

Giordano Ferri

Studi di diritto processuale civile nella Facoltà giuridica romana tra Ottocento e Novecento

SOMMARIO: 1. La convivenza tra il *dictum* del legislatore e la “ricostruzione storica” del processo civile nel pensiero di Giuseppe Saredo. 1.1 La teoria dell’azione giudiziaria: un embrionale avvicinamento alla successiva elaborazione chiovendiana. 1.2 La percezione della unitarietà del codice di rito civile e la sua interagibilità con il codice civile: la disciplina dei procedimenti speciali. 2. Il metodo storicistico di Enrico Galluppi nelle ragioni della teoria sull’opposizione del terzo. 3. La giustizia civile di fronte ai bisogni sociali: gli approdi del socialismo giuridico in Carlo Lessona. 4. La raccolta delle lezioni di Vincenzo Simoncelli: una prima dogmatica ricostruzione della teoria dell’azione. 5. Lo spirito innovatore dell’opera di Giuseppe Chiovenda: il problema delle forme nella prolusione romana. 5.1 L’oralità, la concentrazione e l’immediatezza nelle ragioni del processo. 6. La separazione tra diritto ed azione.

ABSTRACT: The essay focuses on the teaching of civil procedure in the Faculty of Law of Rome in the late 19th century and early 20th century. The historical analysis of the procedural institutions as opposed to the so-called “exegetical interpretation” (i.e. *interpretatio*) marked out the course of its studying. By the means of the reasoning relating to the so-called Savigny’s historicism and - to a minor extend – to the legal socialism, it made significant contributions to the reform of the civil procedure code of 1865 that turned out to be natural and consequential. Later on, the reaction of the legal teaching to the *dictum* of the unitary lawgiver played a more significant and incisive role in the theoretical elaboration of civil proceedings which had to be antagonist to the liberal “construction” given by the code of 1865. In those days, its comments regarding the choices made by the unitary lawgiver, carried out a project of the civil proceedings code which was mainly based on dogmatism and turned out to be unique in the panorama of Italian legal culture. That project, which was the result of historical studying of the procedural institutions, of social aspects of legal phenomena and an attempt to conceptual elaborations, did not turn out to come into force as a mandatory law and was left a collection of proposals.

KEYWORDS: historical method - civil procedure code - judicial action.

1. La convivenza tra il *dictum* del legislatore e la “ricostruzione storica” del processo civile nel pensiero di Giuseppe Saredo.

Dopo i quattro anni di insegnamento passati all’Università di Siena come titolare della cattedra di Filosofia del diritto e di codice civile (preceduti da docenze a Sassari e Parma), nel novembre 1870, su incarico del ministro Correnti, Giuseppe Saredo¹, si trasferì presso la Facoltà di Giurisprudenza dell’Università di Roma per ricoprire gli insegnamenti di Diritto amministrativo, Procedura civile e Storia del diritto. In realtà nell’Ateneo romano lo studioso ligure², che per un tratto di originalità e innovazione aveva già segnato il cammino nel panorama della cultura giuridica italiana con i *Principii di diritto costituzionale* (1862-63)³ elaborati nell’Ateneo sassarese e con il *Trattato di diritto civile italiano*⁴ cui diede

¹ Sulla vita e le opere si vedano: E. Giorgianni, *Vita e ricordi di amministrativisti. Giuseppe Saredo*, in “L’Amministrazione Italiana”, XL, n. 4 e n. 5, 1985, risp. pp. 533-541 e 729-737; F. Verrastro, *Saredo Giuseppe*, in *Dizionario biografico dei Consiglieri di Stato (1861-1948)*, a cura di G. Melis, Roma 2003, pp. 135-145; Id., *Saredo Giuseppe*, in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII - XX secolo)*, diretto da I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone, M.N. Miletti, Bologna 2013, II, pp.1801-1803.

² Giuseppe Saredo nasce a Savona il 16 settembre 1832 e muore a Roma il 29 dicembre 1902.

³ Sull’opera, pubblicata a Parma in quattro volumi, si veda L. Borsi, *Storia, Nazione, Costituzione. Palma e i Preorlandiani*, Milano 2007, pp. 256 ss. L’autore sottolinea come il Saredo, che definisce il diritto come

avvio nel periodo senese (1869), prese l'insegnamento di Procedura civile ed Ordinamento giudiziario solo a partire dall'anno accademico 1871-1872⁵, essendo stato incaricato nell'anno precedente per la materia di Procedura civile Luigi Maurizi⁶, il primo

l'insieme delle leggi naturali che governano la personalità umana e riconosce valore all'intervento della legge positiva solo in quanto essa attua fedelmente le indicazioni della legge razionale e coordina le sue sanzioni con quelle del diritto naturale, avesse trovato il punto di intersezione tra positivismo e giusnaturalismo nella nozione di "Costituzione naturale", intesa alla stregua sia di insieme di condizioni costitutive dell'essenza di ciascun popolo, per ciò distinto dagli altri, sia di ordine naturale delle leggi che ne governano l'esperienza costituzionale. In questa prospettiva tracciata dall'autore, la legittimità di una costituzione scritta dipende per il Saredo esclusivamente dalla conformità di essa con la costituzione naturale del popolo cui è applicata.

⁴ L'opera, benché lontana dalla rottura con la scuola esegetica che aveva caratterizzato la cultura giuridica post-unitaria, si afferma per un taglio originale e critico rispetto ai commentari del tempo come il *Corso teorico-pratico di diritto civile* di Francesco Ricci o il *Commentario del codice civile italiano* di Luigi Borsari o il *Corso di diritto civile* di Francesco Saverio Bianchi (sia nella prima edizione apparsa tra il 1869 ed il 1877 che nella seconda edizione apparsa dal 1888), così ancorati al *Cours de droit civil français* dell'Aubry e del Rau e così tesi a dimostrare la loro impermeabilità alle esigenze sociali del tempo. Infatti, nella stessa premessa al *Trattato*, che è essenzialmente una raccolta di lezioni, il Saredo avverte la necessità di non indurre lo studente ad una lettura sorda del testo del codice ma ad una lettura volta ad individuare la *ratio* delle singole disposizioni normative e dunque lo spirito del legislatore sollecitando interrogativi e riflessioni sulla struttura delle norme e dell'intera compilazione legislativa: «Nello spiegare quindi il Codice civile, colla parola e colla penna, io non mi sono mai chiuso nella infeconda e servile ammirazione del testo scritto, ma l'ho esaminato coscienziosamente, applicandovi la critica, lodando ciò che mi parve conforme alla giustizia e alla scienza, e condannando ciò che giudicai fosse ad esse contrario. Ho chiesto a ogni disposizione legislativa le sue ragioni, ad ogni dottrina i suoi titoli: non ho concesso la mia adesione se non a ciò che rispondeva alle esigenze della mia coscienza di giurista (...) Che tale sia lo spirito da cui deve essere informato l'insegnamento delle leggi lo hanno sempre compreso i giureconsulti più autorevoli che onorano la scienza: mi basterà citare fra i molti F. Taulier, il quale nella sua *Théorie raisonnée du Code Civil* così significava il compito del professore di diritto: "Le professeur explique: et comment expliquer, sans jamais critiquer? Comment abdiquer ce droit sans jeter ceux qui étudient dans les perplexités dont ils ont à celui qui leur doit clarté et vérité? D'ailleurs qui exprimera des idées nouvelles, qui jettera des aperçus ignorés dans le domaine de la science, si ce n'est l'homme d'enseignement et de doctrine? Enfin, la critique aide le progrès. Bien plus, elle le protège, car elle l'éclaire" (...) Quanto al Codice civile che sono incaricato di spiegare, nessuno più di me ne riconosce i pregi, o saluta più sinceramente in esso la legislazione più progressiva d'Europa. Ma è opera umana anch'esso: e, sotto molti aspetti, è rimasto troppo al disotto di quanto si avea diritto di aspettarsi dagli eminenti giureconsulti cui lo dobbiamo. Quali siano le lacune, i vizi e gli errori che esso contiene, lo dirò man mano che verrà l'occasione (...) e sono, anzitutto, l'erronea divisione delle materie, non ordinate metodicamente; (...) la ripetizione frequente ed inutile di principii o di disposizioni; (...) non poche materie omesse; (...) le contraddizioni così numerose in cui cade; (...) l'interdizione così iniqua della ricerca di paternità; (...) l'erroneo concetto che ci dà del così detto diritto di accessione; (...) la proibizione di molti contratti non contrari né all'ordine pubblico, né ai buoni costumi; (...) l'assurdità della rescissione della vendita di immobili per lesione...» (cfr. G. Saredo, *Trattato di diritto civile italiano*, Firenze 1869, pp. VI-X). Sulle scuole di diritto civile nell'Italia post-unitaria si vedano: P. Grossi, *Tradizione e modelli nella sistemazione post-unitaria della proprietà*, in "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", 5/6 (1978), pp. 271 ss.; G. Cazzetta, *Civilistica e «assolutismo giuridico» nell'Italia post-unitaria: gli anni dell'esegesi (1865-1881)*, in *De ilustración al liberalismo*, Symposium en honor al profesor Paolo Grossi, Madrid-Miraflores, del 11 al 14 de enero de 1994, Madrid 1995, pp. 399-418; G. Alpa, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Roma-Bari 2000, pp. 186 ss.; N. Irti, *Scuole e figure del diritto civile*, Milano 2002, pp. 41 ss.; S. Solimano, *Tendenze della civilistica postunitaria*, in *Enciclopedia Italiana di Scienze, Lettere ed Arti. Il contributo italiano alla storia del pensiero*, VIII appendice, Roma 2012, pp. 381 ss.

⁵ Sulle materie di insegnamento si veda M.C. De Rigo, *I processi verbali della Facoltà giuridica romana 1870-1900*, Roma 2002, pp. 753-754.

⁶ Sulla vita e le opere ci si permette di rinviare a G. Ferri, *Maurizi Luigi*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, Roma 2009, LXII, pp. 372-373. Si veda anche da ultimo Id., *Maurizi Luigi*, in *Dizionario Biografico dei Giuristi*

titolare della nuova cattedra di diritto commerciale.

Nell'avviare il corso presso l'Università di Roma già appaiono i primi tratti di originalità di Giuseppe Saredo. L'atteggiamento esegetico riversato nel genere dei commentari⁷, molto diffuso nella prima metà dell'Ottocento e che ebbe nella civilistica come momento di crisi le considerazioni di Emanuele Gianturco⁸ su *Gli studi di diritto civile e la questione del metodo in Italia*⁹ e la voce unisona di Enrico Cimbali¹⁰ con la prolusione romana su *Lo studio del diritto civile negli stati odierni*¹¹, non ebbe certo eco nell'apporto dottrinale e nel taglio che il Saredo diede e volle dare alla procedura civile, combattuto com'era tra l'esigenza di plaudire l'appena concluso codice di rito unitario e la necessità di non fissare lo studio della materia nella sola legge ma di ricollegarlo alla storia ed alle ragioni sociali del processo e degli istituti che lo caratterizzano ed animano, recependo peraltro uno dei tratti della tradizione eclettica della scienza giuridica italiana.

Nella prolusione romana tenuta solo il 23 novembre 1872, cioè l'anno successivo all'affidamento del corso, alla quale venne dato il titolo *Introduzione allo studio della procedura civile e dell'ordinamento giudiziario* una volta pubblicata in apertura alle sue *Istituzioni di*

Italiani (XII - XX secolo), cit., II, pp. 1311-1312. Si veda inoltre A. Fiori, *Il più atteso postliminio. La Sapienza di Roma da Università Pontificia ad Università italiana*, in *Retoriche dei giuristi e costruzione dell'identità nazionale*, a cura di G. Cazzetta, Bologna 2013, pp. 140-141.

⁷ Il genere del commentario si era consolidato nella dottrina processualcivilistica della seconda metà dell'Ottocento: si pensi alla diffusione del *Commentario sulle leggi di procedura civile* di Carré, la cui prima edizione italiana è apparsa a Napoli nel 1853 sulla base della terza edizione francese; si pensi al *Commentario del codice di procedura civile per gli Stati sardi con la comparazione degli altri Codici Italiani e delle principali legislazioni straniere* di Mancini, Pisanelli e Scialoja, apparso a Torino nel 1855 o al *Commento al codice di procedura civile italiano* di Francesco Ricci, apparso a Firenze, in quattro volumi, nel 1878 od a *I motivi del Codice di procedura civile del Regno d'Italia e delle disposizioni transitorie* di Gaetano e Giuseppe Foschini, apparsi a Firenze nel 1870. Si pensi anche alla struttura di opere minori: dal *Commentario del codice civile del Regno d'Italia, redatto sul commentario del codice civile sardo* di Domenicantonio Galdi, apparso a Napoli tra il 1887 ed il 1888, al *Corso elementare del diritto giudiziario civile* di Francesco Saverio Gargiulo, apparso a Napoli nel 1888. Sulla dottrina post-unitaria si veda G. Tesoriere, *Appunti per una storia della scienza del processo civile in Italia dall'unificazione ad oggi. I pre-chioventiani*, in "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", 1972, pp. 1332 ss.; qualche cenno si trova anche in M. Taruffo, *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, Bologna 1980, pp. 151 ss.

⁸ Sul profilo biografico dell'Autore si veda F. Treggiari, *Gianturco Emanuele*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, Roma 2000, LIV, pp. 556-560. Si veda anche da ultimo: F. Treggiari, *Emanuele Gianturco*, in *Enciclopedia Italiana di Scienze, Lettere ed Arti. Il contributo italiano alla storia del pensiero*, VIII appendice, cit., pp. 413 ss.; Id., *Gianturco Emanuele*, in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII - XX secolo)*, cit., I, pp. 992-994.

⁹ E. Gianturco, *Gli studi di diritto civile e la questione del metodo in Italia*, in *Il Filangeri. Rivista periodica mensuale di Scienze giuridiche e politico-amministrative*, Napoli-Roma-Milano-Torino 1881, pp. 722-744.

¹⁰ Per l'apporto del pensiero di Cimbali sulla cultura giuridica italiana si veda A. di Majo, *Enrico Cimbali e l'idea del socialismo giuridico*, in "Il socialismo giuridico". *Ipotesi e letture*, in "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", 3 (1975), pp. 383 ss. Sulla nuova corrente dottrinale in generale si veda G. Cazzetta, *Codice civile e identità giuridica nazionale. Percorsi e appunti per una storia delle codificazioni moderne*, Torino 2011, pp. 45 ss.; Id., *Coscienza giuridica nazionale e giurisprudenza pratica nel primo novecento italiano*, in *Giudici e giuristi. Il problema del diritto giurisprudenziale fra Otto e Novecento*, in "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", 40 (2011), tomo 2, pp. 781-811.

Sulla vita e le opere si veda G. Vadalà-Papale, *Commemorazione del prof. Enrico Cimbali letta nel 2 luglio 1887 nell'Aula Magna della R. Università di Catania*, in "Antologia giuridica", 1888, p. I-XXVI. Si veda anche da ultimo S. Solimano, *Cimbali Enrico*, in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII - XX secolo)*, cit., I, pp. 540-543.

¹¹ E. Cimbali, *Lo studio del diritto civile negli Stati moderni, Prolusione letta nella R. Università di Roma, il 25 gennaio 1881*, Torino-Roma-Firenze 1881.

procedura civile precedute dall'esposizione dell'ordinamento giudiziario italiano, apparse a Firenze nel 1873, il Saredo sottolineava innanzi tutto l'indifferenza della scienza giuridica allo studio del vero diritto processuale civile, alla disarmonia tra il dettato normativo contenuto nel codice e le aspettative sociali derivanti da una plausibile soluzione degli interessi contrastanti, all'idea di discutere e sciogliere i nodi che emergono dalla prassi forense dei tribunali, nel momento vivo e concreto del processo. Un'indifferenza che, nata dalla mera contemplazione del codice e dalla pretesa infecondità dottrinale delle norme regolatrici del processo civile, si staglia contro la stessa natura dell'ordinamento giudiziario, le cui ragioni non possono essere taciute o soppresse in quanto ciò significherebbe privare il processo del suo fine ultimo di ricomposizione dei conflitti giuridici, di tutela del più alto interesse collettivo di mantenimento dell'equilibrio sociale.

Nella stessa occasione, con lungimiranza, evidenziava inoltre che l'assenza di una considerazione del diritto processuale civile come scienza può determinare gravi conseguenze sul piano della giustizia, dal momento che le regole processuali, mancando di sistemazione, restano affidate alla diversa possibile lettura da parte dei tribunali, così derivandone non solo soluzioni differenziate a fronte delle medesime questioni ma anche l'instabilità della stessa norma processuale:

Appena si parla di procedura civile si ode rispondere che non è cosa che meriti titolo o dignità di scienza, ma che deve considerarsi come faccenda da causidici e da usceri (...). Il risultato di codesta opinione e della prevalenza di questi uomini si traduce nei fatti cui assistiamo: da un lato, un'indifferenza funesta per lo studio scientifico del diritto processuale: dall'altro, lo spettacolo di tante incertezze e diversità di massime nei giudizi civili; sicchè, in materia di procedura, le raccolte di giurisprudenza offrono una ricchezza poco invidiabile di contraddizioni e conflitti. Il male non sarebbe grave, se non si trattasse che di pure contraddizioni teoriche: sgraziatamente, le conseguenze di esse le pagano i litiganti, i quali vedono irreparabilmente perduta una causa, o perché fu commesso un errore di rito, o perché si credette che tutto il concetto legislativo fosse chiuso nella formola asciutta e recisa di un articolo isolatamente considerato (...). Credete voi, o Signori, che ciò avverrebbe se, meglio apprezzando il carattere della procedura, si comprendesse che è una scienza organica per eccellenza, che ha la sua storia, i suoi principi, che si svolge e progredisce come ogni altra parte del diritto, e che finalmente costituisce uno dei cardini del diritto pubblico degli Stati? ¹².

