1990, 357 ss.

(19) Gorla, *Postilla su « l'uniforme interpretazione della legge e i tribunali supremi »*, in *Foro it.* 1976, V, 126 ss. è stato il primo a far leva sull'art. 65 dell'ordinamento giudiziario, per conferire una base normativa all'autorità del precedente, ricostruendo un dovere giuridico « funzionale » o « istituzionale » della Corte di cassazione di non distaccarsi dai propri precedenti, se non per ragioni gravi e congrue, che vanno adeguatamente motivate. E v. più di recente Bonsignori, *Il precedente giudiziario in materia processuale*, in *Contratto e impresa* 1987, 405 ss.; Bin, *Funzione unificatrice della Cassazione e valore del precedente giudiziario*, *ivi* 1988, 545 ss., nonché, sia pure secondo un'angolazione parzialmente diversa, Taruffo, *op. cit.*, 360 ss.

nel suo significato letterale, come si vede subito contrapponendolo a quanto in realtà accade negli ordinamenti di *common law* (20).

Adottiamo qui una tecnica di presentazione del problema è alquanto provocatoria, ma non diciamo nulla di nuovo, almeno guardando alla sostanza delle cose.

In ordine alla effettiva esistenza del vincolo si sono, invero, manifestati ancora di recente (21) molti dubbi nella letteratura anglosassone, sia in linea teorica (appare incerto – in base al paradosso del mentitore – lo statuto logico della norma che afferma l'esistenza del vincolo, poiché essa è di origine giurisprudenziale e neanche tanto lontana nel tempo) (22), sia in linea storico-pratica, conto tenuto, già lo abbiamo

---

(20) Anche se non ha immediatamente a che fare con il discorso condotto nel testo, vale, tra l'altro, la pena di ricordare che, negli Stati Uniti, i precedenti giurisprudenziali, quale che sia la loro reale efficacia, possono vederla cancellata attraverso l'uso ad opera delle Corti, e talvolta delle parti, di tre diversi strumenti: la pubblicazione selettiva, per cui un certo precedente non viene pubblicato nei *reports* e per questa sola ragione non acquista efficacia precedenziale e non potrà venir citato; la c.d. *depublication* e cioè il potere, riconosciuto alle Corti supreme statali, di ordinare la cancellazione di un precedente, anche di Corte d'appello, già pubblicato; il c.d. *vacatur*, altro modo di cancellazione del precedente, lasciato alla volontà delle parti, che, pendente un giudizio di impugnazione, raggiungono un accordo conciliativo, subordinato però all'accoglimento della corrispondente istanza congiunta indirizzata ad ottenere che l'efficacia precedenziale della decisione della *circuit court* sia tolta di mezzo. Su questi istituti cfr. Berch, *Analysis of Arizona's Depublication Rule and Practice*, in (32) *Arizona State Law Journal* 2000, 175 ss.; Boggs e Brooks, *Unpublished Opinions and the Nature of Precedent*, in (4) *Green Bag (new series)* 2000, 17 ss. e soprattutto Slavitt, *Selling the Integrity of the System of Precedent: Selective Publication, Depublication, and Vacatur*, in (30) *Harvard Civil Rights Civil Liberties Law Review* 1995, 109 ss. In particolare sulla recente pronuncia della Corte suprema che ha notevolmente ristretto l'ambito di applicabilità del *vacatur* all'esistenza di eccezionali ragioni di equità nella giustizia federale, ma con considerazioni molto critiche circa la perdurante esistenza della prassi nelle corti statali, v. Purcell D., *The Public Right to Precedent: A Theory and Rejection of Vacatur*, in (85) *California Law Review* 1997, 867 ss.

(21) Si tratta, in realtà, di dubbi già manifestati con decisione dagli esponenti del vecchio movimento realista nordamericano, su cui si può vedere l'ottima e ancora attuale sintesi di Tarello, *Il realismo giuridico americano*, Milano 1962.

(22) Al riguardo, cfr. il riepilogo di Goldstein, *Introduction*, in *Precedent in Law*, Oxford 1987, 1 ss., nonché la discussione tra lo stesso Goldstein, *Some Problems About Precedent* e Evans, *The Status of Rules of Precedent* e *The Status of Rules of Precedent: a Brief Reply*, in *Cambridge Law Journ.*, rispettivamente 1984, 88 ss., 1982, 162 ss., 1984, 108 ss. Recentemente, l'idea che il precedente giurisprudenziale concreti una regola cui i giudici successivi siano vincolati è stata sottoposta a serrata critica sul piano della teoria generale da Levenbook in (6) *Legal Theory* 2000, 185 ss., che propone una diversa ricostruzione, basata sull'efficacia di « esempio » per la guida alla condotta dei consociati as-

ricordato, che il *Practice Statement* della House of Lords del 1966 ha sciolto la Corte suprema inglese dal vincolo di obbedienza ai propri precedenti, laddove la Corte suprema federale nordamericana non vi si è mai ritenuta vincolata (23), arrivando di recente a sostenere, per bocca del suo attuale *Chief Justice* che « *stare decisis* is not an inexorable command: rather, it is a principle of policy and not a mechanical formula of adherence to the latest decision » (24).

Quest'ultimo profilo merita un approfondimento. Mi sembra chiaro che, se un vincolo orizzontale allo *stare decisis* non esiste per le corti supreme, esso non può esistere nel suo significato pregnante, malgrado qualsiasi declamazione in contrario, per i giudici che stanno negli altri gradini della gerarchia giudiziaria.

La ragione è semplice. Com'è ovvio, l'obbligatorietà del precedente significa che esiste un dovere giuridicamente sanzionato di conformarsi per il giudice che vi è sottoposto. Ma la sanzione per l'inosservanza di questo dovere non riguarda la persona del giudice. Come accade per le disposizioni legislative (cui il giudice è ovunque indubitabilmente sottoposto) la sanzione per l'inosservanza di questo dovere attinge soltanto il provvedimento da lui emanato, che sarà annullato o riformato dal giudice superiore, in applicazione della regola *stare decisis*.

---

sunta dal precedente. Il che non sembra molto distante dalla teoria dell'efficacia « persuasiva » del precedente continentale. Anche gli esponenti del *Critical Legal Studies Movement* non credono all'efficacia vincolante del precedente: si tratterebbe di un concetto vuoto, utilizzato per mascherare semplici « *policy decisions* » delle corti. Cfr. Unger, *The Critical Legal Studies Movement*, in (96) *Harvard Law Review* 1983, 561.

(23) Cfr. le notazioni di Pagden, *Overruling Decisions in the Supreme Court: the Role of Decision's Vote, Age, and Subject in the Application of Stare Decisis After Payne v. Tennessee*, in (82) *The Georgetown Law Journal* 1994, 1689 ss. e di Freed, *Is Stare Decisis Still the Lighthouse Beacon of Supreme Court Jurisprudence?: A Critical Analysis*, in (57) *Ohio State Law Journal* 1996, 1767 ss. Una certa inclinazione a minimizzare l'impatto sulla dottrina *stare decisis* dell'aumento statistico degli *overrulings* della Corte suprema nordamericana è rinvenibile in Lee, *Stare Decisis in Historical Perspective: From the Founding Era to the Rehnquist Court*, in (52) *Vanderbilt Law Review* 1999, 733 ss. V. anche Banks, *Reversals of Precedent and Judicial Policy-Making: How Judicial Conceptions of Stare Decisis in the U.S. Supreme Court Influence Social Change*, in (52) *Akron Law Review* 1999, 233 ss. Pur datati sono interessanti i rilievi di Aldridge, *Precedent in the Court of Appeal - Another View*, in *Modern Law Review* 1984, 194. Per un'analisi dei più importanti casi di abbandono dei propri precedenti da parte di Corti statali v. Lindquist e Pybas, *State Supreme Court Decisions to Overrule Precedent*, in (20) *The Justice System Journal* 1998, 17 ss.

(24) Ho trovato le parole di Rehnquist in Banks, *op. cit.*, 233. Cfr. 501 U.S., 828 (1991).

Non vogliamo affrontare qui le implicazioni del paradosso *quis custodiet custodes*. Supponiamo pertanto che il giudice superiore applichi le regole che è obbligato ad applicare. Affinché egli sia tenuto a riformare od annullare la decisione che ha deciso in modo difforme dal precedente, occorre che anch'egli sia vincolato dallo *stare decisis* (25). Ed invero, se egli non ne fosse vincolato, potrebbe essere portato a discostarsene proprio nel momento in cui viene davanti a lui censurata la violazione compiuta dal giudice inferiore. E magari, una simile propensione potrebbe venire indotta proprio dalle argomentazioni particolarmente persuasive escogitate da quel giudice al preciso scopo di fargli cambiare orientamento (26). In questo caso, il provvedimento sottoposto a controllo (supponiamo proprio invocando la violazione del precedente) non sarebbe né annullato né riformato. Sarebbe confermato e l'eventuale rilievo, contenuto nel provvedimento di conferma, che il giudice inferiore avrebbe contravvenuto al suo dovere di conformarsi al precedente avrebbe un significato puramente platonico, privo di conseguenze nel mondo del diritto, dove viene stabilita una situazione esattamente contraria a quel dovere.

D'altronde, che il precedente non sia idoneo a conformare una regola giuridica vincolante quando il giudice che lo ha emanato è libero di discostarsene appare chiaro se ci spostiamo sul piano di quelle regole giuridiche davvero vincolanti che sono costituite dalle norme legislative. A tutti apparirebbe insensato un quadro giuridico al cui interno i giudici di merito sono tenuti ad applicare la legge, mentre la Corte suprema è libera di annullare le sentenze rispettose della legge, emanando un « principio di diritto » che non ne tenga conto.

Ma allora, par chiaro che, per lo meno sul piano della ricostruzione teorica, il vincolo del giudice inferiore al rispetto dei precedenti è un vincolo per modo di dire, là dove il giudice superiore non è tenuto a

---

(25) Così come, *mutatis mutandis*, (v. più avanti nel testo) la soggezione dei giudici continentali di merito alla legge esige un'identica soggezione della Corte suprema. Il paradosso del vincolo elastico, e comunque della minor stringenza della regola giurisprudenziale rispetto a quella legislativa emerge chiaramente riflettendo sull'impensabilità di un sistema per cui i giudici di merito sono tenuti a rispettare la legge, mentre una Corte suprema può annullare le sentenze rispettose della legge enunciando un principio di diritto che vi si sottragga.

(26) È questo un comportamento che, a quanto ci viene riferito sotto l'etichetta di *anticipatory overruling by lower Courts*, viene spesso tenuto di fatto dai giudici di merito delle Corti continentali. Cfr. Troper e Grzegorzcyk, *Precedent in France*, in Maccormick e Summers (a cura di), *Interpreting Precedent*, cit., 134.

conformarsi ai propri precedenti (27). Né, da un punto di vista strettamente analitico, il nostro ragionamento è indebolito dalla circostanza che, di fatto, anche in virtù della composizione, limitata a pochissimi membri, delle Corti supreme negli ordinamenti di *common law*, queste abbandonano raramente i propri precedenti (ma come ricordato sopra, più di frequente la Corte suprema Nordamericana che non la *House of Lords*), cosicché il giudice inferiore che se ne discosti (ma è difficile che lo faccia in maniera plateale, semmai ricorrerà alle acrobazie del *distinguishing*) (28) vedrà con grande probabilità annullato il proprio provvedimento con la secca motivazione del mancato rispetto del precedente (29).

---

(27) Penso così di aver dato sostanza ad un dubbio, sia pure inespresso, che ricorre anche nella letteratura anglosassone. Per esempio, Aldridge, *op. loc. cit.*, scrive « there seems to be something ridiculous about a court deciding a case upon the basis that a precedent not binding upon it was binding upon the court from which the appeal was taken ». Inoltre, tra gli argomenti che vengono avanzati per negare l'opportunità che le corti inferiori siano tenute ad osservare l'*hierarchical precedent* in materia di *judicial review* si osserva che la disobbedienza delle corti inferiori può aiutare quella superiore a cambiare la propria giurisprudenza in tema di norme della Costituzione. Cfr., al riguardo, i rilievi di Paulsen, *Accusing Justice: Some Variations on the Themes of Robert M. Cover's Justice Accused*, in (7) *Journal of Law and Religion* 1990, 85 ss.

(28) Anche se i casi di disobbedienza non mancano, specialmente negli Stati Uniti. Cfr. i rilievi di Reddick e Benesh, *Norm Violation by the Lower Court in the Treatment of Supreme Court Precedent: a Research Framework*, in (21) *The Justice System Journal* 2000, 117 ss. e di Weil e Rooldidge, *Stare Un-decisus: the Sometimes Rough Treatment of Precedent in Federal Circuit Decision-Making*, in (80) *Journal of the Patent and Trademark Office Society* 1998, 701 ss. E per converso, a chiudere il cerchio di una situazione nei fatti molto simile, tutti sanno che i precedenti vengono di solito rispettati anche negli ordinamenti continentali, almeno quando sia dato registrare una certa uniformità sincronica nella giurisprudenza delle corti supreme.

(29) La prassi della *House of Lords*, bisogna riconoscerlo, appare indirizzata a far uso solo eccezionalmente del potere di scostarsi dai propri precedenti e, soprattutto, per niente incline ad ammettere i tentativi dei giudici inferiori di accreditare nei loro provvedimenti la necessità del cambiamento. Così, nel caso *Fitzleet Estates Ltd v Cherry (Inspector of Taxes)* del 1977, che trovo citato da Harris, *Legal Philosophies*, Londra 1980, p. 158, Lord Wilberforce scrive (traduzione mia): « Niente è meno desiderabile che permettere ad altri litiganti, dopo che una decisione è stata presa dalla *House of Lords* con tutti i crismi della definitività, di ritornare alla carica nella speranza che un collegio diversamente costituito possa venir persuaso ad adottare la soluzione che il suo predecessore aveva rigettato. È vero che la precedente decisione era stata presa a maggioranza. E non dico qui nulla circa la sua correttezza o la validità del ragionamento che la fondava. Che ci fossero due possibili soluzioni è dimostrato dal fatto che ciascuna di esse ha trovato l'appoggio di membri del collegio. Ma le questioni dubbie debbono essere decise e il diritto non

Che così stiano le cose possiamo essere ulteriormente convinti esaminando un *autentico* vincolo di un giudice susseguente, sia pure all'interno di un medesimo processo, e dunque in un contesto estraneo alla tematica dell'efficace del precedente come fonte del diritto « in generale ». Si tratta di un vincolo paradossalmente ricavabile dalla disciplina delle impugnazioni in un ordinamento di *civil law*.

Alludo al vincolo che stringe il giudice di rinvio a conformarsi al principio di diritto enunciato dalla cassazione quando sia accolto un ricorso proposto per violazione o falsa applicazione di norme di diritto (sostanziale). Qui l'obbligo di osservare il principio di diritto è un obbligo privo di alternative (dunque, un obbligo vero e proprio), perché alla medesima osservanza è tenuta la corte di cassazione, investita di un ulteriore ricorso in caso di ribellione del giudice di rinvio. Per quanto persuasivi possano essere gli argomenti addotti da quest'ultimo per convincere la corte di cassazione che il principio di diritto enunciato in sede di annullamento è erroneo e per quanto i giudici della corte siano soggettivamente convinti della bontà di questi argomenti, la corte di cassazione è *obbligata* ad annullare la sentenza del giudice di rinvio che si sia ribellato al principio di diritto a suo tempo enunciato.

Solo l'obbligo della corte spiega l'assolutezza dell'obbligo del giudice di rinvio.

Quando un obbligo del giudice superiore a conformarsi ai propri precedenti non c'è, diventa difficile giustificare su un piano analitico un obbligo del giudice inferiore che sia soddisfabile esclusivamente attraverso il suo esatto adempimento.

In verità, anche il giudice di *common law* si trova, nei confronti del precedente, ad una scelta tra obbedirgli o discostarsene. E, almeno sul piano delle astrazioni concettuali, non si può articolare una diversità di posizioni tra *stare decisis* orizzontale nei confronti di una corte superiore e *stare decisis* verticale nei confronti dei giudici inferiori: l'obbligo del giudice inferiore ad obbedire i precedenti della corte superiore implica per logica necessità un identico obbligo della corte superiore a conformarsi ai propri precedenti.

Naturalmente, sul piano delle prassi le cose stanno ben diversamente. Qui il « vincolo » verticale è certo assai stringente, sia pure in

---

conosce un modo migliore di risolverle che attraverso la motivata opinione di maggioranza di una corte suprema. Si richiede molto di più che l'esistenza di dubbi sulla correttezza del precedente per giustificare il suo abbandono (corsivo mio) ».

assenza di un vincolo orizzontale. Ma ciò avviene per il medesimo motivo per cui, negli ordinamenti continentali, l'efficacia « persuasiva » del precedente verticale è assai più stringente dell'efficacia « persuasiva » del precedente orizzontale.

È un motivo semplicissimo, vorrei dire banale, che abbiamo già avuto occasione di incontrare in questa esposizione. Nessun giudice desidera andare contro la giurisprudenza di un giudice superiore, perché nessun giudice desidera esporre i suoi provvedimenti al fato della riforma o dell'annullamento.

6. – Abbiamo ora a disposizione qualche elemento per capire un aspetto alquanto strano, per un giurista continentale abituato a prestar fede agli antichi stereotipi, della letteratura anglosassone più recente che tratta dello *stare decisis*.

Gli argomenti avanzati in questa letteratura, da parte dei più convinti assertori della regola, sono argomenti che, partendo dalla constatazione che, in ogni caso il vincolo non è un vincolo rigido, è anzi un vincolo « imperfetto » (30), sono assolutamente identici, o comunque perfettamente compatibili, con gli argomenti che vengono avanzati a favore della c.d. efficacia persuasiva dei precedenti negli ordinamenti di *civil law*.

Non si tratta mai, infatti, di argomenti stringenti, ma sempre di argomenti di opportunità (31): sia che si tratti di argomenti nuovi, come quelli tratti dall'analisi economica del diritto (32), oppure dalla teoria dei giuochi, e in particolare da un'applicazione al precedente di implicazioni tratte dal famoso « dilemma del prigioniero » (33), sia che si trat-

---

(30) Cfr., ÓHara, *op. cit.*, 742: « In short, the effect of the judge's decision making is an imperfect *stare decisis*. The judge will follow his own holdings until there is sufficiently high probability that a holding should be modified or replaced. ». Da ultimo, mentre da un lato sottolinea che l'adesione ai precedenti costituisce una pietra angolare del sistema, specialmente per i diritti reali, sottolinea la necessità di discostarsene quando l'evoluzione sociale lo richieda (anche attraverso l'uso di nuove formule linguistiche nei contratti) Becker, *Debunking the Sanctity of Precedent*, in (76), *Washington University Law Quarterly* 1998, 853 ss.

(31) Significativamente Maltz, *The nature of Precedent*, in (66) *North Carolina Law Review* 1988, 368 intitola « The Justifications for Following Precedent » la sezione del saggio indirizzata all'analisi degli argomenti a favore del precedente.

(32) Lee, *Stare Decisis in Economic Perspective: an Economic Analysis of the Supreme Court's Doctrine of Precedent*, in (78) *North Carolina Law Review* 2000, 643 ss.

(33) ÓHara, *Social Constraint*, cit., 748 ss.

ti di argomenti classici, come quelli relativi alla certezza del diritto, alla prevedibilità delle decisioni, alla parità di trattamento di coloro che chiedono tutela giurisdizionale (34), al prestigio e all'autorevolezza delle corti, al risparmio di attività intellettuale implicato dall'aderenza al principio *stare decisis* (35).

Perché succede questo? La breve indagine fin qui condotta porta a concludere, molto semplicemente, che, sul piano dell'analisi teorica, è molto difficile individuare una differenza reale tra l'efficacia del precedente « vincolante » anglosassone e l'efficacia del precedente « persuasivo » continentale.

7. – Naturalmente, se il nostro discorso si concludesse qui, sarebbe monco. Infatti, basta cambiare il punto di osservazione, per rendersi subito conto che l'importanza dei precedenti delle corti superiori, e più in generale del diritto vivente giurisprudenziale è molto, ma molto più grande negli ordinamenti di *common law* in confronto a quella rivestita negli ordinamenti continentali. La declamazione di un vincolo giuridico all'obbedienza, che non trova riscontro in un'analisi di teoria generale del diritto e che, come abbiamo visto, viene a volte lasciata da parte a prezzo di una grave incoerenza sistemica costituisce, per così dire, la rappresentazione retorico-simbolica di una situazione reale: il fortissimo rilievo storicamente assunto negli ordinamenti di *common law* dal *judge made law* (36), sia pure equilibrato negli ultimi tempi da un forte aumento della produzione legislativa (37); la particolare autorevolezza

---

(34) In proposito cfr., da ultimo, Ruiz, *Equality Before the Law and Precedent*, in (10) *Ratio Juris* 1997, 372 ss.

(35) Caninker, *Why Must Inferior Courts Obey Superior Court Precedents?*, in (46) *Stanford Law Review* 1994, 817 ss.

(36) È un luogo comune della cultura comparatistica che, mentre il diritto continentale è fin dal Medioevo il frutto del lavoro di giuristi universitari, che attraverso una complessa evoluzione storica, ha portato alla redazione di codici e leggi con una forte tendenza all'astrazione sistematica, in Inghilterra il diritto si è « pretoriamente » evoluto attraverso la risoluzione di casi concreti davanti alle diverse giurisdizioni e la relativa concessione degli opportuni rimedi.

(37) È peraltro opportuno ricordare che nei sistemi di *common law* l'innesto della legislazione su un corpo di regole ricavato dai precedenti avviene talvolta non senza difficoltà. È persino accaduto che i giudici si siano tranquillamente ribellati disapplicando statuti non graditi, senza nessuna meraviglia da parte degli addetti ai lavori in un ambiente culturale dove le due fonti sono ritenute pariorinate (da parte di qualcuno il diritto giurisprudenziale è addirittura ritenuto in qualche modo sovraordinato rispetto a quello legislativo). Ribellione d'altra parte non particolarmente difficile di fronte a testi legislativi

delle Corti, dovuta alla omogeneità della giurisprudenza, a sua volta favorita, per le ultime istanze, dalla struttura (poche decine o addirittura poche unità di giudici) e dalla disciplina dell'impugnazione (il c.d. *leave of appeal* che consente di filtrare i gravami ammessi); i riflessi di questo stato delle cose sulla cultura giuridica, che da sempre privilegia le figure dei grandi giudici rispetto a quelle dei grandi professori e l'approccio casistico-valutativo rispetto a quello concettuale-sistematico – contrariamente a quanto avviene nei Paesi di *civil law* (38). Sono tutti fenomeni ben noti, che però non portano con sé, necessariamente, una peculiare e diversa efficacia giuridica dei precedenti anglosassoni rispetto a quelli continentali. Quali che siano le convinzioni da molto tempo radicate nell'autocoscienza degli operatori di oltre Manica e oltre Atlantico.

SERGIO CHIARLONI  
 Professore ordinario  
 nell'Università di Torino

---

che, seguendo lo stile indotto dalla storica prevalenza del diritto giurisprudenziale, sono confezionati con un accanimento casistico che diventa facile preda delle incredibili acrobazie di cui sono capaci i giudici anglosassoni nell'esercizio dell'arte del *distinguishing*. Al riguardo ha occupato per lungo tempo le cronache giuridiche nordamericane il conflitto scoppiato tra giudici e legislatore con riguardo alla repressione dei conflitti collettivi di lavoro attuata dai giudici mediante il ricorso al loro *injunctive power*. Notizie al riguardo in Chiarloni, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, Milano 1980, 245 ss. Per quanto riguarda l'ulteriore questione dei rapporti tra potere legislativo e regola dello *stare decisis* cfr., da ultimo, Harrison, *The Power of Congress Over the Rules of Precedent*, in (50) *Duke Law Journal* 2000, 503 ss.

(38) È una banalità ricordare come la diversa situazione abbia riflessi fondamentali nei modi di trasmissione dell'educazione giuridica. Non solo i seminari, ma anche le lezioni universitarie *ex cathedra* si svolgono nei Paesi di *Common Law* attraverso l'analisi dei *leading cases*, anziché la deduzione di concetti dal sistema. E in qualsiasi testo (anche di filosofia o teoria generale del diritto) si ritrova l'indice dei casi citati, ritenuto un ausilio indispensabile per la consultazione. Un indice che solo negli ultimissimi tempi si comincia a ritenere opportuno inserire in opere di diritto continentale. Lo troviamo, per esempio, in Ronco, *Struttura e disciplina del rito monitorio*, Torino 2000, 631-644.

## IL GIUSTO PROCESSO DI ESECUZIONE (\*)

**SOMMARIO:** 1. L'art. 6 della Convenzione Europea e i procedimenti civili di esecuzione. – 2. Gli argomenti che potrebbero opporsi in ipotesi all'applicazione delle garanzie previste dall'art. 111, 2° comma Cost. ai processi esecutivi. – 3. Riaffermazione della natura giurisdizionale dell'esecuzione forzata e necessità di una specificazione del valore delle garanzie costituzionali, quando siano riferite ai processi di esecuzione. – 4. Contraddittorio immediato, contraddittorio ulteriore ed eventuale e parità formale delle parti in quei processi. – 5. L'estensione della garanzia della « terzietà » e della « imparzialità » del giudice dell'esecuzione ai soggetti complementari dell'ufficio esecutivo e agli ausiliari del giudice. – 6. L'effettività della tutela esecutiva e la controversa interpretazione della formula « giusto processo regolato dalla legge »: richiamo alla dottrina e alla giurisprudenza tedesca sul « principio di proporzionalità ». – 7. L'inadeguatezza della normativa vigente allo scopo della tutela del creditore sia per l'individuazione dei beni da pignorare, sia per le forme del pignoramento e della cessione forzata dei beni, con particolare riguardo all'esecuzione sui valori mobiliari e sui titoli « dematerializzati ». – 8. La regola di « adeguatezza allo scopo » nella relazione « creditore-debitore » e le sue implicazioni: inammissibilità del pignoramento di beni di valore irrisorio; i rimedi contro il pignoramento eccessivo e contro il cumulo dei mezzi di espropriazione; la necessità di rispettare l'unità del bene espropriando. – 9. La questione dell'estensione del pignoramento a credito di valore superiore a quello del creditore precedente e la difficile attuazione del « principio di proporzionalità » laddove il pignoramento apra il concorso di tutti i creditori sul bene pignorato. – 10. La discussa rilevanza costituzionale della parità di trattamento fra i creditori nell'esecuzione individuale e le diverse implicazioni del principio della *par condicio creditorum* e dell'opposto principio *prior tempore potior iure*: cenni di diritto comparato, problemi e possibili rimedi. – 11. La violazione del principio di parità delle parti nella carenza del potere del giudice dell'opposizione di sospendere l'efficacia del titolo esecutivo prima dell'inizio dell'esecuzione. – 12. La ragionevole durata del processo esecutivo nella giurisprudenza della Corte Europea e le esigenze poste dal nuovo dettato costituzionale.

---

(\*) Relazione al Convegno *Il giusto processo*, organizzato dall'Accademia Nazionale dei Lincei e svoltosi in Roma, presso la sede dell'Accademia, il 28 e 29 marzo 2002. Essa apparirà anche nel volume degli Atti.

1. – Una riflessione sulle implicazioni che i principi, racchiusi sotto la formula del « giusto processo », debbono avere sulla disciplina del procedimento, anzi dei procedimenti civili di esecuzione deve muovere ovviamente anch'essa sia dall'art. 6 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950, sia dai nuovi 1° e 2° comma dell'art. 111 Cost. (1). L'integrazione di queste fonti, nonostante qualche diversità di formulazione, non solo non ha bisogno di giustificazione, soprattutto dopo la formale elevazione dei principi, sanciti dalla Convenzione, a « *principi generali del diritto comunitario* » (2), ma acquista anche un evidente rilievo nell'ordinamento del nostro Paese, per le indicazioni, che se ne possono trarre, per quello, che potrebbe chiamarsi il *dover essere* del processo esecutivo.

In effetti l'applicabilità dell'art. 6 della Convenzione ai processi di esecuzione forzata delle sentenze civili è stata affermata dalla Corte Europea in varie sentenze, sulla base della considerazione che il diritto di accesso ai tribunali « sarebbe illusorio se l'ordinamento giuridico interno di uno Stato contraente permettesse che una decisione giudiziale definitiva e vincolante restasse inoperante a danno di una parte ... l'esecuzione di una sentenza, di qualsiasi giurisdizione, deve dunque essere considerata come parte integrante del 'processo' ai sensi dell'art. 6 » (3).

Formulata con riguardo al principio della ragionevole durata del processo, la regola posta da questa giurisprudenza europea, fondata sul presupposto di una *continuità funzionale* fra cognizione ed esecuzione, è certamente idonea ad essere trasferita nel nostro diritto positivo, in particolare nei precetti derivanti dalla novella costituzionale. Ma occor-

---

(1) Cfr., per un primo riferimento, il mio *L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile*, in *Riv. dir. proc.* 2001, p. 1 ss.

(2) Cfr. l'art. 6 del Trattato di Maastricht 7 febbraio 1992, nella versione consolidata dal Trattato di Amsterdam 20 ottobre 1997.

