

## Il metodo delle riforme nella giustizia civile. Passato e presente <sup>1</sup>

**Sommario:** 1 - La statalità della giurisdizione. 2 - La natura pubblica del diritto processuale. 3 - Sulla attualità del lascito dei Maestri che fondarono la scienza del diritto processuale. 4 - Sull'attualità del dibattito circa la natura del diritto d'azione. 5 - L'erosione della sovranità statale e le ricadute sulla funzione del processo. 6 - Il modello di processo secondo il legislatore attuale: l'oscillazione tra l'attuazione della legge e la ragionevole risoluzione delle liti. 7 - Alla ricerca di una nuova professionalità del giudice su cui costruire un nuovo ordinamento giudiziario. 8 - Poche considerazioni sulla tecnica del legislatore dell'ultima riforma. 9 - Un codice, quello del '40, redatto in funzione della tutela dell'«avere». 10 - I nuovi compiti affidati al legislatore e alla dottrina nell'odierno contesto di vertiginoso progresso scientifico.

1 - Il tema che mi è stato assegnato, non a caso a ridosso dell'ultima ed ennesima riforma delle leggi che regolano il processo civile, mi ha indotto a una riflessione retrospettiva sul valore degli apporti della dottrina nell'elaborazione delle norme processuali, perché non è possibile valutare il presente e ipotizzare il futuro senza avere coscienza del passato.

Correva l'anno 1937. Francesco Carnelutti commemorava Giuseppe Chiovenda, da poco scomparso segnato da una malattia che ce lo aveva sottratto a soli sessantacinque anni. E nel farlo, rivendicando il primato dell'Italia negli studi di diritto processuale, affermava che “meno di cinquant'anni fa anche questi studi stagnavano in quella fase della esegesi.....” e che “il diritto processuale viveva, nei panni della procedura, una vita grama, all'ombra del diritto civile”, per cui, dopo avere riconosciuto a Mortara il merito di avere “affermato poderosamente il carattere pubblico del processo”, sottolineava che “il delicato lavoro anatomico necessario a ottenere la scissione tra azione e diritto non era fatto per lui; invero, quando egli si spinse a capovolgere il rapporto fra i due termini, il problema rimase più insoluto che mai. Doveva toccare a Chiovenda, risolvendolo, il compito di porre le basi, in Italia, della scienza del processo”<sup>2</sup>. E l'importanza della dottrina nell'attività di codificazione che portò al codice del '40 dovette essere massima se, nella Relazione al Re che accompagnò il codice, si legge che “solo nei primi anni del '900 si iniziò, ad opera della scuola sistematica fondata da Giuseppe Chiovenda, quella radicale revisione teorica di tutti gli istituti processuali, che rivendicò al diritto pubblico il processo civile e ne rinnovò la dottrina, studiandolo non più come espressione di una lotta di interessi privati, ma come strumento della più augusta tra le funzioni dello Stato...”, la cui architettura sarebbe stata costruita “in armonia con quelle finalità di interesse pubblico che la scienza italiana aveva rimesso in onore” (pgf. 2, dedicato ai fattori storici della riforma).

Se mettiamo a raffronto l'architettura dei due codici, del 1865 e del '40, balzano a gli occhi due differenze immediate: nel codice del '65 mancava un libro sulle “disposizioni generali” e l'arbitrato era regolato nel titolo preliminare, agli artt. 8 ss. L'aver ricondotto il processo civile al diritto pubblico e alle sue finalità aveva comportato la necessità di disposizioni generali tese a stabilire il potere del giudice nella conduzione del processo e i suoi limiti, essendogli stato affidato “il governo del nuovo processo, l'altissimo ufficio di austero assertore di una più forte e più piena legalità” (pgf. 11). Il carattere pubblico del processo, poi, sottintendeva il monopolio statale della giurisdizione (“la dottrina del Fascismo -si legge nella relazione- è essenzialmente basata sul concetto di sovranità e di autorità dello Stato; ora, l'unità della giurisdizione è l'espressione nel campo processuale, dell'unità dello Stato sovrano”: pgf. 9), così che l'arbitrato, che nel codice del 1865 era regolato all'inizio come metodo alternativo di composizione dei conflitti, nel nuovo codice trovava posto in una sorta di appendice e nella stessa Relazione l'arbitro è significativamente affiancato al consulente (ivi).

2 -La trasformazione della procedura in diritto processuale e dell'esegesi in scienza del processo aveva avuto come caposaldo la natura pubblica del processo e, alle spalle, il monopolio statale della giurisdizione, essendo

---

<sup>1</sup>E' il testo della relazione letta al XXXIV convegno dell'AIIPC, avente come tema “La riforma della giustizia tra regole della giurisdizione e organizzazione”, svoltosi presso l'Università Federico II, Napoli

<sup>2</sup> In *Riv. dir. proc.*, I, 1937, p. 298 s.

questa una delle forme in cui si manifestava la sovranità dello Stato<sup>3</sup>. Tutto ciò che fu detto, scritto o disposto si mosse in questo perimetro non valicabile. Enrico Allorio, nella sua prolusione messinese, che risale al 1938<sup>4</sup>, nel parlare del significato della storia nello studio del diritto processuale, scriveva di una “mutazione graduale di quel diritto (ossia del diritto processuale), 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”<sup>5</sup>; sottolineava come “la riforma del processo non possa operarsi se non nel senso di una ulteriore trasformazione pubblicistica; la disputa si restringe a stabilire, in qual misura debba avvenire ciò” e, richiamando il disegno ministeriale, osservava che “quel disegno, per la sincera ispirazione pubblicistica che l’anima è, politicamente, ossia, aggiungiamo, fascisticamente, in linea; ne è, però, tecnicamente, desiderabile il perfezionamento”<sup>6</sup>.

Vorrei sgombrare il campo da un equivoco. Le idee chiovendiane nulla avevano da spartire con l’ideologia fascista cui allude Allorio. Chiovenda aveva trasportato sul campo dei rapporti tra parti e giudici il movimento inarrestabile che aveva sostituito la giurisdizione dello Stato al caos del diritto comune, alla frammentazione, frutto del feudalismo e all’attribuzione di poteri giudiziari ai signori, agli ordini, alle classi, alle gerarchie ecclesiastiche, alle corporazioni. Aveva compreso che la trasformazione dell’*ordo* in *processus* (secondo la linea evolutiva che sarà poi investigata soprattutto da Giuliani e Picardi e che aveva accompagnato la nascita del moderno Stato-nazione) non poteva non avere ripercussioni sul modo di concepire il rapporto tra giudice e parti e che, in questa nuova prospettiva, era necessario avere chiaro quale fosse il compito dello Stato che amministra giurisdizione. Era ben lontana da Chiovenda l’idea -per dirla con Satta<sup>7</sup>- che “alla base del processo non starà più il diritto, ma semplicemente la lite” e che “se lo scopo del processo è pubblico -.....- ...la parte che agisce in giudizio non mira già a fare valere il proprio interesse alla lite, ma l’interesse collettivo, pubblico (...); essa si presenta non come privato, ma come cittadino: l’azione è un diritto pubblico soggettivo, l’esercizio dell’azione è esercizio privato di pubblica funzione”.

Da Virgilio Andrioli<sup>8</sup> ho appreso, infatti, che il manifesto ideologico di Chiovenda si condensava nel principio per il quale “*il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello che egli ha diritto di conseguire*....Il processo come organismo pubblico d’attuazione della legge è per sé stesso fonte di tutte le azioni praticamente possibili, che tendano all’attuazione di una volontà di legge”<sup>9</sup>. Lascio per il momento da parte le ragioni per le quali la formula presenta, a mio avviso, un alto tasso di ambiguità e che il giudizio umano, cui è affidata la cd. attuazione della legge, è esposto a un’infinità di variabili

---

<sup>3</sup> E’ questa la cornice nella quale va inquadrato l’insegnamento di Chiovenda che fu un vero e proprio apostolato in nome dell’oralità. Sassani (ora in *Saggi scelti*, Torino, 2023, p. 285) scrive che egli non voleva “una sua riforma”, ma voleva la “riforma”. Gli è che aveva immaginato un modello di processo che sarebbe stato un “processo modello”, fuori dal tempo. Ed era un modello costruito in funzione dell’attuazione della legge affidata al giudice dello Stato, che presupponeva una cognizione piena (nei *Principii del processo civile*, IV ed., Napoli, 1928, p. 1183 ritroviamo un’esplicita affermazione in tal senso) e che sfociava nel giudicato.

<sup>4</sup> *Significato della storia nello studio del diritto processuale*, in *Riv. dir. proc.*, I, 1938, p.185 ss., spec. p. 298 s.

<sup>5</sup> *Ivi*, p. 187

<sup>6</sup> *Ivi*, p. 200

<sup>7</sup> *Gli orientamenti pubblicistici della scienza del processo*, in *Riv. dir. proc.*, I, 1937, p. 32 ss., spec. p. 37 s. Dirà Satta che aveva a cuore “la messa a bando dello stato, o più esattamente del Signor Stato che si veniva profilando”. Furono per lui anni difficili, costretto a insegnare storia e dottrina del fascismo in un ambiente detestabile (la prolusione gli era costata l’avversione di Carnelutti, col quale riprese i rapporti nel 1950). Traggo queste notizie da S. Satta, *Mia indissolubile compagna. Lettere a Laura Boschian 1938-1971*, a cura di Angela Guiso, Nuoro, 2017, p. 63 ss. (dove, avendo Satta chiesto di far pubblicare sulla Rivista di diritto processuale uno scritto di Capograssi, apprendo che Carnelutti di quest’ultimo non aveva alcuna stima).

<sup>8</sup> E’ stato il suo insegnamento costante e che figura in tutti i suoi scritti. Per tutti, anche per ragioni affettive, mi limito a ricordare la prolusione napoletana dell’8 febbraio 1958 dal titolo “*Progresso del diritto e stasi del processo*”, ora in *Scritti giuridici. Teoria generale del processo. Processo civile*, I, Milano, 2007, p. 61 ss.

<sup>9</sup> *Principii cit.*, p. 81. Il corsivo è nel testo originale

quali mise in luce Corrado Vocino in un saggio mirabile che ha molto segnato la mia esperienza e i miei studi<sup>10</sup>. Qui mi preme di sottolineare che secondo Chiovenda l'esercizio della giurisdizione non può essere piegato ad uno scopo diverso da quello di fare ottenere a chi ha diritto ciò che ha diritto di conseguire, in ciò ravvisando l'attuazione della volontà di legge, anche se la sua concezione pubblicistica lo aveva indotto a riconoscere al giudice ampi poteri ufficiosi nelle situazioni che a suo avviso giustificavano il ricorso a tutele in qualche modo sommarie o cautelari.<sup>11</sup> Se, pertanto, il legislatore del '40 avesse voluto dare corpo ai pericoli denunciati da Satta, il richiamo a Chiovenda sarebbe stato del tutto strumentale, perché Egli, nell'affermare l'autonomia del cd. diritto d'azione, mai aveva dubitato che esso fosse a servizio dei diritti sostanziali riconosciuti al privato dall'ordinamento e mai avrebbe condiviso l'idea, espressa nella introduzione del legislatore tedesco alla l. 27 ottobre 1933 e che ci ricorda Satta, secondo cui "le parti e i loro rappresentanti devono sapere che l'amministrazione della giustizia non serve soltanto a loro, ma anche e specialmente alla sicurezza dell'intero popolo"<sup>12</sup>. E', infatti, appena il caso di aggiungere che il codice del '40 si tenne ben lontano dalle aberrazioni paventate da Satta e che avevano trovato eco significativa nella Germania nazista, dove non era mancato chi aveva teorizzato (Baumbach) l'inutilità di un processo civile di tipo soggettivo e la possibilità di costruirlo come giurisdizione volontaria (e Calamandrei, a cui dobbiamo la Relazione al codice, non aveva mancato di reagire<sup>13</sup>). Infatti, se fosse stato coerente con la sua ideologia autoritaria, che riconduceva la giurisdizione al potere esecutivo dello Stato e, quindi, all'attività di governo, il legislatore fascista dalle idee chiovendiane sulla tutela cautelare -secondo le quali essa avrebbe ad oggetto "il diritto dello Stato fondato sulle necessità generali della tutela del diritto", così che "la parte non ha che il potere di provocarne l'esercizio nel caso concreto"<sup>14</sup> - avrebbe potuto trarre spunto per dare all'art. 700 c.p.c., che introdusse nel codice del '40 la tutela cautelare atipica, un contenuto ben diverso e ben più incisivo.