La procedura civile doveva dunque essere considerata, secondo il Saredo, come scienza organica che trova la sua essenza e le sue ragioni nel disciplinare l'amministrazione degli interessi e dei relativi diritti all'interno della collettività, convogliando situazioni giuridiche soggettive diverse e contrapposte sotto l'egida della funzione pubblica: se il diritto civile fa capo a disposizioni imperative perché il codice civile e la legge di diritto privato dichiarano i diritti e i doveri dei cittadini apparendo come raccolte di «savi precetti», come «serie numerate di teoriche dichiarazioni»¹³, il diritto processuale civile infonde linfa vitale a queste disposizioni trasformandole da diritti astratti a pretese processuali che possono essere fatte valere in giudizio, nel momento più alto della giustizia che, secondo Saredo, ha come fine ultimo quello di ricomporre l'equilibrio tra le parti nell'adempimento di un interesse pubblico generale da cui l'applicazione della legge non può mai sottrarsi.

¹² G. Saredo, *Introduzione allo studio della procedura civile e dell'ordinamento giudiziario. Prolosione letta nella R. Università di Roma, nell'inaugurazione del Corso di procedura civile il 23 novembre 1872*, in Id., *Istituzioni di procedura civile precedute dall'esposizione dell'ordinamento giudiziario italiano*, Firenze 1873, pp. 6-7.

¹³ Ivi, p. 8.

Lo stesso codice di rito civile del 1865 è stato voluto per tutelare le aspettative dei cittadini derivanti da diritti riconosciuti dall'ordinamento giuridico o dalle relative lesioni nella tutela di un interesse pubblico maturo e ben radicato nella coscienza della collettività. Tale circostanza ha fatto sì che la penna del legislatore, pur nella profonda innovazione di una legislazione unitaria, non potesse dettare regole nuove che si dimostrassero indifferenti alla realtà consolidata di una tradizione giuridica costruita su secoli di traguardi e approdi della scienza e della legislazione processualistica:

Ma come si è costituito questo potente organismo giuridico, pel quale si reintegra un diritto riconosciuto, e si costringe chi ha contratto un'obbligazione, ad adempierla? Quando voi interrogate il codice di procedura civile, e vi leggete quegli articoli brevi, chiari, precisi, la prima idea che vi si presenta è che essi sono usciti tali e quali in un momento dal cervello del legislatore, come narra la favola di Minerva, che uscì vivente ed armata dal cervello di Giove. Pare che disposizioni così semplici e naturali hanno dovuto essere immaginate senza difficoltà. Eppure, o Signori, se si studiasse le origini e le vicende della maggior parte di questi articoli, si vedrebbe che hanno avuto una storia assai più lunga e complicata di molte fra le istituzioni politiche più importanti del nostro tempo¹⁴.

Basti pensare alla costruzione del dettato normativo contenuto nell'art. 35 del codice di rito civile, laddove il legislatore unitario prescriveva che «chi vuol far valere un diritto in giudizio deve proporre la domanda davanti l'autorità giudiziaria competente». In esso erano contenuti tre concetti fondamentali, già risalenti a ben vedere nel diritto decemvirale, nel sistema delle *legis actiones*, nel procedimento formulare¹⁵: chi ha un diritto da far valere non può farsi giustizia da sé medesimo; egli deve proporre la sua domanda dinnanzi all'autorità giudiziaria; deve adire quel magistrato che ha giurisdizione e competenza per pronunciare sulla sua domanda.

Oppure era sufficiente soffermarsi, secondo Saredo, sulla disposizione secondo cui ogni domanda è proposta con atto di citazione, disposizione le cui origini risalgono all'editto del pretore e il cui principio, benché supportato dall'uso della forza fisica, trova la sua collocazione sin nelle XII Tavole: la Tavola I in materia di procedura civile stabiliva infatti che «*Si in ius vocat, ito. Ni it, antestamino: igitur em capito*»¹⁶, mentre l'uso diretto della forza veniva reso inutile dall'azione che successivamente l'editto accordò contro i contumaci¹⁷ e per cui divenne regola che, in luogo della citazione, le parti contraessero fra loro vadimonio, cioè l'impegno del convenuto verso l'attore di presentarsi liberamente in giudizio in un giorno determinato, sotto la pena di pagare una certa somma di danaro¹⁸.

Inoltre, la stessa predilezione del legislatore unitario per un processo esclusivamente scritto e non orale¹⁹, scelta a cui il Saredo aderì (predilezione che sarà ribaltata dall'opera dogmatica del Chiovenda), era percepita come metabolizzazione del modello processuale canonico che, proprio in forza di questa impostazione, avrebbe mantenuto alto nella confusione delle istituzioni medievali il principio della prevalenza dell'autorità giudiziaria

¹⁴ Ivi, p. 9.

¹⁵ M. Brutti, *Il diritto privato nell'antica Roma*, Torino 2011, pp. 585-629.

¹⁶ Tab. 1.1 (ed. FIRA).

¹⁷ Gai 4.183-187.

¹⁸ Tab. 1.8 (ed. FIRA); Gai 3.78; D. 17.2.52.18.

¹⁹ Sulla difficile convivenza tra l'elemento della oralità, proprio della prassi giudiziaria della Chiesa primitiva, e l'elemento della scrittura propria del processo canonico dell'alto medioevo si veda A. Nicora, *Il principio di oralità nel diritto processuale civile italiano e nel diritto processuale canonico*, Roma 1977, pp. 392 ss.

sugli abusi della giustizia privata:

Pel diritto canonico, chi vuole far valere un diritto in giudizio, deve presentarsi al giudice, offrire il libello sottoscritto da lui, nel quale è esposto l'oggetto della domanda: dopo di che sarà citata l'altra parte, la quale si presenta in giudizio, non in virtù della sola chiamata dell'attore, ma in obbedienza al comando del giudice²⁰.

Una delle manifestazioni del carattere pubblicistico del processo, tanto enfatizzato dal Saredo, doveva rinvenirsi nella previsione della pubblicità delle udienze dell'autorità giudiziaria sotto pena di nullità, ai sensi dell'art. 72 dello Statuto Albertino, e che il Saredo faceva derivare dal pensiero di Honoré Gabriel Mirabeau, il quale, nel suo *Essai sur le despotisme*, apparso nel 1775, aveva affermato l'importanza della impossibilità del giudice di procedere ad alcun atto fuori dal pubblico²¹: la finalità ultima dell'*iter* processuale di tutelare l'interesse collettivo veniva così inscindibilmente legata alla pubblicizzazione delle udienze e dell'operare del giudice, pubblicizzazione che era percepita dal Saredo non già come un carattere esteriore della causa ma come elemento connaturato alla *ratio* stessa del processo, maturata in una progressiva e giusta erosione dei principi cardine dell'assolutismo di antico regime.

Il diritto giudiziario, infatti, fa parte ed è espressione dello Stato inteso dal Saredo, sulla base della concezione savignyana²², come «organica manifestazione del popolo»²³ la cui attività primaria è quella «di dare forza all'idea del diritto nel mondo reale»²⁴ in primo luogo, tutelando «l'individuo leso nel proprio diritto contro tale lesione», e «le regole, che governano questa funzione, costituiscono la procedura civile»; in secondo luogo, tutelando e reintegrando «il diritto violato per se stesso, senza riguardo all'interesse individuale» e questo attraverso il diritto criminale ossia mediante la pena «con la quale l'umana volontà, nel campo più limitato del diritto, riproduce la legge di retribuzione morale, che regna in un ordine superiore»²⁵. La procedura civile, come il diritto e la procedura penale, costituiva dunque parte integrante del diritto pubblico di un Stato inteso non come assemblaggio di funzioni sovrane e governative ma, ancora una volta con Savigny e ancor più lontano con la concezione romanistica di popolo e delle sue funzioni²⁶, come insieme di individui ove la sofferenza giuridica dell'uno si ripercuote inevitabilmente sulla collettività.

Del resto se è vero che per i romani l'azione era volta a tutelare uno specifico diritto facente capo ad un determinato individuo è altrettanto vero che, secondo quanto attestato da Pomponio, essa rifletteva più profondamente l'interesse generale della *civitas*²⁷.

²⁰ G. Saredo, *Introduzione allo studio della procedura civile e dell'ordinamento giudiziario*, cit., p. 11.

²¹ H.G. Mirabeau, *Essai sur le despotisme*, Londres 1776, p. 93.

²² G. Saredo, *Introduzione allo studio della procedura civile e dell'ordinamento giudiziario*, cit., p. 18: «Il concetto di Savigny può dirsi oggimai accettato definitivamente nella scienza, come il solo veramente conforme alla natura del diritto giudiziario; ché l'istituzione e gli uffici della magistratura non sono altro che una parte degli uffici della sovranità».

²³ F.C. von Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. ita. di V. Scialoja, Torino 1886, vol I, p. 49

²⁴ Ivi, p. 51.

²⁵ Ivi, p. 52.

²⁶ P. Catalano, *Populus Romanus Quirites*, Torino 1970.

²⁷ In particolar modo si vogliono riportare due frammenti del giurista Pomponio strettamente correlati su un piano logico. D. 1.2.2.4: «Postea ne diutius hoc fieret, placuit publica auctoritate decem constitui viros, per quos peterentur leges a Graecis civitatibus et civitas fundaretur legibus: quas in tabulas eboreas

E questa elaborazione teorica, foriera di sviluppi dottrinali anche critici²⁸, era percepita ed apprezzata dallo studioso ligure su di un piano pratico e razionale:

Ogni processo è un male – un male per l'individuo, un male per la società. – Ogni qual volta sorge un cittadino e dichiara: - un mio diritto è stato disconosciuto: mi si nega l'adempimento di un'obbligazione contratta verso di me – allora, o Signori, avviene un fatto che tocca non solamente l'interesse privato, ma altresì l'ordine pubblico, l'interesse sociale. In fatti, se il corso di una lite importa per l'individuo una sospensione più o meno grave né suoi affari, delle spese improduttive, delle inquietudini che spesso paralizzano la sua attività, importa nello stesso tempo per la società una perturbazione, più, il danno indiretto che deriva dal danno privato – perché la ricchezza sociale non è che la risultante delle ricchezze individuali: - importa finalmente la necessità per lo Stato di sopportare le spese generali per l'amministrazione della giustizia²⁹.

Il codice di procedura civile del 1865 viene dunque visto dal Saredo come il risultato di una serie di esperienze legislative e ancor più di pulsioni della cultura giuridica riversate nella storia del processo, il cui studio e la cui comprensione, proprio per questo, richiedono un attento esame dell'evoluzione dei suoi istituti, disciplinati dal legislatore per la prima volta uniformemente in tutto il territorio del Regno d'Italia: il metodo storicistico nella lettura del rito civile costituisce la salvaguardia per la comprensione delle tanto agognate garanzie processuali, prima fra tutte la natura pubblicistica del processo, l'interesse pubblico generale come mezzo di tutela delle situazioni giuridiche contrastanti sottoposte alla soluzione giudiziaria.

Ed è per questa ragione che il Saredo richiamava espressamente il pensiero di Filippo Serafini espresso nella prolusione romana del 25 novembre 1871 ove l'illustre romanista aveva ammonito così i suoi studenti: «se volete davvero meritare nome onorato di giureconsulti dovete meditare sulle opere della classica antichità, e studiare nella loro origine e nel loro svolgimento storico le fonti da cui sono tratte le disposizioni dei codici. Chi non ricorre alle origini degli istituti giuridici, e non ne studia il successivo svolgimento, non arriverà mai a comprenderne il vero spirito e la vera essenza»³⁰.

perscriptas pro rostris composuerunt, ut possint leges apertius percipi: datumque est eis ius eo anno in civitate summum, uti leges et corrigerent, si opus esset, et interpretarentur neque provocatio ab eis sicut a reliquis magistratibus fieret. Qui ipsi animadverterunt aliquid deesse istis primis legibus ideoque sequenti anno alias duas ad easdem tabulas adiecerunt: et ita ex accedenti appellatae sunt leges duodecim tabularum. Quarum ferendarum auctorem fuisse decemviris Hermodorum quendam Ephesium exulantem in Italia quidam rettulerunt». D. 1.2.2.6: «Deinde ex his legibus eodem tempore fere actiones compositae sunt, quibus inter se homines disceptarent: quas actiones ne populus prout vellet institueret certas solemnesque esse voluerunt: et appellatur haec pars iuris legis actiones, id est legitimae actiones. Et ita eodem paene tempore tria haec iura nata sunt: lege duodecim tabularum ex his fluere coepit ius civile, ex isdem legis actiones compositae sunt. Omnium tamen harum et interpretandi scientia et actiones apud collegium pontificum erant, ex quibus constituebatur, quis quoquo anno praesesset privatis. Et fere populus annis prope centum hac consuetudine usus est».

Sul pensiero del giurista Pomponio in relazione ai due frammenti indicati si vedano le considerazioni espresse da: F. Schulz, *I principii del diritto romano*, a cura di V. Arangio Ruiz, Firenze 1949, p. 92; Id., *Storia della giurisprudenza romana*, trad. it. G. Nocera, Firenze 1968, pp. 299 ss.; G. Crifò, *Materiali di storiografia romanistica*, Torino 1998, pp. 51 ss.; D. Nörr, *Pomponio o «della intelligenza dei giuristi romani»*. Con una «nota di lettura» di A. Schiavone, a cura di M.A. Fino ed E. Stolfi, in "Rivista di Diritto Romano", II, 2002, pp. 171-255; G. Crifò, *Lezioni di storia del diritto romano*, Bologna 2005, pp. 160 ss.;

²⁸ G. Valditara, *Lo Stato nell'antica Roma*, Soveria Mannelli 2008.

²⁹ G. Saredo, *Introduzione allo studio della procedura civile e dell'ordinamento giudiziario*, cit., p. 18.

³⁰ F. Serafini, *Del metodo degli studi giuridici in generale e del diritto romano in particolare. Prolusione al corso di diritto*

Nell'ottica del Saredo, peraltro, l'interpretazione degli istituti disciplinati nel codice se da un lato avvalorava il loro significato storico e sociale, non relegandoli solo ad un'unica impresa legislativa e ad un unico momento costitutivo, dall'altro lato contribuisce a far emergere i tratti di immaturità del legislatore del 1865: il codice di rito civile unitario veniva sì percepito come un risultato notevole nel panorama normativo europeo ma non come opera da ritenersi ultima nella legislazione del processo civile, come codice immune dai difetti che il progresso aveva messo a nudo perché «la forma semplice e netta cui è giunto non è che l'espressione ultima del progresso realizzato: progresso di cui è impossibile determinare i confini, che anche attraverso gli ostacoli prosegue il suo corso»³¹.

Del resto, fermo nella consapevolezza che anche il diritto codificato non resta sottratto all'azione del popolo cui appartiene, in quanto vive della sua vita e con esso progredendo si conserva e muta a seconda dei bisogni, delle esigenze sociali e delle interpretazioni che di esse solo un animo storico può dare, il Saredo, in una parentesi critica al testo legislativo, individuò quelli che erano i vizi di un codice ancora troppo lontano dai risultati sperati, vizi che sarebbero stati poi messi in luce dalla dottrina italiana della prima metà del Novecento e che avrebbero costituito per lo più motivo di discussione nelle commissioni di riforma e negli approdi chiovendiani:

Così si domanda se la forma della citazione risponda esattamente alla logica e alla realtà? Se il procedimento sommario può rimanere qual è senza fornire occasioni di pericolose sorprese per i litiganti di buona fede, senza fare ostacolo allo studio maturo delle cause, e senza rendere quindi difficile la retta pronunzia dei giudicati? La confusione deplorabile fra giurisdizione e competenza non è essa causa frequente d'incertezze ed errori? La procedura degli incidenti non ha essa bisogno di essere semplificata? I termini per impugnare le sentenze non sono essi soverchiamente lunghi? È cosa logica far giudicare sulla domanda di rinvio di una sentenza il magistrato medesimo che l'ha pronunciata? E la procedura esecutiva – malgrado i perfezionamenti già realizzati – non è essa ancora impigliata in troppe o troppo dispendiose formalità? Può dirsi conforme alle regole di un governo libero che, col sollevare conflitti di giurisdizione, l'autorità amministrativa possa ad ogni istante arrestare il corso di una causa nella quale siano impegnati i più gravi interessi civili? E il sistema di codesti conflitti non è esso una violazione aperta del principio della divisione dei poteri – tanto essenziale ai governi liberi?³²

La prolusione romana del Saredo fu, dunque, volta a sottolineare l'esigenza di un'analisi genetica degli istituti processuali tanto da contrapporre ad un codice appena promulgato – la cui uniformità normativa benché irta ancora di questioni irrisolte si attestava come significativo successo legislativo – l'impegno della scienza giuridica nell'illustrare le ragioni storiche e sociali che avevano caratterizzato la disciplina del processo civile e che, più segnatamente, avevano reso indelebile la funzione pubblica del giudizio dinnanzi ad un legislatore che, forte delle prospettive liberali, aveva privilegiato l'iniziativa processuale esclusiva delle parti rispetto alla funzione del giudice ed aveva massimizzato la tutela e la libertà dei privati nella causa³³.