(3) Cfr. soprattutto la sentenza *Hornsby c. Grecia* del 15 marzo 1997, dalla quale è tratto il passo sopra riportato. La motivazione continua: « in effetti, non si comprenderebbe che l'art. 6 par. 1 descriva in dettaglio le garanzie di procedura – equità, pubblicità e celerità – accordate alle parti e che non protegga la messa in opera delle decisioni giudiziali; se questo articolo (6.1) dovesse intendersi come concernente esclusivamente l'accesso al giudice e lo svolgimento del processo di cognizione (*de l'instance*), ciò rischierebbe di creare delle situazioni incompatibili col principio della preminenza del diritto che gli Stati contraenti si sono impegnati a rispettare ratificando la Convenzione ».

Si veda, nello stesso senso, la sentenza *Estima Forge c. Portogallo* del 21 aprile 1998, che ha riconosciuto la violazione dell'art. 6, sotto il profilo della durata ragionevole del processo, in una procedura di esecuzione immobiliare durata 13 anni.

re dare atto che coesiste, in quella giurisprudenza, un orientamento più restrittivo, volto ad escludere, come regola generale, i procedimenti civili di esecuzione dall'ambito dell'art. 6 paragrafo 1 della Convenzione, giacché essi « non risolvono una contestazione su diritti civili, ma presuppongono una decisione anteriore su questi diritti da parte di un giudice competente », e « le decisioni prese da un giudice durante i procedimenti esecutivi non comportano una nuova e separata decisione su quei diritti » (4).

Il quesito è dunque se, per il processo esecutivo, la garanzia comunitaria sia solo quella della « durata ragionevole » o se debbano essere superati i limiti, che paiono suggeriti dal riferimento formale dell'art. 6 alle controversie civili e alla loro decisione: come è stato sostenuto, con una interpretazione teleologica della nozione di « decisione », intesa come risoluzione autoritativa di qualsiasi questione, e quindi applicabile anche ai provvedimenti che accertino la sussistenza dei requisiti richiesti per l'esecuzione (5). Non può tacersi tuttavia l'insufficienza di questa estensione, se lo schermo formale della « decisione » e della « controversia » civile non si supera, riconoscendo la natura contenziosa del processo esecutivo e la conseguente necessità che esso sia assistito dalle garanzie che l'art. 6 raccoglie sotto la formula dell'« equo processo ».

2. – Queste riserve si dovrebbero respingere, con ancor maggiore sicurezza, se si volessero trarre dalla lettura del 2° comma del nuovo art. 111 Cost.: una norma formulata in termini ben più ampi, con riferimento ad « ogni processo », senza determinazione del suo oggetto.

Chi volesse argomentare una interpretazione restrittiva dovrebbe sostenere che la norma costituzionale assume come parametro di riferimento i processi di cognizione, osservando che a questi si adeguano il richiamo allo svolgimento « nel contraddittorio tra le parti » e « in condizioni di parità »: il richiamo cioè a quella struttura dialettica e a quella simmetrica parità delle parti, che è propria dei processi contenziosi, se li si contrappongono, come *species a genus*, ai procedimenti (6). Pro-

(4) Cfr. per tutte le opportune citazioni Focarelli, *Equo processo e convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Cedam, Padova 2001, pp. 74-77 e, per alcuni rilievi critici sulla giurisprudenza della Corte Europea in materia, de Salvia, *Riflessioni in tema di esecuzione civile ed equo processo nel quadro dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. internaz. dei dir. dell'uomo* 1993, p. 15 ss.

(5) Così Focarelli, *op. cit.*, spec. 304-05, testo e note.

(6) Cfr. Fazzalari, *Istituzioni di diritto processuale*, VIII ed., Cedam, Padova 1996, § 10, pp. 60-61 e *passim*.

seguendo in questa argomentazione ipotetica, si potrebbe dire che anche il principio che il processo « si svolge davanti a giudice » (ovviamente « terzo e imparziale ») riproduce perfettamente il modello del processo dichiarativo, più che quello del processo esecutivo, destinato a svolgersi, anche, o talora prevalentemente, di fronte a diversi organi o ufficiali di giustizia. Ricordo, del resto, le critiche rivolte alla vigente disciplina del nostro processo esecutivo, confluite nella proposta di uno spiccato alleggerimento del ruolo del giudice nell'esecuzione. Si è detto, a questo riguardo (7) che la struttura del processo esecutivo deve essere profondamente mutata, giacché l'effettività della tutela giurisdizionale, nel momento della sua concreta realizzazione, è troppo spesso frustrata da un « processo per udienze », che amplia e aggrava in modo non necessario i compiti del giudice dell'esecuzione, rallenta lo svolgimento dell'attività esecutiva, e consente (ma questa è una valutazione più contestata) l'inserimento di incidenti di cognizione non necessari. Si è allora proposto che il giudice dell'esecuzione intervenga soltanto in alcuni momenti salienti, laddove la sua funzione non possa essere surrogata, e sia trasformato per il resto in un giudice degli incidenti. Una scelta, di certo, non destinata a sollevare i dubbi, che si potrebbero delineare di fronte ad una analoga trasformazione del processo di cognizione.

Chi peraltro volesse valorizzare queste diversità per una interpretazione limitativa del nuovo art. 111, 2° comma Cost. dovrebbe non solo svalutare il riferimento esplicito delle garanzie costituzionali ad « ogni processo », ma probabilmente riaprire anche la disputa dottrinale sulla « natura », giurisdizionale o amministrativa, dell'esecuzione forzata: che affonda le sue radici, come ricorda Chiovenda, nel diritto comune, nel principio, allora elaborato, *jurisdictio in sola notione consistit*, volendosi contrapporre l'esecuzione, come mero esercizio di *imperium*, all'attività di *dicere jus*, che « si limita alla cognizione e si esaurisce nella sentenza » (8). Dottrina respinta da Chiovenda e disputa giunta sino alla metà del secolo XX, fino a quella che è stata definita « la definitiva vittoria della tesi che vede nel processo esecutivo una forma di attività giurisdizionale » (9).

(7) Così nella relazione al progetto per la revisione del c.p.c. del 1996, in *Riv. dir. proc.* 1996, p. 971 ss., al n. XVIII, p. 1000.

(8) Cfr. Chiovenda, *Principi di dir. proc. civ.*, Jovene, Napoli 1923, p. 302.

(9) Cfr. Chiarloni, *Giurisdizione e amministrazione nell'espropriazione forzata*, nel volume *L'effettività della tutela del creditore nell'espropriazione forzata*, Giuffrè, Milano 1992, p. 1 ss., a pp. 3-5, e ivi riferimenti.

Di più – procedendo in senso contrario alla storia – si dovrebbe far capo alle tesi – pure talora riprese isolatamente da dottrina e giurisprudenza recente (10) – che hanno escluso il carattere contraddittorio del processo esecutivo, relegando l'attuazione di questo principio alle fasi puramente eventuali delle opposizioni, e sottolineare comunque l'ineliminabile *disuguaglianza* delle parti nell'esecuzione, per la prevalenza del creditore munito di titolo esecutivo: una disuguaglianza, che ha condotto una dottrina classica a rappresentare le posizioni contrapposte delle parti negli esclusivi termini di un *potere* del creditore e di una *soggezione* del debitore, sino ad affermare che « il debitore non sta di fronte al suo creditore come il soggetto di un conflitto giuridico, ma come il portatore di un interesse economico » (11).

Ad un processo, insomma, nel quale *non est iudicandum, sed exsequendum*, non si attaglierebbero, secondo questa visione, almeno alcune delle garanzie della giurisdizione e del « giusto processo » nel quale essa ha da svolgersi (12).

3. – Non credo però che la disputa sulla « natura » dell'esecuzione possa riprendere vigore oggi, quando l'art. 111, 2° comma Cost. definisce

(10) Cfr. la dottrina e giurisprudenza discordanti citate da Capponi, *Alcuni problemi su contraddittorio e processo esecutivo (alla luce del nuovo art. 111 della Costituzione)*, in *Riv. esec. forzata* 2001, p. 28 ss.

(11) Satta, *L'esecuzione forzata*, Utet, Torino 1963, n. 166, pp. 229-30 e per altri riferimenti alle dottrine che costruiscono l'esecuzione come un processo unilaterale, il mio *Il contraddittorio nel processo esecutivo*, in *Esecuzione forzata e procedure concorsuali*, Cedam, Padova 1994, spec. pp. 52-55, cui è da aggiungersi Mazzarella, *Sul contraddittorio nel processo esecutivo*, in *Riv. dir. civ.* 1979, p. 625 ss.

(12) Sulla dottrina formatasi sul « giusto processo civile », cfr., senza alcuna pretesa di completezza, i contributi raccolti nel volume *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, a cura di Civinini e Verardi, Franco Angeli ed., Milano 2001; Verde, *Giustizia e garanzie nella giurisdizione civile*, in *Riv. dir. proc.* 2000, p. 299 ss.; Montesano, *La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di « terza via »*, ivi, p. 929 ss.; Chiarloni, *Il nuovo art. 111 Cost. e il processo civile*, ivi, p. 1010; Proto Pisani, *Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile*, in *Foro it.* 2000, V, 241 ss.; Caianiello, *Riflessioni sull'art. 111 della Costituzione*, in *Riv. dir. proc.* 2001, p. 42 ss.; Comoglio, *Le garanzie fondamentali del « giusto processo »*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2001, II, p. 1 ss.; Id., *Valori etici e ideologie del « giusto processo » (modelli a confronto)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1998, p. 887 ss.; Trocker, *Il nuovo art. 111 della Costituzione e il « giusto processo » in materia civile: profili generali*, nella stessa *Rivista* 2001, p. 381 ss.; Bove, *Art. 111 Cost. e « giusto processo civile »*, in questo stesso fascicolo della *Rivista*.

il « giusto processo » come il mezzo di attuazione della giurisdizione; pur non sentendomi di definire, con intento critico, quelle discussioni come « uno dei momenti più alti nella cultura del processo civile di marca dogmatico-concettualistica » (13). Sarebbe superfluo rivendicare il valore della dogmatica nella scienza del diritto. Occorre invece prendere atto che vi è stata – e non solo nel nostro Paese – una evoluzione della concezione della funzione giurisdizionale, nella quale, accanto ai contenuti dell'attività esercitata, hanno acquisito crescente importanza la posizione del giudice, le modalità dello svolgimento delle sue funzioni, il vincolo al principio *audiatur et altera pars*.

Il richiamo ai valori fondamentali – etici prima che giuridici – del processo giusto, e così dell'imparzialità del giudice, della sua posizione di *terzo* rispetto agli interessi in conflitto, come del contraddittorio e della parità delle parti non avrebbe senso però, se comportasse soltanto la riaffermazione di una dottrina ormai consolidata. Mi pare utile invece per un approfondimento ed una specificazione del significato di quelle garanzie, quando siano rapportate al processo esecutivo: tenendo presente quanto si è osservato sulla inesistenza di *standards* fissi per il « giusto processo » sui singoli diritti e sulla « elasticità » del principio di cui discorriamo (14).

4. – Appaiono allora anzitutto prive di *vis persuasiva* anche le altre ipotizzate obiezioni: che hanno ricevuto una risposta – a me pare, esauritiva – già di fronte all'impianto delle garanzie, costruito dal testo originario della Costituzione (15).

Ed infatti ai processi esecutivi è stato riconosciuto un carattere contraddittorio – comunque si individui, in ciascuno di essi, l'atto con-

(13) Chiarloni, *op. cit.*, p. 3.

(14) Richiamo osservazioni svolte da diversi relatori al Convegno, nel quale la relazione qui riprodotta si colloca. Sul valore del contraddittorio cfr. di recente Picardi, *Il principio del contraddittorio*, in *Riv. dir. proc.* 1998, p. 673 ss. e sui valori etici del processo l'introduzione del Prof. Falzea al Convegno.

(15) Ed il rilievo mi sembra importante, giacché la discussione, subito apertasi dopo la legge costituzionale n. 2 del 1999, ha avuto per oggetto il carattere *ripetitivo* o *innovativo* del nuovo testo costituzionale, rispetto a quanto già si poteva dedurre dagli artt. 3, 24 e 101 ss. Cost.: innovativo, però, *semmai, in melius*, e non di certo nel senso di una assurda restrizione delle garanzie precedentemente accordate. Il vero è che l'obiezione, come ho detto, appare utile soltanto al fine di una ricostruzione delle garanzie sancite dal nuovo secondo comma dell'art. 111 Cost., alla luce delle peculiarità, funzionali e strutturali, del processo, anzi dei processi esecutivi.

tenente la domanda esecutiva (16) – in virtù sia della *notificazione* degli atti prodromici (il titolo esecutivo e il precetto), che assolvono la funzione di una tempestiva *informazione* del soggetto passivo, sia dell'obbligo del giudice di sentire le parti per la determinazione delle *modalità esecutive* e di pronunciarsi sulle *domande o istanze*, da loro proposte al riguardo (17). Di certo, un contraddittorio « parziale » e « attenuato » rispetto a quello del processo dichiarativo: parziale, in quanto limitato, quanto all'oggetto, ad alcuni temi soltanto fra quelli che possono investire l'attività esecutiva; attenuato, perché si esplica nei modi rapidi ed informali di un processo che tende alla maggiore celerità ed immediatezza nell'attuazione della sanzione esecutiva, e che conforma conseguentemente sia i poteri assertivi e probatori delle parti, sia i provvedimenti del giudice (18). E peraltro un contraddittorio destinato a completarsi eventualmente, in forma piena, nelle opposizioni, secondo quella tecnica del « contraddittorio differito o eventuale » (o, come altrove si è detto, della « inversione del contenzioso ») cui a ragione si è riconosciuta piena legittimità, sia prima che dopo la riforma costituzionale (19), e salvo, si intende, il contraddittorio pieno oggi garantito nelle forme della cognizione ordinaria « se, in sede di distribuzione, sorge controversia tra creditori concorrenti o tra creditori e debitore o terzo assoggettato all'espropriazione circa la sussistenza o l'ammontare di uno o più crediti o circa la sussistenza di diritti di prelazione » (art. 512 c.p.c.).

Di qui una prima, credo importante acquisizione. Come la nuova garanzia costituzionale non esclude la pronuncia di provvedimenti giurisdizionali *inaudita altera parte*, purché il contraddittorio successivo, con pienezza di effetti, sia adeguatamente assicurato, così, e direi *a fortiori*, è legittimo e « giusto » un processo che ponga la controparte del creditore precedente in condizione di conoscere tempestivamente la domanda esecutiva, nonché il compimento degli atti di esecuzione e l'assunzione – previa la sua audizione – dei provvedimenti che ne conseguono, e le permetta poi di reagire tempestivamente per ottenere, con

---

(16) Cfr. al riguardo Saletti, *Processo esecutivo e prescrizione, contributo alla teoria della domanda esecutiva*, Giuffrè, Milano 1992, spec. p. 11 ss.

(17) Cfr. gli artt. 486-487 c.p.c. e Comoglio, *Principi costituzionali e processo di esecuzione*, in *Riv. dir. proc.* 1994, p. 450 ss.

(18) Cfr. il mio *Il contraddittorio nel processo esecutivo, ora in Esecuzione forzata e procedure concorsuali*, Cedam, Padova 1994, p. 49 ss., e di recente in materia Capponi, *op. loc. cit.*

(19) Cfr. già Comoglio, *op. cit.*, spec. pp. 459-62.

cognizione piena, il giudizio sull'inesistenza del « diritto di procedere ad esecuzione forzata » o sull'inesistenza o invalidità del titolo esecutivo o dei singoli atti del procedimento.

In questa prospettiva, si è rilevato, prima del 1999, che anche la « *parità delle parti* » dovrebbe rapportarsi – come il contraddittorio – allo specifico oggetto del processo esecutivo, e potrebbe quindi tradursi soltanto nell'eguale potere di « essere ascoltati » dal giudice e di formulare osservazioni ed istanze sulle modalità delle operazioni esecutive. Pure il riferimento allo svolgimento del processo « davanti a giudice » dovrebbe conciliarsi con la struttura di quel processo, sicché basterebbe che sia garantito l'intervento del giudice di fronte ad ogni « incidente » che insorga nello svolgimento delle operazioni esecutive e richieda una « decisione », ancorché essa si traduca non in una statuizione idonea al giudicato (ovviamente estraneo all'esecuzione *stricto sensu* intesa), ma in un *provvedimento esecutivo ordinatorio*, anziché in un provvedimento esecutivo materiale (20).

5. – Queste notazioni non mi paiono sufficienti però ad esaurire l'ambito dei quesiti, che la norma europea, ed ancor più quella costituzionale suscitano, di fronte alle peculiarità del processo esecutivo.

Anche restando, per ora, all'aspetto *formale* delle garanzie, enunciate nel nuovo art. 111, 2° comma, Cost., il richiamo al concetto di giudice « terzo e imparziale » si riferisce, naturalmente e in primo luogo, al giudice dell'esecuzione, e richiede che anche in lui si ritrovino la *terzietà*, intesa come posizione di soggetto estraneo agli interessi in conflitto, e di *imparzialità*, come assenza di pregiudizio, di partito preso. Riemerge qui la distinzione, elaborata dalla Corte di Strasburgo, tra *imparzialità oggettiva* e *imparzialità soggettiva* (21). Così ad es. il giudice dell'esecuzione non può essere anzitutto il « controllore », in sede di op-

(20) Comoglio, *op. cit.*, spec. p. 459 e, sulla distinzione tra i due tipi di provvedimenti esecutivi, il mio *L'oggetto del processo di espropriazione*, Giuffrè, Milano 1961, p. 66 e dottrina ivi cit.

(21) Cfr. per questi concetti e ulteriori riferimenti ad es. Van Compernelle, *Le cumul du provisoire et du fond au regard du principe d'impartialité*, nel volume *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien*, Bruylant, Bruxelles 1998, p. 236; Moretti, *L'imparzialità del giudice tra la cautela e il merito*, in *Riv. dir. proc.* 1996, p. 1084 ss., spec. p. 1102; Focarelli, *op. cit.*, pp. 363-364 e da ultimo Beeldens, *L'imparzialità et la problématique du cumul de fonctions judiciaires*, in *Annales de Droit de Louvain*, vol. 61, 2001, n. 2-3, p. 239 ss.

posizione agli atti esecutivi, di provvedimenti da lui emessi (22). È solo un chiarimento, forse utile, quello che la *continuità funzionale* tra cognizione ed esecuzione, e la considerazione dei due processi come due fasi, legate fra loro ai fini della « durata ragionevole » del processo, non è concezione che possa essere prodotta *ad consequentias*, fino a ritenere l'incompatibilità tra il ruolo di giudice della cognizione e quello di giudice dell'esecuzione nella medesima controversia. La diversità delle funzioni impedisce di concepire l'esecuzione come « *altro grado del processo* » (per usare la terminologia dell'art. 51 c.p.c.), come fase che abbia per oggetto la medesima *res judicanda*. Nessun dubbio dunque di legittimità, anche di fronte alla norma sull'attuazione dei provvedimenti cautelari (art. 669-*duodecies*) laddove affida al giudice di merito la determinazione delle modalità dell'esecuzione (23). Del resto, la medesima situazione si riproduce, o può riprodursi, per l'obbligo di « consegna » dei minori nella separazione coniugale (24), come, in altri ordinamenti, per tutti gli obblighi di fare o non fare (25). Ma l'assenza del monopolio del giudice nell'esecuzione e la distribuzione delle attività esecutive tra diversi soggetti, facenti parte dell'ufficio giudiziario (*in primis*, l'ufficiale giudiziario) o al di fuori di esso, come « ausiliari del giudice » (l'esperto stimatore dei beni pignorati, il custode, gli istituti e i commissionari incaricati della vendita, fino al notaio, con le ampie deleghe per la vendita forzata ora previste) (26) postula che *terzietà* e *imparzialità* debbano riscontrarsi anche in tutti gli altri soggetti che ho menzionato ed esige quindi che la legge appresti (quando già non siano ricavabili dalla normativa vigente) gli strumenti per il controllo giurisdizionale dei loro atti.

Si potrebbe dire (parafrasando e adattando il noto principio) che *executio est actus plurium personarum*, anzitutto *ex parte iudicis*. Si impone quindi – nell'interpretazione della norma costituzionale – una nozione di « giudice » come « ufficio giudiziario » in senso ampio: una

---

(22) Cfr. Proto Pisani, *op. cit.*, 247, con riferimento alla c.d. « incompatibilità per prevenzione », e sul problema, in termini più ampi, Giorgetti, *L'incompatibilità del giudice civile da precedente provvedimento decisivo*, in *Riv. dir. proc.* 2000, p. 1197 ss.

(23) Cfr. Vullo, *L'attuazione dei provvedimenti cautelari*, Giappichelli, Torino 2001.

(24) Cfr. per ampi riferimenti *Codice di procedura civile* a cura di Picardi, sub art. 612, Giuffrè, Milano 2000, p. 178 ss.

(25) Cfr. l'art. 461 CPC brasiliano, e su di esso ad es. Arruda Alvim, *Obrigações de fazer e não fazer – direito material e processo*, in *Revista de Processo*, n. 99, 2000, p. 27.

(26) Cfr. la legge 3 agosto 1998, n. 302 e i nuovi artt. 534-*bis* e *ter*, 591-*bis* e *ter* da essa inseriti nel c.p.c.

nozione rapportata a tutti coloro che, per investitura di legge o per delega, emettano provvedimenti o compiano atti esecutivi, nel processo di esecuzione forzata o ai fini di esso (27). Viene qui in rilievo, insomma, non l'attività del decidere una controversia, del giudicare – che può anche mancare del tutto per il giudice investito del processo esecutivo, se non insorgano controversie attinenti all'esecuzione – ma dell'agire *in executivis* o ai fini dell'esecuzione, sempre che ciò spetti ad un soggetto che debba essere, per la sua funzione, « terzo e imparziale ».

Le conseguenze non sono di poco momento, giacché non solo le garanzie specifiche che ho già ricordato, ma altresì quella della « durata ragionevole » del processo possono essere violate anche dai terzi, soggetti « complementari » dell'ufficio esecutivo e dagli ausiliari del giudice *lato sensu* intesi (vi ricomprenderei, ad esempio, anche il catasto e gli uffici dei registri immobiliari, le cui enormi lentezze nel rilascio dei certificati di loro spettanza hanno ispirato la riforma volta a consentire l'affidamento di funzioni esecutive ai notai).

6. – Questa lettura, adeguatrice delle garanzie *formali*, ricavabili dall'art. 111, 2° comma Cost., alla struttura dei procedimenti esecutivi, mi pare giustificata, ma non sufficiente.

La necessità di vagliare anche l'*effettività* della tutela esecutiva, perché essa possa corrispondere alla nozione di « processo equo » ricevuta nell'art. 6 della Convenzione Europea (28) è stata segnalata già prima della riforma costituzionale del 1999. L'indagine necessariamente si allarga, quindi, da un lato, all'interpretazione dell'art. 6, data dalla Corte di Strasburgo (29), tenendo presente altresì la nozione di « ricor-

---

(27) L'equiparazione al giudice si estende altrove all'autorità amministrativa che procede all'esecuzione, come in Svezia: si veda l'art. 62 del Regolamento n. 44/2001 sostituito dalla Convenzione di Bruxelles, per il quale « in Svezia, in caso di procedimenti sommari relativi ad ingiunzioni di pagamento e all'assistenza i termini 'giudici', 'organi giurisdizionali' e 'autorità giudiziarie' comprendono l'autorità pubblica svedese per l'esecuzione forzata ».

(28) Cfr. Comoglio, *op. cit.* spec. p. 455.

(29) V. il mio *L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile*, in *Riv. dir. proc.* 2001, p. 1 ss., spec. p. 5 ss. e la dottrina ivi citata.

Sull'effettività dell'esecuzione ai sensi dell'art. 6 della Convenzione europea, sull'esigenza di imparzialità dei soggetti che intervengono nell'esecuzione e sull'uguaglianza delle armi tra creditore e debitore v. Fricéro in *Droit et Procédures Revue des Huissiers de Justice* n. 1 54° anno, 2001 e sul termine ragionevole Corte europea 15 gennaio 2001 *Lianari e Tanganelli* contro Italia, in materia di sfratto.

so effettivo » enunciata nell'art. 47 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea, approvata a Nizza il 7 dicembre 2000; d'altro lato, all'interpretazione stessa della nozione di « giusto processo », enunciata nell'art. 6 come nell'art. 111, 1° comma Cost.

Sovrasta, qui, mi sembra, un quesito generale.

La corrispondenza fra i dettati delle fonti europee e quelli del nuovo testo dell'art. 111, o meglio la sostanziale identità tra le nozioni messe a confronto, giustifica probabilmente la proposta di recepire l'art. 6 e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo al riguardo come un elemento interpretativo, del quale tener conto nella fissazione del rapporto tra norma costituzionale e norma interna, e quindi anche dell'ambito del possibile sindacato della Corte Costituzionale (30).

Occorre però anche stabilire se la formula, per la quale la giurisdizione si attua « mediante il *giusto processo regolato dalla legge* », abbia voluto esclusivamente sancire – come da più parti si è affermato – una *riserva di legge* per la disciplina del processo, come per l'ordinamento giudiziario (art. 108 Cost.) o al più porre altresì il divieto di una attribuzione al giudice di poteri tali da tradursi in una delega « in bianco » del legislatore per tutto ciò che riguarda la disciplina del processo, salvo il rispetto delle garanzie specifiche menzionate nel 2° comma dell'art. 111 e in altre norme della Costituzione (come gli artt. 24 e 25 e i già anteriori comma, ora 6° e 7°, dello stesso art. 111). Chi risponde in questo senso finisce per sciogliere la formula dimezzando il valore dell'espressione verbale: il processo è « giusto » se è « regolato dalla legge », purché questa rispetti le garanzie volute dal 2° comma.

Non credo, però, che la formula dell'art. 111, 1° comma Cost. debba risolversi in unaendiadi e non credo neppure che l'attributo « giusto » riassuma semplicemente l'osservanza – nella disciplina del processo – delle garanzie espressamente enunciate nel testo costituzionale. Respingendo questa operazione riduttiva occorre naturalmente indicare a quale ulteriore esigenza il processo debba rispondere, per poter essere considerato « giusto ». Ed a me pare che la disposizione

---

(30) Rinvio al mio scritto *L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile*, cit. Come ho ivi indicato, non si vuole, con ciò, profilare una interdipendenza tra la Consulta e Strasburgo e tanto meno ledere l'autonomia dei giudizi dell'una e dell'altra Corte. Si propone invece di materializzare il principio del « giusto processo », come inserito nella Costituzione, non solo con i contenuti, espressamente racchiusi nella nuova formula legislativa, ma altresì con le specificazioni e le puntualizzazioni, che la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ha indicato.

costituzionale esprima la necessità che il processo sia *adeguato allo scopo cui è destinato*, e non produca quindi effetti né insufficienti né esorbitanti rispetto ad esso.

È superfluo sottolineare che la nozione di scopo domina tutta la dottrina del processo e si traduce in esplicite norme di legge sulla forma e sulla validità degli atti processuali. Segnalerei invece che il « principio di proporzionalità », ossia di una relazione diretta e corretta tra il mezzo e lo scopo, è stato posto da tempo, dalla dottrina e dalla giurisprudenza costituzionale tedesca, tra i principi costituzionali, non solo per tutto ciò che attiene al diritto pubblico, ma anche e specificamente per il diritto dell'esecuzione forzata, con esemplificazioni di certo non prive di interesse (31). È questa, mi pare, la direzione nella quale occorre approfondire la ricerca, avuto riguardo alla necessità di protezione di tutte le parti, che possono essere soddisfatte o, al contrario, lese nel processo esecutivo; alla necessità perciò di comparare i vantaggi conseguibili dai creditori con i sacrifici imposti al debitore, ad evitare ogni squilibrio rispetto alle finalità della soddisfazione esecutiva del credito. E qui il discorso si fa, di necessità, anche se brevemente, analitico.

7. – Volgendo lo sguardo al più articolato tra i processi esecutivi, quello di espropriazione, il principio, che chiamerei appunto di « *adeguatezza dell'esecuzione allo scopo* », si impone anzitutto, sotto molteplici aspetti, già nella fase del pignoramento. Esso postula non solo il contemperamento delle esigenze del creditore con quelle del debitore, nella determinazione della estensione del pignoramento, della pignorabilità o impignorabilità dei beni e dei rimedi contro il pignoramento o i pignoramenti eccessivi, ma anche, e prima, l'idoneità degli strumenti posti a tutela del creditore per il reperimento dei beni pignorabili.

Evidente è nel nostro Paese la *lacuna iuris* per l'individuazione dei beni da pignorare: condizione essenziale per l'effettività della tutela del creditore.

Il nostro legislatore non ha finora sopperito a questa esigenza, se

---

(31) Cfr. ad es. Wieser, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in der Zwangsvollstreckung*, in ZJP 1985, p. 50 ss.; Gerhardt, *Bundesverfassungsgericht, Grundgesetz und Zivilprozess speziell: Zwangsvollstreckung*, in ZJP 1982, p. 467 ss., spec. p. 482 ss.

Sulla consacrazione del principio di proporzionalità da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo e sulle sue applicazioni all'esecuzione forzata cfr. pure Guinchard-Baudrac-Lagarde-Douchy, *Droit processuel, Droit commun du procès*, Dalloz, Paris 2001, n. 652 ss., spec. p. 772, 783.

non nella materia speciale della riscossione dei crediti mediante ruolo (32); non ha scelto, per l'esecuzione forzata comune, fra i due sistemi diversi per l'individuazione dei beni da espropriare che si confrontano sul piano europeo: il sistema tedesco della dichiarazione giurata del debitore sul suo patrimonio (con sanzioni anche penali) e quello spagnolo e francese della richiesta di informazioni a terzi qualificati, che hanno l'obbligo di fornirle (33). Lasciando da parte l'ipotesi della sanzione penale – senza la quale, peraltro, la dichiarazione giurata del debitore appare uno strumento velleitario per la conoscenza del suo patrimonio – l'altro sistema sembra più adeguato. Si comprende dunque come si preveda, a livello europeo – ancorché non lo si sia ancora normativamente sancito – un dovere di collaborazione e di informazione patrimoniale (34) e soprattutto un dovere di terzi qualificati di fornire le notizie all'uopo occorrenti.

