

Giovanni Verde

# Sul potere giudiziale e sull'inganno dei concetti

(Soliloqui del crepuscolo 2021-2023)



**Giappichelli**

PARTE PRIMA

L'ATTUALE RUOLO DEL GIUDICE



# I

## IL METODO DELLE RIFORME NELLA GIUSTIZIA CIVILE. PASSATO E PRESENTE \*

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. Sulla 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.

IN APPENDICE: Conclusioni del Convegno AISPC del 22-23 settembre 2023.

### 1. *La statalità della giurisdizione*

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 Chioven-  
da, 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 carat-

---

\* È il testo della relazione letta al XXXIV convegno dell'AISPC, avente come tema “La riforma della giustizia tra regole della giurisdizione e organizzazione”, svoltosi presso l'Università Federico II, Napoli, pubblicato in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2023.

tere 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 Chiovena, risolvendolo, il compito di porre le basi, in Italia, della scienza del processo”<sup>1</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 Chiovena, 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 agli 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 natura pubblica del diritto processuale*

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 questa una delle forme in cui si manifestava la sovranità dello Stato<sup>2</sup>. Tutto ciò che fu detto,

---

<sup>1</sup>In *Riv. dir. proc.*, I, 1937, p. 298 s.

<sup>2</sup>È questa la cornice nella quale va inquadrato l'insegnamento di Chiovena 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

scritto o disposto si mosse in questo perimetro non valicabile. Enrico Allorio, nella sua prolusione messinese, che risale al 1938<sup>3</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>4</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>5</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 feudalesimo 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>6</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

---

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*, 4<sup>a</sup> ed., Napoli, 1928, p. 1183 ritroviamo un’esplicita affermazione in tal senso) e che sfociava nel giudicato.

<sup>3</sup> *Significato della storia nello studio del diritto processuale*, in *Riv. dir. proc.*, I, 1938, p. 185 ss., spec. p. 298 s.

<sup>4</sup> *Ivi*, p. 187.

<sup>5</sup> *Ivi*, p. 200.

<sup>6</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 A. 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).

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>7</sup> ho appreso, infatti, che il manifesto ideologico di Chioventa 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>8</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 quali mise in luce Corrado Vocino in un saggio mirabile che ha molto segnato la mia esperienza e i miei studi<sup>9</sup>. Qui mi preme di sottolineare che secondo Chioventa 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>10</sup>. Se, pertanto, il legislatore del '40 avesse voluto dare corpo ai pericoli denunciati da Satta, il richiamo a Chioventa 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>11</sup>. È, infatti, appena il caso di aggiunger-

<sup>7</sup> È 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>8</sup> *Principii*, cit., p. 81. Il corsivo è nel testo originale.

<sup>9</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>10</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 Chioventa 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>11</sup> *Op. cit.*, in *Riv. dir. proc.*, I, 1937, p. 43.

re 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>12</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>13</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. *Sulla attualità del lascito dei Maestri che fondarono la scienza del diritto processuale*

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 tenuti 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>14</sup>, anni dopo accompagnando questa convinzione con una ieratica rappresentazione del processo e del suo mistero<sup>15</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>16</sup>.

<sup>12</sup> *Abolizione del processo civile?*, in *Riv. dir. proc.*, I, 1938, p. 336 ss.

<sup>13</sup> *Principii*, cit., p. 226.

<sup>14</sup> *Gli orientamenti*, cit., p. 45.

<sup>15</sup> È 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>16</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. Allorio, 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>17</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>18</sup> si trasforma in servizio (reso in nome del popolo, come si legge nella Costituzione)<sup>19</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>20</sup>. I Costituenti, che disegnarono un modello di

---

<sup>17</sup> *Significato*, cit., p. 186.

<sup>18</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>19</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 su una netta distinzione tra quest’ultima e gli altri 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>20</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 giu-

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. È 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>21</sup>.

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>22</sup>, rifacendosi a Chiovena, non dubitava che ciò che distingue il giudice dal giurista è l'autorità.