Un'analisi genetica degli istituti processuali, quella promossa dal Saredo, che segnò il

romano nella R. Università di Roma, in Id., *Opere minori. Scritti vari*, parte I, Modena 1901, p. 211.

³¹ G. Saredo, *Introduzione allo studio della procedura civile e dell'ordinamento giudiziario*, cit., p. 12.

³² Ivi, p. 22.

³³ Sulla tutela delle parti nel processo si veda M. Taruffo, *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, cit., pp. 114 ss.

cammino degli studi processuali romani, rendendo più naturale e consequenziale il contributo che essi diedero al lungo e travagliato percorso di critica e di riforma del codice di procedura civile del 1865, vuoi attraverso gli approdi dottrinali dello storicismo savignyano, vuoi attraverso i più rari approdi del socialismo giuridico, vuoi attraverso grandi elaborazioni teoriche talvolta accompagnate da concreti progetti legislativi.

1.1. La teoria dell'azione giudiziaria: un embrionale avvicinamento alla successiva elaborazione chiovendiana

Ed è sulla base della consapevolezza di un'indagine profonda delle ragioni del processo civile che il Saredo elaborò la teoria dell'azione giudiziaria, la quale segna il momento iniziale dell'*iter* processuale ed assurge come fattore impulsivo della causa.

Coerentemente con la propria impostazione, il Saredo osservava che se la disciplina dettata dal legislatore unitario in tema d'azione appariva in prima lettura nuova, tuttavia attraverso la riflessione storicistica si desumeva che i principi che la sovrintendevano ad essa erano quelli romani: se da un lato non era più necessario determinare il nome dell'azione, né era più richiesto che essa fosse in modo nominativo contemplata dalla legge, né più erano previste espressioni e formule sacramentali, era ancora possibile prospettare una classificazione delle azioni secondo criteri aderenti alla natura delle cose e quindi secondo quanto in principio stabilito dal diritto romano.

La divisione delle azioni *in personam* ed *in rem*, secondo il Saredo, per quanto non prevista esplicitamente dal codice di rito unitario ma solo dal codice civile (ai sensi dell'art. 2135), risultava ancora evidente nella prassi processuale così come era intesa nelle Istituzioni di Giustiniano³⁴, nei noti frammenti di Ulpiano³⁵ e di Paolo³⁶.

³⁴ Inst. 4.6.1: «Omnium actionum, quibus inter aliquos apud iudices arbitrosve de qua re quaeritur, summa divisio in duo genera deducitur: Aut enim in rem sunt aut in personam. namque agit unusquisque aut cum eo qui ei obligatus est vel ex contractu vel ex maleficio, quo casu proditae actiones in personam sunt, per quas intendit adversarium ei dare facere oportere, et aliis quibusdam modis: aut cum eo agit qui nullo iure ei obligatus est, movet tamen alicui de aliqua re controversiam. Quo casu proditae actiones in rem sunt. veluti si rem corporalem possideat quis, quam Titius suam esse affirmet, et possessor dominum se esse dicat: nam si Titius suam esse intendat, in rem actio est».

³⁵ D. 44.7.25: «Actionum genera sunt duo, in rem, quae dicitur vindicatio, et in personam, quae conditio appellatur. In rem actio est, per quam rem nostram, quae ab alio possidetur, petimus: et semper adversus eum est qui rem possidet. In personam actio est, qua cum eo agimus, qui obligatus est nobis ad faciendum aliquid vel dandum: et semper adversus eundem locum habet».

D. 6.1.68: «Qui restituere iussus iudici non paret contendens non posse restituere, si quidem habeat rem, manu militari officio iudicis ab eo possessio transfertur et fructuum dumtaxat omnisque causae nomine condemnatio fit. Si vero non potest restituere, si quidem dolo fecit quo minus possit, is, quantum adversarius in litem sine ulla taxatione in infinitum iuraverit, damnandus est. Si vero nec potest restituere nec dolo fecit quo minus possit, non pluris quam quanti res est, id est quanti adversarii interfuit, condemnandus est. Haec sententia generalis est et ad omnia, sive interdicta, sive actiones in rem sive in personam sunt, ex quibus arbitrato iudicis quid restituitur, locum habet».

D. 44.7.37: «Actionis verbo continetur in rem, in personam: directa, utilis: praeiudicium, sicut ait Pomponius: stipulationes etiam, quae praetoriae sunt, quia actionum instar obtinent, ut damni infecti, legatorum et si quae similes sunt. Interdicta quoque actionis verbo continentur».

D. 50.16.36: «"Litis" nomen omnem actionem significat, sive in rem sive in personam sit».

³⁶ D. 44.2.14: «Et an eadem causa petendi et eadem conditio personarum: quae nisi omnia concurrunt, alia res est. Idem corpus in hac exceptione non utique omni pristina qualitate vel quantitate servata, nulla

In questa prospettiva, la mancata classificazione da parte del legislatore delle varie tipologie di azioni in forza della quale, nel diritto romano, l'attore era obbligato ad indicare all'avversario l'azione che intendeva proporre in giudizio³⁷, non incideva sulla sostanziale conformità dei principi che regolavano questo aspetto del diritto giudiziario antico con quelli che regolano il diritto moderno.

Su questo punto il Saredo appariva fortemente legato alla ricostruzione savignyana della disciplina delle azioni nel diritto moderno laddove il fondatore della Scuola storica sembrava individuare la vera *ratio* del diritto giudiziario romano in qualcosa che prescindere dalla necessità di classificare le azioni processuali e che già avvertiva nei suoi sviluppi l'inutilità di certe individuazioni teoriche a fronte delle nuove realtà economiche e sociali³⁸: il dato essenziale che permaneva della realtà processuale dei romani era il senso tecnico giuridico con cui questi «sapevano dare carattere individuale e durata quasi indistruttibile alla svariatissima materia giuridica, loro apprestata dalla vita reale»³⁹, e il non riscontro, nel diritto moderno, della classificazione delle azioni, aggiungeva Savigny, doveva portare «all'affermazione, generalmente ripetuta, che nell'odierna procedura tanto la omissione quanto la falsa indicazione del nome delle azioni sia senza danno, ove l'azione realmente voluta risulti con sicurezza dai fatti e dalle domande delle parti»⁴⁰.

Sulla base di questa ricostruzione del Savigny, il Saredo poteva affermare che nel codice di rito civile del 1865 rimanevano saldi i principi romani che disciplinavano l'azione e la sua funzione nel processo: la domanda si propone con atto di citazione col quale *actio in iudicio deducitur* (ai sensi dell'art. 37); alla domanda dell'attore segue la difesa del convenuto (ai sensi dell'art. 38); sia l'attore che il convenuto hanno il diritto di fare *emendationes* (ossia precisazioni e modifiche) alla domanda originariamente proposta fino alla comparsa conclusionale (ai sensi dell'art. 176) allo stesso modo in cui per il diritto

adiectioe deminutione facta, sed pinguius pro communi utilitate accipitur. Qui, cum partem usus fructus haberet, totum petit, si postea partem ad crescentem petat, non summovetur exceptione, quia usus fructus non portiones, sed homini ad crescit. Actiones in personam ab actionibus in rem hoc differunt, quod, cum eadem res ab eodem mihi debeatur, singulas obligationes singulae causae sequuntur nec ulla earum alterius petitione vitiatur: at cum in rem ago non expressa causa, ex qua rem meam esse dico, omnes causae una petitione adprehenduntur. Neque enim amplius quam semel res mea esse potest, saepius autem deberi potest. Si quis interdicto egerit de possessione, postea in rem agens non repellitur per exceptionem, quoniam in interdicto possessio, in actione proprietatis vertitur».

³⁷ D. 2.13.1: «Qua quisque actione agere volet, eam edere debet: nam aequissimum videtur eum qui acturus est edere actionem, ut proinde sciat reus, utrum cedere an contendere ultra debeat, et, si contendendum putat, veniat instructus ad agendum cognita actione qua conveniatur».

³⁸ F.C. von Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. ita. di V. Scialoja, Torino 1893, V, pp. 163-164: «Comincio dalle *condictiones* e dalle *actiones bonae fidei*. Tutto il fondamento storico di questo contrapposto era già venuto meno nel diritto giustiniano. In quel tempo già da un pezzo tutte le sentenze erano pronunciate da pubblici magistrati; perciò né si potevano distinguere un giudice e un arbitro dalla facoltà più grande e più ristretta, né si poteva concepire in un modo o in un altro una *formula*. Tuttavia alla storica e formale antitesi ormai scomparsa si erano pur connesse differenze affatto pratiche, che in gran parte si sono conservate nel diritto giustiniano. Veramente una delle più importanti proprietà delle *condictiones*, la *sponsio tertiae partis* nella *condictio certi*, qui non apparisce: altre però, che certamente rimangono ancora, non sono meno importanti. Giustiniano non può aver ritenuto cessato il carattere delle *b.f. actiones*, ritenendo egli stesso pur necessario di attribuire espresamente a parecchie azioni tale carattere (...). La *expensilatio* era già disusata da lungo tempo prima di Giustiniano, e la stipulazione, come fondamento di *actiones stricti iuris*, noi non la conosciamo più».

³⁹ F.C. von Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, cit., p. 171.

⁴⁰ Ivi, p. 174.

romano essi potevano modificare la formula fino a quando la lite non fosse stata contestata, come ci ricorda Ulpiano⁴¹.

Prova ulteriore di questa conformità veniva ravvisata dal Saredo nella definizione stessa di azione e nella funzione autonoma riservata dall'ordinamento giuridico alla domanda giudiziale: se l'azione è la facoltà di ricorrere al magistrato affinché con il giudizio questi garantisca un diritto sconosciuto o reintegri un diritto violato, la domanda giudiziaria è il mezzo con cui questa facoltà si esercita. Tale distinzione, che fa sì che l'azione, «che consiste nel diritto», ritenga «il suo nome e la qualità, anche senza essere sperimentata per mezzo della domanda» in quanto «niuno è tenuto ad agire per forza»⁴², trova il suo fondamento nel pensiero del giurista Paolo⁴³. Dunque l'azione, anche senza essere esercitata, conserva una sua identità nel processo in quanto può prescriversi se non resa operativa dal titolare del diritto (ai sensi dell'art. 2135 del Codice civile), può essere oggetto di compravendita (ai sensi dell'art. 1538 del Codice civile) o di cessione (ai sensi dell'art. 1252 del Codice civile).

Sotto questo aspetto, la riflessione del Saredo toccava uno dei punti centrali che, con diversità di impostazioni e di accenti, avrebbero caratterizzato la dottrina processualistica dagli anni di vigenza della legislazione unitaria del 1865 alla elaborazione del futuro nuovo codice, ossia il problema dell'azione, dei suoi rapporti con la domanda e con il diritto fatto valere in giudizio.

La riflessione del Saredo anticipava apparentemente, sotto certi aspetti, la successiva elaborazione teorica di Chiovenda, il quale non si limitò, a dire il vero, a distinguere e separare, sulla base di un ragionamento affine agli schemi romanistici, l'azione dalla domanda, intesa come attivazione processuale volontaria del soggetto di diritto, ma scisse in modo chiaro e determinato l'azione dal diritto che si voleva tutelare e far valere in giudizio: se entrambi i processualisti riconoscevano un'autonomia processuale all'azione, è pur vero che mentre il Saredo continuava a preservare un'identità tra la forma processuale con cui far valere il diritto e la stessa situazione giuridica controversa, il Chiovenda, attraverso una operazione concettuale, disconobbe tale identità e configurò l'azione in modo indipendente non dalla volontà del soggetto di attivare o non attivare il giudizio ma più a monte dallo stesso diritto che si ritiene leso, dalla situazione giuridica bisognosa di intervento giudiziario.

1.2 La percezione della unitarietà del codice di rito civile e la sua interagibilità con il codice civile: la disciplina dei procedimenti speciali.

Lo spirito storicistico del Saredo apparve peraltro più condizionato, e per ciò ridimensionato, dall'esigenza di un esame analitico del dettato normativo – profondamente rispettoso del “sistema” voluto dal legislatore nella regolamentazione del

⁴¹ D. 9.4.3: «In omnibus noxalibus actionibus, ubicumque scientia exigitur domini, sic accipienda est, si, cum prohibere posset, non prohibuit: aliud est enim auctorem esse servo delinquenti, aliud pati delinquere».

Si veda anche C. 2.1.3: «Edita actio speciem futurae litis demonstrat, quam emendari vel mutari licet, prout edicti perpetui monet auctoritas vel ius reddentis decernit aequitas».

⁴² P. Saredo, *Istituzioni di procedura civile precedute dall'esposizione dell'ordinamento giudiziario italiano*, cit., p. 181.

⁴³ D. 44.4.5.6: «Non sicut de dolo actio certo tempore finitur, ita etiam exceptio eodem tempore danda est: nam haec perpetuo competit, cum actor quidem in sua potestate habeat, quando utatur suo iure, is autem cum quo agitur non habeat potestatem, quando conveniatur».

processo civile – in un'altra opera, ossia nel commento ai tre titoli del Libro III del codice di procedura civile sui vari procedimenti speciali in un contributo monografico apparso a Roma nel 1872, e di lì a breve riedito a Napoli nel 1874, dal titolo *Del procedimento in camera di consiglio e specialmente per le materie di volontaria giurisdizione*:

Non occorre aggiungere che sarà seguito l'ordine stesso del libro terzo del codice di procedura civile. Adottare una divisione diversa da quella tracciata dal legislatore non può produrre che confusione in una materia che esige metodo, chiarezza e semplicità. D'altra parte si deve sempre provare qualche esitazione, prima di sostituire il proprio sistema a quello del legislatore, né deve aversi tale ardimento se non quando è giustificato da manifesta evidenza o da profonda convinzione sui vantaggi del sistema che si vuole sostituire. E nel caso presente manca l'una e l'altra⁴⁴.

Si tratta di un lavoro nuovo nel panorama della processualistica italiana in quanto con esso il Saredo approfondì per la prima volta le ragioni non già delle regole generali del processo civile ma delle regole speciali, di quelle norme che il legislatore aveva scelto di collocare come terza parte del codice al fianco di un primo ampio libro, che traccia le norme fondamentali sui giudizi, ne regola le forme, l'andamento, gli incidenti, e conduce i contendenti fino alla sentenza definitiva ed irrevocabile, e di un secondo che stabilisce le norme secondo le quali si deve procedere alla esecuzione dei giudicati come degli altri atti a cui la legge riconosce carattere esecutivo⁴⁵.

In questa terza parte del codice di rito in cui venivano disciplinati tutti i procedimenti speciali relativi alle decisioni da prendersi in camera di consiglio, e tali da non richiedere un processo vero e proprio, dagli atti di giurisdizione volontaria ai provvedimenti relativi agli incapaci, a quelli «che nascono dai mille bisogni della vita civile»⁴⁶, erano riunite, secondo il Saredo, forme processuali diverse fra loro, indipendenti le une dalle altre ma con un comune denominatore ben preciso: le disposizioni relative a ciascuna di queste forme non entravano in generale nelle attribuzioni della giurisdizione contenziosa⁴⁷.

La disciplina di questi riti distinti era (come lo è nel codice del 1940) dunque diversa rispetto a quella contenuta nelle norme regolatrici il rito civile ma non per questo considerata dal Saredo separata dai primi due libri della compilazione, arginata all'interno del codice stesso: essa, nella sua specialità, doveva comunicare le altre disposizioni del codice attingere, allo stesso modo di qualsiasi altra norma, dall'ordinamento giuridico e

⁴⁴ P. Saredo, *Del procedimento in Camera di Consiglio e specialmente per le materie di volontaria giurisdizione*, Roma 1872, p. 12.

⁴⁵ Si veda l'indice sistematico del codice in *Codice di procedura civile del Regno d'Italia (1865)*, in *Testi e documenti per la storia del processo*, a cura di N. Picardi e A. Giuliani, Milano 2004, pp. 667-670.

⁴⁶ P. Saredo, *Del procedimento in Camera di Consiglio e specialmente per le materie di volontaria giurisdizione*, cit., p. 10.