3 -Appartengo a una generazione di giuristi che ha ricevuto dai Maestri come lascito di idee che il processo sia "un organismo pubblico"; che la giurisdizione sia una delle funzioni con cui lo Stato esercita la sua sovranità; che attraverso la giurisdizione si tutelano i diritti dei soggetti (che io, andando alla sostanza delle cose, deconcettualizzo, parlando di aspettative, pretese, interessi cui l'ordinamento dà protezione). Oso dire che quel lascito faceva parte di un patrimonio condiviso non solo da Chiovenda e dalla sua scuola, ma da tutti. Anche giuristi, che si erano in qualche modo tenuto distanti, non hanno mai messo in discussione il concetto di giurisdizione come attività riservata allo Stato. Satta, ad es., riconosceva che la giurisdizione "è funzione pubblica", anche se -aggiungeva- "in quanto è lo Stato che si assume il ruolo di terzo"<sup>15</sup>, anni dopo accompagnando questa convinzione con una ieratica rappresentazione del processo e del suo mistero<sup>16</sup>; Redenti, propugnatore della concezione dell'azione in senso sostanziale ("diritto che sussiste in potenza anche prima"), non dubitava che lo Stato pone il diritto "e con l'attività giurisdizionale ne garantisce e tutela l'attuazione"<sup>17</sup>).

---

<sup>10</sup> Sulla c.d. <<attuazione della legge>> nel processo di cognizione, in *Studi in onore di Enrico Redenti nel XL anno del suo insegnamento*, II, Milano, 1951, p.587 ss.

<sup>11</sup> In proposito v. da ultimo, anche per i riferimenti, A. Carratta, *La lezione chiovendiana sulla tutela cautelare e il IV libro del codice del 1942*, in *Riv. Dir. proc.*, 2023, p. 537 ss. A mio avviso è necessario evitare di attribuire alle affermazioni di Chiovenda un significato che va oltre le sue intenzioni. Egli mirava a porre in chiaro che quei provvedimenti -ossia quelli in qualche modo anticipatori- non costituiscono attuazione della legge perché ancora "non si sa" se la domanda del beneficiario è fondata. Era questa la ragione per la quale, uomo del suo tempo, affermava che il richiedente esercita a tal fine una "mera azione".

<sup>12</sup> *Op.cit.*, in *Riv.dir.proc.*, I, 1937, p. 43

<sup>13</sup> *Abolizione del processo civile?*, in *Riv.dir.proc.*, I, 1938, p.336 ss.

<sup>14</sup> *Principii cit.*, p. 226

<sup>15</sup> *Gli orientamenti ecc. cit.*, p. 45

<sup>16</sup> E' il titolo del primo dei quattro saggi raccolti in *Il mistero del processo*, 3<sup>a</sup> ed., Adelphi, 1994 (originariamente pubblicato sulla *Riv. Dir. proc.* del 1949).

<sup>17</sup> *Intorno al concetto di giurisdizione, ora in Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, I, Milano 1962, p. 229 ss.

Di quel lascito dobbiamo cominciare a discutere. All'ora, ragionando sul significato della storia nello studio del diritto, si chiedeva: "Perché quella regola non esistette sempre e, in altro tempo, ebbe vigore una regola opposta e diversa?"<sup>18</sup> Faccio mio quel ragionamento per chiedermi se tutto ciò che fu regolato in conseguenza dei principi posti a base della scienza del processo possano essere mantenuti fermi nel momento attuale nel quale la differenza tra "pubblico" e "privato" ha ricevuto diversa consistenza, perché il "potere" va perdendo il carattere intrinsecamente autoritario per evolversi in "servizio"; nel quale, pertanto, anche la giurisdizione da funzione sovrana esercitata in regime di monopolio (in nome del Sovrano, come voleva lo Statuto albertino)<sup>19</sup> si trasforma in servizio (reso in nome del popolo, come si legge nella Costituzione)<sup>20</sup> che può essere esercitato in concorrenza con altri soggetti (ossia è sempre meno "potere" e sempre più "ordine", adoperando le parole dell'art. 101 Cost); nel quale lo stesso dibattito sul cd. "diritto d'azione" finisce con l'essere espressione di un dommatismo fine a sé stesso.

Il lascito aveva come caposaldo una indiscussa sovranità dello Stato, così che il diritto "pubblico" era il diritto che disciplina il "potere" esercitato da organi in posizione di supremazia, a fronte dei quali vi erano sudditi, che nei confronti dell'autorità potevano vantare posizioni di semplice "interesse", anche se potenziato con l'essere "legittimo"<sup>21</sup>. I Costituenti, che disegnarono un modello di Stato democratico, non riuscirono nell'operazione chirurgica di un taglio netto con il passato e, forse, fu un bene, perché le transizioni, quando non sono provocate dal sangue delle rivoluzioni, hanno bisogno di un processo di adattamento. E' ciò che molto lentamente e con una sorta di incessante gioco dell'oca sta avvenendo da noi, che tentiamo faticosamente di sostituire all'idea di uno Stato che esercita poteri sui sudditi quella di uno Stato che rende servizi ai cittadini. La sostituzione del "potere" con il "servizio" comporta che l'intera categoria del "pubblico" va ripensata, depurandola delle scorie insite nell'autoritarismo ed eliminando l'idea di un prevalere dell'autorità per il solo fatto di essere tale<sup>22</sup>.

---

<sup>18</sup> *Significato ecc. cit.*, p.186

<sup>19</sup> Il concetto di sovranità è necessariamente legato a un territorio. Dalla sua erosione e dalla sempre maggiore liquidità dei confini nazionali, che sono conseguenza della inarrestabile evoluzione di società multietniche e multirazziali, il nostro legislatore ha preso atto quando con la l. n. 218 del 1965 ha abrogato l'art. 2 c.p.c., che della sovranità statale era sicura espressione. Il "tratto di penna" di cui parla Sassani (*Saggi cit.*, p. 285) non fu che una notarile presa d'atto.

<sup>20</sup> L'irrinunciabile socialità del diritto, che P. Grossi contrappone alla incompiuta democrazia attuata dalla società borghese, e il dualismo tra Stato e Repubblica (per un'epitome delle sue idee v. il suo -credo- ultimo scritto *Sistema moderno delle fonti del diritto ed esperienza giuridica postmoderna in Italia*, ora in *Le fonti del diritto, il ruolo della giurisprudenza e il principio di legalità*, Quaderno n. 26 della SSM, Roma, 2023, p. 15 ss.), non possono non avere ripercussioni sull'assetto della magistratura in un sistema nel quale la tripartizione dei poteri dello Stato si relativizza perché i loro confini diventano liquidi e mobili. I Costituenti, tuttavia, costruirono l'assetto ordinamentale della Magistratura mostrando di potere fare affidamento sulla una netta distinzione tra quest'ultima e gli alti poteri dello Stato, essendo il confine riposto nella "soggezione alla legge" (come ricordato da R. Bin, *Le fonti del diritto, il ruolo della giurisprudenza e il principio di legalità*, in Quaderno ult. cit., p. 89 ss. e anche da me, *L'antinomia tra "soggezione" alla legge e "ricerca" del diritto e le ricadute sullo "status" del giudice*, ivi, p. 129 ss.).

<sup>21</sup> Una traccia significativa del clima culturale di allora può rinvenirsi in G. Cristofolini (l'allievo di Carnelutti che subito aveva preso posizione contro le idee sattiane), *A proposito di indirizzi nella scienza del processo*, in *Riv. dir. proc.*, I, 1937, p.106. Vale la pena di riprodurre l'intera argomentazione: "A costo di sembrare pedante....vorrei dire che la funzione del diritto non è la tutela degli interessi, ma *si esplica mediante la tutela di determinati interessi*: funzione del diritto è invece la conservazione della pace nel corpo sociale, l'attuazione di un determinato ideale di giustizia, il *servare humanam societatem*, secondo la nota espressione dantesca, e mezzo a questo fine è la scelta, fra gli interessi in contrasto, di quelli che sembrano degni di rispetto..." (i corsivi sono nel testo). Non so se Cristofolini fosse fascista; di sicuro queste idee erano del tutto omogenee al clima politico del tempo. Oggi queste considerazioni potrebbero adattarsi al solo processo penale e sono incompatibili con una giurisdizione intesa come servizio, come deve essere in una democrazia.

<sup>22</sup> Tra gli studiosi del diritto amministrativo si dibatte sulla materia del loro studio. Anche per riferimenti rinvio a G. Tropea, *Biopolitica e diritto amministrativo del tempo presente*, Napoli, 2023. Con riguardo a ciò che andrò ad esporre nel testo mi sembra opportuno segnalare che anche il processo amministrativo è sotto tensione, perché il modello del processo di parti (tenuto presente dal codice del processo amministrativo) si adatta a processi reattivi (ossia di tipo rimediabile), ma si rivela inidoneo quando si viene ad incidere sulle scelte politiche (perché si regola il futuro e il giudice

Dal lascito in definitiva avevamo tratto l'idea della natura intrinsecamente autoritaria del processo; ma questa idea oggi ha perso buona parte del suo significato. Se, ad es., i nostri Maestri avevano da chiedersi se fosse possibile rinunciare alla domanda senza rinunciare al diritto, risolvendo il dilemma in base alla distinzione tra rapporto processuale e rapporto sostanziale, oggi non abbiamo alcun bisogno di fare ricorso alla dommatica, perché la rinuncia agli atti si sostanzia nella rinuncia alla richiesta di un servizio rivolta allo Stato (così che l'unico problema può essere quello dei costi per un'attività inutilmente richiesta). E se i nostri Maestri ponevano la differenza tra atto negoziale e atto processuale nella natura pubblica di quest'ultimo, oggi abbiamo il diritto di chiederci se la differenza sta nella "natura" dell'atto o se, piuttosto, deve ravvisarsi nella sua diversa "funzione".

Virgilio Andrioli, nella sua prolusione genovese del 1962<sup>23</sup>, rifacendosi a Chiovenda, non dubitava che ciò che distingue il giudice dal giurista è l'autorità. Ma era ben lontano dal ricondurre l'autorità all'esercizio del potere. Dopo avere, infatti ricordato Capograssi - il quale aveva colto l'essenziale del giudicare nell'atto di giustizia, sul presupposto di un soggetto imparziale che giudica sulla base di regole preesistenti e all'esito di un giusto processo-, si spende in favore di un processo in cui sia assicurata una cognizione piena, perché soltanto in tal modo si può giustificare la stabilità del provvedimento finale che noi sintetizziamo con la parola "giudicato". E ne era così convinto dal ritenere che il decreto ingiuntivo non opposto mai potesse dare luogo al giudicato, essendo per definizione privo di una fase istruttoria piena (avendo presente un recente pronunciato della Corte del Lussemburgo, non posso non rendere ancora una volta omaggio alla singolare capacità di previsione del Maestro)<sup>24</sup>.

Oggi ciò che Andrioli, con la sua straordinaria lungimiranza (che lo portò, tra i primi, a rilevare l'importanza della Costituzione e del diritto comunitario nello studio del processo)<sup>25</sup>, aveva intuito -che cioè l'efficacia dell'atto giurisdizionale non è condizionata dal luogo in cui è compiuto o dalla natura del soggetto che lo emette, ma è il prodotto della "volontà" di legge quale si realizza se si sono verificati i presupposti che la legge medesima ha selezionati (da noi ricondotti alla "volontà" di un personaggio immaginario con un'operazione linguistica non scevra di conseguenze<sup>26</sup>) e che oggi la Costituzione sintetizza nella formula del "giusto

---

assume un ruolo necessariamente attivo): v. p. 65 ss. Neppure è estraneo agli studiosi del processo amministrativo il ruolo sui poteri del giudice, su cui si è di recente soffermato F. Saitta, *Interprete senza partito?*, Napoli, 2023, che ha un'idea del ruolo del giudice non dissimile dalla mia.