---

stizia, 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>21</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 rimediale), ma si rivela inidoneo quando si viene ad incidere sulle scelte politiche (perché si regola il futuro e il giudice 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>22</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. È 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*

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>23</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>24</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>25</sup> e che oggi la Costituzione sintetizza nella

---

*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>23</sup> Infatti, la Corte del Lussemburgo 17 maggio 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 febbraio 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. È quanto basta ai fini di questo scritto. È inutile dire che si tratta di decisioni che hanno suscitato l'interesse della dottrina.

<sup>24</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., pp. 3 ss., 17 ss.).

<sup>25</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 P. 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, 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).

formula del “giusto 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 già 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. *Sulla attualità del dibattito circa la natura del diritto d’azione*

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>26</sup>. “La vita del diritto – scriveva Liebman<sup>27</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

---

<sup>26</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>27</sup> *L’azione nella teoria del processo civile*, ora in *Problemi del processo civile*, Napoli, 1962, p. 53.

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>28</sup> e chiedersi se faccia corpo col diritto soggettivo o abbia autonomia 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>29</sup>.

---

<sup>28</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 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>29</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 non adopera la necessaria prudenza), rinchiudendole nel guscio di un concetto.

## 5. *L'erosione della sovranità statale e le ricadute sulla funzione del processo*

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>30</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. Le lezioni di Virgilio Andrioli che

---

<sup>30</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. È 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).

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: “Chiù sutta, 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>31</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>32</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>33</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 pre-suppone, 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

---

<sup>31</sup> “*Tutto quello e proprio quello*” (Riflettendo su di un libro di Nicolò Trocker), in *Riv. dir. proc.*, 2022, p. 395 ss.; ora in *Processo civile e Costituzione. Omaggio a N. Trocker*, Milano, 2023, p. 769 ss.

<sup>32</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>33</sup> *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, rist., Napoli, 1960, p. 242.

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 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 Vivanti)<sup>34</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 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>35</sup>. Il "giusto processo", quello

---

<sup>34</sup> Voce *Oralità nel processo (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 586 ss.

<sup>35</sup> E. Allorio, negli anni Trenta ebbe a sostenere che il carattere pubblico del processo non era compatibile con un regime finanziario del processo medesimo, che si ispiri al concetto di tassa



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 modello di processo secondo il legislatore attuale: l'oscillazione tra l'attuazione della legge e la ragionevole risoluzione delle liti*

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>36</sup>, che è cosa diversa dall'eguaglianza sostanziale.

Quest'ultimo processo è tuttora a base del “grandi arresti” che la Corte di

---

(*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>36</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, Milano, 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).

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>37</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 Chiovena, sul presupposto del monopolio dei giudici dello Stato. La natura pubblica del processo 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>38</sup>. Di conseguenza, dovremmo chiederci da dove i giudici-funzionari tragano 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 ufficioso (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>39</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 loro 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. È 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 avu-

---

<sup>37</sup> Ad es., ma non solo, in *Progresso del diritto e stasi del processo*, ora in *Scritti*, cit., I, p. 64 ss.

<sup>38</sup> Mi limito a segnalare la sua relazione su *La crisi sul monopolio statale della giurisdizione*, in *Atti del XXVI convegno nazionale dell’AISPC*, Bologna, 2011.

<sup>39</sup> Che il problema debba essere esaminato coniugando diritto sostanziale e processo e che il potere ufficioso 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 passacglie 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).

to 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>40</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.

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. Alla ricerca di una nuova professionalità del giudice su cui costruire un nuovo ordinamento giudiziario*

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 comma 1, riflettere l'idea della giustizia quale Essi avevano propria, là dove il comma 2 esprime la costante tensione verso il superamento della legge scritta, che, nel momento in cui è emana-

---

<sup>40</sup> *Principio di eventualità e la riforma del processo civile*, ora in *Scritti giuridici*, I, Torino, 1965, p. 338 ss., spec. p. 355.

ta, 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>41</sup>. È 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>42</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>43</sup>, Carnelutti 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) trova il suo campo di coltura nella difesa dei beni, della possidenza. È un diritto che si rivolge inevita-

---

<sup>41</sup> Al riguardo v. G. Tropea, *op. cit.*, spec. p. 253 ss.

<sup>42</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>43</sup> *Vita di avvocato. Mio fratello Daniele. In difesa di uno sconosciuto*, Milano, 2006.