⁴⁷ Il primo titolo del libro terzo costituisce l'introduzione generale del libro stesso ove è collocata la disciplina di quasi tutti i procedimenti speciali. Si tratta di una importante novità rispetto al codice di procedura civile francese che non contiene una disciplina generale sui procedimenti speciali rimettendo a ciascun procedimento le sue regole. Nel secondo titolo sono determinate le regole da seguirsi per promuovere l'azione civile contro le autorità giudiziarie e gli ufficiali del Pubblico Ministero (artt. 783-792). Le disposizioni che concernono gli assenti formano il terzo titolo (artt. 793-796). La procedura relativa al matrimonio, all'autorizzazione della donna maritata ed alla separazione personale dei coniugi è disciplinata dagli articoli 797-811. Il titolo quinto è rivolto ai minori di età e tratta successivamente dei consigli di famiglia e di tutela, della veduta volontaria dei beni dei minori (artt. 812-835). Seguono le norme concernenti la procedura della interdizione e della inabilitazione (artt. 836-844) e quella della rettificazione degli atti dello stato civile (artt. 845-846).

dai principi generali del diritto ad esso sottesi, in modo tale che per tutto quanto non espressamente regolato il giudice dovesse fare riferimento alle norme codicistiche in merito ai procedimenti ordinari e specialmente in merito a quelli concernenti il procedimento sommario.

Inoltre il riferimento all'art. 3 delle disposizioni generali sull'applicazione e interpretazione delle leggi costituenti il titolo preliminare del codice civile unitario, secondo il quale quando una controversia non si possa decidere con una precisa disposizione di legge si deve aver riguardo alle disposizioni che regolano casi simili e materie analoghe, ed il riferimento all'art. 4 del medesimo titolo, secondo il quale le leggi che formano eccezione alle regole generali o ad altre leggi non si estendono oltre i casi e i tempi in esse espressi, portavano il Saredo a ritenere indispensabili i caratteri dell'unitarietà e della compattezza del codice di rito civile del 1865 voluto dal legislatore come prodotto indissolubile e peraltro destinato ad interagire all'interno della legislazione unitaria.

Infatti, entrando nel merito dei singoli atti di volontaria giurisdizione, egli ha constatato come il codice civile italiano, a differenza di quanto accade in Francia, avesse lasciato al codice processuale la cura di stabilire la maggior parte delle regole da seguirsi nel procedimento relativo all'apertura delle successioni (artt. 847-901), nelle offerte di pagamento e nel deposito (artt. 902-912), nel procedimento per ottenere la copia o la collocazione degli atti pubblici (artt. 913-920), nonché nei procedimenti di sequestro e di denuncia di nuova opera e di danno temuto (artt. 921-940), ed in quello relativo all'esecuzione degli atti delle autorità straniere (artt. 941-950). Nell'analisi di queste singole disposizioni, il Saredo manifestava preliminarmente la piena consapevolezza di mantenere in stretto rapporto i due codici, civile e processuale, di non dimenticare l'esigenza di un "colloquio" tra l'uno e l'altro:

Da questo rapido schizzo appare chiaramente che il terzo libro del codice di procedura civile è una rassegna complementare di parecchi titoli del codice civile, per cui sarebbe insufficiente lo studio dell'uno se non fosse accompagnato dallo studio dell'altro. Epperò, senza invadere il campo del diritto civile propriamente detto, si avrà cura di conferire le disposizioni dei due codici in tutte le parti in cui sono legate da necessaria attinenza⁴⁸.

2. Il metodo storicistico di Enrico Galluppi nelle ragioni della teoria sull'opposizione del terzo

Divenuto il Saredo Consigliere di Stato il 20 novembre 1879, dopo il ritorno all'insegnamento di Procedura civile ed Ordinamento giudiziario del commercialista Luigi Maurizi negli anni accademici 1879-1880 e 1880-1881, ed una breve parentesi negli anni 1881-1882 e 1882-1883 di Pasquale Demurtas, che lasciò l'insegnamento romano in quanto divenuto professore ordinario di Diritto amministrativo nella Regia Università di Sassari, con Decreto Ministeriale del 19 novembre 1883 succedette in cattedra come professore straordinario Enrico Galluppi, già incaricato per lo stesso anno dell'insegnamento di Diritto civile e professore reggente di Etica civile e di Diritto nell'Istituto tecnico di Roma. Il suo insegnamento nella Facoltà giuridica romana fu confermato fino all'anno accademico 1896-1897, anno in cui divenne professore ordinario

⁴⁸ P. Saredo, *Del procedimento in Camera di Consiglio e specialmente per le materie di volontaria giurisdizione*, cit., p. 12.

di Procedura civile ed Ordinamento giudiziario nella Regia Università di Siena⁴⁹.

L'unico contributo scientifico processualistico che offrì alla cultura giuridica del tempo fu la monografia sulla *Teoria della opposizione del terzo come mezzo per impugnare le sentenze*, apparsa a Torino nel 1895, attraverso la quale, a differenza dei trattati generali di diritto giudiziario civile o dei commentari sul titolo V del libro I del Codice di procedura civile che si occuparono incidentalmente dell'istituto della opposizione del terzo⁵⁰, promosse una ricostruzione storica di questo mezzo straordinario di impugnazione delle sentenze mettendone in evidenza l'origine tipicamente italiana a fronte di un orientamento dottrinale francese che ne rivendicava il *principium* nella tradizione legislativa d'Oltralpe, così come sostenuto da Albert Tissier nella sua monografia *Théorie et pratique de la tierce opposition*⁵¹, apparsa a Parigi qualche anno prima.

Il *principium* dell'istituto processuale – la cui *ratio* consiste nel garantire a colui che è rimasto estraneo ad un giudizio e non è stato in esso né parte né soggetto rappresentato la facoltà di impugnare la sentenza emessa *inter alios* quando essa pregiudichi i suoi diritti – è fatto risalire invece da Galluppi ad un frammento di Paolo⁵², che partiva dal presupposto che se l'interesse sociale e la stabilità nei diritti privati esige che, decisa una controversia giuridica, la pronuncia del magistrato si debba ritenere come la espressione della verità, di una «verità irrefragabile»⁵³, questo stesso interesse sociale richiede che a tale principio non si attribuisca un valore assoluto ed illimitato.

Questa forma di relatività della cosa giudicata, secondo il Galluppi, non era da ascriversi ad una pretesa analogia tra i contratti ed i giudizi, in forza della quale come le convenzioni tra privati non avrebbero effetto che tra le parti contraenti così i giudicati non potrebbero spiegare i loro effetti che tra le parti contendenti, ma al principio di diritto naturale cui già il giurista romano sembrava essersi ispirato, e cioè che nessuno può essere giudicato senza essere ascoltato dalle parti e secondo il quale, di conseguenza, nessuna decisione giudiziale può alterare i diritti del terzo quando questi diritti non hanno formato oggetto della controversia, così come evidenziato in una estesa *Quaestio* di Sigismondo

⁴⁹ Cfr. Archivio storico dell'Università di Roma "La Sapienza", serie fascicolo personale docente, AS 162, Enrico Galluppi.

⁵⁰ Per esempio si veda D. Viti, *Commento sistematico del codice di procedura civile del Regno d'Italia coordinato colle teoriche delle azioni e delle giurisdizioni*, Napoli 1876, I, pp. 84 ss.

⁵¹ A. Tissier, *Théorie et pratique de la tierce opposition*, Paris 1890.

⁵² D. 20.4.16: «Claudius Felix eundem fundum tribus obligaverat, Eutythianae primum, deinde Turboni, tertio loco alii creditor: cum Eutythiana de iure suo doceret, superata apud iudicem a tertio creditore non provocaverat: Turbo apud alium iudicem victus appellaverat: quaerebatur, utrum tertius creditor etiam Turbonem superare deberet, qui primam creditricem, an ea remota Turbo tertium excluderet. Plane cum tertius creditor primum de sua pecunia dimisit, in locum eius substituitur in ea quantitate, quam superiori exsolvit: fuerunt igitur qui dicerent hic quoque tertium creditorem potioem esse debere. Mihi nequaquam hoc iustum esse videbatur. Pone primam creditricem iudicio convenisse tertium creditorem et exceptione aliove quo modo a tertio superatam: numquid adversus Turbonem, qui secundo loco crediderat, tertius creditor, qui primam vicit, exceptione rei iudicatae uti potest? Aut contra si post primum iudicium, in quo prima creditrix superata est a tertio creditore, secundus creditor tertium optinuerit, poterit uti exceptione rei iudicatae adversus primam creditricem? Nullo modo, ut opinor. Igitur nec tertius creditor successit in eius locum quem exclusit, nec inter alios res iudicata alii prodesse aut nocere solet, sed sine praeiudicio prioris sententiae totum ius alii creditori integrum relinquitur».

⁵³ Questa l'espressione utilizzata da E. Galluppi, *Teoria della opposizione del terzo come mezzo per impugnare le sentenze*, Torino 1895, p. 1. L'Autore fa riferimento a Ulpiano, D. 50.17.207: «Res iudicata pro veritate accipitur».

Scaccia⁵⁴ cui fa riferimento l'Autore.

Il punto nodale della questione, secondo il Galluppi, era stato toccato più chiaramente da Marciano, il quale riteneva che i terzi aventi interesse, in presenza di una giusta causa (da rinvenirsi in un pregiudizio da essi patito) potessero proporre appello avverso una sentenza, sebbene rimasti estranei al giudizio in cui essa fosse stata pronunciata⁵⁵; principio che secondo i giuristi romani trovava applicazione in tutta una serie di ipotesi ricordate dal Galluppi: il legatario poteva proporre impugnazione avverso la sentenza che aveva dichiarato nullo il testamento e che vedeva come contendenti l'erede testamentario e l'erede legittimo⁵⁶; il venditore contro la sentenza in base alla quale il compratore avesse subito l'evizione così come il secondo contro la sentenza che avesse privato del possesso il venditore⁵⁷.

Inoltre, da un punto di vista procedimentale, il Galluppi osservava che nelle fonti romane non solo si riconosceva al terzo, rimasto estraneo al giudizio di prima istanza, di intervenire nel giudizio con un appello proposto in via incidentale, sulla base del pensiero del giurista Emilio Macro⁵⁸, ma anche di appellare direttamente in via principale, sulla base del pensiero dello stesso Marciano⁵⁹, pur quando la parte soccombente avesse fatto acquiescenza della pronuncia di prima istanza.

⁵⁴ S. Scaccia, *Tractatus de sententia et re iudicata*, Venetiis 1669, Glossa XIV, *Quaestio* 12, p. 293: «An sententia, lata inter certos litigantes, noceat aliis, qui liti non intervenerunt, neque ad eam fuerunt citati Resp. firmandam esse conclusionem negativam, quod non noceat, ex vulgata regula, rem inter alios actam aliis non nocere (...) quia uni per alterum non debet inferri iniqua conditio et res disposita ad certum finem, non debet alium effectum operari; cum enim sententia sit dicta inter litigantes super eorum iure, nec sit ibi discussum de iure tertii, nec etiam de alterius iure licuit sine mandato disceptare; sententia non debet aliis, qui non fuerunt in iudicio, obesse: et ulterius cum agentem de iure suo non valeam a iudicio remove, indignum esset, si ex facto suo mihi praedictum generaretur, quia eum, qui culpa caret, in damnum vocare non convenit».

⁵⁵ D. 49.1.5: «A sententia inter alios dicta appellari non potest nisi ex iusta causa, veluti si quis in coheredum praeiudicium se condemnari patitur vel similem huic causam (quamvis et sine appellatione tutus est coheres): item fideiussores pro eo pro quo intervenerunt. Igitur et venditoris fideiussor emptore victo appellabit, licet emptor et venditor adquiescant».

⁵⁶ D. 49.1.5.1,2,3,4: «Si heres institutus victus fuerit ab eo, qui de inofficioso testamento agebat, legatariis et qui libertatem acceperunt permittendum est appellare, si querantur per collusionem pronuntiatum: sicut divus Pius rescripsit. Idem rescripsit legatarios causam appellationis agere posse. Sed et si in fraudem suam transactionem factam ab eo qui appellasset dicerent, idem dicendum est. Sed et sine appellatione si fuerit transactum, similiter rescriptum est. Si quis ipso die inter acta voce appellavit, hoc ei sufficit: sin autem hoc non fecerit, ad libellos appellatorios dandos biduum vel triduum computandum est».

⁵⁷ D. 49.1.4.3: «Item si emptor de proprietate victus est, eo cessante auctor eius appellare poterit: aut si auctor egerit et victus sit, non est deneganda emptori appellandi facultas. Quid enim, si venditor, qui appellare noluit, idoneus non est? Quin etiam si auctor appellaverit, deinde in causae defensione suspectus visus sit, perinde defensio causae emptori committenda est, atque si ipse appellasset».

⁵⁸ D. 49.1.4.2: «Alio condemnato is cuius interest appellare potest. Qualis est, qui per procuratorem expertus victus est nec procurator suo nomine appellet»; D. 49.4.2.1: «Sed si alius, quam qui iudicio expertus est, appellet, qualis est cuius interest, an etiam tertia die appellare possit, videamus. Sed dicendum est secunda die appellare eum debere, quia verum est eum suam causam defendere. Contrarium ei est. Si dicat idcirco sibi licere intra triduum appellare, quia videtur quasi alieno nomine appellare, quando, si velit causam suam alienam videri, semet ipsum excludit, quia in aliena causa ei, qui iudicio expertus non est, appellare non liceat».

⁵⁹ D. 49.1.5.3,4: «Sed et si in fraudem suam transactionem factam ab eo qui appellasset dicerent, idem dicendum est. Sed et sine appellatione si fuerit transactum, similiter rescriptum est. Si quis ipso die inter acta voce appellavit, hoc ei sufficit: sin autem hoc non fecerit, ad libellos appellatorios dandos biduum vel triduum computandum est».

La teoria della opposizione del terzo come mezzo per impugnare la sentenza lesiva degli interessi estranei ai contendenti elaborata dai giuristi romani aveva trovato riviviscenza anche nella normativa delle Decretali di Gregorio IX: incisivo appare il confronto messo a punto dal Galluppi tra un altro frammento di Macro⁶⁰ contenuto nei *Digesta* e il canone *Quamvis*⁶¹ del titolo de *sententia et re iudicata*. La conseguenza più significativa del principio secondo il quale «regulariter aliis non nocet res inter alios iudicata» era l'ammissione dell'appello del terzo al fine di far riformare la sentenza pregiudizievole dei suoi interessi⁶². Ad ogni modo, secondo il Galluppi, la dottrina e la prassi canonica, a differenza di quella romana, erano giunte ad ammettere alcune limitazioni a questo principio specie in materia di benefici quando, ad esempio, si riteneva che chiunque avesse preteso un diritto al beneficio controverso derivatogli dal Capitolo, avuta notizia del giudizio pendente, avrebbe dovuto fare opposizione, pena la impossibilità di impugnare la sentenza pronunciata a favore dell'attore⁶³.

⁶⁰ D. 42.1.63: «Saepe constitutum est res inter alios iudicatas aliis non praeiudicare. quod tamen quandam distinctionem habet: nam sententia inter alios dicta aliis quibusdam etiam scientibus obest, quibusdam vero, etiamsi contra ipsos iudicatum sit, nihil nocet. nam scientibus nihil praeiudicat, veluti si ex duobus heredibus debitoris alter condemnatur: Nam alteri integra defensio est, etiamsi cum coherede suo agi scierit. item si ex duobus petitoribus alter victus adqueverit, alterius petitioni non praeiudicatur: idque ita rescriptum est. scientibus sententia, quae inter alios data est, obest, cum quis de ea re, cuius actio vel defensio primum sibi competit, sequentem agere patiat, veluti si creditor experiri passus sit debitorem de proprietate pignoris, aut maritus socerum vel uxorem de proprietate rei in dote acceptae, aut possessor venditorem de proprietate rei emptae: et haec ita ex multis constitutionibus intellegenda sunt. Cur autem his quidem scientia nocet, superioribus vero non nocet, illa ratio est, quod qui scit coheredem suum agere, prohibere eum, quo minus uti velit propria actione vel defensione utatur, non potest: is vero, qui priorem dominum defendere causam patitur, ideo propter scientiam praescriptione rei quamvis inter alios iudicatae summovetur, quia ex voluntate eius de iure, quod ex persona agentis habuit, iudicatum est. Nam et si libertus meus me interveniente servus vel libertus alterius iudicetur, mihi praeiudicatur. diversa causa est, si fundum a te titius petierit, quem ego quoque, sed non ex persona titi ad me pertinere dico: nam quamvis contra titium me sciente iudicatum sit, nullum tamen praeiudicium patior, quia neque ex eo iure, quo titius victus est, vindico, neque potui titio intercedere, quo minus iure suo utatur, sicuti et de coherede supra diximus».

⁶¹ X. 2.27.25: «Quamvis regulariter aliis non noceat res inter alios iudicata, ei tamen, qui, quum sibi primum de ea re actio vel defensio competebat, sustinuit sequentem agere, ac illi etiam, qui passus est eum, a quo causam habuit, experiri, est praeiudicium generatum».