---

(32) Il problema è emerso nella legge delega 28 settembre 1998, n. 357 « per il riordino della disciplina relativa alla riscossione » che prevede (art. 1 punto *h*) lo « snellimento e razionalizzazione delle procedure di esecuzione anche nel rispetto del principio della collaborazione del debitore all'esecuzione » e indica fra le sue modalità (n. 7) « l'accesso dei concessionari, con le opportune cautele e garanzie, alle informazioni disponibili presso l'anagrafe tributaria, con obbligo di utilizzazione delle stesse ai soli fini dell'espletamento delle procedure esecutive ».

La delega ha trovato attuazione con tre diversi decreti legislativi: 22 febbraio 1999, n. 37, 26 febbraio 1999, n. 46 (che, all'art. 16, stabilisce la nuova disciplina dell'esecuzione forzata speciale, sostituendo gli artt. 45 ss. del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 602) e 13 aprile 1999, n. 112. Il principio, enunciato nella legge delega e sopra riferito, trova attuazione nell'art. 18 (Accesso dei concessionari agli uffici pubblici), a norma del quale « 1. Ai soli fini della riscossione mediante ruolo, i concessionari sono autorizzati ad accedere agli uffici pubblici, anche in via telematica, con facoltà di prendere visione e di estrarre copia degli atti riguardanti i beni dei debitori iscritti a ruolo e i coobbligati, nonché di ottenere, in carta libera, le relative certificazioni. 2. Ai medesimi fini i concessionari sono altresì autorizzati ad accedere alle informazioni disponibili presso il sistema informativo del Ministero delle finanze e presso i sistemi informativi degli altri soggetti creditori, salve le esigenze di riservatezza e segreto opponibili in base a disposizioni di legge o di regolamento. 3. Con decreto del Ministero delle finanze, sentito il garante per la protezione dei dati personali, sono stabiliti i casi, i limiti e le modalità di esercizio delle facoltà indicate nei commi 1 e 2 e le cautele a tutela della riservatezza dei debitori ».

(33) Cfr. Comoglio, *L'individuazione dei beni da pignorare*, in *Riv. dir. proc.* 1992, p. 85 ss.

(34) Cfr. per riferimenti il mio *L'ordine europeo del processo civile*, in *Riv. dir. proc.* 2001, p. 902 ss. al n. 12, p. 928.

Non penso che questo dovere possa essere assistito da sanzioni penali, ma semmai da misure coercitive, come le *astreintes*, delle quali pure è assai dubbia, nel caso concreto, l'utilità. Ed infatti, se il debitore non rivela la consistenza del suo patrimonio, e rende

Per rendere *effettiva* la tutela del creditore in questa fase preliminare all'esecuzione, senza attendere l'intervento europeo, e per consentire il necessario scambio di informazioni tra le Autorità che presiedono all'esecuzione nei vari Paesi si dovrebbe almeno tradurre in legge la proposta (35) di attribuire al giudice dell'esecuzione il potere di ordinare agli uffici delle imposte l'esibizione della denuncia dei redditi del debitore esecutato e di richiedere informazioni scritte sui redditi e sul patrimonio del medesimo all'anagrafe tributaria, agli istituti previdenziali e ai gestori di pubblici registri o archivi a base personale; vincendo così anche ogni ostacolo eventualmente derivante dalla tutela della *privacy* (36).

Nulla di tutto questo si ritrova peraltro anche nell'ultimo disegno di legge « *Modifiche urgenti al Codice di procedura civile* », deliberato dal Consiglio dei ministri il 21 dicembre 2001 ed attualmente pendente dinanzi alla Commissione Giustizia della Camera dei Deputati (n. 2229).

E non indugio su altre inadeguatezze della disciplina legislativa per ciò che riguarda l'effettività della tutela del creditore nel pignoramento e nell'alienazione dei beni pignorati: soprattutto per la mancanza di forme di pignoramento idonee per i valori mobiliari e per tutti i titoli « dematerializzati » (37), e per la necessità di strumenti più adeguati e più aderenti alla realtà economica al fine della cessione dei beni nell'esecuzione forzata, evitando che questa divenga (come troppo spesso avviene e come tante volte è stato denunciato) un semplice strumento di speculazione, a danno dei creditori e del debitore (38).

---

quindi vani i tentativi di pignoramento, l'applicazione dell'*astreinte* non farà che aumentare il suo debito rimasto inadempito.

(35) V. il Progetto di revisione del c.p.c. del 1996, cit. punto 35 d.

(36) Cfr. la legge sul trattamento dei dati personali 31 dicembre 1996 n. 675.

(37) Cfr. Oppo, *La dematerializzazione dei titoli del debito pubblico*, in *Nomos* 1988, p. 73 ss. e per altre citazioni e considerazioni le mie *Prospettive di armonizzazione delle norme sull'esecuzione forzata nella Comunità economica europea*, in *Riv. dir. proc.* 1994, p. 205 ss., spec. pp. 214-15.

(38) Rinvio per qualche cenno al mio rapporto alle *Journées françaises* dell'Association Henry Capitant su *L'effectivité des décisions de Justice*, nel volume omonimo, ed. Economica, Paris 1985, p. 121 ss. V. anche Chiarloni, *Giurisdizione e amministrazione nell'espropriazione forzata*, cit. Il rilievo appartiene peraltro alla dottrina internazionale dell'esecuzione forzata: cfr. la relazione de Miguel, *Últimas evoluciones en materia de ejecución forzosa singular*, in *Effektiver Rechtsschutz und verfassungsmässige Ordnung*, ed. bei W. Habscheid, Bielefeld 1983, p. 515 ss. e le relazioni nazionali ivi riassunte.

8. – Ben più complessi sono i problemi concernenti l'adeguatezza dell'espropriazione nella relazione *creditore-debitore*. Vero è che essa si esprime, nella espropriazione mobiliare, in una articolata disciplina della scelta del bene da pignorare, ispirata all'esigenza di preferire i beni di più facile e sicura realizzazione, che meglio attuano la soddisfazione del creditore senza aggravare inutilmente la posizione del debitore (39). Ma, alla luce del criterio della proporzionalità dell'esecuzione e potrebbe dirsi altresì della sua economicità (40) si dovrebbe concludere (come è stato altrove espressamente sancito) che l'espropriazione di beni di valore irrisorio, insufficienti a superare le spese dell'esecuzione, sia inammissibile per difetto di interesse ad agire e giustifichi addirittura il rifiuto del pignoramento (41); e per converso occorrerebbe valutare l'adeguatezza delle regole (già presenti nel nostro ordinamento) sulla riduzione del pignoramento (42) e sulla limitazione giudiziale del cumulo dei mezzi di espropriazione (43).

Un'attenzione ulteriore deve essere poi rivolta, in quest'ambito di valutazioni, al principio non scritto per il quale « l'esecuzione deve rispettare il bene nella sua individualità cosicché il creditore non può arbitrarsi di pignorare una parte » (44). Esso non riflette soltanto un'esigenza del mercato, ma, ben di più, quella di non aggravare il sacrificio del debitore, frantumando un bene fisicamente individuato come una entità autonoma. Occorre evitare azioni esecutive vessatorie, non giustificate, nella determinazione del loro oggetto, dalla necessità di tutela del creditore, come nel caso, deciso dalla Cassazione, di un

(39) Cfr. l'art. 517 c.p.c. e su di esso le mie osservazioni ne *L'oggetto cit.*, spec. pp. 265-264.

(40) Cfr. Wieser, *op. cit.*, e Pawlowski, *Die Wirtschaftlichkeit der Zwangsvollstreckung*, in *ZZP* 1977, p. 345 ss.

(41) Cfr. Jaeger, *Il rifiuto del pignoramento*, estr. dagli *Studi turbinati* 1955, p. 25 che cita l'espressa disposizione del § 803, 2° comma ZPO tedesca; Gerhardt, *op. cit.*, p. 483.

(42) Cfr. l'art. 495 c.p.c. e l'art. 485 c.p.c.

(43) Cfr. ad es. per la proposta che il potere di riduzione del giudice possa esercitarsi solo dopo la decorrenza dei termini fissati per l'intervento e subordinatamente alla prova della notificazione dell'avviso ai creditori iscritti o sequestranti risultanti dai pubblici registri o dalla dichiarazione di terzo il punto 35 f) della proposta citata di revisione del 1996. Per una diversa proposta v. l'art. 22 del d.d.l. ministeriale del 2001, cit.

(44) Cfr. Satta, *Commentario al c.p.c.*, III, sub art. 555, p. 346 e per ulteriori sviluppi il mio scritto *Il bene immobile nel processo esecutivo, ora in Esecuzione forzata e procedure concorsuali*, Cedam, Padova 1994, p. 199 ss.

pignoramento che aveva colpito parti comuni di un edificio (gli ascensori, i pianerottoli e la tromba delle scale) di un vasto condominio, e addirittura parti di singoli appartamenti (l'ingresso e porzioni di corridoio e di vani) « del tutto inscindibili dalle unità al cui servizio erano poste » (45). L'abuso del processo esecutivo si traduce qui in una violazione della regola di « adeguatezza allo scopo », che deve condurre all'affermazione dell'impignorabilità di parti di un unico bene immobile.

Lo stesso dovrebbe dirsi per l'ipotesi che il creditore pignorasse soltanto una quota del bene, di proprietà solitaria del debitore, mirando così a creare, in via esecutiva, una comproprietà, con le conseguenze negative facilmente immaginabili per l'uso come per l'alienazione del bene. Naturalmente questi limiti – che ricollegherei alla garanzia costituzionale – si impongono al giudice dell'esecuzione anche in sede di riduzione del pignoramento o di reazione al cumulo di mezzi di espropriazione: misure, che non potranno mai consistere nella scissione dell'unità immobiliare, e nella conseguente liberazione di una parte di essa dal vincolo esecutivo.

Fermo il rispetto dell'unità del bene, la proporzionalità dell'esecuzione si può comunque raggiungere, anche dopo, sia con la divisione in lotti, ove possibile, sia con la cessazione della vendita, effettuata in più volte o in più lotti, « quando il prezzo già ottenuto raggiunge l'importo delle spese e dei crediti » del pignorante e degli intervenuti (46); cosicché, per questo aspetto, può dirsi che il nostro diritto positivo corrisponde all'esigenza di un processo esecutivo « giusto ».

9. – Una questione più ardua si è posta quando oggetto del pignoramento sia un credito pecuniario – un bene, cioè, di per sé scindibile – di ammontare superiore a quello del precedente; e si è posta con particolare rilievo nei Paesi, come il nostro, nei quali il pignoramento crea un « vincolo a porta aperta », sicché il creditore pignorante può vedersi assottigliata o vanificata la tutela esecutiva dal concorso tempestivo di creditori, specialmente, ma non soltanto, se muniti di diritto di prelazione.

La Corte di Cassazione ha ritenuto anche recentemente (47) che,

(45) Cfr. Cass. 4 settembre 1985 n. 4612, in *Foro it.* 1986, I, 494 e su di essa il mio scritto ora cit., p. 207 nota 9.

(46) Cfr. gli artt. 576 e 577 c.p.c.

(47) Nella sentenza 29 gennaio 1999 n. 798 in *Riv. dir. proc.* 2000, p. 907 con nota di Gioia; ma v. già, nello stesso senso, Cass. 22 aprile 1995 n. 4584, in *Foro it.* 1996,

in questo caso, « l'ammontare del credito per cui si procede non assume la funzione di limitare l'oggetto del pignoramento alla corrispondente parte del maggior credito indicato nell'atto di pignoramento come oggetto dello stesso » sicché « qualora il terzo faccia dichiarazione positiva dell'esistenza del credito, i creditori intervenuti possono soddisfare i loro crediti sull'intera somma oggetto del credito pignorato » (48).

Il dubbio è stato prevalentemente risolto dalla nostra dottrina facendo riferimento al principio della domanda (49) e quindi al limite fissato dal creditore nell'atto di pignoramento. Nei progetti di riforma si è talora esteso il pignoramento all'entità integrale del credito pignorato, anche in previsione del concorso dei creditori, salva un'espressa limitazione apposta dal creditore pignorante e salva sempre la riduzione del pignoramento eccessivo (50). Ma taluno ha ritenuto questa soluzione troppo onerosa per il debitore, che viene così esposto « al blocco di un credito anche di molto eccedente quello del creditore precedente e che, conseguentemente, si presta ad un uso « ricattatorio » ai danni del debitore » (51). Da ultimo il disegno di legge ministeriale cui ho fatto cenno prevede (52) che il pignoramento possa essere eseguito « nei limiti dell'importo del credito precettato aumentato della metà » ed inoltre che « nel caso di pignoramento eseguito presso più terzi il debitore può chiedere la riduzione proporzionale dei singoli pignoramenti ... ovvero la dichiarazione di inefficacia di taluno di essi » (53).

L'applicazione del principio di proporzionalità (agevole quando

---

n. 3770, con nota di Acone, e successivamente Cass. 4 gennaio 2000 n. 16, in *Giur. it.* 2000, 1143.

(48) Nella specie, il creditore precedente aveva genericamente pignorato le somme dovute dal terzo al debitore, senza limitare il pignoramento all'ammontare corrispondente al suo credito.

(49) V. per riferimenti il mio *L'oggetto del processo di espropriazione*, cit., p. 816 ss.

(50) Così il progetto di revisione del c.p.c. del 1996 cit.: v. la relazione in *Riv. dir. proc.* 1996, a p. 1006.

(51) Così Vaccarella, *Le linee essenziali del processo esecutivo secondo il progetto della commissione Tarzia*, in *Riv. dir. proc.* 1998 p. 364 ss., a p. 372.

(52) Cfr. l'art. 29, a modifica dell'art. 546 c.p.c.

(53) Qui vorrei soltanto segnalare il problema, con l'avvertenza che non basterà di certo ad ovviare, all'insufficienza dei beni pignorati determinata dall'intervento di altri creditori, l'estensione (pure opportuna) a tutte le forme di espropriazione di quella facoltà del creditore precedente di indicare agli altri intervenuti diversi beni pignorabili (e quindi anche il supero rispetto al credito pignorato) fino ad oggi prevista solo per l'espropriazione mobiliare (art. 527 c.p.c.). V. sempre il progetto ministeriale cit., art. 29

l'esecuzione sia strettamente individuale, a tutela esclusiva del creditore pignorante) diviene palesemente difficile, e idonea a suggerire soluzioni discordanti, laddove debbano conciliarsi esigenze in conflitto, come quelle della tutela del pignorante, della tutela dei creditori intervenuti tempestivi e della protezione del debitore contro l'eccesso del pignoramento.

Queste contrapposte esigenze si estenderanno a livello europeo, qualora dovesse tradursi in norma comunitaria il progetto di un sequestro o pignoramento europeo dei depositi bancari, eseguibile, senza necessità di rendere esecutiva la sentenza, in tutti i Paesi dell'Unione (54).

10. – Sono giunto così al *caput controversum* forse più importante anche nell'ambito europeo: al modo, cioè, di garantire la parità di trattamento fra i creditori concorrenti. Appare naturale il confronto tra la regola della *par condicio creditorum*, che pone tutti i creditori – pignorante e intervenuti – sullo stesso piano nella fase della distribuzione (salve le cause di prelazione, e salve talora le distinzioni fra creditori intervenuti tempestivi e tardivi) e l'opposto principio *prior tempore potior jure* (o *Präventionsprinzip*) che domina in altri Paesi ed assicura un diritto di preferenza al creditore pignorante. Né mancano sistemi intermedi, come la raccolta dei creditori in gruppi secondo i tempi delle loro iniziative esecutive, o combinano le due regole, come in Francia: dove al concorso eguale dei creditori nella *saisie-vente* dei beni mobili si contrappone la preferenza assoluta per il primo pignorante nella *saisie-attribution*, nell'assegnazione immediata dei crediti di danaro pignorati (55).

Ci si può chiedere se tutto questo abbia a che vedere con la garanzia costituzionale della parità delle parti. In effetti si è discusso sul valore del principio della *par condicio* come espressione del principio costituzionale di uguaglianza: almeno nel senso che la riserva delle cause legittime di prelazione sia « la via che il legislatore deve seguire quando vuole discriminare ragionevolmente situazioni soggettive di credito »,

(54) V. il mio *L'ordine europeo del processo civile* cit., n. 14, p. 929 ss.

(55) Cfr. gli artt. 43 e 55 della legge 9 luglio 1991, n. 91-650.

Cfr. Perrot, *La riforma francese delle procedure civili d'esecuzione (la prima legge)*, in *Riv. dir. proc.* 1992, p. 209 ss., spec. p. 227 ss.; Vincent-Prévault, *Voies d'exécution et procédures de distributions*, 17<sup>a</sup> ed., Paris 1993, spec. p. 95 ss. Per una analisi comparativa rinvio al mio *La distribution des deniers dans l'exécution forcée en Europe*, in *Revue internationale de droit comparé* 1999, p. 332 ss.

con la conseguenza che le discriminazioni di ordine processuale non sarebbero costituzionalmente consentite, salvo quelle – « ispirate alla necessità che la garanzia del concorso non si traduca nell'immortalità della procedura esecutiva » – che determinano un limite di tempo, « dopo il quale il creditore è escluso, o partecipa solo in secondo grado o per i riparti a venire » (56).

Della legittimità costituzionale del sistema, che assicura una priorità al primo creditore pignorante, si è dubitato anche in Germania, sino ad affermare che « la *par conditio creditorum* sembra accordarsi meglio col principio di eguaglianza enunciato dall'art. 3 della Costituzione tedesca » (57) (e naturalmente anche della nostra).

Nell'ordinamento nostro attuale il quesito, se così impostato, non ha ragione di porsi, non potendosi dubitare della legittimità di norme che subordinino l'accesso al processo esecutivo degli altri creditori all'osservanza di un limite temporale, che dovrebbe comunque essere anteriore alla vendita o all'assegnazione del bene pignorato. Ma resta il problema della insufficienza sopravvenuta dei beni pignorati alla tutela del creditore pignorante di fronte agli intervenuti tempestivi. Guardando anche alle esperienze europee, è da chiedersi se il rispetto dei principi e la conciliazione delle opposte esigenze non si debba ottenere almeno *a posteriori*; sancendo – come in vari Paesi che riconoscono il diritto di priorità – che questo diritto viene a cadere, e si apre il concorso collettivo dei creditori sul patrimonio del debitore, se questi si rivela insolvente, sia o non sia imprenditore commerciale (58).

11. – Ma la parità creditori-debitore, quanto ai mezzi di tutela, non è oggi assicurata appieno nel nostro diritto dell'esecuzione. La *inversione del contenzioso*, se appare legittima ed è suggerita dalla necessità di

---

(56) Cfr. in questo senso il mio *Parità e discriminazione tra i creditori nelle procedure concorsuali*, in *Esecuzione forzata e procedure concorsuali* cit., p. 555 ss.; contra Chiarloni, *op. cit.*, p. 31.

(57) V. Schlosser, *Vollstreckungsrechtliches Prioritätsprinzip und verfassungsrechtlicher Gleichheitssatz*, in *ZZP* 97 (1984), p. 113 e s. Cfr. sul tema in diverso senso Gaul, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsvollstreckung aus rechtsgrundsätzlicher und rechtsdogmatischer Sicht*, in *ZZP* 1999, p. 155 ss., spec. V, p. 153 ss.

(58) Cfr. il mio *La distribution des deniers* cit., p. 345.

Il problema è destinato ad aggravarsi laddove, come in Francia, sia espressamente stabilito che l'effetto traslativo immediato del credito a favore del pignorante, proprio della *saisie-attribution*, non viene meno neppure nel caso di successivo assoggettamento del debitore ad una procedura concorsuale.

non porre remore *a priori* all'esercizio dell'azione garantita dal titolo esecutivo, postula tuttavia che, con l'opposizione all'esecuzione, il debitore possa non soltanto ottenere una cognizione piena sull'inesistenza del diritto di procedere ad esecuzione forzata, che è fatto valere contro di lui, ma anche – « concorrendo gravi motivi » – richiedere la sospensione dell'efficacia del titolo esecutivo prima dell'inizio dell'esecuzione, almeno con un'istanza al giudice dell'opposizione a precetto: anziché dover attendere il pignoramento o altri provvedimenti materiali dell'esecuzione in forma specifica per potere ottenere – come oggi soltanto può fare – la sospensione dell'esecuzione già iniziata (59).

Il *vultus*, recato al principio di parità, è evidente, giacché resta frustrata l'esigenza di impedire che si verifichi il danno da pignoramento (o da altro atto esecutivo che invada il patrimonio del soggetto passivo): danno che non potrà essere eliminato se non *ex nunc*, dal momento nel quale sarà emanata una sentenza esecutiva che dichiari l'illegittimità dell'esecuzione.

La scelta legislativa (che obbliga oltretutto il debitore a reiterare l'opposizione a precetto con l'opposizione ad esecuzione iniziata, se vuole ottenere quantomeno che il processo esecutivo si arresti dopo il pignoramento) è stata criticata, sotto il profilo della legittimità costituzionale, già prima della riforma dell'art. 111 Cost. (60). Rimessa alla Corte Costituzionale, la questione è stata dichiarata inammissibile (61). La regola, che mi pare corretta, resta scritta, per ora, soltanto in progetti di riforma non ancora trasformati in legge (62). La lacuna di tutela è stata frattanto colmata indirettamente dalla giurisprudenza ammettendo a questi fini il ricorso ad un provvedimento d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.* (63).

## 12. – Non è mio proposito, né sarebbe possibile indicare qui tutti i

(59) Cfr. al riguardo gli artt. 615 e 624 c.p.c.

(60) Cfr. Chiarloni, *op. cit.*, e Costantino *ivi cit.* p. 19, e successivamente Proto Pisani, *Il nuovo art. 111 cit.*, c. 246.

(61) Cfr. Corte Cost. 19 marzo 1996 n. 81, in *Fofo it.* 1996, I, 1924 e in *Giust. civ.* 1997, I, 349.

(62) Cfr. il progetto del 1996 *cit.*, punto 32 e il d.d.l. per « modifiche urgenti al c.p.c. » del 2001, art. 39, a modifica dell'art. 624 c.p.c.

(63) Cfr. Cass. 25 febbraio 2000 n. 2051 in *Fofo it.* 2000, 1834 e in *Riv. esec. forzata* 2000, p. 649. Sul problema della sospensione dell'esecuzione per consegna o rilascio v. già Cass. 4 agosto 1945 in *Giur. it.* 1946, I, 1, 112 con nota di Allorio.

dubbi, che una rigorosa interpretazione, non puramente formale, della garanzia del « giusto processo » è idonea a far sorgere di fronte alla disciplina del processo esecutivo (64). Accenno soltanto ai problemi – solo con difficoltà risolti di fronte alla vigente disciplina – dell'integrazione del contraddittorio di fronte ai fenomeni che, nel processo di cognizione, danno luogo all'interruzione del processo (65) e alla insufficiente garanzia del contraddittorio nell'esecuzione per consegna o rilascio (66).

Vorrei concludere con un cenno alla garanzia della *ragionevole durata* del processo, rafforzata ora dalla istituzione di un procedimento risarcitorio per la sua violazione (67), che non v'è motivo per ritenere inapplicabile al caso di dilazioni indebite del processo esecutivo.

La Corte europea ha ritenuto che, per il rispetto della garanzia del « termine ragionevole », occorra tener conto di entrambe le fasi – di cognizione e di esecuzione – soppesando, in questa valutazione complessiva, tutti gli elementi da essa individuati: la complessità del caso, che può verificarsi anche in materia esecutiva, specialmente di fronte alle integrazioni del titolo per la determinazione delle modalità delle esecuzioni in forma specifica; il comportamento dell'istante, che abbia prolungato la durata del procedimento; il comportamento delle autorità nazionali.

La ragionevolezza della durata deve perciò essere valutata sia separatamente – per il processo di cognizione e per quello esecutivo – sia nella somma dei due, che permetta di valutare la *distantia temporis* fra la domanda di condanna e il provvedimento satisfattivo: espungendo dal calcolo il ritardo, ad es., tra la sentenza esecutiva e la richiesta di esecuzione.

Ma, ciò premesso, sembra di poter ripetere anche per il processo esecutivo (68) ciò che si è osservato su un piano generale.

---

(64) Così per la questione, sollevata da Capponi, *Alcuni problemi cit.*, a p. 56 ss. sulla necessità di legittimare il soggetto passivo dell'esecuzione a contestare immediatamente l'intervento di un creditore.

(65) Rinvio alle considerazioni svolte nel mio *Il contraddittorio nel processo esecutivo*, cit., par. n. 12.

(66) V. il mio scritto ora citato, n. 13.

(67) V. la legge 24 marzo 2001 n. 89, e in argomento rinvio al mio *Sul procedimento di equa riparazione per violazione del termine ragionevole del processo*, in *Giur. it.* 2001, p. 2450.

(68) La cui durata, specialmente quando ha per oggetto beni immobili, e salvo alcune recenti e salutari prassi, si misura ad anni.

L'esigenza ribadita dalla Costituzione non si soddisfa soltanto con le regole del processo. Certamente una conformazione della struttura del processo, adeguata alla celerità del suo svolgimento – salve le pause volute concordemente dalle parti, che possono trovare giustificazione nella cognizione come nell'esecuzione – è necessaria: potrei qui richiamare le proposte di riforma cui ho accennato all'inizio. Allo stesso risultato cospirano le prassi del processo, che possono essere virtuose o viziose anche per l'esecuzione forzata. Prassi virtuose sono ad es. quelle instaurate in alcuni tribunali (come Bologna e Monza) per le vendite forzate immobiliari, ispirandosi alle tecniche delle vendite volontarie, per la pubblicità commerciale come per l'assistenza agli aspiranti acquirenti, per la visita dell'immobile come per l'ottenimento di un mutuo (69).

Tutto ciò giova ma non basta. La garanzia della *ragionevole durata* investe, anche per questo aspetto, l'organizzazione giudiziaria nella sua più ampia accezione; impone al legislatore, come al Governo nell'esercizio del potere regolamentare, anche in applicazione dell'art. 110 Cost., una congrua allocazione di persone (magistrati, altri componenti dell'ufficio giudiziario, ausiliari), di risorse e di mezzi; ed esige anche – ma solo dopo l'adempimento di queste condizioni – un adeguato apparato sanzionatorio nei confronti di quei soggetti, chiamati a concorrere all'esecuzione forzata, che colpevolmente violino il dovere di tempestività della tutela giurisdizionale.

GIUSEPPE TARZIA

---

(69) Cfr. Miele-Roda-Fontana, *Sulle vendite immobiliari nelle esecuzioni e nei fallimenti*, in *Dir. fall.* 1999, I, p. 505 ss.

## STORIA DEL PROCESSO E DELLA DOTTRINA PROCESSUALE

### IL GIUDICE SECONDO L'IDEOLOGIA MEDIOEVALE (\*)

SOMMARIO: 1. Premessa: *Iudex ordinarius*. – 2. Infeudamento della giustizia. – 3. La giustizia del Comune. – 4. *Iurisdictio* e *gubernaculum*: il carattere extrastatuale della *iurisdictio*. – 5. Il modello del giudice professionale. – 6. *L'ordo iudiciarius* ed il suo carattere extrastatuale. – 7. Il giudice nel tardo diritto comune. – 8. Giudice ordinario e giudice straordinario. Il commissario.

1. – La locuzione giudice ordinario (*iudex ordinarius*) è parola-chiave del pensiero processualistico medioevale. Per la verità, la locuzione giudice ordinario si rintraccia anche in testi legislativi del tardo diritto romano; si tratta, però, di terminologia ancora incerta e disorganica (1). È merito soprattutto dei glossatori, sia civilisti che canonisti, aver fissato, invece, la distinzione fra giudice delegato e giudice ordinario, rielaborando soprattutto testi (2) ed isti-

---

(\*) Saggio destinato agli studi in onore di Carmine Punzi.

(1) L'espressione «*iudex ordinarius*» si ritrova, infatti, in alcuni passi del codice e delle novelle giustiniane, segnalatimi dal collega Filippo Cancelli: C. 1, 3, 32 pr.; C. 1, 37, 2; C. 12, 19, 2; C. 3, 1, 16 (nella quale è contrapposto a «*iudex delegatus*», che è investito della *iurisdictio «ab imperiali culmine»*); Nov. 20, 3; Nov. 112, 3 pr.

Per la locuzione «*iudex delegatus*» si veda anche C. 3, 1, 5, nonché D. 4, 4, 18, 4 (in cui si fa riferimento ad un «*ab imperatore datus iudex*»). Cfr. anche D. 5, 1, 49, 1 e D. 1, 22, 1, 5-6-16-17 (ove si parla di «*iurisditionem mandare*»). Di «*iudex pedaneus*» si tratta in C. 3, 3, 1-5, mentre l'espressione «*iudex specialis*» è in C. 3, 2, 18, nonché in un passo di Ulpiano riportato in D. 1, 14, 4 e D. 1, 18, 5 (nel quale, peraltro, la parola «*specialis*» potrebbe essere interpolata).