<sup>23</sup> *Volontà e giudizio nel processo civile*, ora in *Scritti giuridici*, cit., I, p.80 ss. Egli riconduceva l'autorità della sentenza alla volontà del giudice, ossia all'esercizio dell'*imperium*, essendo fedele all'idea che la giurisdizione costituisce esercizio di un potere. E' ovvio che, ravvisando nell'esercizio della giurisdizione la (necessaria) prestazione di un servizio (oltre tutto non in regime di necessario monopolio), mi accosti di più alle idee di C. Vocino (v. in particolare *Considerazioni sul giudicato*, Milano, 1963), che ricollegava il giudicato alla preclusione. Mi vengono a mente le tante discussioni con il mio secondo Maestro, nelle quali Gli rappresentavo la mia difficoltà di distinguere il giudicato sostanziale da quello formale. Oggi mi è chiaro che la mia difficoltà nasceva dai diversi presupposti ideologici sulla natura della giurisdizione.

<sup>24</sup> Infatti, la Corte del Lussemburgo 17.5.2022, nel decidere cause riunite (c-693; C-831; C-725; C-600 e C-859, tutte del 2019) aveva ritenuto che la definitività di un decreto ingiuntivo non opposto emesso in base a clausole contrattuali lesive della tutela del consumatore fosse incompatibile con la normativa comunitaria. Le SU 4.2.2023, n.9479 hanno stabilito che il giudice del monitorio deve verificare, prima di emettere il decreto ingiuntivo, se le clausole contrattuali sono lesive della concorrenza e, qualora ne ravvisi la validità, dovrà emettere il decreto avvertendo il debitore che potrà proporre opposizione, fra l'altro, anche se diversamente ritiene che le clausole siano nulle. In questo modo, appare evidente che la stabilità del provvedimento giurisdizionale è collegata alla garanzia di una sufficiente difesa. E' quanto basta ai fini di questo scritto. E' inutile dire che si tratta di decisioni che hanno suscitato l'interesse della dottrina.

<sup>25</sup> Lo fece il 6 novembre 1954 nel discorso per l'apertura dell'anno accademico a Pisa e il 23 marzo 1964 in una conversazione tenuta nell'aula magna degli avvocati di Roma (rispettivamente in *Scritti* cit, p. 3 ss e p- 17 ss.

<sup>26</sup> "Quanto potere deriva alle lettere, solamente grazie alle loro combinazioni!", scriveva Lucrezio, stabilendo un rapporto tra parole e gli atomi, ossia i nuclei essenziali della materia (come leggo in Odifreddi, *Come stanno le cose: Il mio Lucrezio, la mia Venere*, Milano, 2023 -ma la prima edizione è del 2013-, p. 53). Le lettere si combinano tra loro all'infinito, danno vita alle parole, che a loro volta si combinano all'infinito nelle rappresentazioni e nei concetti, al pari degli atomi che danno sostanza alla materia; ma -direbbe il Poeta, con la sua straordinaria visione profetica- restano tali. Di ciò convinto,

processo”- ci appare con maggiore evidenza. Non possiamo continuare ad ascrivere l’efficacia del provvedimento giurisdizionale all’autorità del giudice in base al riconoscimento di una posizione di “potere” cui corrisponda una “soggezione”. Nella realtà la “forza” del provvedimento giurisdizionale sempre più ci appare non più come frutto di un esercitato potere, ma per essere l’<in sé> del servizio richiesto, così come il suo tasso di resistenza (che siamo soliti pensare come immutabilità) dipende dalla maniera in cui si è svolto il processo, dalla possibilità che le parti abbiano potuto pienamente esercitare le loro possibilità difensive e dal credito che il giudice si è meritato sul campo, come ci ha ammonito Nicola Picardi che, soprattutto negli ultimi anni del suo insegnamento, ha insistito sulla “professionalità” del giudice.

4 -In quest’epoca di inventari del passato, non possiamo disconoscere l’importanza del dibattito sul cd. diritto d’azione, che ha portato alla severa condanna delle aberrazioni cui si era pervenuti quando si era negato, in ragione della razza (o si nega, talora ancora oggi, anche in ragione del sesso o della religione) la tutela giudiziaria, e che ci ha fatto tesoro di una disposizione quale è quella contenuta nell’art. 24 Cost. Tuttavia, è giunto il momento di sollevare la coltre del concettualismo dommatico. Il cd. “diritto soggettivo” non è un’entità realmente esistente; è un prodotto del pensiero umano, un concetto che sintetizza una disciplina dettata dall’ordinamento. Quando parliamo di inconculcabile diritto d’azione non vogliamo dire altro che lo Stato si è obbligato a predisporre idonei organismi di tutela e a non porre limitazioni alla possibilità dei cittadini di adirli e che, pertanto, lo Stato dà tutela incondizionata a tale pretesa del cittadino, in quanto l’ordinamento normalmente funziona in base al mutuo e reciproco riconoscimento delle aspettative, degli interessi o delle pretese e, nei casi patologici, ha bisogno di chi si sostituisca al mancato riconoscimento con un atto sostitutivo<sup>27</sup>. “La vita del diritto -scriveva Liebman<sup>28</sup>- ha la sua fisiologia e la sua patologia, e cioè il godimento pacifico del diritto soggettivo, per la spontanea osservanza delle norme giuridiche da parte di coloro che vi sono sottoposti; e, dall’altra parte, il meccanismo legale coattivo che impone quando necessario con la forza, il rispetto e l’attuazione delle norme medesime”.

Il dibattito sul diritto d’azione aveva un senso quando ancora si dubitava che a tutti, nessuno escluso, fosse assicurata la pretesa di avere un giudice (il celebre giudice a Berlino). Oggi, in un ordinamento presidiato da una robusta Costituzione democratica, questa pretesa finisce con l’essere un irrinunciabile attributo della dignità delle persone; la necessaria forma di esplicazione della “vita del diritto”. Che questa pretesa abbia carattere pubblico o privato conta poco<sup>29</sup> e chiedersi se faccia corpo col diritto soggettivo o abbia autonomia

---

mi sforzo di trattare i “concetti” per quello che sono, per cui un legislatore non ha “volontà”, esercita soltanto un “potere” (ne parlerò anche in alcune note successive).

<sup>27</sup> L’idea di un diritto, quello d’azione, che si aggiunge al diritto sostanziale ed è dotato di propria autonomia, ha prodotto un’idea derivata: quella del rapporto giuridico processuale, sul quale condivido le disincantate riflessioni di C. Consolo, *Profili generali. Tomo secondo*, Padova, 2004, p. 3 ss.

<sup>28</sup> *L’azione nella teoria del processo civile*, ora in *Problemi del processo civile*, Napoli, 1962, p. 53

<sup>29</sup> L’uso di attributi, nel mondo delle cose, è indicativo della qualità dell’oggetto o del soggetto. Nel mondo del diritto, che è un mondo di concetti, gli attributi servono a indicare sinteticamente la disciplina che garantisce e tutela la pretesa, l’interesse o l’aspettativa. E se parliamo di diritti soggettivi pubblici vogliamo soltanto dire che la tutela è in qualche modo diversa da quella che l’ordinamento riconosce per altre situazioni che qualifica come diritti soggettivi privati. Pertanto, la “scissione tra azione e diritto”, di cui parla Carnelutti è una maniera alquanto enfatica per dire che la pretesa del cittadino di potere chiedere al giudice la tutela- che l’ordinamento gli riconosce, essendo la pretesa ad ottenere un servizio che lo Stato è tenuto ad erogare- deve essere incanalata sul binario predisposto dallo Stato e deve essere esercitata nelle forme, nei modi e nei tempi che lo Stato impone. All’insegnamento di Chiovenda, essendo l’organizzazione del servizio giustizia un compito dello Stato, dobbiamo il merito di avere indirizzato gli studi del processo in maniera che si creino i presupposti perché questo compito sia svolto nel migliore dei modi possibili. Lo fece senza la pretesa di creare sistemi e anche correndo il rischio di qualche incoerenza (non mi sono mai riconosciuto l’importanza per la quale valesse la pena di conservare un epistolario. Devo affidarmi, perciò, ai ricordi. Di ciò scrissi a Liebman e mi rispose che avevo colto nel segno). Chiovenda ebbe la fortuna di trovare un ambiente favorevole, in cui per dirla con Merryman, lo studioso era lo scienziato e il giudice, al più, un mero ingegnere. Oggi al dominio della dottrina è subentrato

ha scarso senso per chi, come me, ritiene che lo stesso diritto soggettivo, in natura, si concreta in una pretesa, un'aspettativa o un interesse che possono essere soddisfatti in virtù del consenso o che, in mancanza, hanno bisogno di un idoneo meccanismo surrogatorio, quale per i nostri Maestri era il processo statale e che, nei tempi attuali, può consistere nel processo dello Stato, ma anche in qualcosa d'altro<sup>30</sup>.

5 -Le solide basi della scienza del processo, che avevano consentito il passaggio dall'*ordo* al *processus*, erano riposte nella statalità della giustizia. Queste basi oggi sono state erose. Quasi si ha l'impressione di un percorso della storia all'incontrario. L'età della decodificazione, che ha interessato gli studiosi del diritto sostanziale, non può non coinvolgere anche chi si occupa di processo<sup>31</sup>. Bisogna ragionare abbandonando l'idea che l'appartenenza del fenomeno processuale al diritto pubblico sia risolutiva, rimettendo in discussione le nostre certezze e riformulando le domande a cui bisogna dare nuove risposte (e nuove soluzioni legislative). Dobbiamo ragionare sul presupposto che il rendere giustizia non è espressione della sovranità dello Stato, ma un servizio che lo Stato è tenuto ad assicurare.

Cominciamo, perciò, a chiederci quale è la funzione del processo. Come ho detto, da Chiovenda abbiamo ereditato l'idea che il processo vada iscritto al diritto pubblico, ossia al diritto che ha a che fare con l'autorità dello Stato, perché è strumento di attuazione alla legge, così che il cittadino abbia ciò che il diritto sostanziale gli assicura. La formula non mi ha mai entusiasmato. Non discuto, sia chiaro, della strumentalità del processo.

---

quello della giurisprudenza (al riguardo v. L. Lacché, *Storia della scienza giuridica italiana e storia della magistratura: metodo, problemi e intersezioni*, in *Storia della magistratura*, Quaderno n. 6 della SSM, Roma, 2022, p. 21 ss.).

<sup>30</sup> Da Andrioli mi venne l'invito a leggere il dibattito sul diritto di azione e Chiovenda, Pekelis e Orestano furono tra le mie prime letture. Da Andrioli, prima che dagli altri, appresi che esisteva una tripartizione concettuale: azione (in senso sostanziale) come diritto a ottenere un provvedimento favorevole; azione (in senso concreto) come diritto a ottenere un provvedimento di merito; azione (in senso astratto) come mero potere di provocare l'intervento del giudice. Nel corso del mio insegnamento ho detto ai miei studenti (e ho scritto nel mio Manuale) che vi sono disposizioni che hanno come presupposto l'una o l'altra nozione. Oggi mi è chiaro che volevo semplicemente dire che il legislatore può collegare all'esercizio dell'azione conseguenze diverse, valutando la "meritevolezza" dell'iniziativa giudiziaria e la necessità di non far pesare su chi ha proposto una domanda fondata il tempo necessario per celebrare il processo, così che se parliamo di "diritto d'azione" non facciamo altro che sintetizzare il contenuto di queste "diverse" discipline (variabili nel tempo: basti pensare all'attuale tendenza ad inasprire le sanzioni a carico di chi nell'agire in giudizio e non adopera la necessaria prudenza), rinchiudendole nel guscio di un concetto.