⁶² X. 2.27.17: «Quum super controversia, quae inter *venerabilem fratrem nostrum Auriensem episcopum ex parte una*, et monasterium Cellae novae super statu ipsius *ex altera* vertebatur, pro *ipso* episcopo diversae sententiae latae fuissent, *O. archidiaconus et nuncius venerabilis fratris nostri Ovetensis episcopi ad apostolicam sedem accedens*, per eas Ovetensem ecclesiam laesam graviter querebatur, ad quam *illud* proponebat monasterium pertinere. (*Et infra:*) *Postquam igitur haec et similia nobis et fratribus nostris praefati cardinales fideliter retulerunt, quia constitit nobis per legatorum literas, a duobus, quum tertius interesse nequiverit, sicut ex ipsius etiam assertione tenuimus apud sedem apostolicam constituti, fuisse processum, et contra ipsorum sententiam.* Quum ex parte monasterii nihil rationabile fuerit propositum et ostensum, quare sententia pro episcopo promulgata debuerit irritari, eam, *comunicato fratrum nostrorum consilio*, quantum ad monasterium *ipsum* duximus confirmandam *sibi perpetuum hac in parte silentium imponentes*».

⁶³ C. *Veniens ad Apostolicam sedem*, X, *De testibus et attestationibus* (X. 2.20.38) gl. *utraque pars*: «Sed quare necesse habet iste P. contra sententiam illam inducere testes, cum illa sententia ei non debeat obesse, quia res inter alios acta aliis obesse non debet? Respons.: quia de hoc agebatur, antequam sententia ei praeiudicasset, quod sciebat rem ad se pertinentem tractari, quia quam cito scivit causam illam tractari, statim debuit contradicere et se opponere: quod cum non fecerit, praesumitur consentire». Se veda anche: X.1.3.38: «Mandatum apostolicum ad te directum, ut magistrum S. faceres in canonicorum recipi et in fratrem Noviensis ecclesiae, si pro alio ibidem non scripsimus, qui huiusmodi gratiam prosequatur, alio iam beneficium per nostras literas obtinente prosequi non teneris, quam super receptione quorum

Ma l'impulso della elaborazione romanistica dell'appello del terzo trovò secondo l'Autore maggiore espansione e particolare riordino teorico nella dottrina del diritto comune ed in particolar modo nella riflessione operata dal già citato Sigismondo Scaccia che, nel suo *Tractatus de appellationibus*, aveva chiarito come al terzo non fosse concesso di appellare se non avesse provato con la maggiore possibile speditezza di avervi interesse, dimostrando il pregiudizio arrecatogli dalla sentenza e come l'effetto dell'appello sarebbe stato diverso per il terzo a seconda della natura del pregiudizio derivatogli dalla sentenza: revoca della sentenza in caso di pregiudizio di fatto, «*plenum praejudicium*»; pronuncia di non opponibilità o applicabilità al terzo della sentenza, ove si fosse trattato di un possibile apprezzamento contrario della sentenza impugnata, «*praejudicium quoad praesumptionem*»⁶⁴.

È su questo impianto teorico, secondo il Galluppi, che il legislatore unitario italiano – attesa la mancata previsione legislativa da parte dei codici preunitari e ancor prima le divergenze interpretative dell'istituto della *tierce opposition* contemplato nell'*Ordonnance* del 1667 e nel codice di rito francese che, secondo gli interpreti, non avevano con chiarezza distinto quale fosse l'oggetto del gravame, se la sentenza o la sola fase esecutiva della stessa – aveva voluto coniare la normativa relativa all'istituto della opposizione del terzo, inteso come mezzo straordinario di impugnazione della sentenza lesiva degli interessi estranei ai contendenti e, per questo, facenti capo ad un soggetto terzo alla lite, avente per effetto la riforma o la revoca della sentenza.

La disciplina della opposizione del terzo contenuta nel codice del 1865 si configurava dunque agli occhi del Galluppi come una normativa derivata dalla tradizione giuridica italiana di antico regime, come il frutto di una riflessione dottrinale sviluppatasi all'interno del diritto comune sulla base della tradizione romanistica, della rielaborazione del pensiero dei giuristi romani: tale tradizione oltre a costituire il “materiale antico” del “nuovo diritto”, quello codificato, rappresentava, a prova della metodologia storicistica dell'Autore, un indirizzo dottrinale al quale far riferimento ogniqualevolta si fosse presentata una questione interpretativa sulla stessa natura di un istituto processuale.

gravandi ecclesiam antedictam non fuerit intentio mandatoris»; X. 1.3.30: «Capitulum sanctae crucis Cameracensis exhibita nobis petitione monstravit, quod Callimacho clerico *Noviomensis diocesis*, super praebendali beneficio in eorum ecclesia obtinendo literas nostras ad eos prius monitorias, et demum praeceptorias impetrante, B. clericus *Tornacensis diocesis* contra eos super consimili beneficio in eadem sibi ecclesia conferendo ad I. archiepiscopum Tornacensem et eius collegas, de praedictis literis non abita mentione, exsecutorias a nobis literas impetravit, qui post appellationem ad nos interpositam in eos suspensionis et excommunicationis sententias protulerunt, ac dictus C. super executione mandati pro eo facti ad alios obtinuit scripta nostra, qui tulerunt suspensionis et excommunicationis sententias in eosdem. Unde nobis humiliter supplicarunt, ut, quum in eadem ecclesia XII. tantum sint praebendae, et ob hoc non sine mango gravamine simul providere possent, utique faceremus easdem sententias relaxari, et provideri eorum alteri in eadem ecclesia de praebenda: praesertim, quum in utriusque literis clausula illa contineretur inserta, nisi eadem ecclesia de mandato nostro foret in alterius receptione gravata. Quocirca discretioni vestrae mandamus, quatenus, eo recepto in canonicum et in fratrem, assignatoque sibi beneficio praebendali, qui ad eos prius mandatum apostolicum reportavit praefatas sententias iuxta formam ecclesiae *sublato appellationis obstaculo* relaxetis, alteri super praebendali beneficio in eadem ecclesia silentium imponentes»

⁶⁴ S. Scaccia, *Tractatus de appellationibus*, Romae 1612, *Quaestio XVII*, p. 544.

3. La giustizia civile di fronte ai bisogni sociali: gli approdi del socialismo giuridico in Carlo Lessona

Gli studi storici – ma come subito emerge, in una prospettiva affatto diversa – furono presenti anche nell'impostazione scientifica di Carlo Lessona⁶⁵, il quale, appena ottenuta a Pisa la libera docenza in procedura civile sotto l'egida di Lodovico Mortara, si trasferì a Roma nell'anno accademico 1896-1897⁶⁶.

L'impegno giovanile che lo aveva visto legato allo storico del diritto piemontese Cesare Nani, di cui raccolse le lezioni, oltreché autore di saggi storico-giuridici, ebbe eco nella sua *Teoria delle prove nel diritto giudiziario civile italiano* apparsa a Firenze tra il 1895 ed il 1896⁶⁷.

Tuttavia l'elemento di novità nel panorama della processualistica romana fu certamente la sua prolusione del novembre 1896, pubblicata a Torino l'anno seguente con il titolo *I doveri sociali del diritto giudiziario civile*.

Qui il Lessona, riprendendo il pensiero e l'impostazione scientifica del maestro Lodovico Mortara⁶⁸, contribuì ad aprire una nuova pagina degli studi processualistici parallelamente all'affermarsi di un diverso e per questo originale metodo di studio del

⁶⁵ Carlo Lessona nasce a Lanzo Torinese il 17 dicembre 1863 e muore a Firenze il 16 aprile 1919.

⁶⁶ F. Sigismondi, *Lessona Carlo*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, LXIV, Roma 2005, pp. 709-711.

⁶⁷ F. Cipriani, *Scritti in onore dei patres*, Milano 2006, pp. 148 ss. È da notare che l'8 luglio 1922 il Chiovenda detterà la prefazione per la terza edizione del *Trattato delle prove* di Lessona che era stato completato postumo tra il 1922 e il 1924 dal figlio Silvio Lessona, all'epoca libero docente di amministrativo nell'Università di Pavia. In tale prefazione il Chiovenda dopo aver sottolineato la completezza dell'opera scrisse che «Per ragioni di tempo e di studi, Carlo Lessona si trovò ad occupare una posizione intermedia tra due indirizzi o due scuole. Discepolo di Luigi Mattiolo, verso la memoria del quale nutrì una devozione costante e quasi gelosa, proseguì il metodo del giurista torinese, ma lo arricchì coll'erudizione. E guardò insieme senza preconcetti e senza dispetto, anzi con interesse e con benevolenza, agli sforzi degli studiosi che battevano altre vie. L'equanimità naturale lo disponeva ad apprezzare ed accettare i risultati conseguiti dagli altri, a tornare sopra le proprie opinioni e quando occorresse a ricredersi. Quante discussioni fra noi, intorno a mille argomenti sui quali eravamo profondamente divisi, ma dei quali era sempre fecondo discorrere con Lui! Egli non ammetteva (ricordo un esempio) l'azione di accertamento come figura generale del nostro diritto, e più specialmente l'azione d'accertamento negativo contro il vanto altrui: pensava che la legge italiana non consenta altra azione contro il vanto ingiusto che quella per risarcimento dei danni. Io gli opponevo che per condannare al risarcimento dei danni l'autore del vanto, bisogna prima accertare che il vanto sia ingiusto, e che se l'attore si contenta di questo non v'è ragione per costringerlo a chiedere anche il risarcimento, tanto più che i danni possono essere soltanto temuti. Qualche anno dopo Egli mi confessava candidamente che s'era convertito all'azione d'accertamento, e l'aveva guidato alla conversione l'esperienza quotidiana della vita giuridica» (cfr. G. Chiovenda, *Prefazione*, in C. Lessona, *Trattato delle prove in materia civile*, III e V, a cura di S. Lessona, Firenze 1922-1924, pp. 3 ss.). Sul punto si veda anche F. Cipriani, *Piero Calamandrei e la procedura civile*, Napoli 2009, pp. 20-21.

⁶⁸ P. Calamandrei, *Lodovico Mortara*, in "Rivista di diritto civile", 39, 1937, pp. 466-467; S. Satta, *Attualità di Lodovico Mortara*, in "Giurisprudenza italiana", 1968, fasc. 4, pp. 65 ss.; L. Mortara, *Pagine autobiografiche (1933)*, in S. Satta, *Quaderni del diritto e della procedura civile*, Padova 1969, I, pp. 34-65; F. Cipriani, *Le dimissioni del prof. Mortara e i «germanisti» del Preside Scialoja*, in "Rivista di diritto processuale civile", 1990, pp. 770 ss.; Id., *Storie di processualisti e di oligarchi. La procedura civile nel regno d'Italia (1866-1936)*, Milano 1991, pp. 48-52; V. Sgroi, *Intervento su «Lo Stato moderno e la giustizia» di Lodovico Mortara*, in "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", 22 (1993), pp. 681-688; L. Montesano, *Il lungo viaggio di Lodovico Mortara attraverso il fascismo*, in "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", 1994, pp. 943-947; N. Picardi, *Mortara Lodovico*, in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII - XX secolo)*, cit., II, pp. 1383-1386.

diritto privato⁶⁹ che ebbe eco nel pensiero di Emanuele Gianturco⁷⁰, Gian Pietro Chironi⁷¹, Vittorio Polacco⁷², Carlo Francesco Gabba⁷³ e Giuseppe Vadalà-Papale⁷⁴: si concreta in quelle pagine l'approdo nella processualistica romana delle influenze del socialismo giuridico; e in un tale contatto si connota la peculiarità dell'opera del Lessona durante l'insegnamento romano.

Il Lessona percepì subito come principale problema della legislazione processualistica la mancanza di provvedimenti volti a regolare e garantire il principio della uguaglianza di diritto ossia della effettiva e sostanziale parità delle parti titolari di situazioni giuridiche soggettive la cui asserita lesione consente solo formalmente l'esercizio dell'azione giudiziaria ancora troppo ancorato alle condizioni sociali ed economiche.

Il Lessona sembra quindi occuparsi del problema dell'azione in una prospettiva particolare, ossia quella – come si direbbe con parole attuali – dell'effettività della tutela, in ciò distanziandosi sia dalla ricostruzione più strettamente storicistica del Saredo che da

⁶⁹ Sul punto sono illuminati le pagine di A. Rocco, *La scienza del diritto privato in Italia negli ultimi cinquant'anni*, in "Rivista di diritto commerciale", 2, 1911, parte I, pp. 285-302. Si veda anche F. Ferrara, *Un secolo di vita del diritto civile (1839-1939)*, in "Rivista di diritto commerciale", 37, 1939, parte I, pp. 429-444. Si veda da ultimo: P. Grossi, *La scienza del diritto privato. Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo 1893-1896*, Milano 1988; P. Alvazzi del Frate - D. Di Cecca, *Droit et méthodologie: les prolusioni accademiche en Italie au XIX siècle*, in "Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique", Paris 2011, XXXI, p. 117-138.

Un primo approdo lo si ha con E. Cimbali, *La nuova fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali con proposte di riforma della legislazione civile vigente* (1884), ora in *Opere complete*, Torino 1895, I, pp. 5 ss. Sulla vita e le opere si veda G. Vadalà-Papale, *Commemorazione del prof. Enrico Cimbali letta nel 2 luglio 1887 nell'Aula Magna della R. Università di Catania*, in "Antologia giuridica", 1888, pp. I-XXVI. Si veda anche da ultimo S. Solimano, *Cimbali Enrico*, in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII - XX secolo)*, cit., I, pp. 540-543. Per l'apporto del pensiero di Cimbali sulla cultura giuridica italiana si veda A. di Majo, *Enrico Cimbali e l'idea del socialismo giuridico*, in "Il socialismo giuridico". *Ipotesi e letture*, in "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", 3 (1975), pp. 383 ss. Sulla nuova corrente dottrinale in generale si veda G. Cazzetta, *Codice civile e identità giuridica nazionale. Percorsi e appunti per una storia delle codificazioni moderne*, Torino 2011, pp. 45 ss.; Id., *Coscienza giuridica nazionale e giurisprudenza pratica nel primo novecento italiano*, in *Giudici e giuristi. Il problema del diritto giurisprudenziale fra Otto e Novecento*, in "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", 40 (2011), tomo 2, pp. 781-811.

⁷⁰ E. Gianturco, *Gli studi di diritto civile e la questione del metodo in Italia*, in "Il Filangeri. Rivista periodica mensile di Scienze giuridiche e politico-amministrative", Napoli - Roma - Milano - Torino 1881, pp. 722-744. Sul profilo biografico dell'Autore si veda F. Treggiari, *Gianturco Emanuele*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, Roma 2000, LIV, pp. 556-560. Si veda anche da ultimo Id., *Gianturco Emanuele*, in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII - XX secolo)*, cit., I, pp. 992-994.

⁷¹ Sulla vita e le opere del Chironi si veda M. Caravale, *Chironi Gian Pietro*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, Roma 1981, XXV, pp. 46-48. Si veda anche da ultimo G. Cazzetta, *Chironi Gian Pietro*, in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII - XX secolo)*, cit., I, pp. 529-531.

⁷² V. Polacco, *Le cabale del mondo legale: discorso letto nell'adunanza solenne del R. Istituto Veneto di scienze, lettere ed arti il 24 maggio 1908 in Palazzo Ducale*, Venezia 1908, p. 63-64. Sul punto si veda P. Grossi, «Il coraggio della moderazione». *Specularità dell'itinerario riflessivo di Vittorio Polacco*, in "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", 18 (1989), p. 199. Sulla vita e le opere di Vittorio Polacco si veda M. Sabbioneti, *Polacco Moisè Raffael Vittorio*, in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII - XX secolo)*, cit., II, pp. 1609-1611.

⁷³ C.F. Gabba, *Prolusione al corso di diritto civile. Anno scolastico 1887-88*, in "Archivio Giuridico", 39, 1887, p. 517. Sulla vita e le opere di Carlo Francesco Gabba si veda R. Caterina, *Gabba Carlo Francesco*, in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII - XX secolo)*, cit., I, pp. 920-922.

⁷⁴ G. Vadalà Papale, *Il codice civile italiano e la scienza*, Napoli, 1881. Sulla vita e le opere di Giuseppe Vadalà-Papale si veda F. Mazzeola, *Vadalà-Papale Giuseppe*, in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII - XX secolo)*, cit., II, pp. 2008-2009.

quella dogmatica che sarà del Chiovenda.

Se è vero il principio secondo il quale ad ogni diritto corrisponde un'azione è altrettanto vero – osservava il Lessona – che praticamente l'esercizio di molti, di troppi diritti è impedito dalle convenienze sociali, dalla posizione di debolezza in cui si trovano i legittimati all'azione rispetto ai possibili convenuti in giudizio:

Il contadino, l'operaio potrà perfettamente citare in giudizio il proprietario, l'industriale. L'uguaglianza giuridica lo consente: un tribunale imparziale sarà investito della causa; il contadino, l'operaio, se riuscirà a durarla attraverso alle vessazioni procedurali, potrà vincere definitivamente la causa, ottenere la pratica reintegrazione del diritto leso. Ma chi lo garantirà poi da un licenziamento perfettamente legittimo in sé stesso? Nessuno, nulla: e così il vinto giudizialmente diventa in definitiva il vincitore, vendicandosi della sconfitta giuridica con una vittoria economica. Ora, quel licenziamento, potendo riuscire in fatto più dannoso della rinuncia al diritto, costituisce un ostacolo sociale all'applicazione di quella splendida regola teorica che ad ogni diritto, a chiunque aspetti, è concessa un'azione contro chiunque lo violi⁷⁵.