In tema si veda anche A. Engelmann ed altri, *A History of Continental Civil Procedure*, Boston 1927, rist. New York 1959, 264 s., ove si accenna ai *iudices ordinari* e ai *iudices sacri*, quali giudici permanenti del tardo impero romano.

(2) Ci si riferisce soprattutto alla distinzione – destinata in seguito ad assumere particolare importanza (cfr. §§ 4 e 5) – fra *giudici ordinari* e *giudici straordinari*, non contem-

tuti creati, per lo più, dalla prassi altomedioevale (si pensi al *index dativus*) (3).

Secondo l'ideologia medioevale, nessuno può giudicare una persona se questa non sia a lui sottoposta o per investitura da parte di altri, *commissio*, o per *potestas ordinaria* (4). Il termine «giudice» stava ad indicare la suprema autorità (5), la stessa funzione legislativa appariva soltanto una componente complementare della funzione giudiziaria, che assumeva carattere prioritario (6). Il potere del giudice, inteso come *funzione*, cioè come potestà di risolvere una controversia mediante un comando che trovi obbedienza (7), veniva

---

plata dalle fonti romane, che A. Padoa Schioppa, *Ricerche sull'appello nel diritto intermedio*, vol. II, Milano 1970, 8, nota 8, fa risalire al c.d. *Libro di Tubinga*, un documento risalente all'epoca della transizione (fine dell'XI secolo, inizio del XII secolo).

Si aggiunga che quest'ultima distinzione è sostanzialmente ripresa nel successivo compendio, le *Exceptiones legum romanarum Petri*, IV, cap. I, *De qualitate iudicium: «iudices alii sunt ordinarii, alii extraordinarii. Ordinarii sunt de quorum iudicaria, id est potestate, sunt ipsi a quibus aliquid petitur. Extraordinarii sunt de quorum iudicaria accusati non sunt»* (cfr. ed. E. Bollati, in F.C. Savigny, *Storia del diritto romano nel medio evo*, vol. III, Torino 1863, 81).

(3) Ad esempio, a partire dall'VIII sec., a Roma, *dativi* erano dei giudici laici che esercitavano le loro funzioni, in genere sotto la presidenza di un giudice ordinario (*«septem iudices sunt palatini qui ordinari vocantur Primicerius, Secundicerius, Arcarius, Sacellaris ecc.»*). Ma, anche altrove, si rintracciano «*iudices dativi*», così a Ravenna e nelle città dell'Esacrato nel IX secolo. Sul tema, per tutti, cfr. ampiamente G. Salvioli, *Storia della procedura civile e criminale*, in *Storia del diritto italiano* pubblicata sotto la direzione di P. Del Giudice, Milano 1925, ried. Frankfurt a. M. - Firenze 1969, vol. I, 58, 82 ss., 85 ss., 88 ed ivi le indicazioni delle fonti.

Vanno anche ricordate le istituzioni di origine tardo romana dei *iudices pedanei*. All'inizio essi erano subalterni del magistrato e da questi delegati ai compimento di singoli atti ed eventualmente anche alla pronuncia della sentenza in controversie minori (cfr. A. Sacchi, *Giudice pedaneo*, in *Dig. it.*, vol. XII, Torino 1900-1904, 245 ss.). Successivamente essi furono, per lo più, preposti ad una città, quali vicari dei *iudices consulares*. Si aggiungano gli istituti carolingi dei *missi dominici* e degli *scabini* (cfr. G. Salvioli, *op. cit.*, vol. I, 52, 54 ss., 69 ss. e 82 ss. e, già prima, A. Pertile, *Storia della procedura*, in *Id., Storia del diritto italiano*, 2ª ed., vol. IV, I, Torino 1900, 201 ss.).

(4) Tommaso D'Aquino, *Summa Theologiae*, II-III, 67, 1. Sulla *iuris dictio* nelle fonti canonistiche cfr., da ultimo, l'ampia trattazione di P. Bellini, *La coscienza del principe. Prospettazione ideologica e realtà politica nelle interposizioni prelatizie nel governo della cosa pubblica*, vol. I, Torino 2000, 335 ss.

(5) A. Marongiu, *Un momento tipico della monarchia medioevale: il re giudice*, in *Jur* 1954, 403.

(6) H. Mohnaupt, *Potestas legislativa und Gesetzesbegriff in Ancien Régime*, in *Ius commune* 1973, 188 ss.

(7) Secondo la classica concezione di Max Weber del potere come dominio (*Herr-*

designato come *potestas, munus, imperium* e, soprattutto, come giurisdizione, *iurisdictio* (8).

Nel diritto comune classico (9), l'espressione *iurisdictio* veniva intesa quale *dictio iuris*, potere del giudice di accertare il diritto e di stabilire l'equità (10). Già Imerio aveva chiarito: «*iurisdictio est potestas cum necessitate iuris s. rendendi, equitatisque statuende*» (11). Ma la giurisdizione presenta anche un aspetto coercitivo e sanzionatorio (*armata seu coactiva potestas*). Essa – si diceva – va correlata all'*imperium*. Ancora Imerio puntualizzava, infatti, «*Imperium: sine quo nulla est iurisdictio*» (12).

La giurisdizione, a sua volta, come potere *tout court*, veniva distinta in *delegata*, se esercitata su incarico di altri (*ex alterius commissione* ovvero *ex dativo nomine*), e in *ordinaria*, se esercitata *iure proprio* (o *ex nativo nomine*) dalle supreme autorità, imperatore o papa, salvo, poi, a stabilire una gerarchia fra queste due stesse autorità investite della *plenissima iurisdictio* (13).

---

*schaft*). Cfr. M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft der Verstehenden Soziologie*, Tübingen 1922, trad. it. G. Giordano, Milano 1980, vol. III, spec. 1 ss., 130 ss.

(8) Per uno studio semantico della parola «*iurisdictio*» cfr. P. Costa, *Iurisdictio, semantica del potere politico nella pubblicistica medioevale (1100-1433)*, Milano 1969, rist. anastatica con prefazione e postfazione, in *Per la storia del pensiero giuridico*, Milano 2002, spec. 95 ss.

(9) Per usare l'espressione di F. Calasso, '*iurisdictio*' nel diritto comune classico, in *Studi in onore di Arangio-Ruiz*, Napoli 1953, vol. IV, 423 ss. V. anche E. Cortese, *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico*, 2 voll., Milano 1962 e 1964.

(10) In effetti, in diritto romano l'espressione *iurisdictio*, dall'originario significato di *ius dicere* con la valenza di mezzo di risoluzione delle controversie, aveva subito – attraverso interpolazioni, soprattutto giustinianee – un progressivo ampliamento di significato fino a ricomprendere anche il potere di amministrazione di una provincia (cfr. F. De Martino, *La giurisdizione nel diritto romano*, Padova 1937, 140 ss.).

(11) Imerio, *gl. Ad Digestum Vetus, De iurisdictione, ad rubr.*, in E. Besta, *L'opera di Imerio. Contributo alla storia del diritto italiano*, vol. II, *Glosse inedite d'Imerio al Digestum Vetus*, Torino 1896, 20.

(12) Imerio, *gl. Imperium ad l. Quaecumque, ff. De officio eius cui mandata*, in E. Besta, *op. cit.*, vol. II, 19.

(13) Ad esempio, secondo Alano Anglico, *De Appellationibus c. si duobus v. Juris*, in A.M. Stickler, *Alanus Anglicus als Verteidiger der Monarchischen Papsttum*, in *Saestianum*, XXI, 1959, 361-363, ovviamente sensibile alle suggestioni ierocratiche, «*papa est iudex ordinarius omnium*». Il documento più esplicito resta, tuttavia, la bolla *Unam Sanctam* di Bonifacio VIII, emanata il 18 novembre 1302 (in *Corpus iuris canonici*, II, Leipzig 1879, 1245 s.). Partendo dal principio che «è legge divina che l'inferiore sia ricondotto per l'intermedio al superiore» si giunge alla conclusione secondo cui «se il potere terreno sbaglia, sarà giudicato da quello spirituale; se il potere spirituale inferiore erra, sarà giudicato dal potere superiore; ma se sbaglia il supremo potere spirituale, questo potrà essere giudicato solamente da Dio e non dagli uomini». Sulla *potestas directa in temporalibus* del papa e le sue vicende cfr., ampiamente, P. Bellini, *La coscienza del principe*, cit., vol. II, 621 ss.

Nel prosieguo dell'indagine queste distinzioni saranno analizzate in modo più approfondito. Per il momento sarà sufficiente rilevare che, all'origine, l'imperatore, nella sua residenza, esercitava la giurisdizione presiedendo egli stesso il tribunale palatino ovvero facendolo presiedere da un suo vicario, il conte palatino; fuori della sua residenza, egli, invece, per lo più delegava il potere giurisdizionale nel suo complesso (*ad universitatem causarum*) a suoi delegati, detti *missi* o *legati*. Quando, però, era in viaggio per le terre dell'impero, ogni altra giurisdizione restava sospesa (*silere debebit*).

2. – I contrasti sempre risorgenti con i feudatari, e successivamente con i comuni, dovevano, peraltro, finire per intaccare la stessa giurisdizione ordinaria dell'imperatore.

In primo luogo, l'amministrazione della giustizia finì per essere attribuita, per concessione o per usurpazione, a coloro i quali erano investiti del feudo, come una appendice dello stesso. La *iurisdictio* apparve, anzi, intimamente legata al feudo (14) e con esso trasmissibile a qualunque titolo. Conseguentemente, i feudatari cominciarono ad esercitare la giurisdizione quale proprio diritto personale (15) e non più in qualità di delegati dell'imperatore.

Una volta stabilito che la giurisdizione era inerente al feudo, le grandi diversità di estensione e di poteri fra un feudatario e l'altro dovevano, poi, comportare differenziazioni fra diversi tipi di *iurisdictio*. Si parlava di giurisdizione *alta* e di giurisdizione *bassa*. Si considerava la giurisdizione come potere graduabile e misurabile, a seconda del giudice e della fattispecie che egli era chiamato a giudicare. Si cominciò, così, a distinguere il giudice munito di *merum imperium*, cioè della potestà allo stato puro, che è il massimo di potere e veniva conferito a coloro che erano chiamati ad applicare le sanzioni più gravi, quale la pena di morte (e, nell'ordinamento canonico, la scomunica), ovvero le cui decisioni incidevano, comunque, sui diritti fondamentali di libertà o di cittadinanza (16). Erano, invece, muniti di *mitum im-*

(14) C. Calisse, *Feudo*, in *Dig. It.*, vol. XI, 2, Torino 1892-1898, 143, parla efficacemente di «infudamento» della giustizia (in tema cfr. da ultimo, anche per le fonti, E. Cortese, *Le grandi linee della storia giuridica medioevale*, Roma 2000, 153 ss., spec. 163). Va precisato che tale fenomeno di «infudamento» finì per riguardare, peraltro, non solo i territori feudali, ma anche quelli patrimoniali od allodiali. Non mancarono, tuttavia, tentativi di reagire a tale fenomeno. Si ricordi, ad esempio, il divieto di Federico II ai conti ed ai baroni di esercitare l'ufficio di giustiziere (*Constitutionis regni Siciliae*, I, 49 in J.L.A. Huillard-Breholles, *Historia diplomatica Frederici Secundi*, vol. IV, 1, Paris 1854).

(15) Più precisamente va distinta la *giurisdizione patrimoniale ed immunitaria* dalla *giurisdizione feudale*, che aveva ad oggetto solo controversie tra feudatari e loro vassalli e si risolveva in un giudizio di pari (*pares curiae*); cfr., per tutti, G. Salvioi, *Storia della procedura civile e criminale*, vol. I, cit., 127 ss. e 188 ss.

(16) «*Dicitur merum eo quod purum est, id est separatum ab omni pecuniaria con-*

*perium* i giudici che avevano, in generale, giurisdizione in materia civile e penale (17). Si distingueva, poi, il minimo di sanzione rappresentato dalla *coercitio modica*, ad esempio per quanto riguarda l'irrogazione di sanzioni pecuniarie (18). La glossa parlerà anche di un quarto grado di potere che chiamava anche *iurisdictio tout court*, caratterizzato addirittura dalla mancanza di coercizione (19). Probabilmente, ci si riferiva al giudice che emana una sentenza di mero accertamento.

L'imperatore, peraltro, non era privato — almeno in teoria — dell'amministrazione della giustizia; espressamente si era, anzi, riservata la giurisdizione in grado d'appello (20).

3. — La problematica dell'autonomia dei Comuni finirà, poi, per ripercuotersi, in modo sostanzialmente analogo, sul tema in esame (21). In effetti, la pace di Costanza (1183) (22) rappresentò l'inizio di una nuova forma di organizzazione giudiziaria (23), in quanto l'Imperatore

---

*troveria: corporis enim vel animae vel civitatis libertatis (...) continet coercionem*: Azone, *Summa*, in *III lib codicis, De iurisdictione*, Venetiis 1610.

(17) «*Omnia quaecumque magistratū lege vel constitutionibus vel senatusconsulto specialiter committuntur (...) misti imperii sunt*», Azone, *Summa*, loc. cit.

(18) P. Costa, *Iurisdictio*, cit., 113 ss. e fonti ivi citate.

(19) «*Alias remanet in suo nomine et iurisdictio appellatur (...) sub iurisdictione est omne quod competit iure magistratus*» (glo. ad *Digestum Vetus*, Venetiis 1582, glo. *Mistum est*, ad l. *Imperium ff De iurisdictione*).

(20) Tale riserva — contenuta, quanto ai vassalli maggiori, nel *Capitolare di Quierzy* dell'877 di Carlo il Calvo, in *Monumenta Germaniae Historica (M.G.H.), Capitularia regum Francorum*, vol. II, 355 ss. — venne estesa, per quanto concerne i vassalli minori, dal § 2 della *Constitutio de feudis* del 1037 di Corrado II (sempre in *Monumenta Germaniae Historica (M.G.H.), Diplomata regum et imperatorum Germaniae*, vol. IV, 337 ss.).

(21) G. Salvioli, *Storia della procedura civile e criminale*, vol. II, Milano 1927, spec. 168 ss. 556 ss., nonché, di recente, E. Cortese, *Le grandi linee della storia giuridica medioevale*, cit., 426 ss.

(22) Cfr. il testo del trattato nell'edizione del Weiland (1983) in *Monumenta Germaniae Historica (M.G.H.), Constitutiones et acta*, vol. I, n. 293, 411 ss. Per il suo carattere generale tale trattato era stato già introdotto, insieme ai *Libri feudorum*, nel testo del *Corpus iuris* (cfr. E. Cortese, *Le grandi linee della Storia giuridica medioevale*, cit., 392, n. 578). Lo si legga, ad es., ancora nella 17ª ed. del *Corpus iuris canonici*, a cura dei fratelli Kriegel, Lipsia 1887, III, 888 ss.

(23) Dalla pace di Costanza, peraltro, spesso si fa datare soprattutto il potere statutario dei Comuni. Da ultimo, M. Ascheri, *Dottrine universitarie, pensiero politico e istituzioni comunali: alcuni problemi*, in J. Krynen, M. Stolleis, *Science politique et droit public dans les facultés de droit européennes (XIII e XVIII)*, Toulouse, in corso di stampa, al § 2, rileva che, sebbene nella pace di Costanza non si parli di *statuti comunali*, «quella pace viene spesso ricordata come fondamento del potere statuente dei Comuni (...) perché così fu vissuta storicamente!» (sull'interpretazione del trattato di Costanza da parte imperiale si

fini per riconoscere la *iurisdictio* dei giudici comunali sia in penale che in civile, *tam in criminalibus causis quam in pecuniariis, intus et extra* (24), i quali giudici, successivamente, si appropriarono anche dell'appello, *iurisdictio in causis appellationum*, che l'imperatore si era espressamente riservata (25). Per delega o per consuetudine, ovvero *sine titulo*, si finì, in pratica, per riconoscere che consoli (e, dopo di loro, podestà e signori) avevano, *proprio iure*, la «*iurisdictio plena*» e, quindi, erano giudici ordinari, al pari dell'imperatore e del papa (26).

---

veda, invece, ancora G. De Vergottini, *L'impero e lo «ius statuendi» dei Comuni*, ora in *Id., Scritti di storia del diritto italiano*, Milano 1977, vol. II, 481 ss.).

Dalla lettura del § 1 della pace, per la verità, emerge che Federico I, il Barbarossa, sconfitto a Legnano, sostanzialmente dichiara soltanto di rinunciare al recupero delle c.d. regalie («*concedimus (...) regalia et consuetudines vestram tam in civitate, quam extra civitatem (...) in perpetuum*»). Si tratta dei diritti sovrani fra i quali vanno ricordati, oltre all'esazione delle imposte di qualsiasi genere e al conio della moneta, anche il conferimento della delega di giurisdizione ai magistrati; diritti sovrani che, qualche anno prima, Federico aveva enumerato e rivendicato nella dieta di Roncaglia (1158), con specifico riferimento – per quanto qui interessa – anche al «potere di creare magistrature per amministrare la giustizia» (Cfr. la già cit. *M.G.H., Leges*, vol. IV, 1, 244 s.). Ciò appare ancora più chiaro dall'esemplificazione successiva dei diritti concessi entro e fuori le città, contenuta sempre nel § 1 della pace di Costanza («*videlicet ut in ipsa civitate omnia habeatis, sicut hactenus habuistis vel habetis. Extra vero omnes consuetudines sine contradictione nostra exerceatis, quas ab antiquo exercuistis vel exercetis*»). Fra i diritti sovrani concessi (diritto di foraggiamento, c.d. fodro, uso di boschi, ponti, acque, diritto di formare eserciti ecc.) vengono in particolare evidenza proprio il riconoscimento della giurisdizione dei giudici comunali.

La circostanza che, successivamente, i Comuni pretenderanno di aver ottenuto con la pace di Costanza il diritto di legiferare, derogando anche alle leggi imperiali (E. Cortese, *Le grandi linee*, cit., 259), probabilmente trovava il proprio fondamento, non tanto nelle consuetudini locali che si erano andate formando *contra* o *praeter leges*, quanto nella stessa *iurisdictio* riconosciuta espressamente ai Comuni, che ricomprendeva anche il potere di «*facere statuta*».

(24) Cfr. sempre il § 1 del trattato di Costanza.

(25) Secondo il § 7 del citato trattato di Costanza, infatti, «*in causis appellationum, si quantitas viginti quinque librarum summam excedat, appellatio ad nos fiat*». Si trattò, però, di una giurisdizione imperiale più teorica che pratica, in quanto già gli stessi consoli ovvero, se questi rispettarono il trattato, successivamente i podestà ed i signori assunsero anche la funzione di giudici di appello, cfr. G. Salvio, *op. cit.*, vol. II, 558 ss.

(26) Emblematica resta la polemica fra Azzone e Lotario in ordine al problema se la *iurisdictio* compete «*iure proprio*» solo all'Imperatore o anche ai magistrati. F.C. Savigny, *Storia del diritto romano nel medioevo*, cit., vol. II, 199, riporta il passo di Odofredo, *Sup Dig. Vet.*, II, I, *de iurisdictione*, 3. In proposito giova ricordare, inoltre, la lucida versione della controversia che si rintraccia, ancora, nel XVII sec., in A. Vinnio,

Guglielmo Durante, nel XIII secolo, chiarirà che i giudici che venivano investiti della loro funzione in Italia erano dotati di giurisdizione ordinaria, *potestates et rectores qui in Italia eliguntur habent iurisdictionem ordinariam* (27).

Ma la società medioevale era anche strutturata in ceti, collegi, corporazioni, autonomie locali o, se si preferisce, in corpi intermedi. Una parte considerevole della giustizia veniva amministrata al di fuori delle giurisdizioni feudali o di quelle comunali. Vi era il tribunale del vescovo, quello delle corporazioni delle arti e mestieri, della mercanzia, le giurisdizioni delle università, quelle dei nobili, del villaggio e così via (28).

Ne conseguiva che, nell'«ordine giuridico medioevale», che si poneva al di là del potere politico e dei suoi detentori (29), l'amministrazione della giustizia – *de iure* o *de facto*, per concessione o per usurpazione – veniva attribuita ad una pluralità di giudici.

Va aggiunto ancora che il processo di ricomposizione economica e politica, e lo sviluppo che ne conseguì dopo il mille, determinarono la necessità

---

*Tractatus de iurisdictione et imperio*, in *Tractatus quinque*, Venetiis 1734 (1<sup>a</sup> ed. 1651), cap. IV, 84. Si tratta – riassume Vinnio – di una discussione svoltasi a Bologna, avanti all'Imperatore Enrico di Lussemburgo, figlio di Federico II, fra due massimi giureconsulti, Azzone e Lotario. Tutti e due, quale posta della scommessa, depositarono un cavallo. Azzone sostenne che, non solo il principe, ma anche il magistrato è investito, *iure proprio*, di *merum imperium*. Lotario, al contrario, (sostenne) che tale diritto è solo nel principe: il magistrato ne ha unicamente l'esercizio, in quanto il diritto, come tale, permane pur sempre nelle mani del principe. L'Imperatore, sentiti gli argomenti esposti da entrambe le parti, accolse la tesi di Lotario. Quantunque tale decisione del principe dovesse avere forza di legge (...) i Dottori, per la maggior parte, approvarono l'opinione di Azzone, *quasi Imperator non ex rei veritate, sed favore suae causae ita indicasset*. Da ciò venne il detto: «Lotario sostenne la cosa ingiusta, Azzone disse il giusto e perdette il cavallo, *aequum dixit et equum perdidit*».

Sulla ricorrente narrazione della scommessa del cavallo cfr., per tutti, U. Nicolini, *La proprietà, il principe e l'espropriazione per pubblica utilità*, Roma 1940, 111. La tesi di Lotario, d'altra parte, era destinata ad essere riproposta anche in altri contesti. Cfr., ad es., la versione del Bracton, in riferimento al sovrano inglese (cfr., *infra*, cap. III, § 4, n. 32).

(27) Cfr., per tutti, lo *Speculum iudiciale* di G. Durante. Ho sotto gli occhi una edizione cinquecentesca dal titolo *Speculi, cum notis... Joan, Andrae Bonon., Baldi de Ubaldis Perusini, Compluniumq Jurisperitarum etc.*, Venetiis 1564, I, 1, *de officio ordinarii*, § 2, 42.

(28) A. Padoa Schioppa, *Il ruolo del diritto nella genesi dello Stato moderno; modelli, strumenti, principi*, in *Studi di storia del diritto*, n. 23, Milano 1999, vol. II, 47 ss., versione italiana del capitolo conclusivo del volume, a cura dello stesso a., *Legislation and Justice*, rist., Oxford 2005, 335 ss.

(29) P. Grossi, *L'ordine giuridico medioevale*, Roma – Bari 1995, spec. 14.

di un frequente ricorso alla delega di giurisdizione. L'amministrazione della giustizia così venne in pratica affidata, anche se a tempo determinato, a magistrati locali designati con nomi diversi (ad. es. podestà, rettori, capitani, gastaldi, merighi (30), assessori e, in generale, *officiales*) (31). Potevano delegare la giurisdizione autorità di ogni ordine e grado, dal papa e dall'imperatore, ai feudatari e ai vescovi; dai consoli ai capi delle corporazioni. Si aggiunga che il podestà forestiero (32), di norma, conduceva con sé assessori e giudici che costituivano la *familia* e con lui partivano, al cessare della carica (33).

In tale contesto, già i glossatori furono indotti a rivedere la distinzione fra *iudex ordinarius* e *iudex delegatus*. Si parlò di *iudex quasi ordinarius*, ad esempio per il delegato «a principe» (34) o per gli «*auditores palatii domini papae*» (35). Si distinse la delega della giurisdizione nel suo complesso (*ad universitatem causarum*) e la delega di una singola causa (*ad unam causam*). Prevalse, infine, la tesi di Giovanni Bassiano secondo cui il giudice delegato alla giurisdizione nel suo complesso è, anche esso, ordinario, *non erit delegatus sed legatus et ordinarius* (36).

Non è, perciò, senza significato che la maggiore opera processualistica

(30) G. Salvioli, *op. cit.*, vol. II, 15.

(31) Su questo tema, cfr. ancora, P. Fournier, *Les officialités au Moyen Age*, Paris 1880.

(32) E. Cortese, *Le grandi linee*, cit., 424 ss.

(33) Cfr. D. Quaglioni, *L'officiale in Bartolo*, in *Il pubblico funzionario: modelli storici e comparativi*, in *L'educazione giuridica*, a cura di A. Giuliani e N. Picardi, vol. IV, I, Perugia 1981, 150.

(34) A. Padoa Schioppa, *Ricerche*, cit., vol. II, 123, n. 38, richiama una glossa dell'apparato azzoniano ad D. 49, 1, 1, 3 *de appell.*, *appellandi § si quis: «ordinarium tantum vel quasi ordinarium ut delegatum a principe (...) a»* (Roma, Bibl. Vaticana ms. Pal. lat. 748, f. 156 ra).

Sostanzialmente sulla stessa linea cfr. G. Durante, *Speculi*, cit., I, 1, *De iudice delegato § 2, 2, 4* che precisa «*iudex delegatus a principe supremum inter indices obtinet locum*».

(35) Duranti, *op. cit.*, I, 1, *de iudice delegato*, § 2, n. 9, 5.

(36) G. Bassiano, *Summa de ordine iudic.*, § 10, in *Bimac*, II, 213 (già cit. da A. Padoa Schioppa, *op. ult. cit.*, 123, n. 38). Fra i canonisti sostanzialmente nello stesso senso, cfr. Bernardo da Parma, *Summa decretalium*, Lib. I, Tit. XXI (ed. E.a.t. Iaspeyres, *Bernardi Papiensis Faventini Episcopi Summa Decretalium*, Regensburg, 1860, riproduz. anast. Graz 1956, 16) che scrive: «*Ordinarius iudex est qui in ecclesiasticis ab Apostolico, in secularibus ab Imperatore totalem quandam habet iurisdictionem*».

Successivamente, cfr., per tutti, G. Durante, *op. cit.*, I, 1, *de officio ordinarii*, I, n. 1, 41: «*si uni causae cognitio esset commissa, talis esset delegatus*» mentre «*ordinarius est is, cui causarum universitas est commissa*» (n. 2) e I.P. de Ferrariis, *Aurea Practica (sapiensis)* (delle numerose ediz. successive a quelle di Spira del 1473, viene qui citata quella Venetiis 1585, 24, n. 2): «*delegatis ad universitatem causarum equiparantur ordinariis*».

dell'epoca, lo *Speculum iudiciale* di Guglielmo Durante, inizi proprio dalla trattazione del *iudex delegatus*, che definisce come colui che esercita la funzione di risolvere una singola controversia, per esserne investito da altri, *ex alterius commissione alicuius causae recepit iudicalem missionem* (37); per poi passare all'analisi del *iudex ordinarius*, cioè di colui che, per diritto proprio o per concessione del principe, esercita la funzione giudiziaria nel suo complesso, *iure suo vel principis beneficio universaliter iurisdictionem exercere potest* (38).

4. – Alla fine del XIX secolo (39) la chiave di lettura della vicenda istituzionale della giurisdizione nel medioevo è stata rintracciata in una complessa trama di tribunali che, solo in linea di principio, era ancora riconducibile alla somma autorità, l'imperatore o il papa.

L'approfondimento più significativo del XX secolo, probabilmente, è rappresentato dall'aver sintetizzato l'esperienza del diritto comune nel dualismo fra *iurisdiction* e *gubernaculum* (40). È stato, infatti, rilevato che, in epoca nella quale la legislazione era ancora silente, il potere veniva ripartito fra istituzioni di governo (*gubernaculum*) e istituzioni di garanzia (*iurisdiction*). Per delega o per consuetudine, ovvero addirittura *sine titulo*, si era venuta formando una classe di giudici – e in genere di giuristi – che aveva finito per contrapporsi ai governanti e a costituirsi quale garante di *iura* e *libertates*. In altri termini, a base del costituzionalismo medioevale è stata individuata l'idea del diritto come entità distinta dell'azione di governo. Del resto, all'epoca, si insegnava che lo stesso re era soggetto a Dio e alla sua legge (41). La

(37) Duranti, *op. cit.*, I, 1, *de iudice delegato*, I, n. 1, cfr. anche i nn. successivi in cui vengono dettagliatamente esaminate anche le peculiarità della delega e la possibilità di subdelegare la giurisdizione. Lanfranco De Oriano, *Praxis iudiciaria, Logdumi 1550* (1ª ed. Papiæ, 1489, ult. ed. Venetiis 1587), II, n. 20 precisa che «*delegationes et commissiones causarum, inter iudiciaria acta non computantur (...) quia possunt fieri extra iudicium*».

(38) Duranti, *op. cit.*, vol. I, 1, *de officio ordinarii*, I, n. 1, 41.

Del resto che questo fosse l'ordine consueto di trattazione è confermato anche dalle opere successive; cfr., ad esempio, Giason del Maino, *In primam partem codicis*, Venetiis 1560, 120 ss.

(39) O. von Gierke, *Political theories of the middle age*, trad. Maitland, Cambridge 1900, 70 (dell'opera citata vi è anche una traduzione francese, Paris 1914).