<sup>31</sup> Un codice nasce col proposito di regolare i rapporti tra i consociati per l'avvenire, ma non può non essere il prodotto dei rapporti di potere quali si sono consolidati nel momento storico in cui viene redatto. Il nostro codice civile nasce nell'epoca in cui il ceto dominante era quello borghese e, quindi, è storicamente datato, così come lo sarebbe un qualsiasi altro codice che fosse emanato se il ceto dominante fosse diverso. Tuttavia non fu un brutto codice (discendendo pur sempre dalla luminosa esperienza del diritto romano), come dimostrò R. Nicolò, voce *Codice civile*, in *Enc. Dir.*, VII, Milano, 1960, p. 240 ss., che pure avvertiva la necessità di avviare nella giusta direzione il corso futuro della nostra esperienza giuridica. Consapevoli che un codice necessariamente cristallizza i rapporti di forza del momento, dobbiamo rinunciare all'idea di munircene? Ossia, posto che l'idea di codice presuppone necessariamente una qualche forma di adesione al positivismo e, quindi, il riconoscimento che allo Stato spetta il potere della produzione normativa (ossia "la letale riduzione del diritto alla legge", come ebbe a scrivere, ma nel 1944, C. Schmitt, *La situazione della scienza giuridica europea*, a cura di A. Salvatore, Macerata, 2020), possiamo di esso fare a meno? E come processualisti, posto che un codice, anche se ha per oggetto il rito, regola i poteri del giudice e il suo rapporto con le parti, ponendo limiti all'uno e alle altre, dobbiamo pensare che si tratta di regole che necessariamente presuppongono un'idea retrostante sull'esercizio del potere (giudiziale) che non può e non deve essere "cristallizzata"? Dietro l'idea del diritto come *inventio*— e della legge che segna la morte del diritto— si annida il rischio del caos, quale era quello che si aveva nel diritto comune ed al quale pose fine il Principe. La separazione dei poteri, non dimentichiamolo, nacque per porre argine all'assolutismo. Di più. La complessità del mondo attuale, nel quale la sovranità degli Stati è cedevole e nel quale la tecnica tende sempre più ad avere un ruolo predominante, ci pone di fronte a prospettive di cui non è facile prevedere gli esiti ultimi. Si parla, oggi, di *soft law*, ossia di un diritto che fuoriesce dal controllo degli Stati, ma che è il prodotto di rapporti di forza e di situazioni di potere fuori da qualsiasi controllo. E' un diritto assai insidioso. Ho svolto su di esso qualche riflessione con riguardo al diritto sportivo (in *Riv. Dir. sport.*, 2022, p. 289 ss.), che ne costituisce un esempio (a mio avviso non esaltante).

Le lezioni di Virgilio Andrioli che seguì con quasi religiosa devozione per tre anni di fila a cavallo tra il 1958 e il 1960 me lo hanno inculcato nel sangue. Ma -per non avere mai tollerato il principio dell'*ipse dixit*, per il quale da Andrioli, essendo un presuntuoso giovincello, meritai a margine di uno dei miei scritti giovanili, che, con mio orgoglio, mi restituiva quasi senza osservazioni, un icastico commento: «Cchiùsutta, „guagliò” - ho sempre ritenuto che la formula nascondesse una pericolosa ambiguità. In altra occasione ho cercato di spiegarlo, ma temo di non essere stato compreso<sup>32</sup>. Ricorro, perciò, ad un esempio. Se dico che il medico usa la medicina non per curare il malato ma per debellare la malattia, assegno al medico un compito di carattere generale -la lotta alla malattia- rispetto alla quale la cura del malato finisce con l'essere mera occasione. Di più, se il medico non ha un elenco preconstituito delle malattie da combattere, ma ne va alla ricerca, si corre il rischio di esporre il paziente a cure inadeguate. In altre parole, perché il principio chiovendiano possa essere tradotto in azione efficace, sarebbe quanto meno necessario che ci sia un catalogo chiuso di situazioni alle quali l'ordinamento riconosca tutela. In mancanza, e spettando al giudice di stabilire se la situazione è protetta dall'ordinamento, tanto più nei tempi attuali nei quali il giusnaturalismo collegato alla Costituzione ha preso il sopravvento sul positivismo, la formula si presta a una traduzione in termini autoritari, che non ho mai accettato, perché non è possibile ritenere che al giudice è affidato (soltanto) uno strumento, ossia il processo, se spetta a lui di individuarne gli obiettivi<sup>33</sup>. In questo modo si fa passare per funzione di accertamento una funzione che nella sostanza è di “regolazione” e si assegna al giudice non più o non solo il compito di attuare la “volontà” di legge (ossia di un soggetto terzo), ma anche quello di provvedere, nel ruolo di solitario protagonista, alle “necessità generali della tutela del diritto”, che non a caso Chiovenda poneva a base della generale azione assicurativa<sup>34</sup>. E, per me, era chiaro che il codice del '40 ne aveva approfittato per piegare (a mio avviso per fortuna, come ho già sottolineato, più a parole che nella sostanza) la formula a “finalità di interesse pubblico”, che sulla carta diciamo di aborrire, ma della quale non sappiamo fare a meno.

Anche se alla formula volessimo dare credito incondizionato, la stessa presuppone, tuttavia, uno Stato sovrano che assume su di sé il compito di attuare la legge e di provvedere alle necessità generali di tutela del diritto e, di conseguenza, rende il giudice, organo pubblico investito della relativa funzione, responsabile di un processo che ha come obiettivo finale l'attuazione dell'ordinamento, conferendogli inevitabilmente poteri autoritari. Il legislatore del '40, sposando queste idee, le condensò nel primo libro, del quale nel passato non si era sentito il bisogno. Con le disposizioni generali si rendeva il giudice responsabile dei limiti soggettivi e oggettivi del processo; gli si riconosceva il potere di valutare la prova, affidandosi al suo prudente apprezzamento, per cui le disposizioni limitatrici erano da ritenere di stretta interpretazione; gli si dava il potere di dichiarare inammissibile o improcedibile la domanda o estinto il processo quando le parti non si avessero compiuto gli atti nelle forme e nei tempi imposti, con conseguenze talora irreparabili sul piano sostanziale; si introduceva il principio di preclusione peraltro in misura assai più contenuta rispetto a ciò che fa il legislatore attuale. E l'udienza poteva così essere rappresentata come il luogo ideale di incontro tra le parti e il giudice per consentire a quest'ultimo il corretto esercizio dei suoi poteri, così da dare attuazione all'utopica oralità vagheggiata da Chiovenda (utopica perché subordinata a condizioni irrealizzabili, quali l'identità del giudice e l'immediatezza: ancora una volta mi sovengono le pagine di Corrado Vocino<sup>35</sup>).

Quanto di tutto ciò resta vivo e vitale in un processo che le continue riforme, emanate sotto l'incubo di una riduzione dei tempi processuali e nell'illusione che basti cambiare le norme per eliminare i tempi morti spaventosamente lunghi dei nostri giudizi, è o dovrebbe essere da noi sottoposto ad attenta considerazione, per evitare il rischio di poggiare la cd. scienza su di una piattaforma che è oramai diventata residuale. Se leggiamo le relazioni che hanno accompagnato le numerose riforme delle disposizioni riguardanti il processo civile, appare evidente che è ben lontana dal legislatore l'idea di dettare norme per fare in modo che sia

---

<sup>32</sup> «Tutto quello e proprio quello» (Riflettendo su di un libro di Nicolò Trocker), in *Riv. dir. proc.*, 2022, p.395 ss.

<sup>33</sup> Ne ho discusso in *L'evoluzione del ruolo della magistratura e le ricadute sul nostro sistema di giustizia*, in *Riv. dir. proc.*, 2021, p. 1155 ss.

<sup>34</sup> *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, ristampa, Napoli, 1960, p.242

<sup>35</sup> *Voce Oralità nel processo (diritto processuale civile)*, in *Enc. Dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 586 ss.



esaltata la “più augusta delle funzioni dello Stato”. Nulla di più lontano dalla preoccupazione dell’attuale legislatore in tema di giustizia civile, anche di quello del 2022, per il quale è imperativo categorico il rendere possibile un massiccio smaltimento dell’arretrato, la drastica riduzione dei tempi processuali e la disincentivazione del ricorso al giudice per la composizione delle controversie. L’esercizio del diritto d’azione -quel diritto che era stato al centro dell’attenzione dei nostri Padri- è visto come una possibilità residuale, in quanto va favorita in ogni modo la soluzione non giudiziale della controversia, a tal punto che si è ritenuto compatibile con l’art. 24 Cost. l’imposizione dell’obbligo del preventivo ricorso nella maggioranza dei casi a strumenti di risoluzione bonaria del conflitto (obbligo accompagnato da continue sollecitazioni a favorire la conciliazione anche in pendenza di processo).L’esercizio del diritto “pubblico” d’azione, vagheggiato nel passato e che dovrebbe trovare sbocco in un processo erogato gratuitamente, è sottoposto a tassazione, quale oggi è il contributo unificato con i suoi addentellati anche sanzionatori<sup>36</sup>. Il “giusto processo”, quello che per Virgilio Andrioli giustificerebbe che la decisione del giudice possa avere forza di giudicato, è diventata una sorta di lusso. Abbondano gli strumenti di soluzione della lite, le ordinanze anticipatorie o emesse allo stato degli atti, nella speranza che le parti le ritengano sufficienti e rinuncino all’accertamento idoneo al giudicato. Al processo ordinario si preferisce un processo semplificato, nel quale il potere del giudice di stabilire i tempi, i modi e le forme è quasi incondizionato. E in entrambi i processi si fa ricorso ampio al principio di preclusione finalizzato non a una giustizia più giusta, ma a garantire un processo più celere. Nel momento attuale, quando sono in gioco diritti disponibili, prevale, insomma, l’idea che il servizio che lo Stato rende in tema di giustizia, dovendo fare i conti con esigenze di bilancio, abbia come obbiettivo una ragionevole risoluzione della questione o della lite e solo in casi residuali si preoccupi dell’attuazione della legge, così che il cittadino tanto più sarà indotto a preferire la prima maniera di erogare il servizio quanto più la seconda si appalesa lunga, costosa e aleatoria o, peggio ancora, a fare ricorso a strumenti alternativi, non sempre commendevoli.

6 -Il lascito dei nostri Padri era il prodotto del tempo, che aveva come presupposto la statalità della giurisdizione; che ne poneva al centro il giudicato, come strumento di attuazione della legge; che non si poneva i problemi dei costi della giustizia, immaginata a risorse infinite. Di più. Non era in discussione la validità della legge ed il positivismo giuridico era il valore capace di agglutinare il tutto. E il processo, ai loro occhi, era il luogo in cui si poteva realizzare l’eguaglianza (formale) dei cittadini dinanzi alla legge<sup>37</sup>, che è cosa diversa dall’eguaglianza sostanziale.

Quest’ultimo processo è tuttora a base del “grandi arresti” che la Corte di cassazione ci elargisce con frequenza, a partire dagli orientamenti “creativi”, che Virgilio Andrioli neppure prendeva in considerazione quando, con qualche ingenuità, ci ricordava che il potere “costitutivo” del giudice è racchiuso in disposizioni tassative<sup>38</sup> e che i giudici della Corte di cassazione ritengono oramai un attributo naturale della funzione loro assegnata. Oggi dobbiamo parlare di carattere pubblico del processo in maniera diversa da come se ne parlava ai tempi di Chiovenda, sul presupposto del monopolio dei giudici dello Stato. La natura pubblica del processo

---

<sup>36</sup>E. Allorio, negli anni Trenta ebbe a sostenere che il carattere pubblicistico del processo non era compatibile con un regime finanziario del processo medesimo, che si ispiri al concetto di tassa (*Riflessioni sulla diminuzione della litigiosità*, in *Giur. It.*, 1937, IV, c. 197 ss.). Che altro è se non una tassa l’odierno contributo unificato?

<sup>37</sup> Mi sembra che il nostro sistema soffra di schizofrenia: riscriviamo un sistema delle fonti nel quale la legge perde la sua centralità; nel sistema delle fonti diamo sempre maggiore importanza alla decisione, con la quale la disposizione si traduce in norma (richiamando la distinzione posta da Crisafulli); e, tuttavia, poco avendo a cuore gli insegnamenti di Gorla, continuiamo a celebrare la Corte di cassazione come custode della esatta osservanza e uniforme interpretazione della “legge”, valorizzando una disposizione “legicentrica”, che a me più di ogni altra sembra frutto dell’ideologia del regime, anche se trova le sue radici nell’illuminismo e nelle rivoluzioni costituzionali del XVIII secolo (che riteniamo di avere lasciato alle nostre spalle): al riguardo v., di recente, P. Gaeta, voce *Poteri e garanzie (la Magistratura)*, in *Enc. Dir., I Tematici*, V, 2023, p. 841 ss.; spec. p. 850 ss., secondo il quale non è importabile in Italia qualcosa di simile allo *stare decisis* del sistema anglosassone (ma ci siamo molto vicini).