Il valore sociale della norma giuridica, cui rivolgeva attenzione il Lessona, era dunque reso incompiuto dalla mancata effettiva tutela offerta dall'ordinamento giuridico al titolare di un diritto e di un'azione giudiziaria a fronte della sua dipendenza economica dalla controparte processuale: il legislatore unitario, al fine di evitare un simile imbrigliamento del soggetto cui viene leso un interesse giuridicamente protetto, avrebbe dovuto seguire l'esempio del legislatore portoghese che con un provvedimento legislativo del 14 agosto 1889 aveva statuito che l'operaio che avesse chiamato in giudizio l'industriale non poteva essere licenziato senza legittimi motivi nei tre mesi successivi alla pronuncia e solo in forza di una sentenza pronunciata dallo stesso tribunale.

Tale valore sociale della norma giuridica era reso ancor più claudicante, secondo il Lessona, dalle modalità di risoluzione delle controversie esterne al giudizio, quali la transazione, la conciliazione e l'arbitrato. Infatti esse non costituivano, secondo l'Autore, dei veri rimedi contro l'inferiorità economica di un litigante ma finivano per consolidare ed amplificare i difetti già evidenti nel processo civile.

In particolare, la transazione era vista dal Lessona come una forma di applicazione, come un effetto della conciliazione, nella quale il litigante più ostinato ha tutto da guadagnare di fronte all'avversario mite ed arrendevole: il convenuto audace che sente di avere torto si arma di sfrontatezza, simula la convinzione di essere stato leso nei suoi diritti e allo stesso tempo si mostra al conciliatore, inducendolo in errore, come pronto a sacrificare una parte dei suoi interessi per ricostituire un equilibrio tra le parti; il conciliatore, a sua volta privo di strumenti tecnici idonei a comprendere le questioni di diritto, avendo il solo ed unico obiettivo di ripristinare la pace tra i due contendenti, finisce per non recare tutela all'interesse giuridico veramente leso.

Anche l'arbitrato, per quanto si manifesti come valevole strumento di risoluzione alternativa delle controversie, sotto l'aspetto sociale non era idoneo, secondo il Lessona, a tutelare i problemi derivanti dalla inferiorità del povero, della parte economicamente più debole, sia per le spese significative collegate alla sua attivazione che per la mancanza di garanzie sulla pura terzietà dell'arbitro.

La vera riforma a tutela di una giustizia socialmente utile era da perseguirsi, dunque, all'interno del processo giudiziario, previa individuazione di alcuni punti fondamentali.

In prima analisi, i costi della giustizia. L'aspetto su cui, secondo il Lessona, era

⁷⁵ C. Lessona, *I doveri sociali del diritto giudiziario civile*, Torino 1897, p. 13.

necessario soffermare l'attenzione non era peraltro quello delle tasse giudiziarie, la cui ragione risiedeva nel costituire un filtro al ricorso ai tribunali dello Stato, quanto piuttosto quello di una più incisiva disciplina dell'istituto del gratuito patrocinio, inteso come «un dovere di umanità» a tutela delle classi meno abbienti, a tutela non solo dei nullatenenti ma anche di coloro che gravano in uno stato di povertà relativa, per il quale sono inabilitati a sopperire alle spese della lite⁷⁶.

In seconda battuta, occorre operare secondo il Lessona, l'estensione del principio di indipendenza a tutta la magistratura, ivi compresi i pretori preposti alle cause di poco valore, in quanto «la libertà secondo coscienza e la certezza che il giudizio non potrà mai pregiudicare il giudice sono garanzie preziose per tutti, indispensabili per chi giudica le cause dei meno abbienti, nelle quali è più facile entri in giuoco l'influenza del potente, del ricco»⁷⁷. Tale estensione doveva accompagnarsi alla necessaria preparazione tecnica anche dei pretori, a differenza di quanto sosteneva il Mortara che se da un lato richiamava la rettitudine anche per la giustizia minore, dall'altro lato soggiungeva che «i suoi sacerdoti non deggiono confondersi colla ordinaria magistratura, non occorrendo veruna comunanza di requisiti e potendosi reclutarli in sfere intellettuali assai meno elevate»⁷⁸: qualunque riforma del processo civile per essere accettabile, secondo il Lessona, doveva garantire ad ogni causa un giudice onesto e preparato.

Un terzo problema era costituito dalla giurisdizione speciale dei Collegi dei probiviri che, sebbene introdotta dal legislatore per un interesse pubblico assolutamente obiettivo al quale è affatto estraneo il privilegio in quanto «è la natura delle questioni, non la qualità delle persone che la determina»⁷⁹, trattandosi di argomenti giuridici peculiari la cui risoluzione esige cognizioni speciali, poneva tuttavia il delicato problema della resistenza, nella dottrina successiva all'entrata in vigore del codice del 1865, all'ingresso delle donne nell'elettorato attivo e passivo di tali Collegi: a porre chiarezza alla questione sociale era del resto stato lo stesso legislatore con provvedimento del 15 giugno 1893, che aveva ammesso l'eleggibilità delle donne in considerazione del fatto che «vi sono industrie alle quali attendono solo le donne, che il titolo dello elettorato e della eleggibilità è uno solo, e cioè la partecipazione al lavoro col capitale o coll'opera, che sono possibili controversie fra il lavoro maschile e quello femminile nelle industrie nelle quali lavorano uomini e donne; che alcune questioni tecniche sul contratto di lavoro sono solo apprezzabili da donne»⁸⁰.

Un altro aspetto delicato messo in luce con riferimento alla giustizia probivirale era il criterio di composizione dei Collegi. In proposito il Lessona mosse una forte critica alla previsione che conferiva la eleggibilità nella proporzione di un quarto dei membri della rispettiva classe a coloro che si erano ritirati dall'esercizio dell'industria o dell'attività operaia in quanto «realmente coloro che più non appartengono all'industria, come proprietari o come operai, mancano di ogni interesse, anzi mancano di competenza, poiché le condizioni del lavoro e dell'industria sono variabilissime»⁸¹. Solo la effettiva condizione di esercitare l'industria o di soffrire le condizioni di operaio potevano

⁷⁶ Ivi, pp. 41 ss.

⁷⁷ Ivi, p. 50.

⁷⁸ L. Mortara, *Lo Stato moderno e la giustizia*, Torino 1885, p. 148.

⁷⁹ C. Lessona, *I doveri sociali del diritto giudiziario civile*, cit., p. 52.

⁸⁰ Ivi, p. 55.

⁸¹ Ivi, p. 58.

completare il significato sociale dell'appartenenza a questa giurisdizione speciale. Critico fu anche in relazione alla norma contenuta nella suindicata legge del 15 giugno 1893 che affidava al Governo la nomina del presidente del Collegio dei probiviri seguendo una linea politica estranea agli operai ed agli industriali: il presidente avrebbe dovuto essere eletto sulla base delle liste elettorali composte da questi ultimi perché solo chi è addentro alle problematiche dell'industria e dei rapporti di lavoro in essa esistenti può meglio valutare le ragioni sociali della conduzione d'impresa e le condizioni dei lavoratori.

Per quanto concerne i difetti sociali del processo, il Lessona piuttosto che ad una riforma globale dell'*iter* processuale, ipotese che, per altre ragioni e per altre prospettive, trovò fervide basi nel pensiero di Chiovenda, ritenne fosse da privilegiare il miglioramento della disciplina esistente, fermi i principi fondamentali, come la precisazione tecnica – ma non per questo poco influente nella costruzione teorica del modello liberale di processo che vede in primo piano le parti ed in secondo piano la funzione pubblica del giudizio – per cui il giudice non può avere alcuna iniziativa nella formazione processuale del fatto, la quale spetta solo alla parte che ne ha sicura cognizione.

Il miglioramento auspicato consisteva prevalentemente nel rendere più certi e definiti i ritmi della causa, nel rispetto di chi deve applicare le norme e delle parti che attendono giustizia. Con parole che anche oggi suonano attualissime, a fronte dell'opposto fenomeno di un'incessante attività riformatrice sul codice di rito, il Lessona osservava che nelle leggi processuali «bisogna bandire le forme inutili e fissare in modo matematico i termini e le modalità delle forme necessarie perché l'osservanza della legge sia sicura e tranquillante per chi litiga. Certo le leggi moderne, il nostro Codice stesso, sono di tanto migliorate che sfidano le censure dei vecchi scrittori contro la procedura; ma molto si deve migliorare perché l'applicazione della legge lasci tranquillo chi la deve curare. Non vi è persona pratica che non senta l'urgenza di questo bisogno – che non deplori i danni nascenti dai dubbi incessanti sul modo di notificare un atto, sui termini per compierne un altro, dubbi che la giurisprudenza alimenta ed accresce e che tolgono la sicurezza e moltiplicano le spese»⁸².

Rispetto alla volontà benthamiana di ritornare ad una procedura naturale e primitiva, senza troppi tecnicismi ed a cognizione esclusivamente sommaria, espressa nell'opera *Principles of judicial procedure*⁸³, il Lessona, dunque, rivendicava gli approdi della legislazione moderna come legislazione da salvare, magari con qualche ritorno alla procedura patriarcale ma sempre senza incidere troppo nella sostanza e nella funzione del processo disciplinato dal legislatore unitario:

Per esempio, l'interrogatorio diretto fatto dal giudice alle parti, e la comparizione personale di esse sono istituzioni che riteniamo ottime, mentre non vorremmo accordata al giudice iniziativa processuale maggiore di quella che ha attualmente, poiché – tutelata l'uguaglianza delle parti – non si può introdurre nella lite un concetto d'interesse pubblico che le è estraneo. Così ancora il prevalere della prova per presunzioni semplici e del sistema della persuasione razionale nella valutazione delle prove, sono perfezionamenti tecnici dai quali la semplicità dei rapporti giuridici delle classi non abbienti ritraggono sicura tutela⁸⁴.

Anche le procedure esecutive avrebbero richiesto, secondo il Lessona, alcuni interventi

⁸² Ivi, p. 76.

⁸³ J. Bentham, *Principles of judicial procedure*, in J. Bowring, *The Works of Jeremy Bentham*, Edinburgh 1843, II, pp. 1-188.

⁸⁴ C. Lessona, *I doveri sociali del diritto giudiziario civile*, cit., p. 78.

di riforma: da un lato, si sarebbe dovuto più efficacemente tutelare il creditore contro la mala fede del debitore in quanto il non abbiente onesto, operaio o agricoltore, avrebbe tutto da guadagnare da un sistema processuale che tutelasse seriamente i suoi crediti; e, dall'altro lato, si sarebbero dovute estendere la impignorabilità e la inalienabilità degli stipendi degli impiegati ai salari degli operai: «L'inalienabilità degli stipendii si fonda sull'interesse dello Stato; ora, l'interesse dell'umanità non vale forse qualcosa? Che altro è il salario se non uno scarso assegno alimentare che pure è inalienabile? Non è forse enorme che sia inalienabile tutto il lauto stipendio di un alto funzionario pubblico o sia alienabile il misero salario dell'operaio e dell'agricoltore?»⁸⁵.

4. La raccolta delle lezioni di Vincenzo Simoncelli: una prima dogmatica ricostruzione della teoria dell'azione

Rimase solo apparentemente ancorato al metodo storico solcato dal Saredo e dal Galluppi, nonché ai gemiti del socialismo giuridico, del quale diede qualche testimonianza come civilista, Vincenzo Simoncelli, il quale con qualche timida inclinazione alla matura sistematica tedesca, benché consapevole dell'importanza di una pura ricostruzione storica dell'ordinamento giudiziario e di una profonda analisi sociale della normativa di rito civile, giunse alla elaborazione teorica e concettuale di alcune categorie e istituti processuali.

Ottenuta il 13 giugno 1888 la libera docenza in Diritto civile presso la Regia Università di Roma, dopo aver insegnato a Camerino, alla scuola superiore di agraria di Portici, e dal 1893 al 1899 all'Università di Pavia, nel 1900 Simoncelli fu chiamato come ordinario alla cattedra di Diritto civile della Facoltà giuridica romana, ove ricoprì anche l'insegnamento di Procedura civile⁸⁶. Di questo insegnamento, come testimonianza del suo impegno didattico e scientifico, rimangono le sole raccolte di lezioni che si sono susseguite nei quattro anni accademici dal 1900 al 1904, non avendo egli dedicato a questa materia lavori autonomi su tematiche specifiche.

In un paragrafo d'apertura delle sue lezioni, incentrato sulle fonti e sulla letteratura del diritto giudiziario, il Simoncelli evidenziò che il genere dei commentari al codice non fosse che un primo passo della scienza in quanto «dal commentario la scienza procede alla ricerca dei principii, all'ordinamento del sistema; e su questo ferve l'opera odierna specialmente in Germania, che il nostro orgoglio non ci deve impedire di studiare attentamente nella sua ricca produzione».

Tuttavia tale attenzione alla elaborazione dottrinale tedesca, secondo Simoncelli, richiedeva una certa cautela, dovendo distinguersi il momento del metodo storico, che vedeva il diritto profondamente legato alla realtà sociale nella quale era collocato, da quello del metodo sistematico, il quale se prima aveva ritenuto che l'ordine del diritto fosse riscontrabile nella giurisprudenza romana in quanto essa aveva reso possibile l'incontro tra sistema e tradizione, attraverso la capacità di «disegnare l'unità astratta dell'istituto ed al contempo di renderlo vitale plasmando al suo interno il diritto della tradizione e adeguandolo continuamente alle cangianti necessità sociali»⁸⁷, rimase poi ancorato ai puri astrattismi della scienza giuridica tedesca della seconda metà

⁸⁵ Ivi, p. 79.

⁸⁶ Cfr. Archivio storico dell'Università di Roma "La Sapienza", serie fascicolo personale docente, AS 294, Vincenzo Simoncelli.

⁸⁷ M. Caravale, *Storia del diritto nell'Europa moderna e contemporanea*, Roma-Bari 2012, p. 285.

dell'Ottocento: «bisogna studiare quella letteratura come preziosissimo elemento di cultura e come contributo necessario di diritto comparato, ma usarne con grande prudenza nel rifare la storia dei nostri istituti e delle nostre dottrine che possono avere origini e cause affatto nazionali: come pure bisogna imparare da quella detta nazione il metodo di andare a fondo di tutti i gravi problemi scientifici, cercando però di tenersi immuni da certe tendenze alla astrazione ed alla sottigliezza che spesso sono state scambiate per pregi scientifici da chi dimentica che il diritto è sempre qualcosa di vivo, reale e pratico»⁸⁸.

Ma a questa ben congegnata premessa metodologica non fece seguito un effettivo studio del processo civile sulla base delle fonti storiche e sulla base delle ragioni sociali degli istituti processuali.

L'unico riferimento in tal senso fu rivolto alla definizione di diritto soggettivo, inteso come potere di far valere un interesse, laddove il Simoncelli criticava l'identificazione di esso con il principio della volontà astratta, dogmaticamente considerata da Windscheid e da Puchta, in quanto i diritti sono finalizzati a garantire gli interessi della vita, a soddisfare i suoi bisogni, ad attuare i suoi fini: «l'utilità, non la volontà è la sostanza del diritto. Non però l'utilità soltanto economica; oltre i beni economici ve ne sono altri di natura morale: la personalità, la libertà, l'onore, i vincoli di famiglia»⁸⁹.

Al metodo storico il Simoncelli fece un accenno anche in materia di interpretazione, con il richiamo al *Sistema del diritto romano attuale* di Savigny, ma questo veniva ripreso dall'Autore non come ricostruzione storica della disciplina relativa al tema dei criteri interpretativi della norma giuridica bensì come verità attesa e indissolubile: «Noi crediamo che non si possa far di meglio in questa materia che spingere a meditare un po' di più sulle cose insegnate da Savigny: si riuscirà forse convinti che la dottrina vecchia e la nuova sono in quelle pagine senza contrapporsi»⁹⁰.

Ed ancora, sulla differenza intercorrente tra l'interpretazione estensiva e l'interpretazione analogica, il Simoncelli rimandò a *La vocazione del nostro secolo per la legislazione e la giurisprudenza*, ove il fondatore della Scuola storica, a dire dell'Autore, rendendo «in forma scultorea il compito dell'interpretazione che completa la legge senza sconfinare dal proprio ufficio» stabiliva che «ci ha bene una completezza d'altra natura, come si può scorgere da un esempio di geometria. In ogni triangolo vi sono certi dati, dal rapporto dei quali ricavansi immediatamente e necessariamente tutti gli altri: così il triangolo è dato quando se ne conoscono due lati e l'angolo. Per simil guisa, ciascuna parte del diritto ha due punti, da cui gli altri tutti derivano, e che potremo denominare teoremi fondamentali. Rivelar questi, e da essi procedendo scovrir l'intimo rapporto e le specie d'affinità, che hanno con tutti i principii e teoremi giuridici, qui sta il più difficile della nostra scienza; anzi gli è appunto ciò che dà all'opera dei giuristi un carattere scientifico»⁹¹.