(40) Cfr. C.H. Mc Ilwain, *Constitutionalism: Ancien and Modern*, New York 1947 (trad. it. Venezia 1956, 87 ss. e Bologna 1990) e, su di esso, A. Gualiani, N. Picardi, *La responsabilità del giudice*, Milano 1995, 25, nonché, da ultimo, P. Colombo, *Governo*, Bologna 2003, 17 ss.; L. Moccia, *Comparazione giuridica e diritto europeo*, Milano 2005, 67 e P.P. Portinaro, *Il labirinto delle istituzioni nella storia europea*, Bologna 2007, 253 ss.

(41) «*Potestas secularis per quam populos regitur (...) fit a Deo*»; Pietro Bertrando, *De origine iurisdictionum*, in *Tractatum celeberrimorum (...) iuriconsultorum*, cit., T. III – I, f. 29, n. 1.

*potestas legislativa*, come meglio si vedrà, rappresentava, quindi, solo una componente accessoria della *iurisdictio*.

Pur consapevoli dei rischi impliciti in ogni utilizzazione di parametri concettuali attuali per descrivere esperienze del passato, probabilmente oggi potremmo riprendere la distinzione fra *iurisdictio* e *gubernaculum* per delineare, prima dell'età moderna, una concezione *extrastatuale* della giurisdizione (42).

Col dissolversi del fondamento imperiale la giurisdizione aveva assunto un carattere diffuso ed era assistita da mezzi sanzionatori, di volta in volta, diversi o, addirittura, in alcuni casi si presentava come una *iurisdictio sine imperio*. La molteplicità dei giudici, che si erano venuti istituendo, non era monopolizzata, in tutte le sue articolazioni, da un'unica formazione socio-politica. Ogni giudice si ricollegava – solo in linea di principio – alle somme autorità, l'imperatore o il papa, quale generica *fons iustitiae*. Conseguentemente, la giurisdizione non poteva essere considerata una funzione dell'impero o del papato, ma neppure dello stato (moderno) che, all'epoca, non esisteva (43).

Discorso più articolato va fatto nei riguardi dei giudici dei Comuni. Secondo un noto orientamento (44) le istituzioni comunali sono state considerate un laboratorio di trasformazione delle esperienze di autogoverno civico in forme precoci di statualità, per cui si parla oggi anche di *città Stato* (45), quasi una anticipazione di quello che diverrà lo Stato moderno. Tuttavia la giurisdizione comunale – anche se rappresenta una parte importante dell'esperienza medioevale – non esaurisce le forme articolate di giurisdizione, così come si sono manifestate nell'età di mezzo. Ma, ai nostri fini, va soprattutto considerato che il giudice comunale non può essere considerato un fun-

---

(42) Sull'*extrastatualità* dell'*ordo iudicarius* cfr. già N. Picardi, voce *Processo civile (diritto moderno)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVI, Milano 1987, spec. 192 ss.; Id., *Les racines historique et logique du Code de procedure civile*, in *Festschrift für Georgios G. Mitsopoulos*, Atene 1993, vol. II, spec. 1018 ss. (e già in A. Giuliani, N. Picardi, *Modelli di legislatore e scienza della legislazione*, Napoli 1988, spec. 243 ss.); Id., *Codice di procedura civile (presupposti storici e logici)*, in *Dig. it., disc. priv., sez. civ.*, vol. II, Torino 1988, 457 ss., spec. 458 ss., nonché A. Giuliani, N. Picardi, *La responsabilità del giudice*, cit., 23 ss. Il problema è stato ripreso, con significative considerazioni, fra gli altri, da G. Verde, *Sul monopolio dello Stato in tema di giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.* 2003, 372 ss. e da K.W. Nöer, *Alcuni momenti della storiografia del diritto processuale*, in *Riv. dir. proc.* 2004, 1 ss., spec. 6 ss.

(43) P. Grossi, *L'ordine medioevale*, cit., 11 ss.

(44) V., per tutti, A. Padoa Schioppa, *Italia ed Europa nella storia del diritto*, Bologna 2003, 86 ss.

(45) M. Ascheri, *La città-Stato – Le radici del municipalismo e del repubblicanesimo italiani*, Bologna 2006.

zionario del comune. Si tratta di un giudice professionale indipendente dalle istituzioni comunali. Aspetto quest'ultimo che merita di essere approfondito. La verità è che la concezione della sovranità e la formazione degli Stati moderni matureranno solo all'interno delle grandi monarchie (46).

5. – Nell'ambito della civiltà comunale, il giudice non era, come si è detto, un *funzionario* di carriera condizionato da vincoli burocratici (47). Ai fini di garantire la sua indipendenza ed imparzialità, era, innanzitutto, scelto prevalentemente fra stranieri, e, pertanto, al di fuori delle fazioni cittadine. Si venne così creando una categoria di giudici professionali, tra cui sono ricordati anche eminenti giuristi (48), che venivano chiamati ad esercitare le funzioni giurisdizionali — per un determinato tempo — nei diversi Comuni.

La loro attività era professionale, al pari di quella del medico e dell'architetto, in quanto si delineava già la separazione tra la *iurisdictio* ed il *gubernaculum*, tra il diritto e la politica. Il ruolo del giudice rifletteva una concezione del diritto come sapere universale, comune. Il diritto rappresentava, in definitiva, il risultato di un lento lavoro di razionalizzazione dei precedenti, tendente all'organizzazione del consenso, non la manifestazione della volontà di un sovrano. In assenza di un rigoroso sistema predeterminato, il giudice — a volte assistito dall'esperto in diritto (*consilium sapientis*) (49) — esercitava

---

(46) P.P. Portinaro, *Il labirinto delle istituzioni nella storia europea*, cit., 87 ss. ed ivi ulteriori riferimenti.

(47) A. Giuliani, N. Picardi, *La responsabilità del giudice: problemi storici e metodologici*, in *La responsabilità del giudice*, in *L'educazione giuridica*, a cura dei medesimi a., vol. III, Perugia 1978, 3 ss. (nonché il *Summarium* di Farinaccio, riprodotto all'appendice n. 1 di tale volume, 43 ss.) e, sempre degli stessi aa., *La responsabilità del giudice*, cit., § 12 ed ivi i relativi riferimenti bibliografici.

(48) La fama dei quali resta legata anche alla loro aderenza alla *practica iudiciaria*, siano essi accademici, quale Bartolo da Sassoferrato (cfr. D. Segoloni, «*Practicus*», «*Practicus*», «*Practicare*», in *Bartolo e in Baldo*, in *Profili storici. L'educazione giuridica*, a cura di A. Giuliani e N. Picardi, vol. II, Perugia 1978, 52 ss.) o celebri giudici non accademici, quali Alberto Gandino ovvero compilatori e revisori degli Statuti comunali, quali Alberto da Rosciate (cfr., da ultimo, M. Ascheri, *Dottrina universitaria, pensiero politico e istituzioni comunali*, cit., § 1 ed ivi le relative bibliografie).

(49) Da ultimo, A.A.VV., *Legal consulting in the Civil Law Tradition*, a cura di A. Ascheri, I. Baumgartner e J. Kirsher, Berkley 1999, nonché i precedenti studi di M. Ascheri, *I giuristi consulenti dell'ancien régime*, nel volume dello stesso a., *Tribunali giuristi e istituzioni dal medioevo all'età moderna*, Bologna 1989, 185 ss., e, nella versione tedesca, *Konsiliensammlungen nell'Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, diretto da H. Coing, II, 2, München 1976, 1195 ss. Sul tema cfr., inoltre, G. Rossi, *Consilium sapientis iudiciale. Studi e ricerche per la storia del processo romano canonico*, I, secoli XII-XIII, Seminario giuridico dell'Università di Bologna n. 18, Milano 1958.

un ruolo più vicino a quello di un mediatore e di un arbitro imparziale, che a quello di un funzionario o di un burocrate che traduce *tout court* la volontà del suo sovrano o comunque di colui o di coloro che detengono il potere.

A voler approfondire l'attività del giudice comunale appare il risvolto di una educazione del giurista basata sulla retorica e sulla dialettica (50). La sentenza non è il risultato di un ragionamento tecnico, ma la giustificazione di una decisione «pratica». Non a caso i trattati di retorica contenevano un catalogo delle norme di condotta del giudice (51).

Mentre il giudice ordinario non poteva essere sostituito (52), nei confronti del giudice delegato (53), al fine di garantirne l'imparzialità, veniva concessa alla parte l'*exceptio suspecti iudicis* (54). Tale istituto, soprattutto a seguito dei perfezionamenti introdotti dal diritto canonico (55), finiva per risolversi in uno strumento diretto ad estromettere «per totum» dal giudizio il *iudex suspectus*. L'*exceptio recusationis* veniva, pertanto, considerata una *exceptio declinatoria fori* e, quindi, veniva trattata insieme all'eccezione di incompetenza (56).

La ricorrente equiparazione con l'attività del medico rappresentava il punto di partenza anche per la discussione intorno alla responsabilità del giudice: Giovanni Bassiano si domandava, infatti, perché il medico ha una responsabilità maggiore del giudice, *quare medicus in plus obligatur quam iudex?* (57). Il prezzo che il giudice medioevale doveva pagare per una respon-

---

(50) M. Villey, *Sur l'art du dialogue dans l'histoire de l'éducation juridique*, nel citato vol. II de *L'educazione giuridica*, 24 ss.

(51) Cfr., ad esempio, Brunetto Latini, *Il Tesoro*, Bologna 1883, vol. IV, libro IX, capp. 32 e 34 e Fra Paolino minorita, *Liber thesauri de regimine rectoris* (1314), Perugia 1860.

(52) «*iudex autem ordinarius de iure civili non potest tamquam suspectus recusari; sed si appareat suspectus, sibi est episcopus associandus*», Lanfranco de Oriano, *Praxis iudiciaria*, cit., cap. III, n. 7, 30. Per successive attenuazioni cfr. peraltro, I.P. de Ferrariis, *Aurea Practica*, cit., 158, nn. 3 e 4.

(53) «*Regulariter quilibet delegatus potest recusari*» (I.P. de Ferrariis, *Aurea Practica*, cit., 158, n. 3).

(54) Cfr., per tutti, Lanfranco de Oriano, *Praxis iudiciaria*, cit., cap. III, nn. 1 ss. e I.P. de Ferrariis, *Aurea Practica*, cit., 157 ss.

(55) In effetti, secondo lo *ius civile* la ricusazione si proponeva col giuramento («*ad legans suspicionem tenetur iurare*», Lanfranco de Oriano, *Praxis iudiciaria*, cit., cap. III, n. 8, 30) e comportava solo la nomina di un *adiunctus* da affiancare al giudice ricusato: «*iudex ipse recusatus non removetur sed ei associatur Episcopus loci vel (...) alius iudex*», come precisa Iacopo de Belviso, citato da I.P. de Ferrariis, *op. cit.*, 158, n. 8. Secondo lo *ius canonicum* l'*exceptio suspicionis* doveva, invece, essere proposta autonomamente e l'esistenza di una *legittima causa suspicionis* doveva essere esaminata da un organo arbitrale (Lanfranco de Oriano, *op. cit.*, cap. III, n. 15, 33).

(56) I.P. de Ferrariis, *op. cit.*, 158, n. 1.

(57) Il passo inedito della *Coll. Bambergensis* è riportato già da A. Padoa Schioppa,

sabilità non burocratica e disciplinare era la sua sottoposizione ai principi di una responsabilità professionale. Quel giudice non godeva di particolari privilegi ed immunità nei confronti degli altri cittadini: la responsabilità del giudice rappresentava un capitolo della responsabilità comune. Alla fine nel suo mandato, il giudice – come, del resto, ogni supremo magistrato – era sottoposto al sindacato.

In definitiva, il modello professionale di giudice, con la pluralità di fori ed il sapiente dosaggio degli strumenti della riconsuetudine e del sindacato, servi a realizzare, nell'ambito della civiltà comunale, il diritto del cittadino al buon giudice: disinteressato, «competente» e responsabile.

6. – Lo strumento operativo del giudice, la procedura – o, per usare la terminologia dell'epoca, l'*ordo iudiciarius* (58) – veniva, correlativamente, considerata manifestazione di una ragione pratica e sociale, in origine confezionata, per lo più, nelle scuole minori (59) con la collaborazione essenziale dei giudici e degli avvocati (60), poi, progressivamente realizzata nelle *pras-*

---

*Ricerche sull'appello nel diritto intermedio*, cit., vol. II, 201. Sul tema della responsabilità del giudice nel diritto comune cfr., da ultimo, A. Giuliani, N. Picardi, *La responsabilità del giudice*, cit., 23 ss. ed ivi riferimenti bibliografici.

(58) Sull'*ordo iudiciarius* cfr., per tutti, già il classico studio di A.M. Stickler, *Ordines iudicarii*, che è ora riprodotto, insieme ad altri studi sul tema, in *L'educazione giuridica*, a cura di A. Giuliani e N. Picardi, vol. VI, Napoli 1994, *Modelli storici della procedura continentale*, II, Dall'*«ordo iudiciarius» al codice di procedura*, 3 ss. ed, inoltre, K.W. Nörr, *«Ordo iudiciorum» und «ordo iudicarius»*, in *Studia Gratiana* 1967, 327 ss. (ora nel volume dello stesso a., *Judicium est actus trium personarum. Beiträge zur Geschichte des Zivilprozessrechts in Europa*, Goldbach 1993, 3 ss.); L. Fowler Magler, *Ordo iudiciorum vel ordo iudicarius. Begriff und Literaturgattung (Ius commune, Sonderheft, 19)*, Frankfurt 1984; Id., *Ordines iudicarii and libelli de ordine iudiciorum (From the middle of the twelfth to the of the fifteenth century)*, in *Typologie des sources du Moyen Age Occidental*, Turnhout 1994, fasc. 63, A. – III. 1, 57 ss.; A. Giuliani, *L'«ordo iudiciarius» medioevale (Riflessioni su un modello puro di ordine isonomico)*, in *Riv. dir. proc.* 1988, 583 ss.; Id., *L'ordo iudiciarius medioevale tra retorica e logica*, in AA.VV., *Die Kunst des Disputation. Probleme der Rechtsauslegung und Rechtsanwendung im 13. und 14. Jahrhundert*, a cura di M. Bellomo, München 1997, 133 ss.; K. Pennington, *The Prince and the Law (1200-1600). Sovereignty and Rights in the Western Legal Tradition*, Reedley 1993, 132 ss. e M. Valletani, *La giustizia pubblica medioevale*, Bologna 2005, 19 ss., 58 ss., nonché, per l'evoluzione dell'*ordo iudiciarius* fin all'età delle codificazioni, cfr. N. Picardi, voce *Processo civile (diritto moderno)*, cit., 102 ss.; Id., *Les racines historiques et logiques du code de procédure civile*, in *Modelli di legislazione e scienza della legislazione*, a cura di A. Giuliani e N. Picardi, 1988, 243 ss.; Id., voce *Codice di procedura civile (presupposti storici e logici)*, cit., 458 ss.

(59) E. Cortese, *Le grandi linee della storia giuridica medioevale*, cit., 282 ss.

(60) A parte il trattatello di Bulgaro, scritto per il Cardinale Aimerico, di carattere

si, foggiate nel tempo da giudici, avvocati e loro ausiliari, con la collaborazione della dottrina. In effetti, ancora nel tardo diritto comune, in Italia si sosteneva che lo *stylus* (61), o *consuetudo curiae, pro lege habetur* (62). Anzi, la prassi – a determinate condizioni (63) e purché fosse *rationabilis* (64) – doveva essere osservata anche se *contra ius*, altrimenti sarebbero stati nulli gli atti processuali («*nulla sit citatio facta contra stylum*») (65) ed il giudice sa-

---

antiquario e privo di rilievo per la pratica (E. Cortese, *op. cit.*, 282-283), si trattava, in generale, di opere di particolare interesse giudiziario. A titolo di esempio, basti ricordare i dieci tempi che scandiscono le cause, messi in evidenza da Odofredo, *Brevis et utilis tractatus iudiciorum*, in *Tractatum celeberrimorum in utraque (...) iuris facultate, Iuris consulti*, cit., T. III-1, 32, ff. nn. 1 ss.

(61) Per la definizione dello *stylus*, cfr., per tutti, l'opuscolo del Cardinale De Luca, *Dello stile legale*, pubblicato in appendice al libro XV del *Theatrum veritatis et iustitiae*, Venetiis 1726, vol. II, n. 2, 532.

Per le epoche precedenti si vedano gli studi di L. Prosdocimi, *Observantia – Ricerche sull'aspetto consuetudinario del diritto dai Commentari alla Scuola storica*, I, *I Commentatori e i pratici italiani*, Milano 1961; Id., *A proposito della genesi del concetto di stylus*, in «*Bartolo da Sassoferrato. Studi e documenti per il VI Centenario*, Milano 1962, 413 ss. e di D. Segoloni, «Pratica», «Practicus», «Praticare» in *Bartolo e in Baldo*, in *L'educazione giuridica*, vol. II, *Profili storici*, a cura di A. Giuliani e N. Picardi, Perugia 1979, 52 ss.

(62) Cfr., per tutti, C. Pellegrinus, *Praxis Vicariorum et omnium in utroque foro iudicentium*, Venetiis 1743, *pars I*, n. 22, 5. Ma sostanzialmente nello stesso senso cfr. già M. De Afflictis, *Decisiones Sacri Consilii Neapolitani*, Lugduni 1552, dec. CXXXV, n. 3, 242 e dec. LXXVIII, n. 6, 158 e dec. CCLXXXIII, n. 6, 504. Si tratta, invero, di una nozione risalente; per rimanere nel quadro del tardo diritto comune, cfr. S. Tiberius, *Practica iudiciaria*, Roma 1607, vol. I, cap. I, 6 secondo il quale «*stylus vim legis obtinet et iuri comparator*», nonché P. Ridolphinus, *De Ordine Procedendi in Iudicis in Romana Curia Praxis Recensior*, Venetiis 1675, *pars I*, II, n. 90, 17.

(63) Secondo Ridolphinus, *op. cit.*, *pars I*, cap. II, nn. 91 ss., tali condizioni consistono nel fatto che lo *stylus* sia, innanzitutto, *semper firmus et certus e non modo albus et modo niger* ed abbia, comunque, valore di consuetudine, o sia approvato dal principe o da un giudice avente potere di emanare atti con forza di legge (già in tal senso cfr., del resto, Tiberius, *op. cit.*, vol. I, cap. I, 13). L'a. aggiunge, però, che anche i giudici inferiori possono, in ogni caso, riconoscere valore allo «*stylus contra ius in ordinatoriis*», cioè quando tale prassi riguarda soltanto atti processuali (*ordo procedendi*), «*quia tunc agitur de modico praeiudicio*» (n. 94). Non è chi non veda come, per tale via, venga senz'altro ammesso in materia processuale lo *stylus contra ius*. È, però, da aggiungere che altri (T. Carnevalius, *De Iudiciis in genere, executive et concursu creditorum*, tomo II, Neapoli 1641, disp. VIII, sect. I, n. 10, 178) precisarono che *nullus stylus potest praevalere contra ius naturale*.

(64) T. Carnevalius, *op. loc. cit.*

(65) «*Si citatio fieret secundum novam et insolitam practicam contra antiquam et consuetam formam, qua usa semper fuit, Curia non tenetur citatus comparere (...) quinimo nulla sit citatio facta contra stylum*», G. Pellegrinus, *op. cit.*, *pars IV*, sect. II, n. 78, 285. In tal senso cfr. anche S. Tiberius, *op. cit.*, vol. I, cap. I, 7.

rebbe stato esposto a responsabilità (66). In altri termini, si riconosceva al tribunale il potere di stabilire i modi stessi del suo operare.

In definitiva, l'*ordo iudiciarius*, con il suo carattere pubblico, argomentativo e giustificativo, rappresentava un capitolo della dialettica e dell'etica. Si trattava di un complesso di regole finalizzato a delimitare le questioni rilevanti ed a selezionare le prove ammissibili. Si parlava anche di *ordo loquendi*, in una dimensione retorico-dialettica. Ma la procedura era, anche e soprattutto, considerata proiezione di valori etici e dei relativi principi di giustizia naturale, connessi all'idea della parità dei contendenti: l'*ordo iudiciarius* come ordine isonomico (67). Conseguentemente, veniva riconosciuta alla procedura funzione di garanzia e natura originaria e, in un certo senso, extrastatale: nessuno, neppure il papa, avrebbe potuto prescindere dall'*ordo iudiciarius*. L'intervento del principe, o comunque di una volontà esterna, avrebbe rappresentato non l'*ordo*, ma la *perversio ordinis* e si sarebbe tradotto in un'azione odiosa, quanto quella di alterare la moneta. In definitiva, secondo l'ideologia medioevale, la procedura, con la sua base sapienziale, preesisteva al potere politico, non era posta da esso; garantiva, non soltanto il diritto di difesa nei giudizi, ma anche il diritto di resistenza nei confronti di autorità esterne.

7. – Secondo la tradizione storiografica classica, la distinzione fra giudice delegato e giudice ordinario si ritrova anche nei processualisti posteriori, ma senza rilevanza pratica (68). Tale impostazione probabilmente merita di essere riconsiderata. Un nuovo esame delle fonti e della cultura giuridica italiana tra il XVI ed il XVII secolo sembra evidenziare, infatti, profili che non vanno sottovalutati.

Si tratta, innanzitutto, di un periodo storico in cui, come è noto, la legislazione processuale, rappresentata soprattutto dagli statuti comunali (in alcune loro parti), era lacunosa, intermittente e frammentaria. L'appropriazione della procedura da parte del principe era ancora «debole» (69). La disciplina del processo rimaneva, pertanto, sostanzialmente lasciata alle elaborazioni

(66) Responsabilità sia civile (*non observans stylum litem suam facit et tenetur in Syndacatu*: G. Pellegrinus, *op. cit.*, pars IV, sect. V, n. 68, 318) che penale (*praesumitur falsum, si a communi stylo deviet*: G. Pellegrinus, *op. cit.*, pars IV, sect. II, n. 78, 285). Sulla responsabilità ed il sindacato dei giudici in quest'epoca, cfr., da ultimi, A. Giuliani, N. Picardi, *La responsabilità del giudice*, cit., 29 ss.

(67) A. Giuliani, *L'«ordo iudiciarius» medioevale (Riflessioni su un modello puro di ordine isonomico)*, cit., 598 ss.; N. Picardi, *Les racines historiques et logiques du code de procédure civile*, cit., 243 ss.; Id., voce *Codice di procedura civile (presupposti storici e logici)*, cit., 459.

(68) G. Salvioi, *Storia della procedura*, cit., vol. II, 169, nota 3.

(69) Per usare l'espressione di I. Birocchi, *Alla ricerca dell'ordine, fonti e cultura*

giurisprudenziali e dottrinali (70), eredi degli *ordines iudiciarii*, che, come si è accennato, andavano sotto le denominazioni – oltre che di *ordo iudiciarius* (71) – anche di *stylus, praxis, ritus, practica, tela iudiciaria* ovvero, più compiutamente, *de iudiciis*. In altri termini, il fenomeno della statualizzazione del processo, in Italia, era solo agli esordi.

In secondo luogo, non è senza significato il fatto che l'ordine stesso della trattazione risulta invertito: non si inizia dal giudice delegato, ma dall'ordinario. Nel XVII secolo, ad esempio, il Cardinale De Luca insegnava che due sono le specie di giudici; l'uno si chiama ordinario; l'altro delegato (72). In via di principio, ancora si riteneva che ogni giurisdizione andava ricondotta alle supreme autorità politiche, imperatore e papa, dai quali la giurisdizione «sgorga e rifluisce come i fiumi al mare», (*profluit et refluit, tamquam rivuli ad marem*) (73). Con la formazione degli Stati moderni, la prospettiva generale doveva, però, mutare sostanzialmente: da un lato, la complessità e la peculiarità dei problemi organizzativi propri delle nascenti nazioni europee mettevano in crisi le aspirazioni universalistiche dell'Impero ed, in parte, anche del Papato (74); dall'altro, la tendenza verso un'organizzazione centraliz-

---

*giuridica nell'età moderna*, Torino 2002, 243. Cfr. anche 239 ss. per recenti notizie, anche bibliografiche, sui processualisti citati in seguito nel testo.

(70) Le elaborazioni dottrinali, infatti, all'epoca, si ponevano, non solo come «punto di snodo tra le legislazioni principesche (...) e il diritto comune», ma anche «in posizione di raccordo tra le esigenze di una razionalizzazione delle procedure e i bisogni di certezza»: I. Birocchi, *Alla ricerca dell'ordine*, cit., 243.

(71) Cfr. ad es., ancora R. Maranta, *Tractatus de ordine iudiciorum... intitolatus Speculum aureum et lumen advocatorum*, a cura di G.B. Zilletus, Venetiis 1547 (e numerose altre ed., ultima delle quali a cura di I. Rolandus, Coloniae Agrippinae 1650). In generale sulla terminologia dell'epoca cfr. N. Picardi, voce *Processo civile (diritto moderno)*, cit., 104 ss.

(72) «*Duplex est iudicis species: alius enim dicitur ordinarius, alius vero delegatus*» G.B. De Luca, *Theatrum veritatis et iustitiae*, Roma 1669-1673 (numerose altre edizioni, di cui l'ultima Napoli 1758), L. XV, *De iudicis et de praxi curiae romanae*, 1673, III, 2, 12. Nello stesso senso cfr., del resto, già S. Scaccia *Tractatus de iudiciis causarum civilium, criminalium et haereticarum*, libro I, cap. XVI, intitolato appunto «*de iudice ordinario et delegato*» (l'edizione che qui viene citata è quella di Venezia del 1596, ai ff. 26 ss.); I. Menocchio, *De arbitrariis iudicum questionibus et causis* (delle 8 edizioni si veda Florentiae 1622), q. 12, 16, nonché A. Vinnio, *Tractatus de jurisdictione et imperio*, in *Tractatus quinque* (1ª ed. 1651), Venetiis 1736, vol. VI, 1, 88.

(73) S. Scaccia, *Tractatus de iudicis*, cit., libro I, cap. XVI, n. 1, f. 26 verso: «*hodie supremi Principes, qui mundanam potestatem supra se non habent, sunt Pontifex et Imperator, apud quos originaliter radicata est omnis plenaria iurisdictio*». Per la distinzione fra *merum* e *mixtum imperium*, in quest'epoca, per tutti, cfr. A. Vinnio, *Tractatus de jurisdictione et imperio*, cit., capp. I e VIII, 78 ss., 89 ss.

(74) S. Scaccia, *op. loc. cit.*, di fronte alla difficoltà di ricondurre ad unità le giuri-

zata che si cominciava a manifestare nei diversi Stati finiva per entrare in conflitto soprattutto con il particolarismo della società feudale e comunale. Quanto alla giustizia in particolare, punto di aggregazione e di riferimento (*fons iustitiae*), al posto delle due supreme autorità, diverrà, ormai, il *princeps superiorem non recognoscens*, ed andrà delineandosi, in maniera più netta, il conflitto fra apparati giudiziari istituiti dal re, da un lato, ed altre giurisdizioni soprattutto quelle feudali e comunali, dall'altro (75).

Tuttavia, in quest'epoca, si cominciò, a negare ai supremi magistrati (76) la qualifica di giudici: «*non sunt Iudices sed Domini*». In effetti, si osservò che essi hanno giurisdizione «*in habitu non autem in exercitio*» perché essi nominano il giudice ma non giudicano, *quoniam ipsi deputant iudicem sed non iudicant* (77). In pratica, non mancano, poi, esempi di sovrani che si videro negare la *potestas iuris dicendi* (78), e quindi la qualità di giudice (79). Del resto, almeno nelle grandi città (80), la *iurisdictio* ormai cominciava ad essere del tutto distinta dal potere politico ed era iniziato il processo di creazione dei supremi tribunali territoriali, quali centri di potere tendenzialmente autonomi (81). In definitiva, sembrava ormai principio acquisito

---

sdizioni di Francia, Inghilterra e Spagna, i cui Re non riconoscevano l'autorità dell'Imperatore, ricorreva, tuttavia, ancora alla supremazia del Papa, con argomentazione del tipo di quella che aveva portato Alano Anglico, come si è visto (cfr., *retro*, § 1, n. 13), a stabilire che «*papa est index ordinarius omnium*».

(75) Ad esempio, in quest'epoca a Napoli, si avvertiva la necessità di chiarire che «*quidquid iudicat quilibet iudex ipse Rex iudicare dicitur*», (S. Rovito, *Luculentia commentaria in singularis regni neapolitani pragmaticas sanctiones* (1ª ed. 1600), Neapolis 1741, *super pragm. I de suspicionibus*, n. 6, 665, già ricordato da P.L. Rovito, *Respubblica dei togati*, Napoli 1981, 327).

(76) G.B. De Luca, *De iudiciis et de praxi curiae romanae*, cit., III, 6, 13, si riferiva, in particolare, alle giurisdizioni baronali e feudali, differenziandole dalle giurisdizioni ecclesiastiche per le quali continuava a riconoscere al vescovo la qualifica di giudice ordinario (cfr. III, 7-8, 13).

(77) G.B. De Luca, *De iudiciis*, cit., III, 6, 13 e, pertanto, «*iure domini, non autem iure iudicis*», hanno «*universalem iurisdictionem in loco cum iure territoriali*».

(78) Per usare l'espressione di A. Vinnio, *Tractatus de iurisdictione*, cit., V, 5, 87.

(79) Cfr. N. Picardi, *Il giudice ordinario (Le variabili nella tradizione del diritto comune)*, in *Studi in onore di E. Allorio*, vol. I, Milano 1989, 744.