<sup>38</sup> Ad es., ma non solo, in *Progresso del diritto e stasi del processo*, ora in *Scritti cit.*, I, p. 64 ss.

dipende dal fatto che è un servizio che lo Stato deve offrire al cittadino, servendosi di suoi funzionari, come ha bene avvertito Picardi, invitandoci a dedicare attenzione al giudice prima ancora che alle regole del processo<sup>39</sup>. Di conseguenza, dovremmo chiederci da dove i giudici-funzionari traggano legittimazione per dilatare l'oggetto del processo, quando si riconoscono il potere di fare a meno della domanda o dell'eccezione di parte in nome del loro potere officioso (ma qui il problema finisce con l'essere anche di diritto sostanziale, perché investe la disciplina delle nullità che risentono, a mio forse ingiustificato avviso, della cultura predominante nel tempo in cui fu redatta)<sup>40</sup>; per dilatare l'ambito soggettivo del processo, quando estendono la necessità del contraddittorio a soggetti ai quali si potrebbe anche lasciare la possibilità di fare propri, a cose fatte, gli effetti della decisione che incidono sui loro interessi; per ampliare i poteri giudiziali di valutazione, riconoscendosi essi il potere di manovrare gli oneri probatori o di ritenere che la non contestazione non riguardi le parti e il loro potere di fissare i limiti della controversia in punto di fatto, ma incida sulla sua libera valutazione; per esasperare il principio di responsabilità delle parti, che porta ad abbondare in pronunce di inammissibilità, improcedibilità e decadenze con relative sanzioni.

Molti di noi sono convinti che tutto ciò sia da condividere, perché non si rassegnano all'idea che il processo sia ridotto a strumento di semplice e accettabile composizione della lite. E' una convinzione legittima che, per coerenza, dovrebbe portare ad essere critici nei riguardi di tutte le disposizioni che favoriscono e quasi impongono un'erogazione del servizio giustizia di ordine inferiore. Ritorno a Virgilio Andrioli e al suo insegnamento. Alla giustizia con la "G" maiuscola - quella che aveva come sbocco il giudicato- Egli pensava siccome prodotto di un processo "giusto" perché reso all'esito di un *iter* nel quale le parti hanno avuto adeguate possibilità di difesa. Non credo che avrebbe guardato con simpatia all'attuale processo che ha come cardine il principio di preclusione e che finisce col disciplinare un processo di merito in secondo grado che si risolve in un quasi inutile orpello. Antonio Segni, esaminando i progetti di riforma che portarono al codice del '40, premesso che la preclusione si ha quando deduzioni, eccezioni e questioni devono essere proposte nel termine iniziale della lite, sottolineava che il principio comporta che "la causa....rischia troppe volte di essere una decisione non giusta, non rispondente alla realtà giuridica"<sup>41</sup>. Oggi, chi ha a cuore la funzione pubblica del processo, dovrebbe chiedersi se l'aver costruito una fase preliminare nella quale le parti devono definire, prima di qualsiasi contatto con il giudice, i termini giuridici e fattuali della controversia sia coerente con l'alta funzione di attuazione della legge; se, a tal fine, sia possibile giustificare la contrazione dei diritti di difesa (nel rispetto del principio di responsabilità) con il potere, per sua natura e necessariamente irresponsabile, del giudice istruttore che dovrebbe con solerzia leggere gli atti prima che si realizzi il primo contatto con le parti e dissodare il terreno dalle questioni preliminari, così che alla prima udienza, avendo perfetta conoscenza delle questioni, possa determinare un idoneo "programma" del successivo *iter* processuale; se sia accettabile l'idea che gli atti difensivi siano valutati anche per come sono formalmente redatti e che si imponga ai difensori il numero delle pagine o delle parole e l'indicazione di *key words* in numero limitato; se sia tollerabile che i giudici della cassazione non abbiano la necessità di leggere il fascicolo di ufficio (di cui non è più necessaria la trasmissione), sperando che d'ora innanzi non dicano di non potere leggere i documenti depositati dalle parti e da loro indicati e abbandonino la pretesa che debbano essere trascritti nei loro ricorsi.

---

<sup>39</sup> Mi limito a segnalare la sua relazione su *La crisi sul monopolio statale della giurisdizione*, in *Atti del XXVI convegno nazionale dell'AIJPC*, Bologna, 2011

<sup>40</sup> Che il problema debba essere esaminato coniugando diritto sostanziale e processo e che il potere officioso non sia una sorta di grimaldello di cui il giudice può fare uso fu sottolineato da C. Consolo, *Poteri processuali e contratto invalido*, ora in *Passeggiate e passacaglie sul confine tra diritto civile e processuale*, Torino, 2015, p. 1 ss. (nello scritto si ritrova un'utile rassegna della disciplina delle nullità negoziali in Europa e si segnala che l'art. 1421 c.c., nel panorama europeo, costituisce eccezione -ivi, p. 74-, che io ascrivo all'influenza autoritaria del regime).

<sup>41</sup> *Principio di eventualità e la riforma del processo civile*, ora in *Scritti giuridici*, I, Torino, 1965, p. 338 ss., spec. p. 355

Nell'attuale contesto, ciascuno di noi è libero di scegliere. Bisogna, però, riconoscere che se oggi vanno riconosciuti al giudice ampi poteri, ciò non dipende dall'essere la giustizia una "augusta" funzione dello Stato, ma -più banalmente- da necessità di efficienza e di economicità.

7 – Torno al lascito dei nostri Padri. Poco è rimasto delle loro certezze. L'art. 3 della nostra Costituzione -che a me pare l'epitome della storia dell'umanità-, qualora sia collegato al processo sembra, nel suo primo comma, riflettere l'idea della giustizia che Essi ne avevano, là dove il secondo comma esprime la costante tensione verso il superamento della legge scritta, che, nel momento in cui è emanata, inevitabilmente raccoglie le istanze, soddisfa le aspettative e protegge gli interessi di chi, nel momento storico dato, ha il potere per farlo (tanto più nell'attuale momento nel quale la legge sempre più assume gli aspetti del provvedimento)<sup>42</sup>. E' da chiedersi quale sia in questo clima il ruolo del processo. La rinnovata riflessione ha da noi una data di partenza, che può essere individuata nel settembre del 1965, ossia nel XII congresso nazionale dell'Associazione nazionale dei magistrati, quando i magistrati affermarono che non era possibile ridurre l'interpretazione a una attività puramente formalistica indifferente al contenuto e all'incidenza concreta della norma nella vita del Paese. Si avvertiva l'inadeguatezza, in primo luogo, del diritto sostanziale, di un codice civile "borghese" costruito prevalentemente in funzione degli "averi" e della produzione di beni e con scarsa attenzione alla persona e alla sua dignità. Un diritto sostanziale che si rifletteva in un codice processuale costruito anch'esso con prevalente attenzione alle liti riguardanti i beni e i sistemi di produzione della ricchezza.

Il processo -quello che avevano in mente i nostri Padri- ci apparve inadeguato, così come apparve inadeguato agli studiosi del diritto sostanziale il codice civile (e la stessa idea della codificazione). Ma non avevamo altri modelli a nostra disposizione. E non si trattava tanto di apprestare tutele differenziate (la giustizia è o non è e una giustizia "differente" per definizione diventa una non giustizia), quanto di costruire processi idonei a tutelare i bisogni, le aspettative e gli interessi che costituiscono il patrimonio avvertito della dignità delle persone.<sup>43</sup> La storia degli anni Settanta -riguardata oggi con il necessario distacco- ci appare come un'operazione con la quale la magistratura, talora debordando, poneva rimedio alla mancanza di regole processuali idonee, facendo un uso dei provvedimenti d'urgenza inevitabilmente autoritario, perché di fatto incontrollabile (anche se dettato da esigenze di giustizia). E parimenti, gli studiosi del diritto sostanziale avvertirono (e avvertono) l'inadeguatezza di una disciplina che dava poco rilievo alla dignità delle persone e che, anche per ciò che riguarda i beni e le fonti di produzione della ricchezza, era ancorata a modelli oramai obsoleti.

Nei colloqui raccolti in "Vita di avvocato",<sup>44</sup> Canelutti risolveva la distinzione dei processi penale e civile nella dualità di 'essere e avere'. Il codice civile e quello del processo civile furono redatti in un'epoca in cui si riteneva che il loro oggetto fosse la tutela dell'avere. L'idea di fondo che il processo di cognizione si concluda in un "accertamento" e che il processo di esecuzione nasca sul presupposto di un "accertamento" (giudiziale o negoziale) trovano il loro campo di coltura nella difesa dei beni, della possidenza. E' un diritto che si rivolge inevitabilmente al passato. E' un diritto rimediale, che nella fase più evoluta trova la sua soluzione nel ripristino della situazione anteatta e, quando non sia possibile, in forme risarcitorie. Lo stesso dibattito sulle tutele semplificate, anticipatorie o cautelari non usciva da questo cerchio chiuso. Si parlò sempre di tutele che sullo sfondo avevano l'accertamento e il giudicato. L'ampio settore della tutela della persona e della sua dignità, che sarebbe stato l'oggetto di una ben diversa disciplina processuale, da raccogliere, a volere seguire l'impostazione sistematica del codice, in libro autonomo, restò nell'ombra.

---

<sup>42</sup> Al riguardo v. G. Tropea, *op. cit.*, spec., p. 253 ss.

<sup>43</sup> Non è un caso che gli allievi di Andrioli, volendo onorarlo a Sua insaputa, gli dedicarono scritti raccolti in un volume su *I processi speciali. Studi offerti a V. Andrioli dai suoi allievi*, Napoli, 1979.

<sup>44</sup> *Vita di avvocato. Mio fratello Daniele. In difesa di uno sconosciuto*, Milano, 2006

La sensibilità attuale, alla cui formazione hanno concorso la carta dei diritti dell'uomo e le moderne Costituzioni democratiche, ci fa comprendere che il diritto e il processo civili non riguardano, diversamente da ciò che riteneva Carnelutti, soltanto l'aver, ma hanno ad oggetto anche l'essere. Il diritto e il processo civili sempre più hanno da occuparsi della persona e della sua dignità.

Le categorie giuridiche consegnateci dalla scienza del processo civile, costruite in funzione di un intervento che in qualche modo cerca di mettere ordine al passato in maniera tendenzialmente definitiva, infatti, servono a poco quando si tratta di tutelare la persona e la sua dignità nelle varie articolazioni. A che serve un accertamento che fa stato ad ogni effetto se si tratta di intervenire sulla vita che si evolve di continuo? A che serve un processo esecutivo fondato su di un titolo che rispecchia il passato, se si tratta di provvedere per il futuro? Me ne cominciai a rendere conto quando anni fa scrissi della crisi del titolo esecutivo come fondamento dell'esecuzione forzata<sup>45</sup> sollecitato anche dalle riflessioni di chi aveva sottolineato la portata innovativa di uno strumento di tutela quale fu quello voluto con l'art. 28 dello Statuto dei lavoratori. Sempre più, quando mi trovo a manovrare il nostro codice civile, mi sorprende dell'esilità delle disposizioni che riguardano la persona a confronto con la massiccia mole di disposizioni che riguardano i beni, i loro commerci e la loro produzione. E anche chi, come me, non è favorevole ad estendere i poteri del giudice, perché un potere non facilmente controllabile e di fatto incontrollato, può facilmente tracimare, deve convenire che in particolare nel settore dei diritti della persona non è possibile fare a meno di chi, investito di indispensabile autorità, disponga, ossia detti i provvedimenti che si rendono necessari e che lo stesso modo di essere delle situazioni per le quali è richiesto l'intervento del giudice non si prestano ad essere trattate con le forme di un processo che ha come obiettivo l'accertamento destinato a fare stato. Non solo; in questi casi, c'è l'urgenza inevitabile di provvedere, ma c'è quasi sempre da provvedere "allo stato degli atti", come accade quando si deve regolare il flusso della vita, anche di quella che si realizza nelle attività economiche e produttive.