La maggiore inclinazione dogmatica, rispetto al metodo storico, assume maggiore evidenza proprio con riferimento a quel punto nodale della dottrina processualistica del tempo che è la teoria dell'azione. È proprio in relazione ad essa che, nel pensiero del

⁸⁸ V. Simoncelli, *Lezioni di diritto giudiziario dettate dal prof. Vincenzo Simoncelli nell'Università di Roma l'anno 1900-1901, raccolte da Ottorino Petroni*, Roma 1901, p. 40.

⁸⁹ Ivi, p. 194.

⁹⁰ Ivi, p. 68.

⁹¹ Ivi, pp. 81-82.

Simoncelli, si segna il distacco dall'impostazione propria del Saredo per collocarsi su un terreno più strettamente concettuale, che in qualche modo preannuncia la ricostruzione del Chiovenda.

La descrizione dei rapporti fra quest'ultima e il diritto venne interamente ripresa dalla costruzione del Windscheid⁹² e vedeva nell'*actio* romana la domanda di difesa giudiziale di un diritto con riferimento specifico al comportamento dell'attore che, solo in forza di una *legis actio* concessa dallo Stato, dava avvio ad una vera e propria «persecuzione giudiziaria» in applicazione del principio dello «ius persecuendi in iudicio quod sibi debetur».

L'azione veniva dunque percepita dal Simoncelli come un elemento di confine tra il diritto pubblico e il diritto privato in quanto se da un lato viene attivata per porre rimedio ad un conflitto di interessi tra le parti, per dare soluzione ad una situazione giuridica controversa tra privati, dall'altro lato essa si rende idonea a tal fine solo se riconosciuta dallo Stato legislatore nel versante del diritto pubblico⁹³.

E tale costruzione è con tutta evidenza frutto di una elaborazione dogmatica propria della Pandettistica tedesca innanzi tutto sotto un profilo esteriore, non già solo perché l'Autore richiamava la nozione di Stato in riferimento all'*actio* romana quando tale nozione sfugge invero nelle fonti romane⁹⁴, ma perché egli fondava la legittimazione dell'azione nella convergenza del diritto pubblico e del diritto privato, dogmaticamente percepiti come due sfere distinte e autonome⁹⁵.

Sotto un profilo contenutistico, l'elaborazione concettuale è altresì percepibile laddove egli – a differenza di quanto affermato dal Saredo che era giunto, sulla base di un ragionamento affine agli schemi romanistici, a distinguere e separare la domanda

⁹² B. Windscheid, *Diritto delle Pandette*, trad. it. C. Fadda, P.E. Bensa, Torino 1925, I, pp. 123-124: «Per ciò che qui si è chiamato ragione, i Romani non hanno una espressione immediatamente corrispondente. Anzi può dirsi, che ad essi ne manca il concetto. Ma essi hanno un altro concetto, che ne tiene il posto. Questo concetto è quello dell'*actio*. *Actio*, nella gradazione dei suoi significati sempre più restringentesi, è: atto; dibattito (con un altro); dibattito giudiziale; dibattito giudiziale contenzioso; dibattito giudiziale contenzioso, con riferimento speciale a colui che attacca, peperò persecuzione giudiziaria, ciò che noi chiamiamo azione [Klange], persecuzione giudiziaria, azione, non concepita come fatto, ma come pertinenza giuridica. È quest'ultimo concetto, che si fa valere per indicare ciò che noi vogliamo designare, dicendo ragione. Non si può dire, che l'*actio* romana sia la nostra ragione; nel concetto di *actio* romana si comprende un elemento, che non si contiene nel nostro concetto di ragione, l'elemento del tribunale, della sua udienza e della tutela giudiziaria, della possibilità di ottenere dal giudice l'accoglimento della propria istanza. Ma è ben lungi dall'esser vero, che i Romani, quando parlano di *actio*, pensino sempre questo elemento nel suo valore specifico; in un numero straordinario di casi, nel loro concetto essa non ha altro senso, che quello d'un riconoscimento giuridico dell'istanza. Secondo un modo di concepire a loro assai comune, la possibilità di far valere in giudizio una ragione è una espressione del suo riconoscimento giuridico in genere; invece di dire: una ragione è assistita dal diritto, essi dicono: essa è assistita dal giudice. Ciò che noi diciamo ragione giuridica, pei Romani è ragione giudiziaria»

⁹³ V. Simoncelli, *Lezioni di diritto giudiziario dettate dal prof. Vincenzo Simoncelli nell'Università di Roma l'anno 1900-1901, raccolte da Ottorino Petroni*, cit., pp. 213-214.

⁹⁴ Una puntuale critica alla nozione mommseniana di Stato che prevede l'identificazione del *populus* con lo *Staat* la si ritrova in P. Catalano, *Populus Romanus Quirites*, cit., pp. 41 ss.

⁹⁵ Si tratta della confutazione pandettistica del principio ulpiano secondo cui «Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim. Publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus constitit. Privatum ius tripartitum est: collectum etenim est ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus» (D. 1.1.2). Per un'applicazione concreta del fenomeno suddetto si veda G.F. Puchta, *Das Institut der Schiedsrichter nach seinem heutigen Gebrauch und seiner heutigen Brauchbarkeit*, Erlangen 1823, pp. 6 ss.

giudiziale dall'azione – osservava che «il diritto di agire, l'azione, non combacia necessariamente col diritto di iniziare il giudizio, col diritto di fare una istanza; e che l'esposizione della pretesa o ragione dell'attore nel momento in cui egli promuove su di essa l'esame dell'organo di giurisdizione non è l'azione, bensì l'istanza giudiziale». Inoltre è ritenuta sufficiente per esercitare tale istanza giudiziale «l'opinione del diritto e dell'azione» che può dar luogo ad una azione pretesa e non ad una azione fondata⁹⁶: per dare avvio all'*iter* processuale non occorre possedere un diritto soggettivo o averne sofferto in qualche modo la violazione ma semplicemente un diritto preteso.

La teoria dell'azione, così disgiunta dal diritto sussistente, si incammina verso l'elaborazione chiovendiana.

5. Lo spirito innovatore dell'opera di Giuseppe Chiovenda: il problema delle forme nella prolusione romana

Ad ogni modo questa reazione al *dictum* del legislatore unitario da parte della scienza giuridica, che flebile dinnanzi all'orientamento esegetico e fedele alle spinte legislative aveva trovato nella Facoltà giuridica romana una significativa sponda, assume un rilievo più forte ed incisivo nella elaborazione teorica di un modello di processo antagonista alla “costruzione” liberale del rito civile impressa nel codice del 1865. È il momento in cui le affermazioni dottrinali rivolte alle scelte del legislatore unitario attraverso un esame storico degli istituti processuali, un richiamo agli aspetti sociali dei fenomeni giuridici ed un primo impulso ad elaborazioni concettuali, lasciano spazio, sulla base di un impianto prevalentemente dogmatico, ad un progetto scientifico di riforma del codice di rito che si attesta unico nel panorama della cultura giuridica italiana ma che sarà destinato a rimanere un insieme di proposte e di intenti appunto scientifici, senza mai trasmigrare interamente nella penna del legislatore.

Saranno anche delle proposte e degli intenti che, sebbene lontani dal rimaner costretti nella vicenda intellettuale di Chiovenda, in quanto la sua influenza ebbe eco profonda nella processualistica di tutto il Novecento, si affermano per una originalità di pensiero così singolare che è imprescindibile il ricondurli al loro autore⁹⁷. Tale originalità del pensiero di Chiovenda si rinviene, come sottolineato in ultimo da Massimo Meccarelli, nell'aver promosso, attraverso un itinerario scientifico lineare, la saldatura del problema

⁹⁶ V. Simoncelli, *Lezioni di diritto giudiziario dettate dal prof. Vincenzo Simoncelli nell'Università di Roma l'anno 1900-1901, raccolte da Ottorino Petroni*, cit., p. 218.

⁹⁷ Tra coloro che aderirono alle proposizioni chiovendiane in tema di oralità furono soprattutto Antonio Costa, Antonio Segni e Piero Calamandrei. Il Costa fu il primo, dopo il Chiovenda, ad affrontare in modo profondo e sistematico il problema della oralità processuale (cfr. A. Costa, *Oralità e scrittura nel processo civile*, Imola 1917); il Segni (cfr. A. Segni, *La legislazione processuale di guerra e la riforma del processo civile*, in *Scritti giuridici*, Torino 1965, I, pp. 272-299; Id., *I tribunali del lavoro in Italia*, in *Scritti giuridici*, cit., pp. 451-487; Id., *Osservazioni sul progetto preliminare del Codice di procedura civile*, in *Scritti giuridici*, cit., pp. 356-372; Id., *Procedimento civile*, in *Nuovo Digesto Italiano*, Torino 1939, X, pp. 539-595) e il Calamandrei (cfr. P. Calamandrei, *Le controversie del lavoro e l'oralità*, in *Foro italiano*, 1934, IV parte, cc. 130-138; Id., *Sul progetto preliminare Solmi. Relazione della Facoltà di Giurisprudenza di Firenze, stesa dall'autore il 28 luglio 1937*, in *Studi sul processo civile*, Padova 1939, IV, pp. 103-209; Id., *Oralità nel processo*, in *Nuovo Digesto Italiano*, Torino 1939, IX, pp. 178-180; Id., *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, Padova 1941-1943) conferirono con la loro adesione convinta una serietà e un rilievo particolarmente notevoli alla dottrina oralista.

del metodo con un disegno riformistico per la giustizia civile dell'Italia tardo liberale⁹⁸.

Nella Facoltà giuridica romana il Chioventa⁹⁹ fece ingresso come libero docente nell'anno accademico 1900-1901 e tenne la prolusione su *Le forme nella difesa giudiziale del diritto* solo il 21 gennaio 1901. Nell'Ateneo romano sarebbe tornato come professore ordinario a partire dal dicembre 1906, l'anno di pubblicazione dei suoi *Principii di diritto processuale civile*, dopo aver insegnato nelle Università di Parma, Bologna e Napoli¹⁰⁰.

Nella prolusione romana, pubblicata nella *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, partendo dal presupposto che l'attuazione del diritto richiede la previsione ed il rispetto delle forme procedurali intese come endogene alla stessa tutela processuale delle situazioni giuridiche controverse, in quanto il farne a meno significa accettare l'idea che «avrebbe ragione il Colombo di lagnarsi dell'aria che rallenta il suo volo, senza accorgersi che appunto quell'aria gli permette di volare»¹⁰¹, il Chioventa fece appello alla scienza giuridica perché questa avviasse uno studio razionale delle forme vigenti, laddove per razionale doveva intendersi prima di tutto la necessità che le forme giudiziali venissero disposte in modo che il popolo sentisse il più possibile la loro opportunità e il meno possibile le limitazioni alla libertà d'agire per la difesa del diritto.

Si tratta di uno studio razionale che non ha avuto precedenti nella storia della legislazione processuale moderna, tutta tesa a guardare il profilo sostanziale della disciplina del processo che, sebbene determinato dalla penna del legislatore, era soggetto comunque alle spinte riformistiche della prassi forense mentre il carattere obbligatorio delle forme, come norme di diritto pubblico, le sottraeva quasi completamente all'azione benefica di quella consuetudine in cui talvolta prendevano veste spontaneamente e naturalmente i rimedi ai difetti della legislazione vigente:

Lo studio delle forme giudiziali deve avere per oggetto precipuo l'esame delle origini di ciascuna, delle ragioni che ne determinarono l'introduzione e dei diversi fattori delle sue trasformazioni; e il confronto dei risultati di cotale indagine colle condizioni del tempo in cui vivono o sopravvivono, per dedurne i criteri d'innovazione e d'interpretazione. Lo studio delle forme vuol esser dunque precipuamente storico: e ciò fa la sua particolare difficoltà. Poiché se la storia ci dà luce sufficiente sui sistemi di diritto sostanziale d'altri tempi, ne è spesso avara

⁹⁸ M. Meccarelli, *Giuseppe Chioventa*, in *Enciclopedia Italiana di Scienze, Lettere ed Arti. Il contributo italiano alla storia del pensiero*, VIII appendice, Roma 2012, pp. 463 ss.

⁹⁹ Sulla vita e le opere di Chioventa si vedano anche: M. Taruffo, *Chioventa Giuseppe*, in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII - XX secolo)*, cit., I, pp. 526-529; F. Cipriani, *Scritti in onore dei patres*, cit., pp. 249 ss.; Id., *Piero Calamandrei e la procedura civile*, cit., pp. 17-92; L. Montesano, «Storie» recenti su Mortara e Chioventa e sul «romanesimo» di Vittorio Scialoja «concretato» dai fascisti, in «Foro italiano», 1991, V, cc. 598-602; F. Cipriani, *Una nuova storia di processualisti*, in «Foro italiano», 1991, V, c. 602; Id., *Storie di processualisti e di oligarchi. La procedura civile nel regno d'Italia (1866-1936)*, cit., pp. 89-124; (si veda *contra*) L. Montesano, «Culto della personalità», «prodotti organici» e «pappagalli lusingatori» di Chioventa in un libro recente, in «Rivista di diritto processuale», 1992, pp. 284-293; G. Tarello, *Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo. Per uno studio della genesi dottrinale e ideologica del vigente codice italiano di procedura civile*, in *Dottrine del processo civile. Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*, Bologna 1989, pp. 9-197; Id., *L'opera di Giuseppe Chioventa nel crepuscolo dello Stato liberale*, in *Dottrine del processo civile*, cit., pp. 178 ss.; G. Tesoriere, *Appunti per una storia della scienza del processo civile in Italia dall'unificazione ad oggi*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1972, XXVI, pp. 1318-1348; F. Carnelutti, *Metodi e risultati degli studi sul processo in Italia*, in «Foro italiano», 1939, LXIV, cc. 73-83.

¹⁰⁰ Cfr. Archivio storico dell'Università di Roma «La Sapienza», serie fascicolo personale docente, AS 388, Giuseppe Chioventa.

¹⁰¹ G. Chioventa, *Le forme nella difesa giudiziale del diritto*, in «Rivista italiana per le scienze giuridiche», 1901, p. 194.

riguardo ai sistemi processuali. Gli è che le norme del diritto sostanziale hanno di solito un significato per sè stesse, e le formali invece per lo più non s'intendono se non da chi vive quotidianamente fra esse. Corre tra forma e forma un che d'impalpabile, l'aura della vita del tempo, che svanita non si può risuscitare, e che rende talora così difficile il ricostruire l'esatta fisionomia di un processo spento, come il raffigurare in uno scheletro quella che fu l'effigie d'un uomo¹⁰².

Tuttavia erano individuabili degli esempi storici in cui la rigidità delle forme produsse reazioni singolari come nella ipotesi del diritto francese, precedente all'ordinanza del 1667, in cui vigeva il principio secondo cui l'appello dovesse proporsi immediatamente dopo la pronuncia della sentenza di primo grado, «principio che in taluni luoghi s'interpretava con tal rigore che se il gravato non pronunciava la dichiarazione d'appellare prima di volgere materialmente i talloni al giudice per andarsene, decadeva da quel diritto»¹⁰³: il diritto consuetudinario francese introdusse nei tribunali l'abitudine di accordare lettere di rilievo contro questa decadenza e poiché il diritto di chiedere queste lettere si concepì come gli altri diritti soggetti a prescrizione trentennale, il termine d'appello divenne di trent'anni.

Ma i tentativi di rielaborazione dei criteri formali della legge processuale fino a quel momento avevano costituito, secondo il Chiovenda, un aspetto assai limitato nella scienza giuridica moderna, ancora lontana dall'individuare lo scopo essenziale del processo, il fine ultimo della giustizia come motore delle riforme degli aspetti sostanziali e formali dell'*iter* processuale.

Nelle prospettive del Chiovenda, la lite viene percepita come un momento di alta funzione giuridica e sociale, in quanto essa conduce al ristabilimento del diritto, e il ristabilimento del diritto non è solo un atto di giustizia in sé ma è una remora a violazioni future che non può essere messo in forse per questioni esclusivamente formali. Le questioni di forma che traggono dalla lite, che è mezzo e non scopo, materia di nuove liti, che rendono colui che si avvicina al tempio della giustizia incerto della via da seguire per entrarvi, che distraggono l'attività delle parti, dei giudici, degli studiosi da un lavoro utile, costituiscono il materiale per un ripensamento ed una ridefinizione del processo e del suo aspetto formale:

Ma, o signori, sarà vano che la scienza riesca a preparare leggi perfette; che i migliorati ordinamenti garantiscano giudici illuminati; se non si radichi più profondo nel popolo lo spirito della giustizia. Le forme giudiziali furono sempre un'arma terribile in mano della mala fede e dell'animo litigioso e vessatorio. Ecco perchè il problema delle forme è passato insoluto al nuovo secolo. Ci si permetta di sognare un'epoca in cui le parti riguardino la lite solo come un mezzo pel trionfo della giustizia, e gli avvocati, movendo di pari passo col giudice alla ricerca del vero, ignorino le astuzie, i tranelli, le arti defatiganti, che oggi sono per molti il mestiere. In quell'epoca le forme processuali cesseranno di servire al torto per non servire che al diritto, e le questioni di forma in gran parte scompariranno. Se pur questo fosse il sogno di Faust, tutti coloro che spendono le loro forze, per la scienza e per la patria, nell'insegnamento, concorreranno alla soluzione di quel problema, più ancora che col preparare il materiale alle riforme legislative, col diffondere nella nuova generazione più vivo il culto della *santità dei giudizi*¹⁰⁴.