(80) Così G.B. De Luca, *Il dottor volgare ovvero il compendio di tutta la legge civile, canonica, feudale e municipale nelle cose più ricevute in pratica* (4ª ed. 1673), vol. IV, Firenze 1843, 1ª ed. 1673, (più nota l'edizione di Colonia 1740), Lib. XV, cap. IV, n. 5, 80.

(81) Quanto all'Italia, gli studi di G. Gorla (fra i quali, soprattutto, *I Tribunali Supremi degli Stati italiani, fra il XVI e XIX secolo, quali fattori della unificazione del diritto nello Stato e della sua uniformazione. Disegno storico comparativo*, in *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, in *Atti del 3º Congresso internazionale di Storia del*

che potestà e giurisdizione di ogni magistrato promanano dal Principe, quale sua fonte (82), ma si registrava anche una progressiva presa di coscienza della necessità di tener distinte l'autorità politica da quella giudiziaria.

Altra nota saliente è rappresentata dalla revisione della teoria dei glossatori secondo cui il giudice ordinario veniva identificato attraverso il carattere *originario* del suo potere. Per la verità, i pratici continuavano a ripetere vecchie definizioni: divenne ormai di uso comune, ad esempio, quella secondo cui «si chiama giudice ordinario (...) colui che ha potestà *ex nativa, non dativo nomine*» (83). Una volta affermato il primato della giurisdizione regia, l'idea stessa di *potestas nativa* era destinata, però, a perdere carattere individualizzante (84).

Sigismondo Scaccia, riprendendo un interessante spunto di Roberto Maranta (85), indicò, quindi, una diversa prospettiva: giudice ordinario è colui cui «è attribuita la *iurisdictio* di un distretto, o di un territorio, o di una provincia, o di una città, o di una terra, o di un castello, o di un altro luogo» (86). In altri termini, sviluppandone la concezione patrimoniale (87), la giurisdizio-

---

*diritto italiano*, vol. I, Firenze 1977, 445 ss.; Id., *Introduzione allo studio dei tribunali italiani nel quadro europeo fra i secoli XVI e XIX*, in *Ordinamento giudiziario*, a cura di N. Picardi e A. Giuliani, Rimini 1985, vol. I, 332 ss.), nonché le indagini di M. Ascheri, *Rechtssprechungssammihngen*, in *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, diretto da H. Coing, vol. II, 2, München 1976, 1113 ss., 1195 ss. e dello stesso a., ora in edizione italiana, *I «grandi tribunali» dell'ancien Régime e la motivazione della sentenza*, in M. Ascheri, *Tribunali, giuristi e istituzioni del medioevo dell'età moderna*, cit., 85 ss.

(82) «*Omnium magistratum potestas et iurisdictio a Principe tanquam a fonte promanans*» A. Vinnio, *Tractatus de iurisdictione*, cit., IV, 5, 25.

(83) Così P. De Bictis, *Theoria et praxis causarum iudicialium regularium*, Bononiae 1660, I, quest. 2, n. 1, 2.

(84) Ad esempio, si sosteneva che «*iudicem ordinarium tria faciunt, scilicet lex, consuetudo et consensus*» (cfr. spec. O. Vestrio, *In romanae aulae actionem et iudiciorum mores (...) introductio*, Venetiis 1564, cap. III, n. 2), e conseguentemente, si consideravano giudici ordinari anche gli arbitri, in quanto nominati «*ex communi partium consensu*». *Contra*, su quest'ultimo punto, fra gli altri, C. Pellegrino, *Praxis vicariorum*, Venetiis 1743, II, 3, 19 ss.

(85) Cfr. R. Maranta, *Tractatus de ordine iudiciario, intitulatus Speculum anreum et lumen advocatorum*, cit., par. IV, dist. V, n. 2, f. 36 verso, ove il giurista venosino scrive «*iudex... ordinarius dicit ille qui est creatus a principe, papa, imperatore, vel rege, vel ab alio superiore habentem concedendi ordinariam iurisdictionem ut presit universali iurisdictioni alicuius civitatis vel provinciae*».

(86) S. Scaccia, *Tractatus de iudiciis*, cit., libro I, cap. XVI, n. 5, f. 27, il quale, accanto alla definizione del Maranta, riporta ancora quella del Durante, che, invece, il Card. De Luca e Ch. Loyseau ormai tralasciano.

(87) Sia in quanto spettava, in un primo tempo, al signore feudale, sia in quanto ri-

ne venne concepita come diritto del giudice sul territorio, nell'ambito del quale egli esercita il suo potere: il territorio divenne «*la marque de la jurisdiction*» (88). Conseguentemente, si ritenne che la *iurisdictio* era «nativa» (89) non per il carattere originario, ma in quanto coinvolgeva tutti coloro che, in una forma o nell'altra, erano legati al predetto territorio. Si riconobbe, quindi, al giudice ordinario la «*competentia jurisdictionis universalis vel iuris territorialis*» (90), cioè la «pienezza della giurisdizione in tutti i generi di cause spettanti al suo foro» (91). In questo quadro si iniziò anche a qualificare, quali giudici ordinari, i supremi tribunali (92) e ad attribuire tale qualifica all'organo piuttosto che alla persona fisica (93).

8. - I giudici ordinari, tradizionalmente, venivano ancora contrapposti ai giudici delegati. Tuttavia, se «fonte di giustizia» è il re, ogni giudice finiva per essere un «suo» delegato. Di fronte alle difficoltà crescenti di individuare la ragione della stessa contrapposizione, le menti più addestrate nell'*ars distinguendi* si ingegnarono a separare vari tipi e sottotipi: celebri sono rimaste le quaranta distinzioni fra giudice ordinario e giudice delegato del Maranta (94). Ma, al di là delle esercitazioni dialettiche, due sembrano le possibili linee di tendenza: da un lato, delegato poteva essere detto colui cui veniva

---

connessa, poi, al titolare dell'*officium*, secondo la nota impostazione seguita specialmente in Francia, durante la monarchia assoluta.

(88) Ch. Loyseau, *Cinq livres du droit des offices*, Paris 1620 (ristampato in *Oeuvres*, Paris 1666), vol. I, cap. 6, n. 48, 88. Su tale autore cfr. S. Mastellone, *Il trattato di Ch. Loyseau «du droit des offices»*, in *Il pubblico funzionario*, vol. IV, 2, in *L'educazione giuridica*, a cura di A. Giuliani e N. Picardi, cit., 17 ss. Il rapporto fra giurisdizione e territorio era stato, del resto, già evidenziato da Bartolo da Sassoferrato, *In primam digesti veteris partem*, Venetiis s.d., I, 1, *ad ius dicentis*, n. 15.

(89) «*Sunt iudices in universo territorio cum omnibus illi foro subiectis, tamquam per speciem jurisdictionis universalis, ac nativae*» G.B. De Luca, *De iudiciis*, cit., III, 5, 13.

(90) Così G.B. De Luca, *De iudiciis*, cit., III, 6, 13. Ch. Loyseau, *Cinq livres du droit des offices*, cit., I, 6, n. 48, 88 soggiunge «*Les Juges ordinaires sont Juges des lieux et du territoire, ubi tamquam magistratus ius terrendi habent*».

(91) G.B. De Luca, *Il dottor volgare*, cit., vol. IV, Lib. XV, cap. IV, n. 5, 80; cfr. anche Ch. Loyseau, *op. loc. cit.*, «*son justice régulièrement et universellement sur toute les personnes et les choses qui sont dans celui (territoire)*».

(92) G.B. De Luca, *De iudiciis*, cit., III, 14, 14. Il fenomeno si accentuò con i Tribunali Supremi del XVII e XVIII secolo, che divennero organi dello Stato: cfr., G. Gorla, *Introduzione allo studi dei tribunali*, loc. cit.

(93) Sempre secondo G.B. De Luca, *op. cit.*, III, 5, 13, la *iurisdictio universalis ac nativa compete «personae formalis iudicis loci, quam illa persona materialis, tecta praefinita tempora repraesentata»*.

(94) R. Maranta, *Tractatus de ordine iudiciario, intitul. Speculum aureum et lumen advocatorum*, cit., IV, V, nn. 23-72, ff. 38-42.

demandato – sull'esempio dell'antico *iudex pedaneus* (95) – il compimento di singoli atti processuali; dall'altro, il discorso veniva centrato sulla problematica del «giudice straordinario». È ovvio che questa seconda linea di tendenza presentava maggior interesse. Non stupisce, perciò, che la dottrina dell'epoca, più sensibile alla evoluzione delle idee, abbia centrato l'attenzione su quest'ultimo profilo della «delega», finendo per risolvere *tout court* la distinzione in esame in quella fra *iudex ordinarius* e *iudex extraordinarius*. In tal modo, ritornava in auge – seppure in diverso contesto – una distinzione già prospettata nel periodo di transizione (96).

A sua volta, dietro il concetto di giudice straordinario si delineavano due istituti diversi. Innanzitutto, con la locuzione «giudice competente» si soleva indicare il «giudice che faccia bene il suo ufficio e che si possa dire un buon ministro della giustizia» (97). Conseguentemente, si andò diffondendo la convinzione della necessità di istituire giudici «particolari» per speciali tipi di controversie (98); anzi, come si vedrà, una costante delle organizzazioni giudiziarie del tardo diritto comune era rappresentato proprio dal largo impiego di deleghe particolari di giurisdizione che finirono per assumere carattere stabile e diedero luogo – pur se diverse da paese a paese – ad una pluralità di giurisdizioni, che oggi diremmo «speciali».

In secondo luogo, straordinario era il giudice al quale la causa viene delegata dal titolare del potere e che giudica al posto, e con i poteri, del delegante, «*cui a principe (...) causa committitur, vices gerens delegantis*» (99), giudice delegato, nell'accezione di *commissarius*, richiede, però, alcuni approfondimenti.

Già in diritto canonico (100), l'espressione *commissio* aveva assunto un

(95) Cfr., *retro*, nota 3.

(96) Cfr., *retro*, nota 2.

(97) G.B. De Luca, *Il dottor volgare*, cit., IV, Lib. XV, cap. IV, n. 6, 81.

(98) Ad esempio, D. Giannotti, *La Repubblica fiorentina*, 1531, c. XV, quanto alle riforme da apportare a Firenze, arrivò, addirittura, a scrivere che «bisognerebbe considerare da quante cose nascono le contenzioni civili e sopra tutte quelle creare *magistrati particolari* li quali decidessero tutte le liti che nascessero nelle cose a loro attribuite (...). È necessario dunque creare un magistrato che sia sopra le convenzioni, un altro sopra le doti, un altro sopra i testamenti, e finalmente tanti magistrati, quante sono le cose dalle quali sono i litigi generati».

(99) R. Maranta, *op. cit.*, pars IV, n. 4, f. 37. Cfr. anche I. Menocchio, *De arbitrariis iudicum questionibus*, cit., q. 112, n. 6 («*delegatus is est, cui (...) mandata est vel data iurisdictio; proprium nihil habens, sed totum a Superiore recognoscens*») e A. Vinnio, *Tractatus de iurisdictione*, cit., cap. VIII, n. 4, 93 («*mandataris iurisdictionis simplex et purus vicarius est, non magistratus*»).

(100) In una delle *additiones*, riportata a p. 4, dell'edizione citata dello *Speculum iuris* di G. Durante, efficacemente è scritto: «*Commissiones – Aliud est iurisdictionem mittere aliud remittere. Committi dicitur quando aliam cui committitur non habebat iurisdic-*

significato tecnico e stava ad indicare il conferimento della giurisdizione a qualcuno che altrimenti ne sarebbe privo. La *commissio* veniva, anzi, contrapposta alla *remissio*, con la quale veniva delegata la giurisdizione, per alcune cause particolari, a coloro che già erano investiti, ad altro titolo, di giurisdizione e, quindi, a giudici ordinari (101).

La nozione di commissario (102) troverà, però, un definitivo assetto giuridico, soprattutto ad opera di Jean Bodin (103). Bodin contrappone (104) l'*officialis ordinarius* (*officier*), al *commissarius* (*commissaire*): il primo è investito per legge di una carica ordinaria (*charge ordinarie, limitée par édict*); al secondo è conferita per semplice *commissio* una carica straordinaria (*charge extraordinaire, limitée par simple commission*) (105). In altri termini, il potere dell'officiale ordinario è fondato sulla legge (*édict, loy expresse, publiée, vérifiée, enregistrée*) (106); pertanto il suo ufficio possiede carattere

---

*tionem et tunc est delegatus – Remitti dicitur, quando aliam habebat iurisdictionem et tunc est ordinarius. Est ergo commissio et remissio».*

(101) G.B. De Luca, *De iudiciis*, cit., III, 18, 15 ci attesta che il caso era piuttosto frequente ai suoi tempi e faceva sorgere controversie se dovesse prevalere la qualità di ordinario o di delegato, controversie sulle quali egli non prende esplicitamente posizione. Per la prevalenza dell'*auctoritas delegata* cfr. Sallustio Tiberio da Corneto, *Practica iudicaria*, Roma 1607, 246. Per un'articolata esposizione, con esame della precedente dottrina, cfr. I. Menocchìo, *De arbitrariis iudicium questionibus*, cit., q. 12, nn. 1 ss., 16 ss.

(102) Sul quale cfr., per tutti, Carl Schmitt, *Die Diktatur*, 3ª ed., Berlin 1964, 33 ss.

(103) Soprattutto, nel secondo capitolo del terzo libro della sua opera maggiore *Les six livres de la République* che viene qui citato nella 2ª ed. francese, Paris 1580 (dell'ed. del 1583 vi è anche una riproduzione anastatica, Scientia Verlag Aalen, 1977). L'importanza storica di questo capitolo è stata posta in evidenza da O. Hintze, *Der Commissarius und seine Bedeutung in der allgemeinen Verwaltungsgeschichte*, in *Festschrift für Karl Zeumer*, Werner 1910, spec. 508 ss.

(104) Per la verità, in polemica con Cuiacio, J. Bodin (*Les six livres de la République*, cit., III-2), sostiene che la *commissio* non riguarda soltanto l'attività giurisdizionale, ma enumera tutta una serie di funzioni commissarie. Pur riconoscendo esatta l'estensione dell'istituto ad ogni forma di esercizio del potere, nell'economia della presente indagine, il discorso sarà necessariamente circoscritto alla giurisdizione in senso stretto.

Per le successive distinzioni delle funzioni «de gouvernement, de justice et de finances» in Loyseau, cfr. S. Matellone, *Il trattato di Ch. Loyseau «Du droit des offices»*, cit., 23.

(105) Nell'esposizione dei caratteri differenziali fra i due istituti, seguo, nelle grandi linee, lo schema riassuntivo della teoria di Bodin proposto da C. Schmitt, *Die Diktatur*, cit., 34. Una significativa applicazione della teoria di Bodin si ritrova in Ch. Loyseau, *op. cit.*, IV, cap. V, 8, 565, il quale chiarisce, infatti, che, ad esempio, in Francia, vi erano due tipi di *offices*: «ceux dont la fonction est ordinaire et de tout temps accoustumée comme les offices de la couronne et les offices de justices ordinaires: et ceux dont la fonction est extraordinaire et qui neantmoins on été erigez par Edict en titre d'office formé, comme ceux des Ellections, Greniers à sel et autres justices extraordinaires».

(106) J. Bodin, *Les six livres de la République*, cit., III, 2, 375.

durevole e non può essere revocato dal sovrano a suo arbitrio, a meno di non sopprimere la legge stessa. Del resto, il sovrano non è il proprietario dell'ufficio, esso appartiene al regno, il re è solo il titolare del diritto di investire qualcuno (107). Il potere del commissario, o giudice straordinario, è, invece, fondato su un provvedimento emanato per particolari circostanze, la sua attività ha carattere non durevole, ha termine con l'assolvimento del mandato ed il commissario può essere revocato in ogni momento dal sovrano (108).

Quanto al contenuto, il titolare di un ufficio ordinario esercita quelle attività che sono previste dalla legge in termini generali, secondo tempi e luoghi prestabiliti. Ciò lo rende meno dipendente dal sovrano, che nulla può modificare della sua attività, a meno di non sopprimere la legge stessa. Rimane, pertanto, un certo margine alla sua discrezione e alla sua interpretazione. Il commissario è, invece, vincolato alle istruzioni ricevute e, quindi, la sfera delle sue attribuzioni, ed eventuali margini di discrezionalità, restano sempre ed in ogni dettaglio direttamente dipendenti dalla volontà del mandante (109) – che può anche escludere ogni possibilità di impugnazione (*remota appellatione*) – e cessano con la di lui morte (110).

NICOLA PICARDI

---

Del resto, nella letteratura francese del XVI secolo la nozione di *index ordinarius* andava perdendo il suo tradizionale significato. Cfr., ad esempio, J. Cuiacio, *Opera*, T. VII, Mutinae 1779, 127, il quale, dopo aver affermato «*judicum nomen generale est*» (sub C), precisa, (sub D) «*ordinari judices dicuntur Presides, correctores, consules et alii qui sunt tantum clarissimi. Ordinaria iudicia sunt tantum clarissimorum, id est, quae a clarissimis excercentur vel dantur, spectabiles et illustres extra ordinem cognoscunt*».

(107) V. I. Comparato, *Note sulla teoria della funzione pubblica in Bodin*, in *Il pubblico funzionario*, in *L'educazione giuridica*, a cura di A. Giuliani e N. Picardi, vol. IV, 2, cit., 10.

(108) J. Bodin, *op. cit.*, III, 2, 376-377.

(109) J. Bodin, *op. cit.*, 388.

(110) J. Bodin, *op. cit.*, 384. Cfr. anche A. Vinnio, *Tractatus de jurisdictione*, *op. cit.*, cap. XII, n. 2, 105.

## IL MINISTERO DEL DIFENSORE NEL PROCESSO CIVILE

SOMMARIO: 1. Valore etimologico di «ministero». – 2. La regola dell'intermediazione necessaria del difensore per l'esercizio dell'azione della parte nel processo. – 3. Le varie posizioni della dottrina sulla funzione del difensore. – 4. Segue. – 5. Il riferimento alla nozione di «ufficio». L'atto di conferimento dell'incarico al difensore. La «procura» alle liti. – 6.a) Regime positivo della funzione del difensore. – 6.b) Funzione del difensore nella situazione di «crisi» della parte. – 6.c) «Crisi» dell'ufficio del difensore. – 7. Conclusione.

1. – Ritengo doverosa – e comunque opportuna – una precisazione preliminare in ordine al titolo di questo mio articolo<sup>(1)</sup>. E avvertire che l'uso del termine «ministero» e parlare di «ministero dell'avvocato» non è fatto per enfatizzare la funzione che l'avvocato esercita nel processo civile.

Questa terminologia la troviamo usata, invero, dallo stesso legislatore del 1940 sia nella relazione al codice, ove si sottolinea l'esigenza che gli avvocati abbiano «piena coscienza dell'altezza morale e dell'importanza pubblica del loro ministero»<sup>(2)</sup>, sia negli artt. 82 ss. c.p.c., dove non si parla di «funzione» ma di «ministero» del difensore.

Quale è, allora, l'importanza pubblica del ministero dell'avvocato, di cui parla espressamente il patrio legislatore?

Se si approfondisce il valore etimologico di «ministero», si scopre che *minister* deriva da *minus* più suffisso *ter*, che starebbe a significare il più piccolo in evidente rapporto e contrapposizione a *magister* (*magis* più *ter*), che è il più grande.

E se in Seneca il *minister* è il servo<sup>(3)</sup>, già in Virgilio troviamo il sostantivo *ministèrium* con il valore di *servitium*, *munus*<sup>(4)</sup> e in Cicerone

---

(1) Questo scritto, dedicato a Franco Cipriani, valoroso Collega e caro ed indimenticabile amico, che sarà inserito nella raccolta in sua memoria, mi è servito di base per la lezione magistrale svolta nel Palazzo di Giustizia di Roma il 22 maggio 2019. Le questioni affrontate hanno già formato oggetto di miei precedenti scritti. Tra i più risalenti: *L'interruzione del processo*, Milano 1963, 115 ss.; *Effetti dell'abbandono della residenza e della cancellazione del difensore dall'albo sui processi in corso*, in *Giur. it.* 1964, I, 221 ss.; *Note sul ministero del difensore nel processo civile*, in *Studi in onore di Antonio Segni*, IV, Milano 1967, 147 ss. Tra gli scritti più recenti: *Il ministero dell'avvocato*, in questa *Rivista* 2009, 589; *La difesa nel processo civile e l'assetto dell'avvocatura in Italia*, *ivi* 2006, 813.

(2) V. *Relazione al Re*, in *Codice di procedura civile*, a cura di Cipriani, D'Elia e Impagnatiello, Bari 1997, 221.

è *minister* il sacerdote, servo del culto della divinità<sup>(5)</sup> e sono *legum ministri* i magistrati<sup>(6)</sup>.

Ma è nel linguaggio evangelico che appare l'affermazione secondo cui solo chi sa porsi al servizio degli altri sa farsi *minister omnium* e potrà essere dotato di autorità e potere<sup>(7)</sup>.

E il Cristianesimo inserisce nel linguaggio ufficiale (canonistico) della Chiesa quel valore di servizio correlato all'esercizio del potere, significato che, con la locuzione *regni minister*, è presente in Giustiniano.

«Ministero» finisce, quindi, con il significare non soltanto «servizio», ma «ufficio» socialmente e moralmente elevato, svolto, con spiccato senso del dovere, a vantaggio della collettività, appunto da chi esercita una funzione che è propria del *minister omnium*.

2. – Se si procede ulteriormente in queste riflessioni si rileva che, nel nostro codice di procedura civile e, in particolare, nel contesto dello stesso art. 82 c.p.c., non solo si parla espressamente di «ministero» del difensore, ma si sancisce la regola secondo cui, eccezione fatta per le cause di competenza del giudice di pace, il cui valore non ecceda € 1.100,00, nelle quali le parti possono stare in giudizio personalmente, negli altri casi «le parti non possono stare in giudizio se non col ministero o con l'assistenza di un difensore».

Si viene così in contatto con la regola, presente in gran parte degli ordinamenti processuali moderni<sup>(8)</sup>, dell'intermediazione di un difensore,

<sup>(3)</sup> V. Seneca, *De beneficiis*, 18: «*ministerium esse servi, quem conditio sua eo loco posuit, ut nihil eorum, quae praestat, imputet superioris*».

<sup>(4)</sup> Si veda, per esempio, Aen, VI, 222-223; e VII, 618-619 (edizione di riferimento a cura di Geimonat, *Augustae Taurinorum* 1979).

<sup>(5)</sup> Cfr. *Pro Cluentio*, 15: «*Martiales quidam Larini appellabatur ministri publici Martis*».

<sup>(6)</sup> Cfr. *Pro Cluentio*, 53: «*legum ministri, magistratus, legum interpretes, iudices*».

<sup>(7)</sup> V. Marco, 9, 34.

<sup>(8)</sup> Alcune legislazioni moderne considerano, tuttavia, facoltativo il ricorso al ministero di un difensore e riconoscono lo *jus postulandi* direttamente alla parte che ha la capacità di agire. V. in proposito Punzi, *Note sul ministero del difensore*, cit., 148. Regime particolare è previsto per la rappresentanza e la difesa delle parti nel processo canonico. Infatti il *Codex Iuris Canonici* stabilisce che le parti possono nominare liberamente un procuratore (can. 1655 § 3), soprattutto quando lo richiede la particolare condizione delle parti (v. cann. 1648 § 3; 1649, 1654 § 1; 1655 § 4; 1770 §2). Lo stesso *Codex*, però, attribuisce al giudice il potere di imporre alle parti, per la particolarità della situazione processuale, di nominare un difensore. V., in proposito, Della Rocca, *Il mandato forense nel processo canonico*, in *Ephes juris can.* 1949, 217 ss.; Del Giudice, *Nozioni di diritto canonico*, 10<sup>a</sup> ed., Milano 1953, 255.

come condizione necessaria per l'esercizio dell'azione della parte nel processo.

Ma se si riconosce in tal modo che il soggetto di diritto, persona fisica o giuridica, pienamente capace di disporre del diritto e dell'azione, non ha la libera capacità di esercitare direttamente l'azione nel processo e di compiere i relativi atti, è poi ben difficile ammettere che esso abbia il potere di agire, per quegli stessi atti, a mezzo di un soggetto che assuma nei rapporti esterni la posizione di «rappresentante», ma che sia titolare, nei rapporti interni, della posizione di «mandatario». Ciò implicherebbe che il soggetto mandatario fosse legittimato a porre in essere atti che il mandante è già capace di compiere personalmente.

3. – A conclusioni non diverse si deve giungere in ordine alla tesi che individua nel difensore un *nuncius* della parte.

Questa tesi risale a Carnelutti<sup>(9)</sup>, il quale ha considerato il difensore come un «trasformatore» della volontà delle parti, la cui funzione sarebbe appunto quella di «dar forma» alla volontà del *dominus*, procurandone la manifestazione «in un tempo, in un luogo o in modo diverso da quello che il *dominus* in persona abbia possibilità e opportunità di fare»<sup>(10)</sup>.

Carnelutti, nel precisare il proprio pensiero, ha spiegato che qui si è nel campo della trasformazione dell'energia psichica, che è comune alle figure del *nuncius*, dell'interprete e del traduttore, le quali apparterebbero tutte alla stessa famiglia<sup>(11)</sup>.

In proposito non si può fare a meno, tuttavia, di osservare come sia l'autore di una traduzione, sia il segretario che sviluppa il contenuto di una lettera indicatogli sinteticamente, sono talmente legati al testo da tradurre o all'idea da sviluppare che la loro scelta o la sfera della loro autonomia sono estremamente limitate.

Ma neanche l'assimilazione del difensore al notaio, considerato come trasformatore giuridico<sup>(12)</sup>, convince.

<sup>(9)</sup> L'enunciazione della tesi di Carnelutti si trova in *Sistema del diritto processuale civile*, Padova 1939, I, 464; Id., *Figura giuridica del difensore* in *Riv. dir. proc. civ.* 1940, 65 ss.; Id., *Lezioni sul processo penale*, I, Roma 1946, 161 ss. Nella quinta edizione delle *Istituzioni*, Id., 107, si manifestano, tuttavia, i primi sintomi dell'evoluzione del pensiero dell'a. che inquadra il *nuncius* nell'ambito della mediazione. Infine in *Diritto e processo*, Napoli 1958, 106, Carnelutti sembra abbandonare addirittura questo termine dal testo, dove invece insiste nella rappresentazione del difensore come *mediatore*, che colma la distanza esistente tra parte e giudice.

<sup>(10)</sup> V. in particolare *Figura giuridica del difensore*, cit., 67.

<sup>(11)</sup> V. *Figura giuridica del difensore*, cit., 66.

<sup>(12)</sup> V., ancora, Carnelutti, *Figura giuridica del difensore*, cit., 80.

Mi sembra anzi che proprio questo paragone dia la misura dell'insufficienza della costruzione del difensore come *nuncius*.

Nota a questo proposito che il notaio viene definito un «traduttore in linguaggio giuridico delle idee grezze che gli vengono dichiarate dalle parti»<sup>(13)</sup>.

E questa è una definizione puntuale, giacché è pacifico che il notaio non può assolutamente elaborare le dichiarazioni prestate dalle parti, a pena di falso, ed è obbligato a tener conto anche di dichiarazioni di scarso rilievo: egli deve infatti limitarsi a documentare nella dovuta forma che determinate dichiarazioni sono state prestate alla sua presenza<sup>(14)</sup>.

Se tutto ciò è vero ci si rende conto di quanto sia lontana da questa immagine del notaio come «trasformatore giuridico» la figura del difensore.

Il difensore, infatti, non si limita a dare veste legale alle dichiarazioni della parte, ma svolge l'azione, il cui esercizio gli è stato commesso dalla parte, in piena autonomia. Insomma non è un mero *nuncius*.

Né può convincere del contrario il rilievo secondo cui «è alla volontà della parte non a quella del difensore che la legge si riporta quando si tratta di stabilire la rilevanza dell'elemento psicologico dell'atto compiuto per mezzo del difensore rispetto al diritto»<sup>(15)</sup>.

Il vero è che non si deve confondere il problema della rilevanza dell'elemento psicologico negli atti processuali con il diverso problema della influenza della volontà della parte per il compimento dei singoli atti.

Quest'ultimo problema va infatti risolto tenendo conto della condizione in cui si trova la parte di fronte al processo e quindi della incidenza che l'attività del difensore ha sull'azione della parte.

A tale proposito, ho già avuto modo di notare in altra sede<sup>(16)</sup> che l'attività della parte si esaurisce nel conferimento dell'atto di incarico al difensore. Compete poi al difensore porre in essere i singoli atti del processo, atti che la parte, invece, non può compiere personalmente, difettando della legittimazione oltre che della capacità tecnica necessaria. Sì che di fronte al difensore la volontà della parte può essere rilevante solo nel conferirgli l'incarico di patrocinio «ma non nell'imporgli i modi di esplicarlo».

<sup>(13)</sup> *Op. loc. cit.*

<sup>(14)</sup> Sull'argomento v. Donà, *Notariato e archivi notarili*, in *Nuovo dig. it.*, X, Torino 1939, 1081 s.

<sup>(15)</sup> V. Carnelutti, *Figura giuridica del difensore*, cit., 83.

<sup>(16)</sup> V. *L'interruzione del processo*, cit., 126 ss. e 140.