Problemi analoghi, ma in maniera diversa si pongono nel processo penale, che non può non riguardare il passato (ossia i fatti-reato commessi) e non contempla, per il rispetto della presunzione d'innocenza, provvedimenti anticipatori, ma che sempre più si occupa del presente e del futuro, perché alla magistratura penale, cui fa capo la polizia giudiziaria, non è affidato soltanto il compito di irrogare sanzioni, ma anche quello ancora più delicato di prevenire e di provvedere alla nostra sicurezza.

8 –I nostri Padri trassero la scienza del processo dal sopore cui lo aveva consegnato uno studio ridotto a semplice esegesi<sup>46</sup> e costruirono una dottrina che aveva come modello esclusivo il processo ordinario di cognizione. Ciò non è stato senza conseguenze. Le nostre ricerche sui limiti oggettivi e soggettivi del giudicato e sullo stesso modo di intendere il contraddittorio; sul diritto probatorio; sui poteri del giudice; sul contenuto e sull'efficacia dei provvedimenti hanno avuto come riferimento quel processo. Lo stesso legislatore del '40, che molto deve alla dottrina, ne sentì l'influsso e non è un caso che raccolse nel quarto libro disposizioni raffazzonate, che spesso hanno le forme di abbozzi che contrastano in modo evidente con la levigatezza anche formale delle disposizioni del primo e del secondo libro del codice<sup>47</sup>.

Fu un'operazione che si inseriva perfettamente nella cultura del tempo, ma che ci ha fatti cadere in un diverso torpore dal quale è tempo di uscire. La verità è che non esiste il processo, ma esistono i processi, quali si

---

<sup>45</sup> *Attualità del principio* <<nulla executio sine titulo>>, in *Riv. dir. proc.*, 1999, p. 963 (fu la mia relazione al XXII Convegno dell'AIIPC, poi pubblicata negli Atti)

<sup>46</sup> Una misera condizione nella quale "la dottrina si adagiava nell'ampia coltrice che aveva preparato ai suoi sonni il *Trattato* di Luigi Mattiolo", come ebbe a scrivere Chiovenda commemorando Antonio Castellari (ora in *Saggi cit.*, III, p. 451)

<sup>47</sup> Come testimonia Andrioli, che ha parlato di compilazione frettolosa (*Abrogazione del codice di procedura civile?*, ora in *Scritti cit.*, III, p. 1643) e ha definito il quarto libro una sorta di "upim" (*Intorno al disegno di legge delega per il nuovo codice di procedura civile*, ora in *Scritti cit.*, III, p. 1774)

convengono ai diversi bisogni di tutela. Soprattutto (ma non solo) quando è in gioco l'«essere» delle persone, le esigenze del contraddittorio sono necessariamente diverse; il diritto delle prove va costruito diversamente, perché le discussioni che facciamo sulle prove atipiche, illegittime o illecite e sulle stesse prove legali vanno adattate alle svariate situazioni; gli stessi «standard» probatori sono differenti e l'oralità resta un valore da tutelare; il rapporto tra il giudice e gli esperti non regge se continua ad essere fondato sull'ipocrisia di un giudice che è «perito dei periti»<sup>48</sup>; i provvedimenti hanno una prevalente funzione regolatrice (che non è quella di accertamento); hannouna stabilità diversa e richiedono specifiche forme di attuazione<sup>49</sup>. Di ciò abbiamo cominciato a renderci conto<sup>50</sup> e l'ultima riforma ha arricchito il quarto libro del codice di rito di ulteriori processi «diversi». Ma l'impressione è che si siano inseriti abbozzi di disciplina in mancanza di sufficiente elaborazione dottrinale.

Soprattutto non dobbiamo dimenticare che nei processi che hanno per funzione principale quella di «regolare» il futuro, la figura del giudice finisce con l'essere il perno essenziale<sup>51</sup>. Dovremmo, pertanto, occuparci di più dell'ordinamento giudiziario, sul presupposto che il giudice non è l'autorità che esercita un potere, ma un funzionario chiamato a rendere un altissimo e assai delicato servizio<sup>52</sup>. Se partiamo da questo presupposto appare evidente che la professionalità del giudice va ricavata non più avendo a modello il giurista a tutto tondo, conoscitore delle leggi e capace di elaborarne ardite interpretazioni. In particolare, nei processi in cui l'«essere» è al centro, il giudice giurista non è sufficiente, dovendosi pensare a forme di necessaria integrazione con esperti di diverse discipline. Abbiamo i collegi presso il tribunale (oggi) delle persone, composti da due giudici togati e da due giudici onorari, in qualità di esperti: è una soluzione risalente al 1934 e conestata dall'art.102, 2° comma Cost., che solleva qualche perplessità, sia per la composizione paritetica con giudici onorari e sia perché sugli aspetti della questione in cui è decisiva la valutazione degli esperti non c'è possibilità di svolgere un adeguato contraddittorio. E ciò a prescindere dalla considerazione che il giudice-

---

<sup>48</sup>Di recente del problema, avendo sott'occhio i processi che riguardano le persone, si sono occupati A. Tedoldi, *Iudex servus peritorum: la consulenza tecnica (psicologica) all'alba del terzo millennio*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, p. 1164 ss. (e il titolo dello scritto è di per sé significativo) e, con riferimento a processi aventi ad oggetto gli «averi», F. Auletta nel suo intervento al XXXIII Convegno dell'AIJPC (in *I conflitti economici e la giurisdizione. Atti del XXXIII convegno nazionale*, Bologna, 2023, p. 271 ss.). E in relazione agli ultimi «arresti» della Corte di cassazione sulla consulenza d'ufficio (SU nn.3086 e 6500 del 2022) mi limito a segnalare, anche per i riferimenti, B. Cavallone, *Discutibili esercizi di nomofilachia. La consulenza tecnica d'ufficio in Cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, p. 41 ss.)

<sup>49</sup>In questi casi le forme del terzo libro del codice civile, costruite su di un titolo esecutivo che cristallizza una vicenda passata (condensata in un «diritto certo, liquido ed esigibile»), sono inadeguate. Non è un caso che alle tecniche di attuazione siano stati dedicati due convegni, nel 1989 a Palermo e nel 2019 a Roma, i cui atti sono raccolti in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di S. Mazzamuto, Napoli, 1989 e in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti: omaggio a S. Mazzamuto a trent'anni dal convegno palermitano*, a cura di G. Grisi, Napoli, 2019.

<sup>50</sup>Ho, pertanto, apprezzato il progetto di ricerca patrocinato dall'Università LUM Jean Monnet di Casamassima, i cui risultati hanno dato vita al volume su *L'impatto delle situazioni di urgenza sulle attività umane regolate dal diritto*, a cura di R. Martino, F. Alicino e A. Barone, Milano, 2017 e dai quali emerge, soprattutto nella terza parte, la preoccupata sensibilità per i problemi che pone una inevitabile sommarizzazione del processo.

<sup>51</sup>F. Palazzo (*Legalità penale vs. creatività giudiziale*, in *Quaderni del CSM cit.*, p. 187 ss.), occupandosi della crisi della legalità nel processo penale, dopo avere constatato che l'evoluzione in atto non è arrestabile, finisce col pretendere che il giudice eserciti la sua funzione con doveroso autocontrollo, con il senso del limite ed esercitando come metodo la virtù del dubbio. Sta agli studiosi del processo indicare le maniere per le quali tutto ciò non resti affidato alla incontrollabile autodeterminazione del giudice senza incidere sulla sua autonomia.

<sup>52</sup>Questa fu una costante del sempre più attuale Lodovico Mortara, su cui v. C. Sgroi, *La «missione» del magistrato nella concezione di Lodovico Mortara*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, p. 1172 ss. Mortara riteneva che il magistrato non fosse un semplice impiegato pubblico, ma il responsabile dell'esercizio di un'alta funzione e aveva come modello il giudice anglosassone. Elaborò un progetto di riforma dell'ordinamento giudiziario nel quale aveva ampio spazio l'osmosi tra avvocatura e magistratura. Un progetto di cui misteriosamente si sono perse le tracce (sulla vicenda F. Genovese, *Lodovico Mortara e il «progetto» impossibile (ovvero, l'utopia italiana di una magistratura a estrazione non «burocratica»)*, in *Le carte e la storia. Rivista di storia delle istituzioni*, I, 2004, p. 191 ss. -che leggo da un estratto cortesemente datomi dell'a,-). Sicuramente Mortara fu deluso dalla sua esperienza di guardasigilli (ne scrissi in *Quaderni fiorentini*, XXII, 1997, p. 889 ss.).

giurista ha a che fare con una legge, che è sempre meno generale ed astratta, accentuando la sua natura provvedimentale, da quando il legislatore da regolatore si è andato trasformando in regolamentatore e si è supinamente adattato alla prassi di dare la forza di legge ai decreti del Governo di cui a getto continuo pretende la conversione<sup>53</sup>; e a prescindere dal fatto che lo stesso scopo attuale del processo considera i grandi arresti come una sorta di lusso da contenere e che favorisce l'opera concreta, minuziosa e priva di clamore dell'umile artigiano che riesce a risolvere i problemi, più ancora dei conflitti.

La scienza del processo, di cui siamo orgogliosi cultori, ci induce ancora a dare importanza alle decisioni che stimolano le nostre riflessioni critiche e a sottovalutare che l'attuale professionalità del giudice si deve misurare con le esigenze della vita quotidiana e che deve essere, quindi, quella che consente di implementare la capacità del singolo magistrato di organizzare i tempi del suo lavoro, riducendo i suoi tempi morti e utilizzando al meglio gli strumenti che la tecnica attuale gli pone a disposizione. E se un controllo sui contenuti delle sue decisioni non può che essere interno al corpo del quale fa parte e, quindi, non può che essere ricollegato ad un sistema di impugnazioni, perché diversamente si correrebbe il rischio di metterne in pericolo l'indipendenza (anche se ad un controllo "esterno", da cultori del diritto processuale, siamo doverosamente chiamati), dovremmo cominciare a riflettere soprattutto sulla possibilità di qualche forma di controllo sul modo di esercitare la funzione, là dove l'organizzazione del proprio lavoro da parte del singolo magistrato dovesse apparire del tutto deficitaria. In questa prospettiva, potrebbe essere utile che i Consigli dell'Ordine degli avvocati si facessero promotori della raccolta delle doglianze dei cittadini occasionate dai disservizi da trasferire nei Consigli giudiziari e, per questa via, al CSM e sarebbe necessario che, verificata l'incapacità organizzativa del singolo magistrato, si prevedesse qualche forma di sanzione utile per implementarne la professionalità (e, pensando a una recente vicenda, alla possibilità di "demansionare" il magistrato inidoneo alla funzione, perché se nel passato fu possibile "epurare" magistrati scomodi, oggi, con un CSM indipendente, questo pericolo dovrebbe essere scongiurato).

I mutamenti incidono inevitabilmente sul ruolo e sulla funzione della difesa. Oggi, purtroppo, l'avvocatura è considerata quasi come un costo che incide negativamente sul bilancio dello Stato. Si dimentica che le democrazie nelle quali l'avvocatura è debole sono anch'esse deboli e che la stessa giurisdizione trae alimento da una forte avvocatura, così come in politica il governo trae forza da una corretta, ma forte opposizione. Anche qui si tratta di costruire una diversa e nuova professionalità dell'avvocato, cercando di riparare ai guasti di un'incontrollata dilatazione degli albi professionali, ma evitando operazioni malthusiane dai pesanti costi sociali.

Di questo dovremmo o meglio dovrete, insomma, occuparvi, perché al sistema e alla architettura del processo abbiamo già dato -e prima di noi, i nostri Padri- tutto ciò che potevamo dare. E non è un compito facile, perché c'è da contrastare, soprattutto nell'attuale momento storico, la tentazione della magistratura di ricercare scorciatoie per ridurre tempi ed eliminare arretrati. Un esempio lo tratto da due ordinanze della terza Sezione della Corte di cassazione del luglio 2023<sup>54</sup> che hanno ad oggetto l'interpretazione dell'art. 83 c.p.c. Nel 1995 scrissi (con Cipriani, Costantino e Proto Pisani)<sup>55</sup> una protesta contro i formalismi della Corte in tema di "spillature". Ci siamo illusi che, dopo l'intervento del legislatore sul testo dell'originario art. 83, l'infinita *historia* fosse finita. Purtroppo è continuata, come si può ricavare dai numerosissimi casi in cui la Corte è dovuta intervenire successivamente, quali si ricavano dalla bella sentenza delle Sezioni Unite del 9 dic. 2022, n. 36057. Le due recenti ordinanze rappresentano il culmine della vicenda. Infatti, la Sezione ha chiesto l'intervento delle SU, in quanto -a suo avviso- l'avvocato "merita" la qualifica di pubblico ufficiale, che può certificare l'autenticità della sottoscrizione del cliente che gli rilascia la procura, soltanto se vi sia -come nelle

---

<sup>53</sup> Ciò è anche conseguenza dei nuovi problemi spesso drammatici a cui occorre provvedere (il covid, l'accoglienza, la sicurezza), che sono a base della ricerca di G. Tropea, *Biopolitica* ecc. cit. e del volume *L'impatto delle situazioni di urgenza ecc.*, cit. alla nota precedente.

<sup>54</sup> Le nn. 19039 del 5 luglio 2023 e 20176 del 13 luglio 2023

<sup>55</sup> In *Foro it.*, 1995, I, 267

tragedie greche- unità di tempo e di luogo, quale, ad es., mai potrebbe aversi se l'avvocato redige l'atto in maniera informatica e la procura gli è stata rilasciata in forma cartacea. E' ovvio che se questa interpretazione fosse condivisa ci sarebbe una decimazione dei ricorsi per cassazione (salvo un intervento del giudice europeo e l'ennesima brutta figura della Corte di cassazione). Mi chiedo, leggendo questi provvedimenti, quale sarebbe la reazione di Chiovenda, che aveva condotto un vero e proprio apostolato per di sollevare gli studi sul processo dalla misera condizione in cui l'aveva ridotta una dottrina basata sulla semplice esegesi.

9- Porto dentro di me l'ammirazione per avere i nostri Maestri costruito, nei tempi in cui operarono, un sistema processuale che potremmo assomigliare a una splendida cattedrale, ma conservo anche il ricordo degli insegnamenti relativi al nostro lavoro di pazienti artigiani, che si occupano dei dettagli, delle piccole cose indispensabili per l'armonia del tutto. E l'ho fatto (come mi è capitato di scrivere) da piccola formica che non aspira ad essere membro di commissioni o di associazioni internazionali o di rinomate accademie o di essere iscritto tra i direttori di prestigiose riviste giuridiche.

Da umile artigiano ho come precetto vincolante che non è corretto l'uso non parco degli aggettivi nella formulazione dei testi di legge, perché essi rendono necessarie valutazioni esposte inevitabilmente alla soggettività di chi è chiamato ad applicarle. E conservo la raccomandazione -letta in uno scritto di Segni, che non riesco a rintracciare- che ciò va evitato soprattutto per le leggi processuali, che sono prescrittive di comportamenti che devono essere di facile attuazione.

Continuo a coltivare l'insegnamento che è rischioso immaginare poteri-competenze concorrenti, che sono forieri di conflitti (e soffro leggendo quanti ne sono stati inseriti nella nostra Costituzione dalla riforma del 2002); che è non meno pernicioso immaginare riti alternativi, quando essi possono dare luogo a conflitti, perché si rischia di creare le premesse che le liti sul processo danneggino la decisione di merito; e che è inopportuno inserire nell'alveo del processo principale filoni laterali che ne appesantiscano il percorso normale.

Eredito l'idea che, quando viene adottato un sistema che ne sostituisce uno precedente, è sbagliato procedere per aggiunzioni, ma occorre procedere ad una integrale sostituzione, avendo cura di evitare appesantimenti formali non necessari e che si concretano in adempimenti che è difficile rispettare.

Per mio conto ho sempre pensato che, prima di riformare le disposizioni sul procedimento, occorre verificare se esistano i presupposti che ne consentano l'attuazione<sup>56</sup>

Se leggo le riforme che a partire dal '90 si sono susseguite nell'inutile tentativo di recuperare rapidità ed efficienza cambiando le disposizioni sul rito, dovrei concludere che di questi insegnamenti non si è tenuto conto. Faccio qualche esempio tratto dall'ultima riforma.

L'originaria disciplina sulle notificazioni aveva come presupposto che l'attore principale fosse l'ufficiale giudiziario (e, poi, il messo notificatore). Oggi abbiamo trasferito il compito della notificazione al difensore nei casi in cui è utilizzabile il sistema di posta elettronica certificata. Le disposizioni andrebbero completamente riscritte, perché il ricorso all'ufficiale giudiziario diventa residuale e sarebbe da costruire un sistema certo e di semplice consultazione che consenta al difensore di stabilire se il destinatario della sua

---

<sup>56</sup> La possibilità che il nuovo sistema serva a ridurre i tempi del processo (non nelle immaginifiche dimensioni che abbiamo promesse per ottenere i fondi europei) poggia sulla premessa di un giudice istruttore disposto a leggere e studiare gli atti del processo ben due volte prima che esso si avvii per la definizione in merito. Con molta benevolenza, S. Menchini (in S. Menchini, E. Merlin, *Le nuove norme sul processo ordinario di primo grado davanti al tribunale*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, p. 579) si limita ad osservare che è "richiesta una grande diligenza dai magistrati"; un "cambio di passo e una nuova cultura della giurisdizione" e ad esprimere il dubbio "se sia una prestazione realmente esigibile, in considerazione del carico dei ruoli". Io sono più pessimista.

notificazione è legittimato a riceverla per via telematica in maniera da garantire la certezza dell'invio e della ricezione.

Attualmente i depositi degli atti vanno fatti per via telematica. In disparte i disservizi, perché non sempre la "rete" è perfettamente efficiente (non parliamo della situazione attuale dei giudici di pace), per potere depositare gli atti si devono utilizzare griglie di accesso, disegnate da informatici che non hanno una sufficiente conoscenza del processo e delle sue difficoltà. Le griglie dovrebbero essere assai larghe, ridotte all'essenziale e di facile uso. Anche in questo campo dobbiamo pagare il prezzo della tabe burocratica, spesso idiota, che affligge il Paese e che lo sta condannando alla mediocrità.

Ha un senso la complessa disciplina che dovrebbe consentire una rapida soluzione della lite (senza giudicato), se l'art. 187 c.p.c., non abrogato, dà al giudice la possibilità di valutare all'inizio del processo se la causa sia di soluzione immediata e di emanare le conseguenti disposizioni? Se è ancora valido il principio per il quale i provvedimenti decisori sono oggetto di possibile impugnazione, basta dare la forma dell'ordinanza di rigetto della domanda "manifestamente infondata" o rimasta priva di oggetto, pur dopo l'invito a precisarlo, per escludere che il provvedimento possa essere impugnato e per escludere che passi in giudicato? Che senso, insomma, ha l'aver inserito una disposizione quale è quella contenuta nell'art. 183-ter?<sup>57</sup> E poi: siamo sicuri che l'esistenza di due riti (quello ordinario e quello semplificato) non dia luogo a perniciosi rallentamenti? E che dire dell'obbligo di scrivere gli atti in forma chiara e sintetica?

Con l'art. 363.ter c.c.c., è stato introdotto un caso di pregiudizialità artificiale, con necessaria sospensione del processo, che la parte dovrà subire addirittura senza rimedi. Paradossalmente, in una legge dettata dall'obbligo della accelerazione (e con l'obiettivo di contenere i ricorsi al giudice), si è introdotta una disposizione che allontana la decisione di merito, che, anche se di primo grado, è comunque esecutiva<sup>58</sup>.

Oltre i dubbi di natura tecnica, si impone un'ulteriore riflessione. La disposizione, infatti, è il prodotto della svalutazione del fatto, là dove fatto e diritto sono indissolubili come la carne e il sangue. Il fatto è l'episodio di vita accaduto e non riproducibile. Per sottoporlo al giudizio dobbiamo "evocarlo" nel processo e lo facciamo servendoci delle parole. Il fenomenologico susseguirsi degli eventi si racchiude nella "forma", che trasforma il fatto in evento, oggetto di rappresentazione. La rappresentazione presuppone un giudizio, che non è quello del giudice. Ad es., rappresentiamo l'evento per descrivere che una persona ne ha uccisa un'altra e, non potendo fare a meno del rapporto di causalità, nella descrizione esprimiamo la convinzione che questa persona ha compiuto un atto a cui ha fatto seguito la morte di un altro soggetto. In questo modo, ritagliamo

---

<sup>57</sup>Chiedo a S. Menchini come si concili che l'ordinanza possa essere emessa quando i fatti costitutivi sono provati e le difese della controparte appaiono manifestamente infondate con la sua funzione meramente esecutiva, non avendo per contenuto un accertamento che fa stato ad ogni effetto (non trovo risposta nell'*op. ult. cit.*, p. 621 ss.). Da giurista *demodé* mi chiedo se al legislatore sia consentito l'artificio di ritenere che il giudice provvede senza accertare là dove il presupposto per provvedere è che ci sia la prova piena del fatto su cui si provvede. Cerchiamo di parlare un linguaggio di verità. Le garanzie processuali furono disposte dai Costituenti avendo presente il processo che ha per obiettivo il giudicato e quale era stato elaborato dalla dottrina. Oggi ci rendiamo conto che quelle garanzie non sempre possono essere assicurate e che spesso neppure è necessario. E l'ordinanza di cui all'art. 183-ter (non quella dell'art. successivo, che, essendo di rigetto "allo stato degli atti", non trova ostacoli che impediscano di ripresentare la domanda) è una maniera per eludere la garanzia del ricorso per cassazione (che, nella misura in cui è garantito dall'art. 111 Cost. è un lusso che non ci possiamo consentire). Allo stesso modo non ci possiamo consentire una magistratura ordinaria composta esclusivamente da magistrati scelti in base a concorso, come si legge nell'art. 105 Cost. Ci è bastato eliminare quasi totalmente la collegialità per rendere possibile il ricorso indiscriminato ai giudici onorari (come denuncia inutilmente in *Giudice monocratico e collegiale (divagazione su Costituzione e processo)*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, p. 942). E' stata questa, a ben vedere, la forma per aggirare il divieto di ricorso a giudici speciali, perché, se la garanzia del giudice naturale poggia anche sul fatto che è selezionato tramite pubblico concorso e gode del relativo *status*, è evidente che il giudice onorario è altro. Nel dibattito fortemente ideologizzato sulla giustizia le *small claims* (che sono sempre meno piccole e che sono quelle che riguardano la gente comune) hanno un posto assai marginale.

<sup>58</sup>E' una preoccupazione espressa dai primi interpreti, di cui dà notizia A. Graziosi, *Le nuove norme sul giudizio di cassazione e sulla revocazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, p. 688 s.



un frammento di vita in funzione del giudizio, isolandone un fotogramma dal suo flusso continuo (il termine “uccidere”, infatti, già include un giudizio). Formuliamo, insomma, il concetto “uccisione” avvalendoci del rapporto di causalità (è ciò che chiamiamo “caso”)<sup>59</sup>. L’uccisione, però, non è omicidio. Perché sia tale è necessaria una sorta di giudizio di secondo grado, che si avvale di criteri di valutazione che prescindono dalla causalità. Il fatto, che è singolare ed irripetibile, viene raffrontato al modello di fatto preso in considerazione dalla norma, ossia alla fattispecie. Potremmo dire che quest’ultima è l’<idea> del fatto. Di conseguenza, nel processo al giudice, che non può avere diretta percezione dell’evento accaduto, deve essere data la possibilità di valutarne la sua necessaria rappresentazione, per cui può pervenire al giudizio, ossia può “qualificare” la rappresentazione del fatto (così che l’uccisione diventa omicidio) soltanto quando ha potuto verificare che presenta un sufficiente grado di corrispondenza con la fattispecie. Oggi prevale la tendenza a ridurre la rappresentazione del fatto a mera “ipotesi” o a “quesito” a cui dare risposta, così recidendo il debole legame che lega la sua rappresentazione all’accaduto, ossia alla vita (e l’art. 363-ter ne è conferma). Ci affidiamo sempre più a una “regolazione” fondata su criteri astratti, aprendo la strada a giudizi sulla base di algoritmi, dei quali oggi si comincia a fare uso quotidiano<sup>60</sup>.