Questa situazione è stata scolpita con rara efficacia da Carnacini<sup>(17)</sup>, il quale ha osservato che tutte le volte che noi, per raggiungere un determinato scopo, ci rivolgiamo ad un tecnico, cioè ad un soggetto che sia fornito della qualità e delle conoscenze necessarie per ottenere quanto desideriamo, «dobbiamo distinguere tra ‘volontà finale’ e ‘volontà strumentale’ ed ammettere che soltanto la prima emana da noi, mentre la seconda proviene dal tecnico» altrimenti – conclude Carnacini – «se la sua volontà fosse irrilevante non ci rivolgeremmo alla di lui opera».

Sicché, in conclusione, il difensore non può essere considerato mero trasformatore della volontà della parte, giacché nell’ambito della funzione commessagli e cioè nell’esercizio dell’azione della parte, egli non si limita a dar forma alla volontà del *dominus*, ma manifesta una volontà propria, agendo con piena autonomia: non è *nuncius* della parte, ma *dominus* egli stesso.

4. – Se si procede ulteriormente nell’analisi del problema non si può fare a meno di riconoscere che in un processo permeato di tecnicismo e di formalismo il difensore realizza a un tempo l’emancipazione delle parti dal giudice ma anche l’emancipazione del giudice dalle parti<sup>(18)</sup>.

Realizza l’emancipazione delle parti, perché queste, prive di assistenza resterebbero abbandonate al paternalismo del magistrato<sup>(19)</sup>.

<sup>(17)</sup> V. Carnacini, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in *Studi in onore di Enrico Redenti*, II vol., Milano 1950, 723.

<sup>(18)</sup> L’esigenza di difesa della parte e di intermediazione di un difensore particolarmente qualificato si sente in termini meno intensi nei processi patriarcali, ove anche i giudici non siano dei tecnici, ma rappresentino la coscienza popolare, e in una comunità ove le regole giuridiche siano non solo poche e semplici, ma effettivamente note a tutti. Questa esigenza si avverte invece in termini più drammatici in un ordinamento, come il nostro, in cui il giudizio del magistrato conclude un processo nel quale i singoli momenti sono regolati da norme rigorose, ove il mancato disconoscimento tempestivo di una scrittura (art. 215 c.p.c.), il mancato deposito di un fascicolo (art. 348 c.p.c.) o il mancato rispetto di un termine può significare la compromissione anche definitiva della posizione di interesse di una delle parti. In proposito cfr. Zanardelli, *L’avvocatura*, 2<sup>a</sup> ed., Milano 1920, 21 ss. È dunque in un ordinamento come il nostro che la parte, dopo aver deliberato di agire per la tutela di un suo interesse materiale e dopo aver scelto per questa tutela lo strumento processo civile, è tenuta – come osserva Carnacini, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, cit., 707 – ad agire a regola d’arte, secondo la tecnica del processo, se vuole che quella sua scelta sia proficua. Ed è a questo punto che – come osserva l’a. (711) – entra in gioco colui che di quella tecnica ha il dominio e che perciò, a differenza di tutti coloro che non lo conoscono, «è in grado di dare corpo a questo strumento dalla conformazione complessa».

<sup>(19)</sup> Cade quindi la critica mossa in dottrina alla norma che impone l’intermediazione del difensore, secondo cui in dipendenza di questa norma le parti finirebbero per essere poste sotto tutela per una loro presunta incapacità. V. richiami in Pavanani, *Note sulla figura giuridica del difensore*, in Aa.Vv., *L’efficacia del giudicato penale nel processo civile: il difen-*

Ma realizza anche l'emancipazione del giudice, perché questo dovrebbe sdoppiarsi continuamente per ovviare all'assenza di quella dialettica che è essenziale al rapporto parti-giudice, e ciò non solo indicando le lacune dell'istruzione e le irregolarità degli atti, ma anche indicando gli errori di impostazione della domanda, e, in definitiva, sostituendo il difensore nel tutelare le parti di fronte ai pericoli che possono di volta in volta derivare dal compimento o dall'omissione dei singoli atti.

5. – Un ulteriore passo per la definizione del rapporto parte-avvocato può essere compiuto facendo riferimento alla nozione di «ufficio» di diritto privato, proprio in ragione del fatto che il difensore, alla pari dei titolari degli uffici di diritto privato<sup>(20)</sup>, interviene in situazioni di incapacità o inidoneità del soggetto, svolgendo la sua attività ed esercitando poteri che non sono derivati dalla parte e quindi non riconducibili allo schema del mandato. E la dottrina civilistica ha messo in evidenza che all'«ufficio privato», a differenza dell'ufficio pubblico, è connessa la rappresentanza, rappresentanza che viene a giustificare l'imputazione al soggetto rappresentato degli effetti degli atti posti in essere dal titolare dell'ufficio<sup>(21)</sup>.

Tuttavia se è vero che la parte, come qualunque soggetto in condizione di incapacità, totale o relativa, non ha l'idoneità di porre in essere gli atti del processo, sicché si può ben dire che l'ordinamento non la considera a questo fine pienamente capace di esercitare lo *jus postulandi*, imponendo a tale scopo l'intervento e l'intermediazione necessaria dell'avvocato, è però indubbio che l'azione appartiene sempre al soggetto parte, che può disporre dell'azione, può volerne l'esercizio e tale sua volontà manifesta concretamente, impegnando il difensore nella proposizione della domanda.

Alla parte compete, dunque, l'atto di iniziativa, appunto, con il conferimento al difensore dell'incarico di esercitare l'azione e di intraprendere il processo, libera determinazione della parte che giustifica quel particolare fenomeno di imputazione giuridica ad essa degli effetti degli atti processuali posti in essere dal difensore<sup>(22)</sup>. Tale situazione ha portato Satta a

---

sore. *Relazioni e discussioni svolte nel Convegno del 5 e 6 ottobre 1956*, Milano 1960, 130, nt. 21.

<sup>(20)</sup> Cfr. già Zanardelli, *L'avvocatura*, 2<sup>a</sup> ed., cit., e, da ultimo, Punzi, *Il processo civile, Sistema e problematiche*, 2<sup>a</sup> ed., I, Torino 2010, 348.

<sup>(21)</sup> Cfr. Messineo, *Contributo alla dottrina dell'esecuzione testamentaria: critica delle teorie, elementi costitutivi ed indole dell'esecuzione*, Padova 1931, 24 ss. Afferma Calamandrei, *Istituzioni*, cit., 793, che qui si tratta di rappresentanza «volontaria quanto al conferimento, ma legale quanto al modo di esercitarla».

<sup>(22)</sup> Punzi, *Note sul ministero del difensore*, cit., 173.

rappresentare il difensore come «sostituto» della parte<sup>(23)</sup>, conclusione, questa, che è condivisibile, nella misura in cui si alluda all'intervento di un terzo, autonomo rispetto al sostituito, che agisce in virtù di poteri propri, ma per la determinazione di situazioni giuridiche che vengono ad essere imputate al sostituito<sup>(24)</sup>.

Per quanto concerne la definizione di quest'atto di iniziativa della parte, il nostro codice di procedura civile, con sin troppo evidente reminiscenza privatistica, parla di «procura alle liti», generale o speciale (v. artt. 83, 85, 125, comma 2°, 163, comma 3°, n. 6, 165 e 166 c.p.c.).

Ma che sia corretto parlare di procura, quando si riconosca, come si deve riconoscere, che è dalla legge e non dalla volontà della parte, che il difensore deriva i propri poteri, è almeno dubbio.

Si dovrebbe parlare più puntualmente di «atto di incarico»<sup>(25)</sup> ovvero di «atto di investitura», mutuando locuzioni che la dottrina pubblicistica – mi riferisco, in particolare, all'insegnamento di Massimo Severo Giannini<sup>(26)</sup> – utilizza con riferimento al modo in cui un soggetto è investito delle titolarità di un determinato ufficio.

6. – Peraltro, le premesse iniziali condizionano il regime positivo del ministero dell'avvocato anche nella fase propriamente di esercizio dell'azione nel processo; e si manifestano essenzialmente nei poteri attribuiti al difensore e nella rilevanza delle c.d. istruzioni della parte, nonché nei compiti riservatigli nel momento in cui la parte è in crisi e, infine, nel regime positivo che riguarda la conservazione dell'ufficio del difensore e le conseguenze della sua crisi.

a) Per quanto concerne l'ambito dei poteri del difensore, questo può essere idealmente identificato nella stessa area che individua la sfera della c.d. incapacità o inidoneità della parte e che coincide con l'ambito di «esercizio» dell'azione nel processo<sup>(27)</sup>.

Pertanto tutti gli atti che non rappresentano mero «esercizio», svolgimento dell'azione, ma «disposizione» di essa, e che, quindi, non producono solo la modificazione della situazione processuale, ma determinano già una compromissione, diretta o indiretta, della posizione sostanziale

<sup>(23)</sup> Satta, *Forma e sostanza nel ministero del procuratore*, in *Giust. civ.* 1958, I, 522.

<sup>(24)</sup> Punzi, *La difesa nel processo civile*, cit., 819.

<sup>(25)</sup> V. in questi termini Pavanini, *Note sulla figura giuridica del difensore*, cit., 136.

<sup>(26)</sup> Cfr. Giannini, *Lezioni di diritto amministrativo, 1959-60*, Roma 1960, 119.

<sup>(27)</sup> Cfr. Punzi, *Note sul ministero del difensore*, cit., 177.

della parte, sono, ad un tempo, preclusi al difensore ed esperibili solo dalla parte.

Ed è, invece, sull'arco dello svolgimento dell'azione nel processo che il difensore si sostituisce alla parte nel compimento dei singoli atti del processo e ciò con piena autonomia – e quindi senza che la parte possa in alcun modo condizionarne le determinazioni<sup>(28)</sup> – ma anche con piena efficacia per la parte.

Al di fuori di quest'ambito, costituito dall'atto di investitura per l'esercizio dell'azione, il difensore non solo manca di autonomia, ma addirittura di potere<sup>(29)</sup>.

b) Ma uno degli aspetti più significativi del ministero del difensore si manifesta nel momento in cui la parte entra in crisi: la fedeltà alla sua funzione, che è di garantire la tutela nel processo del diritto dei singoli, impone all'avvocato di non abbandonare la parte e di operare anche dopo la morte o la perdita della capacità di questa per garantirne l'esercizio dell'azione e la tutela degli interessi, nel periodo necessario alla sua restaurazione.

Questa problematica si pone perché la morte della parte non determina normalmente – salva l'eccezione delle azioni personalissime – l'estinzione dell'azione e delle situazioni che attraverso il suo esercizio sono state determinate, giacché esiste normalmente un soggetto che, secondo il regime delle successioni *mortis causa*, succede nelle situazioni attive e passive ed ha il potere di subentrare anche nelle situazioni processuali del *de cuius*. Né, tanto meno, l'estinzione del processo consegue alla perdita della capacità del soggetto. Proprio la possibilità che il processo in tutti questi casi prosegua, pone il problema connesso alla sorte degli interessi di tutte le parti, nonché della tutela del soggetto che viene a succedere al *de cuius*.

Ora, se normalmente l'interruzione del processo si presenta come strumento tipico e insostituibile per risolvere tale problema<sup>(30)</sup>, nel caso particolare in cui la parte sia costituita in giudizio a mezzo di un avvocato tale insostituibilità viene meno.

L'art. 300, comma 2°, c.p.c. sancisce, infatti, che, in questa ipotesi l'interruzione non è automatica, giacché si verifica solo a seguito della «dichiarazione» che dell'evento venga effettuata in giudizio dall'avvocato costituito per la parte entrata in crisi.

---

<sup>(28)</sup> V. De Marsico, *Lezioni di diritto processuale penale*, 3<sup>a</sup> ed., rist., Napoli 1955, 98, che parla a questo proposito di «lato discretivo e tecnico dell'opera del difensore».

<sup>(29)</sup> Cfr. Punzi, *Note sul ministero del difensore*, cit., 179.

<sup>(30)</sup> V. in proposito, ampiamente, Punzi, *L'interruzione del processo*, cit., 111.

Ciò significa che la regola della fedeltà alla funzione commessagli impone all'avvocato di non abbandonare la parte colpita dall'evento e di operare, anche dopo la morte o la perdita della capacità di questa, per garantirne la tutela e l'esercizio dell'azione, nel tempo necessario alla sua restaurazione. Ma questo è anche il limite del «servizio» che all'avvocato è commesso, sì che, ove egli non riuscisse a realizzare la restaurazione della parte, con la costituzione in giudizio del soggetto legittimato alla prosecuzione del processo, dovrebbe senza ulteriore indugio dichiarare l'evento che ha colpito la parte da lui assistita e determinare, quindi, l'interruzione del processo<sup>(31)</sup>.

c) La imprescindibilità della intermediazione dell'avvocato per assicurare l'esercizio dell'azione e la difesa della parte nel processo si manifesta anche nel regime positivo che riguarda la conservazione dell'ufficio del difensore e le conseguenze della sua crisi.

Quanto al primo aspetto si può dire sinteticamente che l'ufficio del difensore è custodito da un vincolo di indisponibilità relativa, che si manifesta, nei confronti della parte, con la limitazione del suo potere di disporre dell'ufficio del difensore alla possibilità di sostituire l'avvocato, originariamente investito dell'ufficio di difensore, con altro difensore, e nei confronti dell'avvocato, con il condizionamento e la subordinazione degli effetti della sua eventuale rinuncia alla *perpetuatio* dell'ufficio (sia per la presenza di altro avvocato, sia per la nomina di un nuovo difensore)<sup>(32)</sup>.

Quanto al secondo aspetto, in conseguenza dell'imprescindibilità del difensore per l'esercizio dell'azione della parte, tutti gli eventi che deter-

<sup>(31)</sup> V. Punzi, *Note sul ministero del difensore*, cit., 187, ove si conclude che come l'interruzione del processo, così l'ultrattività dell'ufficio del difensore devono condurre o alla reintegrazione della parte e alla prosecuzione del processo, o alla sua interruzione: la misura dei poteri attribuiti al difensore dopo il verificarsi dell'evento a carico della parte è, dunque, data proprio dalla funzione strumentale e transeunte che viene a realizzare l'interruzione del processo.

<sup>(32)</sup> V. Punzi, *Note sul ministero del difensore*, cit., 188, ove vengono richiamate le tre regole fondamentali operanti *in subiecta materia* e cioè: a) la revoca dell'incarico al difensore effettuata dalla parte e, correlativamente, la rinuncia a tale incarico prestata dal difensore, non sono idonee a determinare l'estinzione dell'ufficio (v. art. 85 c.p.c.) e quindi non provocano l'interruzione del processo, che è conseguenza di quell'estinzione (v. art. 301, comma 3°, c.p.c.); b) se una parte è costituita in giudizio a mezzo di due difensori, la revoca o la rinuncia al ministero di uno di essi, non determinando l'estinzione dell'ufficio, che sopravvive con il difensore superstita, può essere compiuta liberamente; c) la nomina di un nuovo avvocato, che intervenga per assicurare la *perpetuatio* dell'ufficio, permette alla parte di rinunciare al difensore precedentemente nominato e a quest'ultimo di rinunciare all'incarico e rende anche pienamente efficaci gli atti di revoca o di rinuncia eventualmente posti in essere precedentemente. Sul punto, v. anche Punzi, *La difesa nel processo civile*, cit., 825.

minano la perdita per l'avvocato della qualità necessaria per l'assunzione della titolarità dell'ufficio, producono la paralisi della parte. E quindi l'esigenza di tutelare il diritto della parte di agire nel processo e la garanzia costituzionale di difesa impongono l'interruzione del processo nel momento stesso in cui si determinano tali eventi.

L'art. 301 c.p.c. fa in realtà riferimento solo alla morte, alla radiazione o sospensione del difensore. Ma, a mio avviso, una corretta interpretazione di tale articolo e la *ratio* che informa la disposizione devono portare, al di là della rigida lettera dello stesso art. 301 cit., a riconoscere idoneità interruttiva a tutti quegli eventi che non incidono sul mero atto di investitura dell'avvocato (come la revoca o la rinuncia all'incarico), ma operano sul presupposto imprescindibile per la vigenza dell'ufficio e cioè la persistenza della qualità di professionista legittimato all'esercizio della funzione di difensore in giudizio.

Tesi, questa, che è stata accolta dalla giurisprudenza<sup>(33)</sup>.

Quindi, accanto alla morte, alla radiazione o alla sospensione, deve ormai riconoscersi idoneità interruttiva del processo anche alla cancellazione volontaria dell'avvocato dall'albo.

7. – Ecco l'alto valore del «ministero» dell'avvocato. Per apprezzarne pienamente la portata è necessario tener conto dell'incapacità del soggetto di diritto, persone fisiche o enti collettivi, di esercitare l'azione nel processo senza la intermediazione necessaria dell'avvocato. Intermediazione del difensore che è imprescindibile proprio per realizzare i due precetti enunciati nell'art. 24 della Costituzione e cioè che «la difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento» e che «tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi».

Sono questi i presupposti fondamentali, i pilastri su cui si fonda tutto il regime positivo del ministero dell'avvocato, sia nella fase genetica del rapporto parte-difensore, sia nella fase funzionale dello svolgimento del processo.

Nella fase genetica del rapporto parte-difensore, abbandonati i riferimenti al mandato e alla concezione del difensore come mero *nuncius* della parte, mi sembra dunque fruttuoso, da un lato, il riferimento alla nozione di «ufficio» di diritto privato, in ragione del fatto che il difensore, alla pari dei titolari degli uffici di diritto privato, interviene in situazioni di incapacità o

---

<sup>(33)</sup> Cfr. Cass. 5 ottobre 2001, n. 12294, in *Foro it.* 2002, I, 89 ss.; in *Cass. giur.* 2002, 1177, con nota di Boccagna, *Cancellazione del difensore dell'albo professionale e interruzione del processo*. Cfr. anche Califano, *L'interruzione del processo*, Napoli 2004, 352 ss.

inidoneità del soggetto, svolgendo la sua attività ed esercitando poteri che non sono derivati dalle parti, ma hanno la loro fonte nella legge. Nozione di ufficio di diritto privato, cui è connessa la rappresentanza del soggetto parte e l'imputazione in capo ad esso degli atti posti in essere dal difensore.

D'altro lato, per la definizione dell'atto di iniziativa della parte, rispetto alle formule correnti di «procura» o di «mandato alle liti», ritengo che sia più puntuale il riferimento all'«atto di incarico» ovvero, ancor meglio all'«atto di investitura», facendo ricorso ad una locuzione che la dottrina pubblicistica utilizza proprio con riferimento al modo in cui un soggetto è investito della titolarità di un ufficio.

Per quanto concerne la fase funzionale di esercizio dell'azione nel processo è agevole restringere nell'area degli atti di esercizio dell'azione, espungendo ogni sconfinamento nell'area degli atti di disposizione del diritto e dell'azione, l'ambito dei poteri esercitabili dal difensore, con effetti imputabili alla parte rappresentata.

Ciò detto, devo aggiungere che, come ho avuto modo di sottolineare, uno degli aspetti più caratterizzanti del ministero del difensore riguarda la sua funzione nel momento in cui la parte entra in crisi, funzione che egli è chiamato a svolgere appunto dopo la morte o la perdita della capacità di questa, per garantirne la tutela e l'esercizio dell'azione, nel tempo necessario alla sua restaurazione e quindi alla costituzione in giudizio del soggetto legittimato alla prosecuzione del processo. Ove questo effetto non sia realizzabile o, comunque, non si sia realizzato in un ragionevole lasso di tempo, il difensore potrà, comunque, dichiarare in giudizio l'evento che ha colpito la parte da lui rappresentata, determinando così l'interruzione del processo.

A questi principi corrisponde, dunque, il regime positivo concernente la conservazione dell'ufficio del difensore e le conseguenze della sua crisi.

Regime informato, da un lato, al principio di indisponibilità relativa, che si manifesta nella limitazione della possibilità di revoca del difensore e nel suo condizionamento alla presenza di altro difensore o, comunque, alla sostituzione del difensore revocato. D'altro lato, sempre in conseguenza della imprescindibilità della intermediazione del difensore per l'esercizio dell'azione nel processo, ogni evento che determina la perdita per l'avvocato del titolo necessario per esercitare la difesa nel processo, e quindi anche la cancellazione volontaria dall'albo, provoca l'interruzione immediata del processo.

Come ho ricordato all'inizio, nella Relazione al Codice di procedura civile del 1940 il legislatore non solo parla espressamente di «ministero dell'avvocato», ma sottolinea l'esigenza che gli avvocati abbiano «piena

coscienza dell'altezza morale e dell'importanza pubblica del loro ministero, che li chiama ad essere i più preziosi collaboratori del giudice»<sup>(34)</sup>.

Ma, se si può dire che l'avvocato si pone come un vero e proprio collaboratore, uno dei più preziosi, del giudice, se si deve riconoscere che la funzione che egli esercita, il suo «ministero» è essenziale all'esercizio della giurisdizione ed è imprescindibile per l'attuazione del precetto costituzionale della garanzia del diritto di difesa e del diritto della parte di agire nel processo per la tutela dei propri diritti e dei propri interessi, non si può in alcun modo ammettere che egli assuma la qualifica di pubblico funzionario<sup>(35)</sup>.

Infatti se l'avvocato, per assolvere la propria funzione, deve essere autonomo e non subordinato rispetto al cliente, altrettanto deve dirsi per i suoi rapporti con lo Stato: il difensore non può essere «mandatario» o «*nuncius*» della parte, ma neanche «funzionario» dello Stato. E ciò non tanto perché l'asservimento ai pubblici poteri significherebbe minore tutela dell'interesse dei privati, quanto e soprattutto perché l'autonomia e la libertà dell'avvocato è condizione e garanzia dell'imparzialità del giudice e quindi dell'attuazione della giustizia<sup>(36)</sup>.

Che il ministero del difensore, pur essendo una funzione pubblica, coordinata all'esercizio della giurisdizione, sia esercitata da un soggetto privato è, dunque, un'esigenza originaria del giudizio e del processo, che è legata alla struttura dialettica del processo stesso e all'attuazione del precetto costituzionale che garantisce il diritto di difesa e la tutela dei diritti contro le contestazioni di altri privati, ma anche contro l'abuso dei pubblici poteri.

Sicché il difensore può essere posto sullo stesso piano del giudice quando giudica, appunto per riaffermare anche di fronte ai pubblici poteri, il principio, proclamato da Piero Calamandrei, che l'avvocato nell'esercizio del proprio ministero «deve obbedire solo alle leggi ed alla propria coscienza e non curarsi d'altro»<sup>(37)</sup>.

CARMINE PUNZI

---

<sup>(34)</sup> V. *Relazione al Re*, in *Codice di procedura civile*, a cura di Cipriani, D'Elia e Impagnatiello, cit.

<sup>(35)</sup> Sul punto v. già Punzi, *Note sul ministero del difensore*, cit., 166.

<sup>(36)</sup> Scriveva Calamandrei, *Gli avvocati dello Stato e l'inamovibilità*, in *Foro it.* 1943, III, 30, che un'esperienza millenaria ha dimostrato che la miglior garanzia dell'imparzialità dei giudici è costituita dall'indipendenza dei difensori e che là ove l'indipendenza degli ordini giudiziari vacilla, ivi, quasi per simpatia patologica tra organi complementari, anche la magistratura declina.

<sup>(37)</sup> Così Calamandrei, *Gli avvocati dello stato*, cit., 35.

## CARLO LESSONA E LE LUCERTOLE DELLO ZIO MICHELE <sup>(1)</sup>

SOMMARIO: 1. Gli esordi. La laurea in storia del diritto con Cesare Nani. Luigi Mattiolo, maestro putativo. – 2. La *Teoria delle prove* e un maestro adottivo, Lodovico Mortara. – 3. La contemporanea perdita di due cattedre. L'isolamento accademico. – 4. Un alunno straordinario: Piero Calamandrei. – 5. Calamandrei e i suoi due maestri. – 6. Un'ultima occasione mancata: la *Rivista di procedura civile*. – 7. Collocazione di Lessona tra gli studiosi del processo. – 8. Il «sistema» di Leibniz e quello di Linneo. – 9. Carlo Lessona, lo zio Michele e le lucertole.

1. – Tra i grandi studiosi italiani del processo civile nati nel diciannovesimo secolo (quelli che Franco Cipriani chiamava i nostri *Patres*), Carlo Lessona, nato a Lanzo Torinese nel 1863 e scomparso a Firenze, prematuramente, nel 1919, fu certamente il più sfortunato. Vedremo perché.

Spesso si parla di Lessona come di un allievo torinese di Luigi Mattiolo, discepolo del mitico Matteo Pescatore, ed in effetti anche da lui Mattiolo è talvolta menzionato come suo maestro, per la verità più con rispetto che con affetto.

Di fatto, tuttavia, Lessona si laureò in storia del diritto, nel 1885, con il professor Cesare Nani, con una tesi sulla *Sylva Nuptialis* di Giovanni Nevizzano, estroso giurista astigiano del Cinquecento, che era una sorta di manuale di tuttologia sul tema semiserio, in voga a quel tempo (si veda il *Tiers Livre* di Rabelais), dei vantaggi e degli svantaggi del matrimonio: tesi pubblicata l'anno successivo, 1886, in un pregevole volumetto del quale dirò ancora. Mentre i suoi rapporti con Mattiolo – se si prescinde dalla frequenza alle sue lezioni – iniziarono nel 1888, allorché Lessona fu incaricato dagli editori Fratelli Bocca (più che dall'autore) di redigere un «indice esegetico analitico» della terza edizione del vasto *Trattato di diritto giudiziario civile*, in sei volumi, che era allora, e sarebbe rimasto ancora per decenni, la Bibbia degli avvocati e dei magistrati italiani in materia di procedura civile. Non a caso infatti Mattiolo sarebbe stato ricordato da Lodovico Mortara come il «pontefice massimo», ai suoi tempi, della nostra disciplina.

---

<sup>(1)</sup> Relazione svolta, con un diverso titolo, il 24 ottobre 2019, nell'incontro su *Carlo Lessona nella scienza giuridica italiana*, tenutosi a Roma presso il Consiglio Superiore della Magistratura.

Ma la mancanza di un significativo rapporto *personale* tra Lessona e Mattiolo si desume anche dalla «*Avvertenza generale*» che introduce il suddetto indice, redatta in tono alquanto formale, nonché presuntuoso, inconsueto per un allievo venticinquenne che ha l'onore di integrare l'opera del suo maestro, «*pontefice massimo*» della materia. Per Lessona, si potrebbe dire, Mattiolo fu solo un *maestro putativo*.

In ogni caso, il suddetto incarico, apparentemente arido e noioso, produsse invece risultati più che apprezzabili: perché, da un lato, ne uscì un ricco e utilissimo volume di 180 pagine (il settimo del *Trattato*); dall'altro, Lessona rimase affascinato, non solo da quell'opera monumentale, letta riga per riga, ma anche e soprattutto *dalla procedura civile*, che fu da allora al centro dei suoi interessi di giurista, in precedenza distribuiti in direzioni diverse ed eterogenee: la storia del diritto, il diritto civile, il diritto commerciale, e, pionieristicamente, la materia conosciuta oggi come «diritto e letteratura».

Dotato infatti di una straordinaria versatilità e di una grande efficienza, sia come ricercatore che come scrittore, il giovane Lessona non aveva pubblicato soltanto, nel 1886, il già citato libro su Giovanni Nevizzano, ma anche un volume di dispense delle lezioni di Cesare Nani, e un saggio su *Dante penalista*, in risposta critica a un quasi omonimo scritto del grande Francesco Carrara, *Dante criminalista*. Prima ancora, nel 1884 – dunque ancora studente – aveva pubblicato un impegnativo «*saggio storico-giuridico*» sulla *Germania* di Tacito, e nel 1885, l'anno stesso della laurea, uno studio sulla revoca del testamento; mentre nel 1888, in concomitanza con la compilazione dell'*Indice* di cui sopra, vedeva la luce un altro volume su *I libri di commercio nel diritto positivo italiano*, edito a Cremona, dove era andato a insegnare nel locale Regio Istituto Tecnico.

2. – Dal 1889, comunque, Lessona, trasferitosi a Roma dove aveva ottenuto presso il Senato l'incarico di direttore dell'Ufficio revisione e stenografia, si dedicò soprattutto allo studio del processo, in particolare nel campo delle prove, che gli pareva essere stato trattato disordinatamente dalla precedente dottrina italiana e francese. Cosicché nel 1894, dopo avere esaminato (sono sue parole) «*materiali quasi infiniti e disparatissimi*», poté dare alle stampe, presso i Fratelli Cammelli di Firenze, il primo dei cinque volumi della *Teoria delle prove nel diritto giudiziario civile*, che sarebbe diventata nelle edizioni successive il poderoso *Trattato delle prove in materia civile*, incontrastato *standard work* della materia fino alla codificazione del 1940.

Il libro fu recensito entusiasticamente da Lodovico Mortara, solitamente poco incline, come si sa, a entusiasinarsi per gli scritti altrui, sulle colonne della *Giurisprudenza italiana*, della quale Mortara aveva assunto nel 1892 la direzione, e questa recensione ebbe il significato di *una adozione*: nel senso che Carlo Lessona, da presunto allievo di Mattiolo, divenne il primo esponente di quella malnota scuola mortariana della quale ci ha parlato brillantemente Paolo Spaziani in un convegno tenutosi qualche mese fa presso la Corte di Cassazione.