10 -Il cammino che avete davanti, avendo i giuristi della mia generazione già dato quel poco che era nelle loro capacità, comporta una duplice sfida: verificare quante delle convinzioni radicatesi sul presupposto della necessariastatalità della giurisdizione siano oggi attuali; disegnare differenti forme di tutela, avendo presente che la tutela della dignità umana e della stessa vita delle persone (penso alle drammatiche esigenze collegate alla tutela dell’ambiente) è diversa dalla difesa degli “averi”; preoccuparsi di analizzare quali forme, finora ritenute necessarie, si traducono in formalismi dato che è possibile utilizzare gli strumenti che ci pone a disposizione la tecnica e che le rendono inutili; non disdegnare di valutare come possano essere diversamente utilizzati gli uffici giudiziari, nati su presupposti oramai obsoleti<sup>61</sup>. E nel farlo dovrete valutare con prudenza le insidie del tempo presente.

Non basta. Nelle mie disordinate letture mi è capitata sotto gli occhi una pagina di Antonio Segni, nella quale, nel 1954, scriveva che l’indirizzo “di elevare al centro della esperienza giuridica ed economica, di cui una burocrazia bene organizzata costituisce come una casta sacerdotale, non è di oggi e non si è iniziato

---

<sup>59</sup>Su cui si è di nuovo recentemente intrattenuto N. Irti, *Il fatto e il caso*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, p-347 ss. (mi sembra di non essere lontano dalle sue idee ritenendo che il “caso” sia la “rappresentazione” di un evento, ritagliata dal flusso degli eventi in base al principio di causalità. Ad es., se dico di avere visto una persona con un vestito strano che aveva in mano un contenitore che sembrava di metallo lavorato mentre estraeva dei minuscoli oggetti tondi che consegnava ad un’altra persona che, parlando, ne portava uno alla bocca descrivo il fatto e, immaginando che quegli avvenimenti abbiano uno scopo, ossia tendano a provocare qualcosa, realizzo che si sta praticando una Comunione). Richiamando Husserl (che, imperdonabilmente, nello scritto è diventato Russell) e Wittgenstein ne scrissi in *A proposito di statuto del giudice e accertamento dei fatti nel processo (e del XXXII Convegno dei processualisti civili)*, in *Riv. dir. proc.*, 2021, spec. p. 582 ss..

<sup>60</sup> Ho sempre dichiarato di essere un giurista di retroguardia. Come tale, del diritto comparato avverto più le insidie che i vantaggi. Pertanto mi lascia indifferente sapere che l’istituto prende spunto da qualcosa che già da anni si pratica in Francia (dove peraltro l’avis della Corte non è vincolante). Memore degli insegnamenti di V. Andrioli, che ci raccomandava, se avessimo voluto fare attività professionale (e non solo accademica), di leggere tutte le carte e anche il loro retro (mi disse, una volta, che proprio in questo modo aveva trovato le basi per avere ragione in giudizio), mi preoccupa, invece, che tutto ciò contribuisce alla svalutazione del fatto, singolare e irripetibile, così che il “caso” si riduce in “quesito”, cui si deve dare risposta (e non offrire soluzione). Nella retroguardia in cui mi colloco non trovo molti compagni. Mi piace ricordare B. Sassani, *La deriva della Cassazione e il silenzio dei chierici*, in *Riv. Dir. proc.*, 2019, p. 43 ss.; id., *La logica del giudice e la sua scomparsa in Cassazione*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 2013, p. 639 ss. -ora in *Saggi scelti cit.*, pp. 153 ss. e 105 ss.- e B. Cavallone, *Le prove nel nuovo millennio. Programmi per il passato*, in *Riv. Dir. proc.*, 2022, p. 528 ss. (di cui condivido la preoccupazione per il dilagare della prova scientifica. Ma si tratta, a ben vedere, di due facce della stessa medaglia).

<sup>61</sup> Per esemplificare: non ci compete di analizzare se la soppressione delle preture abbia arrecato benefici al nostro sistema di giustizia? Non ci compete di esprimere la nostra opinione sulla proposta (di stampo leghista) di ridare vita ai piccoli Tribunali? Potrei continuare, ma i quesiti mi sembrano sufficienti.

nell'ordinamento dello Stato ma nel campo degli ordinamenti giuridici e produttivi privati. L'ingrandimento eccessivo delle imprese, costituite sulla base dell'azionariato, pare far scomparire il concetto di proprietà e proprietario di dette imprese; di fatto esse sembrano costituiscono una delle nuove specie di proprietà senza proprietario, giacché gli azionisti, maggioranza e minoranza, si trovano ad essere subordinati all'interesse dell'impresa costituita, come ordinamento sovrastante<sup>62</sup>. E mi sono detto che, forse, oggi Marx scriverebbe diversamente il suo "Capitale", dal momento che il rapporto tra i detentori dei mezzi di produzione e i lavoratori è cambiato totalmente. E che verosimilmente se ne dovrà scrivere un altro in un futuro non lontano, nel quale vi sarà una sovrabbondanza delle forze di lavoro disponibili e nel quale sarà sempre più difficile individuare dove si nasconde la ricchezza (soprattutto quella finanziaria). Il diritto dell'"avere" è un diritto subdolo che si presta all'abuso e che si appropria degli essenziali beni comuni (l'aria, l'acqua e qualsiasi risorsa che ci mette a disposizione la natura) per trasformarla in "averi", da cui ricavare profitto; che aggira la concorrenza; che trova le forme per eludere le garanzie dei diritti dell'uomo e del lavoratore; che elabora forme di sopraffazione sempre più sofisticate. E poiché si tratta di fenomeni che devono essere anch'essi "regolati", non bastando l'accertamento, dovrete chiedervi che cosa spetti al giudice e al processo in un sistema quale è il nostro, nel quale la magistratura trae da sé la propria legittimazione.

Dell'altra sfida dovrete occuparvi per la ineluttabile evoluzione collegata ai sempre più veloci mutamenti cui ci pone di fronte il progresso scientifico; una potenza- fu detto- che "rifiuta ogni legge che non sia la propria legge di indefinito accrescimento e dominio"<sup>63</sup>. Sarebbe sciocco, oltre che illusorio, opporsi al progresso per difendere il processo quale ci è stato tramandato. Il vostro difficile compito è quello di cogliere il progresso come opportunità per usufruire dei vantaggi che ci offre e per pagare gli inevitabili prezzi nella misura minore possibile.

Nell'oralità, nei termini in cui ne parlava Chiovenda, non ho mai creduto. Ma ho creduto nella necessità del rapporto personale tra le parti e il giudice, perché -lo ripeto- il processo è un caso umano da rapportare alla astratta fattispecie con una delicata opera di sussunzione e non un quesito da risolvere sulla base di un algoritmo. E dietro la rarefazione dei rapporti diretti e personali si annida il rischio di un profondo cambiamento della stessa cultura del giudice, che finirà col trattare i processi come pratiche da risolvere con auspicabile efficientismo burocratico.

Anche dopo l'ultima riforma, il legislatore sembra, per fortuna, dare importanza al rapporto diretto, addirittura imponendo la comparizione personale delle parti alla prima udienza (come al solito, la generalizzazione potrebbe tradursi in inutile formalismo)<sup>64</sup>. E', tuttavia, da temere che i brandelli di "oralità" rimasti finiscano con l'essere sopraffatti dalle convenienti opportunità che offrono le udienze da remoto e che al dibattito vivo, quale si può realizzare nell'aula reale di udienza, si sostituiscano i rarefatti surrogati delle udienze da remoto o lo scambio elettronico di scritti difensivi. E quanto al "prudente apprezzamento" del giudice e alla formazione del suo convincimento bisognerà chiedersi quanto essi finiranno con l'essere condizionati-direi, stritolati- dagli strumenti che intendono utilizzare l'intelligenza artificiale per aprire lo spazio alla cd. giurisprudenza "predittiva". Molti uffici giudiziari hanno stipulato convenzioni con le università (a Pisa, a Brescia, a Pavia e altrove) per realizzare progetti per realizzare questa giustizia. Nel 2021 la stessa Corte di cassazione ha stipulato una convenzione con la Scuola universitaria superiore IUSS di Pavia allo scopo di promuovere "lo sviluppo di ricerca avanzata nel settore degli strumenti tecnici per la raccolta o l'organizzazione del materiale giuridico digitale". Sono, così, previsti strumenti di *legalanalytics* (un ambiente in cui confluiscono diverse discipline, come la *data science*, l'intelligenza artificiale, la *machine learning*, il

---

<sup>62</sup> Il processo civile nello Stato contemporaneo, ora in *Scritti cit.*, p. 238 ss., spec. p. 240.

<sup>63</sup> L'espressione è di N. Irti, *Introduzione*, in *La Magistratura ordinaria nella storia dell'Italia unita. Atti del Convegno di studi del CSM* – Torino, 6 marzo 2012, p. 19

<sup>64</sup> La disposizione forse riflette ciò che dispone il primo comma dell'art. 6 CEDU, ma il diritto alla pubblica udienza in termini ragionevoli, quanto meno nel processo civile, è da catalogare anche da parte del giudice europeo tra le cose obsolete.

*natural language processing* e la statistica)“con l’obiettivo di estrarre e rappresentare conoscenza giuridica, rinvenire correlazioni implicite, individuare tendenze ed effettuare previsioni relative agli orientamenti giurisprudenziali e/o legislativi in modo che sia meglio consultabile ed elaborabile in sede di attività giudiziaria e di ricerca scientifica”. Quando leggo questo e altri documenti dello stesso contenuto comprendo le ragioni per le quali dovremo un domani assai prossimo connotare i nostri atti con un numero limitato di “key words” e tremo al pensiero che l’errore in tali indicazioni possa indirizzare la macchina per una via sbagliata e così influenzare una non corretta decisione.

Sono giunto alla fine del mio percorso di studioso del processo e mi reputo fortunato per essermi potuto occupare di giustizia in un lungo periodo in cui, grazie alla Costituzione, la democrazia liberale ha retto. E quando torno al ventennio fascista in cui la scienza del processo diede il suo contributo nel costruire regole adeguate alla più “augusta” delle funzioni dello Stato, provo ad immaginare il disagio di chi non poteva ignorare che la giustizia doveva misurarsi con le leggi razziali, con la censura, con l’incontrollabile polizia segreta, con una magistratura ordinaria incorporata nel potere esecutivo e con i giudici speciali<sup>65</sup>. Da qui è nata la mia preoccupazione per qualsiasi forma incontrollata e incontrollabile di esercizio del potere, anche di quello giudiziario. Da qui nasce il mio invito a valutare le insidie che abbiamo dinanzi contro le quali, confessando la mia inadeguatezza, può e deve combattere chi ha il vantaggio di un minore numero di anni, con la consapevolezza che ha di fronte il compito gravoso di evitare che la controversia o la richiesta di giustizia sia imprigionata nella camicia di nesso di un algoritmo e che sia trattata come un quesito da risolvere, così realizzando il più subdolo degli attentati alla democrazia. E’ un passaggio di testimone che già in questo convegno i successivi relatori sono chiamati a raccogliere.

In un momento di smarrimento della coscienza collettiva, che sembrò investire la stessa idea della giustizia, si avvertì il bisogno di tornare al giudizio<sup>66</sup>. La sfida attuale è quella di preservarne l’umanità.

---

<sup>65</sup> Nel rileggere le splendide pagine della rivista di diritto processuale del 1937 mi è ricapitato sotto gli occhi il necrologio di Mortara scritto da Chiovenda poco prima che morisse. Un fugace cenno al politico e al magistrato, non una parola sulla sua epurazione ad opera del regime quasi quindici anni prima della morte. Un silenzio pesante che ci fa capire la nostra fortuna di operare in democrazia (e mi induce a intuire le ragioni della solitudine che accompagnò Satta nel suo insegnamento patavino di cui ho fatto cenno alla nota 5).

<sup>66</sup> Fu l’invito rivolto da F. Carnelutti (in *Riv. dir. proc.*, 1949, p. 169 ss.) all’indomani della tragedia della seconda guerra mondiale e della guerra civile che dilaniò l’Italia.