All'avvicinamento tra i due potevano forse contribuire anche una certa comune propensione verso il c.d. socialismo giuridico e una loro precoce sensibilità per la condizione giuridica delle donne. Al riguardo si potrebbero porre a confronto la prolusione pisana di Mortara del 1889 su *La lotta per l'uguaglianza* e quella del 1896 al corso di libera docenza tenuto da Lessona a Roma, *I doveri sociali del diritto giudiziario civile*. Atteggiamenti ideologici abbastanza lontani da quelli del conservatore (oggi si direbbe «moderato») Mattiolo.

Lessona fu dunque avviato da Mortara alla libera docenza e quindi alla cattedra, prima a Siena e poi a Pisa, dove nel 1899 succedette al suo maestro adottivo, chiamato a Napoli. In quegli anni, e fino al 1902, dunque, tutto bene, anzi benissimo, e Lessona poté portare a termine i cinque volumi della *Teoria delle prove*, oltre alla prima edizione del *Manuale di procedura civile*, destinato come tale agli studenti più che ai pratici.

3.- I guai di Lessona, o quelle che Cipriani definì le sue peripezie, ebbero inizio però nel 1903, quando, avendo Mortara abbandonato la cattedra napoletana per entrare in magistratura (non mi soffermo sull'episodio, davvero epocale, del quale si è già parlato molto in molte diverse sedi), Lessona pensò di potergli succedere anche a Napoli, per semplice chiamata, come era avvenuto qualche anno prima a Pisa.

Per quella cattedra fu invece bandito un concorso, il cui *iter* si protrasse per oltre due anni attraverso rocambolesche e non sempre limpide vicende (minuziosamente ricostruite da Cipriani), orchestrate dal potentissimo Vittorio Scialoja, maestro e *sponsor* di Giuseppe Chiovenda, più giovane e meno «titolato» di Lessona, ma già avviato ad assumere il ruolo di carismatico fondatore del «diritto processuale civile» che avrebbe preso il posto – con quello che Satta definiva un «mutamento di sesso» – della nostra vecchia «procedura civile».

Lessona sottovalutò tuttavia il pericolo, o sopravvalutò la protezione che Mortara avrebbe potuto fornirgli anche dopo aver lasciato l'Università, tanto che nel 1904, allorché scomparve improvvisamente Luigi Matti-

rolo, rinunciò a prenderne il posto sulla cattedra di Torino (come avrebbe potuto fare molto agevolmente) e insistette nel tentativo di andare a Napoli: anche, sembra, per ragioni climatiche, dato che – come raccontava molti anni dopo il figlio Alessandro – si lagnava di «*avere preso troppo freddo nel palazzo dello zio Michele*», cioè nel palazzo di via Po dove aveva sede l'Università di Torino, della quale lo zio Michele Lessona, insigne naturalista, era stato rettore.

Il risultato fu che, quando nel 1905 il tormentato concorso napoletano si concluse con la vittoria di Chiovena, Lessona si trovò privo di *entrambe* le cattedre tra le quali aveva creduto di poter scegliere (a Torino era stato infatti chiamato nel frattempo Antonio Castellari), e dovette rimanere a Pisa. Per di più, in quello stesso anno fu colpito da una gravissima otite, che avrebbe potuto riuscirgli fatale se non fosse stato salvato da un bravissimo medico e chirurgo, Antonio Ceci, al quale dedicò l'anno successivo un volume dal singolare titolo *Giurisprudenza animalesca*.

La disavventura napoletana guastò inoltre irreversibilmente i suoi rapporti con Lodovico Mortara. Csicché Lessona, avendo perduto sia il maestro putativo (Mattiolo) che quello adottivo (Mortara), e dovendo subire la trionfale ascesa di Chiovena, dei «germanisti» e del «diritto processuale civile» (tra l'altro, proprio nel 1906 uscì la prima edizione dei *Principii* di Chiovena), si trovò a Pisa – e/o a Firenze, dove era stato autorizzato a risiedere, e dove aveva aperto uno studio di avvocato – in malinconico isolamento, proprio negli anni in cui sarebbe stato maturo per acquisire il primato dei «proceduristi» italiani. Anche se tutto questo discorso riguardava solo il mondo accademico, al di fuori del quale – cioè tra gli operatori pratici del processo – Lessona conservava intatto il proprio prestigio, come autore della ormai indispensabile *Teoria delle prove*, mentre ben pochi leggevano, o potevano comprendere, i difficili saggi «germanizzanti» di Chiovena, e l'uso dei *Principii* in sede giudiziaria e professionale era altresì penalizzato dalla mancanza di un indice (del quale sarebbero stati muniti solo con la terza edizione del 1923).

A riprova del predetto «isolamento accademico» di Lessona si possono ricordare varie circostanze, come il fatto di non essere neppure menzionato tra i maggiori studiosi del processo civile nell'importante saggio di Alfredo Rocco, *La scienza del diritto privato in Italia negli ultimi cinquant'anni*, apparso sulla *Rivista di diritto commerciale* del 1911, dove si parlava invece in termini elogiativi non solo di Mattiolo e di Mortara, ma anche di Chiovena, Castellari, Cammeo e Menestrina; e poi la lettera – pesantemente offensiva – da lui inviata a Chiovena nel 1912 in occasione del conferimento allo stesso Chiovena del premio dell'Accademia dei Lincei

per le scienze giuridiche; e, ancora, l'aver Lessona intrapreso in quegli anni la traduzione dal francese dei cinque volumi del *Trattato di procedura civile* di Eugène Garsonnet: operazione faticosa, della quale non si sentiva forse il bisogno né per la teoria né per la pratica (come subito rilevò Mortara, con tono spregiativo anche per le note del traduttore), ma che avrebbe dovuto servire, nelle intenzioni di Lessona, a riaffermare la supremazia della vecchia procedura civile sul nuovo diritto processuale civile, e della dottrina francese su quella tedesca. Nella prefazione al primo volume di quel Trattato si accusava infatti la dottrina italiana «germanizzante» (senza fare nomi) di «*usare espressioni teutoniche e scrivere in modo oscuro ciò che oscuramente si intravede in autori germanici*».

4. – Un segnale consolante, in questo contesto malinconico, fu però l'arrivo, alla Facoltà giuridica di Pisa, di uno studente di levatura inconsueta: Pietro (detto Piero) Calamandrei, fiorentino, figlio di Rodolfo, avvocato e docente di diritto commerciale a Siena (l'Università di Firenze non esisteva ancora, e sarebbe stata fondata solo nel 1922, anche per iniziativa dello stesso Piero Calamandrei).

Non sembra che il rapporto tra Lessona e Calamandrei abbia avuto il carattere di un amore a prima vista. Nel *corpus* delle lettere inviate da Calamandrei tra il 1908 e il 1915 alla fidanzata, e più tardi moglie, Ada Cocci (questo sì un amore travolgente), Carlo Lessona è menzionato una sola volta semplicemente come «*il mio professore*». Vi si parla invece, più di una volta, della preparazione della tesi di laurea su *La chiamata in garanzia*, che Calamandrei avrebbe discusso con Lessona il 1° luglio 1912; ma il laureando ne parla come di un impegno noioso e sgradito.

Per la verità Calamandrei assume sempre, in queste sue lettere alla fidanzata, un tono tra l'ironico e l'infastidito nei confronti dell'Università, dei suoi docenti e più in generale degli studi giuridici (!): «*tremila pagine di insopportabili corbellerie*»; «*tanta roba immagazzinata lì in fretta, senza amore, senza passione, tanto per imparare cose odiose che si desidera solo dimenticare*». «*Tra i miei professori, che sono in generale rimbambiti, ce n'è uno di diritto civile che è più rimbambito degli altri*». «*Questa dannatissima tesi ... è venuta un volume enorme, di cinquecentotrenta pagine, una cosa che dovrebb'essere gioconda e che è invece molto malinconica*».

Tutto ciò si può forse spiegare, peraltro, con la preoccupazione di Calamandrei di non mortificare la fidanzata con un racconto troppo festoso della propria vita universitaria e delle relative soddisfazioni, dato che «Adina», a causa di una difficile situazione familiare ed economica, aveva dovuto accontentarsi di un diploma di maestra elementare che le aveva

procurato, e con qualche fatica, un posto di insegnante presso un collegio femminile di Torino (il che spiega la natura prevalentemente epistolare dei loro rapporti).

Il tono si fa allegro solo in occasione della laurea: «*la tesi è andata benissimo. Mi furon fatti un monte di complimenti, mi fu detto che quello era un lavoro non da laurea ma da libera docenza*». Ma poi ritorna l'ironia: «*Adina, la sig.ra Garantia [l'oggetto della tesi] è una persona molto importante; ma è brutta, e tu non devi esserne gelosa. In ogni modo ti prometto che ... me ne libererò ...*».

Come sappiamo, le cose sarebbero andate diversamente, dato che nel maggio 1913 *La chiamata in garantia*, trasformata in una corposa monografia, sarebbe stata pubblicata con la dedica «*Vada con questo primo lavoro la mia devota gratitudine al mio illustre Maestro prof. Carlo Lessona ...*». Di questo libro, tuttavia, le lettere alla fidanzata non fanno neppure menzione: forse Calamandrei tentava di nasconderele, per non ingelosirla, che in realtà i suoi rapporti con «*la brutta signora Garantia*» erano proseguiti gloriosamente.

In ogni caso, Lessona aveva sicuramente motivo di rallegrarsi per avere avuto un alunno e un discepolo come Piero Calamandrei, che infatti esortò a proseguire negli studi sul processo e soprattutto sulla sua storia (esortazione puntualmente raccolta da Calamandrei con la preparazione e la pubblicazione, già nel 1914 – sembra quasi incredibile – di due ampi e magnifici saggi come *La genesi logica della sentenza civile* e *La teoria dell'error in iudicando nel diritto italiano intermedio*); e poi a partecipare al concorso per la cattedra di Padova bandito alla fine di quello stesso anno, dove la commissione giudicatrice sarebbe stata presieduta proprio da Lessona.

5. – Questo straordinario allievo, tuttavia, si allontanò ben presto dal suo maestro: per tre diverse ragioni e in tre modi diversi. In primo luogo, proprio nel dicembre 1914 Calamandrei vinse «*un assegno di perfezionamento all'interno in procedura civile presso il prof. Giuseppe Chiovenda della R. Università di Roma*», cosicché si trasferì appunto a Roma dove poté fruire della ricchissima biblioteca di Chiovenda.

In secondo luogo, Calamandrei non vinse il concorso di Padova (dove la cattedra fu assegnata unanimemente a Francesco Carnelutti grazie alla sua famosa monografia su *La prova civile*, grandioso esordio nella materia processuale), ma si classificò al secondo posto, e ciò gli consentì di essere chiamato come straordinario per l'anno accademico 1915/1916 all'Università di Messina, dove peraltro non sembra che sia mai effettivamente

andato, in quanto – e questa fu la terza ragione del suo allontanamento – nello stesso 1915 si arruolò come ufficiale volontario e partì per il fronte. Dopo di che, finita la guerra, alla fine del 1918 fu chiamato a Modena, dove nel maggio 1919 acquisì l'ordinariato; ma Lessona era scomparso un mese prima.

Ora, se l'«emigrazione» di Calamandrei a Roma presso lo studio di Chiovena abbia costituito un «tradimento» nei confronti di Lessona, oppure se quest'ultimo l'abbia tollerata, o addirittura agevolata, è stato oggetto di ampie discussioni, alimentate dal fatto che Calamandrei, nel seguito della carriera e della vita, si qualificò ripetutamente come discepolo di Chiovena, fino ad intitolare *Il nostro Maestro* il necrologio di lui sulla *Rivista di diritto processuale civile* del 1937.

Su tutto ciò non vorrei ora ritornare, se non per rilevare (anche a correzione di qualche cenno inesatto in un mio scritto di una decina di anni fa), che Calamandrei, dopo la scomparsa di Lessona, non mancò di dedicare alla sua memoria espressioni profondamente affettuose e toccanti, della cui sincerità non vi è motivo di dubitare. Basterebbe ricordare le prime due pagine della sua prolusione senese del 16 gennaio 1920, *L'avvocatura e la riforma del processo civile*, interamente dedicate all'elogio di Lessona sia come professore che come avvocato; e poi, sempre nel 1920, la dedica, in forma solenne di lapide, del primo volume de *La cassazione civile*.

E furono queste, aggiungiamo, quasi le uniche manifestazioni pubbliche di cordoglio per la morte di Lessona, che sorprendentemente (e sciaguratamente) non ebbe un necrologio né sulla *Giurisprudenza italiana*, né sul *Foro italiano*, né sulla *Rivista di diritto commerciale* o su alcuna delle altre principali riviste giuridiche italiane (la *Rivista di diritto processuale civile* non esisteva ancora).

Quanto alla famosa recensione di Calamandrei, pubblicata nell'*Archivio giuridico* dell'aprile 1923, al terzo volume della terza edizione del *Trattato delle prove* di Lessona, e alla prefazione di Chiovena ivi inserita, quella recensione contiene un indignato riferimento a «qualche piccolo detrattore», *post mortem*, dell'opera di Lessona e a «qualche inacidito rimasticatore di rimasugli tedeschi», e a questo proposito è sorto un piccolo «giallo», dato che Franco Cipriani, e in seguito Paolo Spaziani, vi hanno riconosciuto un criptico attacco allo stesso Chiovena (che in quella prefazione aveva parlato molto più di se stesso che del «prefato»); e un siffatto attacco contrasterebbe gravemente con il fatto che in seguito Calamandrei se ne sia dichiarato devoto discepolo. Enzo Vullo, recentissimamente, ha confutato quella tesi con argomenti a mio avviso convincenti, sia

pure senza identificare un diverso bersaglio degli strali di Calamandrei. Personalmente, coltivo in proposito una precisa ipotesi, ma, non avendo ancora trovato la «pistola fumante», preferisco per il momento tacerne.

Comunque credo che la devozione, apparentemente conflittuale, di Calamandrei a due diversi maestri tra loro rivali, Lessona e Chioventa, possa spiegarsi in termini abbastanza semplici. Verso Lessona, Calamandrei doveva nutrire veramente un grande affetto e una profonda stima, sia come docente *ex cathedra* brillante e benevolo, sia come intellettuale e umanista dai molteplici interessi culturali, sia come avvocato di alto livello professionale e ineccepibile integrità morale. Ma, sul piano scientifico, Lessona poteva trasmettergli soltanto la sensibilità e l'interesse per la storia del diritto, in particolare per quella del diritto comune o «intermedio», che egli aveva a sua volta recepito come studente dal suo primo maestro, Cesare Nani, aggiuntivi il proposito e la capacità di utilizzare questo enorme patrimonio culturale nello studio della *procedura*, anche ai fini dell'applicazione pratica delle norme vigenti. Questa eredità di Lessona, però, Calamandrei l'aveva già raccolta prima della loro separazione (consensuale o meno che fosse), come dimostrano i già citati saggi del 1914 e poi l'impianto storiografico del suo *opus magnum* su *La cassazione civile*.

Poco o nulla, invece, Lessona poteva insegnare a Calamandrei nel campo di quella *teoria generale del processo civile*, la *Zivilprozesswissenschaft* di origine giusrazionalistica che si era affermata in Germania all'inizio del diciannovesimo secolo, e con la quale gli scrittori italiani, cento anni dopo, non potevano più fare a meno di confrontarsi: indipendentemente dalle trame concorsuali di Vittorio Scialoja in favore di Chioventa.

Infatti, anche la strenua difesa, da parte di Lessona, della «procedura civile» franco-piemontese contro l'invadenza del «diritto processuale civile» importato dalla Germania non veniva sorretta da solide argomentazioni teoriche o metodologiche, ma si risolveva in una sorta di dichiarata allergia, che lo induceva a proclamare quasi con orgoglio *di non sapere il tedesco*: il che poi – secondo i ricordi del figlio Alessandro – non era del tutto vero.

Dopo di che, certo Calamandrei contribuì significativamente – come riteneva Franco Cipriani – alla creazione e alla diffusione del «mito di Chioventa», enfatizzandone forse anche esageratamente i meriti scientifici, e proclamandosene discepolo e continuatore. Ma probabilmente lo fece – anche qui concordo con il compianto amico – per opporre quel mito alle smisurate ambizioni di Francesco Carnelutti, che avrebbe voluto presentarsi come il più grande processualista, o forse addirittura il più grande *giurista* italiano di ogni tempo.

Ipotesi, questa, di cui si trova sostanziosa conferma nell'imponente carteggio, sempre animato e talvolta litigioso, scambiato tra Carnelutti e Calamandrei dal 1923 in poi con riguardo alla direzione e alla gestione della *Rivista di diritto processuale civile* (oggi *Rivista di diritto processuale*) che ho avuto la fortuna di trovarmi tra le mani, ancora inedito, grazie alla cortesia e alla benevolenza della nipote di Calamandrei, Silvia, e che ho pubblicato o sto pubblicando, nelle parti più significative, sulla stessa *Rivista*.

6. – Proprio alla nascita della suddetta *Rivista* si connette l'ultima delle sfortune di Carlo Lessona. Nel novembre del 1918, subito dopo la fine della guerra, Francesco Carnelutti andò a trovarlo nel suo studio di Firenze per proporgli di fondare insieme una *Rivista di procedura civile*, sul modello – caro allo stesso Carnelutti anche per avervi ampiamente collaborato – della *Rivista di diritto commerciale* di Cesare Vivante e Angelo Sraffa. Carnelutti, già allora giurista prestigioso e avvocato rinomato ma ancora novizio come processualista, riteneva indispensabile trovare come padrino o *sponsor* uno specialista autorevole e «consolidato», il cui nome potesse garantire la dignità scientifica della nuova rivista, ma che fosse disposto a lasciarne a lui la effettiva direzione: esattamente come era stato il caso di Vivante, gloriosa icona del diritto commerciale, nei confronti di Sraffa.

Nel 1918, i candidati al suddetto ruolo potevano essere tre: Mortara, Lessona e Chiovenda (Calamandrei e Redenti erano più giovani di Carnelutti; Castellari e Menestrina erano conosciuti solo dagli addetti ai lavori). Ma Mortara – con il quale Carnelutti aveva e avrebbe sempre avuto pessimi rapporti – era inavvicinabile, sia per motivi caratteriali che per il suo assorbente impegno come direttore della *Giurisprudenza italiana*, e tra gli altri due, per quanto Chiovenda fosse già in odore di santità, nel mondo accademico, come fondatore del «diritto processuale civile», il nome di Lessona avrebbe avuto probabilmente maggiore *appeal* tra gli avvocati e i magistrati, destinati a diventare la gran parte degli abbonati alla nuova rivista.

Fu per questo, molto probabilmente, che Carnelutti andò a trovare Lessona, proponendo a lui la fondazione della nuova rivista. Non sappiamo che cosa gli sia stato risposto, ma la cosa rimase comunque senza esito, perché Lessona era già gravemente malato, e sarebbe morto pochi mesi dopo. Dopo qualche anno, come si sa, Carnelutti rivolse la medesima proposta a Chiovenda, che la accettò, sia pure senza soverchio entusiasmo

e a condizione che la neonata rivista non si intitolasse alla *procedura civile*, bensì al *diritto processuale civile*.

Dopo avere perso, dunque, la cattedra di Napoli (e quella di Torino), e poi la vicinanza e il sostegno di Lodovico Mortara e, di fatto, il proprio migliore allievo, Carlo Lessona perse anche, poco prima di morire, l'occasione di fondare e dirigere, insieme a Carnelutti, la prima rivista italiana (e la seconda europea, dopo la tedesca *Zeitschrift für Zivilprozess*) interamente dedicata al processo civile, e contemporaneamente la possibilità di difendere, sia nel mondo professionale che in quello scientifico e accademico, il nome della vecchia e gloriosa *procedura*.

7. – Venendo ora alla collocazione di Lessona nella scienza giuridica italiana (tale il tema assegnatomi per questa relazione), non mi sembra che si possa considerare Lessona semplicemente come l'ultimo dei nostri «proceduristi» al seguito del suo maestro putativo Luigi Mattiolo, e non è nemmeno giusto dire, come diceva Chiovenda nella sua controversa prefazione all'edizione postuma del *Trattato delle prove* di Lessona, che «*per ragione di tempo e di studi Lessona si trovò ad occupare una posizione intermedia tra due tradizioni e due scuole*»: nel senso che, fedele discepolo di Mattiolo (ciò che, come sappiamo, non era vero), egli avrebbe tuttavia guardato «*senza preconcetti e senza dispetto, anzi con interesse e con benevolenza, agli sforzi degli studiosi che battevano altre vie*», cioè agli sforzi dello stesso Chiovenda (il che, come pure sappiamo, era ancora meno vero).

A mio avviso, le caratteristiche proprie di Lessona come studioso del processo civile si possono piuttosto desumere dalle (poche) pagine da lui dedicate al metodo e agli scopi di questi studi: in particolare nella prefazione al già citato lavoro giovanile (1885/1886) su Giovanni Nevizzano; nella prolusione senese del gennaio 1898, *L'indirizzo scientifico della procedura civile*; e nella prefazione (1894) al primo volume della *Teoria delle prove*, poi riprodotta nelle successive edizioni del *Trattato*. Senza trascurare, però, un'altra fonte, solo apparentemente anomala, cioè l'inizio del saggio *Giurisprudenza animalesca*, che apre il volume dallo stesso titolo, pubblicato nel 1906 ma comprendente scritti precedenti fino ad allora (per quanto se ne sa) inediti.

Nella prefazione alla *Sylva Nuptialis*, il giovanissimo Lessona, sull'esempio di Cesare Nani, rivalutava gli «*antichi commentatori*», cioè gli scrittori del diritto comune, sottolineando «*il pregio in cui si deve tenere, anche dalla pratica, la dottrina antica*», dove «*il giureconsulto troverà profonde ragioni e sottili distinzioni, come d'individui che, per mancanza di*

*mezzi, non potendo allargarsi, col continuo meditare acquistarono in profondità; troverà molte questioni che, credute posteriori, pure da loro primi furono svolte». E si legge altresì, che «nell'attività scientifica, in qualunque ramo questa si svolga, l'impegno è sempre schiavo del passato, per quella legge di evoluzione graduale che non permette i salti e i miracoli».*

Dodici anni dopo (1898), nella prolusione senese, gli stessi concetti trovano applicazione con riguardo allo «studio scientifico della procedura civile», che, dice l'ormai cattedratico Lessona, «deve ispirarsi al metodo storico». Esiste una ricca letteratura sul processo romano, «ma invece gli studi sulla storia del nostro procedimento [italiano] sono scarsi e sono dovuti agli storici del diritto anziché ai proceduristi ...». La «laboriosa lentezza» con la quale si venne evolvendo nel tempo la costruzione del nostro processo civile è stata ignorata dai redattori del codice di rito (naturalmente quello del 1865), che «non è frutto della evoluzione spontanea», bensì di una violenta scelta politica, che indusse il legislatore a tenere conto solo dei codici sardi (cioè piemontesi) del 1854 e del 1859, e a sua volta il legislatore sardo, «pressato come l'italiano da forze politiche superiori, tolse a modello, sia pure con ragionevole ossequio, il codice francese e ruppe così con la tradizione paesana», dimenticando quanto di buono esisteva negli altri codici preunitari (il toscano, il pontificio, l'estense), e prima ancora «la legislazione statutaria nostra – vera estrinsecazione del genio giuridico nazionale». Lo studioso della procedura civile dovrà invece «tenere in gran conto il diritto canonico ed i vecchi dottori, non per invocarne la autorità ma per ricordarne le acute e dotte argomentazioni»; e qui segue, riprodotto letteralmente, l'elogio degli scrittori antichi che si trovava nella prefazione al libro su Giovanni Nevizzano.

Nel frattempo, cioè nel 1894, questo stesso elogio dei «vecchi dottori», nella medesima formulazione testuale, insieme all'affermazione della perdurante rilevanza pratica delle loro «sottili distinzioni» e «dotte argomentazioni», era comparso anche nella prefazione al primo volume della *Teoria delle prove* (riprodotta nelle successive edizioni del *Trattato*), dove peraltro suscita interesse, e merita attenzione, il ripetuto riferimento al «sistema» (il termine ricorre quattro volte in cinque pagine). Ciò infatti può sorprendere, se si pensa che il carattere «sistematico» era connotazione tipica della dottrina tedesca del processo, che Lessona, come sappiamo, aborrisce.

8. – Ma che cosa intendeva in realtà Lessona per «sistema»? Lo si può capire dove spiega che questo deve essere «costruito con il sussidio della giurisprudenza», e dunque della casistica, dato che «un buon repertorio val meglio di un trattato»; e dove si vanta di avere costruito con «materiali

*quasi infiniti e disparatissimi ... un sistema logico e completo, che abbraccia ed ordina tutte le parti del tema».*

Lessona parlava dunque di «sistema» in senso diverso da quello accolto dai padri fondatori dello *Zivilprozessrecht* tedesco, da loro considerato come la branca del diritto più vicina alla metafisica (!). Anche e proprio in materia di *prove*, essi partivano da costruzioni astratte e simmetriche – come il binomio «principio dispositivo – principio inquisitorio», per inserirvi regole e casi particolari talvolta poco idonei a quell’inserimento. Lessona partiva invece dalla casistica, cioè dall’analisi di singole concrete situazioni processuali in materia istruttoria, per coordinarle in un quadro armonico e coerente, senza preconcetti terminologici o geometrici: proprio come facevano i vecchi scrittori da lui amati, come ad esempio Giuseppe Mascardi, o Mascardo, nelle sue monumentali *Conclusiones omnium probationum* (1584-1588 e edizioni successive), una preziosa *summa*, ripetutamente da lui citata, di tutta la dottrina precedente, e che non a caso concorreva a costituire, insieme ad altre ben *ventitré opere* di «vecchi dottori», la parte preponderante della bibliografia che introduce la *Teoria delle prove*, e poi il *Trattato delle prove*, come più coerentemente l’opera fu intitolata dalla seconda edizione in poi.

Più che un «sistema», insomma, nel senso più familiare a noi processualisti (il pensiero va ai tre volumi del *Sistema del diritto processuale civile* di Carnelutti), quello di Lessona era *una tassonomia* delle prove e della casistica istruttoria, sullo sfondo della quale non si intravedeva certo il razionalismo leibniziano (fonte originaria, secondo Nörr, della *Zivilprozesswissenschaft* tedesca), bensì se mai il meticoloso inventario degli organismi viventi di Karl von Linné (Linneo), la cui opera principale, infatti, si intitolava *Systema Naturae*.

9. – Ma veniamo allora alla *quarta* e meno prevedibile delle fonti da cui si possono trarre indicazioni per definire la metodologia scientifica di Carlo Lessona: il saggio *Giurisprudenza animalesca* che introduce l’omonimo volume del 1906. Il libro, come si è detto, è dedicato al medico che l’anno prima gli aveva salvato la vita; ma il saggio è dedicato «a mio zio *Michele Lessona*», zoologo, già rettore dell’Università di Torino, nel cui palazzo il nipote Carlo «aveva preso troppo freddo».

Leggiamo le prime parole di quel saggio. «*La zoologia per noi è un pochino un male di famiglia. Mio nonno fu uno dei più insigni cultori degli studi veterinari, i quali ebbero altri seguaci in famiglia; mio zio fu zoologo di professione, e mio padre, nella sua qualità di Pubblico Ministro, credo che paragonasse sempre, almeno in pectore, i delinquenti ai bruti più astuti e più*

*feroci. Io poi da piccolo ero un collezionista arrabbiato di lucertole ... Mio zio mi incaricava di queste raccolte, ed io ... cacciavo incessantemente con una passione straordinaria, e fui poi compensato con un attestato di benevolenza del Museo Zoologico, che mi procurò allora una gioia intensa e un orgoglio profondo ... C'è anche stato un momento in cui volevo studiare scienze naturali, ma non l'ho fatto e sono diventato uno dei tanti dottori in legge. Ma il sangue non è acqua: quindi [di qui] il desiderio di sposare la scienza delle leggi a quella della natura».*

Se, alla luce di queste reminiscenze infantili, di carattere anche programmatico, rileggessimo ciò che Lessona scrisse poi nella prefazione alla *Sylva Nuptialis* (in qualunque attività scientifica esiste «una legge di evoluzione graduale che non permette i salti e i miracoli»), e nella prolusione senese (la struttura del processo civile moderno è stata costruita con «laboriosa lentezza»); e nel contempo ricordassimo che Michele Lessona fu, tra l'altro, biografo e traduttore di Darwin: potremmo vedere nell'insistenza di Carlo Lessona sulla *evoluzione continua* della elaborazione dottrinale del diritto e del processo, dalla scuola di Bologna a Guglielmo Durante, alla legislazione statutaria, fino all'inizio del ventesimo secolo (senza «salti e miracoli», cioè epifanie razionalistiche o napoleoniche) e nell'impegno da lui profuso nella costruzione di una tassonomia delle prove, altrettante manifestazioni di quel matrimonio tra la scienza delle leggi e quella della natura, al quale Lessona aveva pensato da ragazzo, quando si era trovato a dover scegliere tra la Facoltà di scienze naturali e quella di giurisprudenza.

La conclusione potrebbe essere che Lessona non fu in realtà allievo né di Mattiolo né di Mortara, bensì di uno storico, Cesare Nani, e di uno zoologo, lo zio Michele, per il quale da bambino catturava lucertole. E forse è stata proprio la singolarità di questa sua formazione culturale, e delle conseguenti scelte metodologiche come studioso del processo, insieme alla morte prematura, quella che gli ha impedito di lasciare una vera scuola, e ha fatto sì che venisse largamente dimenticato dai processualisti delle generazioni successive: processualisti, appunto, non più proceduristi, e meno che mai cacciatori di lucertole.

BRUNO CAVALLONE