Un aspetto formale da riconsiderarsi sulla base di una nuova concezione del rito civile più matura e più prossima ad una elaborazione teorica e concettuale del processo, che

¹⁰² Ivi, p. 196.

¹⁰³ Ivi, p. 202.

¹⁰⁴ Ivi, pp. 215-216.

vede l'impegno del Chiovenda nei suoi *Principii*, l'influenza dogmatica di Adolf Wach e di Franz Klein nel rivendicare la funzione pubblica del giudizio in cui si esprime l'autorità dello Stato, nel sottolineare il nuovo ruolo dell'azione percepita non più come un'articolazione del diritto sostanziale privato ma come diritto autonomo di natura pubblica:

L'autorità, la fiducia che il potere giudiziario gode in una nazione si riflettono nella maggiore o minor cerchia di facoltà processuali che gli vien fatta e conseguentemente nella maggior o minore elasticità dei giudizi. Lo stesso concetto fondamentale dell'azione ha influenza sulla configurazione del processo. Menziono a questo proposito il nuovo regolamento processuale austriaco, entrato in vigore, il 1° gennaio 1898, che essendo l'ultima espressione della legislazione processuale, preparata da un lungo periodo d'elaborazione scientifica, merita la massima attenzione. Portando agli estremi la concezione dell'azione come ragione di diritto pubblico, si è giunti con questa legge a porre il diritto formale su basi in parte nuove. Poiché la pretesa dell'attore e del convenuto è diretta contro lo Stato, rispettivamente per l'attuazione del diritto e per la difesa, lo Stato, e per esso il suo organo giudiziario, ha il dovere e così un diritto suo proprio di giungere allo scopo mediante una partecipazione diretta, una investigazione diretta dell'esistenza del presupposto di quella pretesa, cioè l'azione civile, prescindente e al caso divergente dalle domande processuali delle parti. *I soli confini naturali del potere del giudice sono le domande di merito delle parti*, per usare l'espressione del Klein, il valoroso processualista al quale fu dato trarre in porto questa legge staccandola dalle basi che i progetti avevano comuni col Regolamento germanico (...). Le parti possono disporre del diritto sostanziale, rinunciare alla domanda, modificarla, ma non disporre delle ragioni, delle eccezioni, dei mezzi di prova. In questa legge i vecchi principi forensi "*Quod non est in actis non est in mundo* „, e "*Iudex secundum allegata et probata a partibus iudicare debet*" non hanno più significato (...). Questo sistema ha le sue conseguenze rispetto alla direzione formale del processo. Ad esempio, non v'è diritto di chiedere o consentire rinvii: il giudice li dà, se e quando crede. Non vi devon essere inutili ritardi, perchè anche lo Stato ha interesse a sbrigharsi il più presto possibile della pretesa contro lui diretta, e perchè l'ingombro delle cause che si rinviano distrae inutilmente la sua attività¹⁰⁵.

5.1 L'oralità, la concentrazione e l'immediatezza nelle ragioni del processo

Fin dalla nota storica che introduce i *Principii*, il Chiovenda evidenzia come il processo civile italiano, risultante dal codice del 1865, fosse sostanzialmente un processo formale ed essenzialmente scritto la cui forma era imputabile alla fusione degli elementi del processo romano con quelli del processo germanico¹⁰⁶. Una forma che era stata patologicamente acuita dal legislatore unitario, che, ad esempio, aveva posto come principio della disciplina del procedimento formale la regola, contenuta nell'art. 162 del codice, secondo cui «qualunque istanza, risposta o altro atto relativo all'istruzione della causa, sempre che non sia stabilita una forma diversa, si fa per comparsa».

Questo è un primo aspetto enfatizzato dal Chiovenda, ossia che il ricorso alla forma scritta è tale da determinare una serie di conseguenze tali da pregiudicare il fine ultimo del processo, il conseguimento della giustizia.

Nella prospettiva del primato della forma e della scrittura, il processo finisce per essere spezzato in una sequela di periodi distinti, cadenzati da udienze che poi si trasformano, per la poca importanza che viene ad esse riconosciuta dal legislatore, in semplici occasioni per la concessione di termini, in episodi processuali autonomi e talvolta sterili.

Conseguenza del principio formale della scrittura sono, dunque, la molteplicità delle

¹⁰⁵ Ivi, p. 211.

¹⁰⁶ G. Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli 1906, pp. 5-22.

comparse e dei termini successivi destinati alla loro comunicazione, il complesso ordinamento degli incidenti processuali, la preclusione del diritto di introdurre nuovi elementi nel materiale di cognizione, a partire dal momento in cui rimane ferma l'iscrizione a ruolo, l'udienza limitata normalmente alla discussione degli elementi raccolti durante l'istruttoria scritta¹⁰⁷.

Di particolare rilievo sono anche le ricadute negative sotto il profilo probatorio e della formazione del convincimento del giudice, anch'esse evidenziate dal Chiovenda: l'utilità di eseguire le prove all'udienza dipende dalla possibilità di una decisione immediata dopo essa; ma nel processo formale tale possibilità manca, in quanto le parti, eseguita la prova, devono riprendere lo scambio delle comparse e le stesse, in difetto di norme che concretino il principio di concentrazione e di ordinato svolgimento del processo, possono successivamente chiedere altre prove.

In un tipo di processo come quello regolato dal codice del 1865 e al quale il Chiovenda imputa come tratto patologico l'assoluta estraneità dai principi di oralità, immediatezza e concentrazione¹⁰⁸, si verificano una serie di inconvenienti che producono uno scollamento tra l'attività processuale in concreto svoltasi e la decisione della causa, quali la circostanza che delle prove si abbia contezza solo attraverso i verbali di causa, e spesso a grande distanza di tempo dal giorno in cui esse sono state raccolte¹⁰⁹, con l'ulteriore rischio che il giudice (collegiale) in concreto chiamato a provvedere sul merito possa essere costituito da persone fisiche diverse da chi ha disposto le prove, sentito le parti, escusso i testi¹¹⁰.

Quali ulteriori elementi di disfunzione vengono inoltre individuati il sistema della formazione progressiva della decisione della causa attraverso il meccanismo delle sentenze interlocutorie (peraltro immediatamente appellabili)¹¹¹ e gli scarsi poteri attribuiti al giudice nella direzione e conduzione del processo¹¹². In particolare, la passività del giudice risultava aggravata nel codice di rito del 1865 dalla mancanza del fascicolo di cancelleria e dalla preferenza esclusivamente accordata al cd. sistema dei fascicoli di parte, sistema nel quale ciascuna parte doveva raccogliere i propri atti, i propri documenti e le copie degli atti avversari in un fascicolo che veniva presentato al giudice solo nella ipotesi di richiesta di un provvedimento e che riservava sorte analoga anche ai verbali e provvedimenti presi dallo stesso giudice, di cui questi poteva dunque tener conto solo se ed in quanto prodotti dalla parte interessata¹¹³.

A questo modello processuale, fondato esclusivamente sulla scrittura, inidoneo ad assicurare che il giudice, nell'espletamento della funzione pubblica cui è chiamato, possa

¹⁰⁷ G. Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli 1922, p. 681. Si è fatto riferimento alla terza edizione invece che alla prima, risalente appunto al 1906, in quanto notevolmente ampliata.

¹⁰⁸ Per la enunciazione e il significato di tali principi, cfr. G. Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, cit., pp. 677 ss.

¹⁰⁹ Ivi, p. 681.

¹¹⁰ Ivi, p. 684, ove contrappone a tale modello quello del processo orale, nel quale in primo luogo si richiede che il giudice sia dall'inizio della causa sino alla decisione costituito dalle stesse persone fisiche.

¹¹¹ Sul significato delle sentenze interlocutorie e sulla formazione «pezzo per pezzo» della decisione finale quali meccanismi propri del codice di rito del 1865, v. R. Vaccarella, *Lezioni su processo civile di cognizione*, Bologna 2006, p. 49.

¹¹² G. Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, cit., p. 686.

¹¹³ Ivi, p. 705, ove l'Autore argomenta dall'art. 211 del codice di rito del 1865 secondo il quale il processo verbale relativo alla raccolta delle prove doveva essere prodotto in copia dalla parte.

avere piena e diretta cognizione della causa, e che viceversa lo abbandona ad un articolato e complesso gioco delle parti, il Chiovenda contrappone un modello processuale che vede l'udienza come il campo d'azione dell'attore e del convenuto, il momento in cui il giudice acquisisce e valuta le prove che lo indirizzano alla decisione finale.

Il superamento della criticata struttura processuale avviene, dunque, attraverso l'alternativa del processo orale, laddove con l'espressione oralità il Chiovenda non intende esigere «punto l'esclusione della scrittura dal processo come il nome potrebbe far credere agli inesperti: poiché la scrittura, da mezzo perfezionato, quale essa è, di esprimere il pensiero e di conservarne durabilmente l'espressione, non può non avere nel processo quel posto che ha in ogni rapporto della vita»¹¹⁴, ma intende richiamare, in una formula complessa, una sintesi di vari principi connessi e inscindibili fra loro¹¹⁵.

¹¹⁴ Ivi, p. 682. Sul punto sono ancor più significative le parole usate dall'Autore nella Relazione sulla proposta di riforma del codice di rito elaborata in seno alla Sezione VIII della Commissione reale per il dopoguerra, proposta che non venne mai attuata ma che ebbe un sicuro ritorno nella cultura giuridica del Novecento: «Ora, in tutti quei casi in cui occorre valutare la attendibilità delle dichiarazioni di qualcuno, sia parte, sia teste, sia perito, è certo che l'impiego della parola pone il giudice in grado di meglio apprezzarne la deposizione. Che se la verità dei fatti debba risultare da un contraddittorio, sia di parti, sia di testi, sia di periti, il confronto perde ogni efficacia nello scritto che lo riproduce. Ma anche nelle questioni meramente giuridiche, e in quelle in cui il materiale di fatto risulta tutto da documenti, come fu pure già osservato, la discussione orale, intesa non come declamazione accademica, ma come il conciso opporre di ragioni a ragioni, può condurre ad una definizione certamente più pronta e probabilmente migliore di quella maturata nella mente del giudice con la sola scorta della scrittura» (cfr. G. Chiovenda, *La riforma del procedimento civile proposta dalla Commissione per il dopo guerra*, Napoli 1920, pp. 23-24). Anche le conseguenze pratiche del principio dell'oralità del processo vengono in questa sede esposte e chiarite: «Ora esaminando attentamente la figura del processo orale, colla scorta delle norme proposte dalla Commissione, si vedrà facilmente: Che il processo orale riduce di due terzi almeno il numero degli atti giudiziari necessari in un processo scritto; che sia per la semplificazione degli atti, sia per la concentrazione dei mezzi istruttori in una udienza, viene a mancare la materia d'un numero enorme di questioni alimentate dal formalismo del processo scritto colla conseguente diminuzione d'incidenti, d'impugnazioni e di sentenze; che il divieto d'impugnare le interlocutorie separatamente dal merito riduca pure notevolmente le cause d'appello; che l'obbligo di risolvere gli incidenti all'udienza, procedendo seduta stante alla trattazione del merito, sopprime l'ingente quantità di cause incidentali a cui il processo scritto dà figura di cause autonome, mentre non sono che singole controversie appartenenti a un'unica causa (...); che infine l'attività del giudice delegato può essere usata per alleggerire il collegio di decisioni alle quali la collegialità è superflua, come le sentenze su rinuncia, su riconoscimento, su contumacia, in cui il giudice delegato può pronunciare come giudice singolo» (cfr. G. Chiovenda, *La riforma del procedimento civile proposta dalla Commissione per il dopo guerra*, cit., pp. 28-29).

¹¹⁵ Il Chiovenda, se infatti evidenzia che il principio dell'oralità non escluda *in toto* qualsivoglia forma di scrittura (la quale anzi dovrebbe avere la funzione di documentare quanto avvenuto in udienza), precisa tuttavia che esso non può concretarsi solo nella discussione orale all'udienza, che di solito si riduce ad un'attività superflua e ripetitiva di quanto già compiuto per iscritto ed aggiunge che se poi «l'istruttoria comprende esami testimoniali, interrogatorii, perizie, la discussione orale che avvenga mesi ed anni dopo che i testi e le parti furono sentiti da un giudice delegato è un non senso»; al contrario l'oralità si ricollega, in un suo primo significato all'immediatezza, e «significa che il giudice debba conoscere delle attività processuali (deduzioni, interrogatorii, esami testimoniali, confronti, perizie e così via) non in base alle morte scritture, ma in base all'impressione ricevuta, e sia pure rinfrescata con scritti, da queste attività avvenute davanti a lui, da lui, come usa dirsi, vissute» (p. 683). A questo primo significato, si aggiunge l'altra faccia dell'oralità, ossia la concentrazione (pp. 684 ss.): «in secondo luogo si richiede che il processo orale sia il più possibile concentrato in una udienza o in poche udienze vicine. Poiché quanto più le attività processuali sono prossime alla decisione del giudice, tanto minore è il pericolo che l'impressione riportata da questo si cancelli e che la memoria lo inganni (...). Questo principio della concentrazione è la principale conseguenza dell'oralità, e quella che più influisce sull'abbreviazione delle liti. Dire *oralità* è quanto dire *concentrazione*. E qui meglio si manifesta la differenza tra il processo orale e lo scritto: che

L'oralità, infatti, comprende secondo il Chiovenda una serie di principi consequenziali quali l'identità fisica del giudice della causa, la concentrazione della causa, l'inappellabilità delle sentenze interlocutorie e, secondo una costruzione profondamente concettuale che investe l'intero modello liberale di processo, i poteri del giudice: «Nel processo civile moderno il giudice non può conservare l'attitudine passiva ch'ebbe nel processo d'altri tempi. È ormai un concetto acquisito al moderno diritto pubblico che lo Stato è interessato nel processo civile: non certo all'oggetto della singola lite, ma a questo, *che la giustizia in ogni lite sia la più pronta e la migliore possibile (...)*. Il giudice dunque deve esser oggi munito anche nel processo civile di un'autorità che un tempo non ebbe. Autorità diretta sia a spingere sollecitamente la lite (con il fissare le udienze in modo che non v'abbiano a essere rinvii, col respinger domande tardivamente proposte, coll'eseguire d'ufficio le prove ammesse, col notificare d'ufficio i provvedimenti) sia a formare nel giudice una convinzione, la più giusta possibile (col farlo partecipare direttamente alla lite, sollecitando le parti a chiarire i punti più oscuri, a proporre nuove prove, a dare le indicazioni di fatto più importanti; chiamando le parti personalmente all'udienza, disponendo d'ufficio taluni mezzi istruttori e così via)»¹¹⁶.

Attraverso questo nuovo rito, il giudice, il quale assume un ruolo attivo e di direzione nella causa come espressione dello Stato, al quale è demandata la funzione di assicurare la giustizia, potrà e dovrà conoscere le attività processuali, come le deduzioni, gli interrogatori, gli esami testimoniali, le perizie non in base alle «morte scritte» ma in base all'impressione ricevuta da queste attività avvenute davanti a lui e da lui vissute.

La decisione del giudice non avviene, dunque, per volontà mediata delle parti attraverso le loro scritte ma in quanto frutto della conoscenza immediata delle ragioni dell'attore e del convenuto, che solo in udienza possono illustrare la fondatezza delle proprie pretese contenute nella domanda giudiziale e nelle scritte preparatorie di replica: «Le dichiarazioni giuridicamente rilevanti si faranno solo all'udienza; all'udienza, se s'intende mantenerle, si devono confermare oralmente le dichiarazioni annunciate, ma si possono modificare, rettificare, abbandonare queste dichiarazioni, e farne altre non annunciate. Spesso la dichiarazione orale non sarà che un richiamo delle dichiarazioni scritte, un riferimento alle scritte: ma una dichiarazione non s'intende fatta, se non è fatta o richiamata oralmente all'udienza»¹¹⁷.

Questa elaborazione teorica del processo che vede il giudice, come unica persona fisica¹¹⁸, presente in tutta la disamina delle ragioni avanzate dalle parti, che apre e chiude il

mentre l'orale tende necessariamente a restringersi in una o poche udienze vicine in cui tutte le attività processuali abbiano svolgimento, il processo scritto si diffonde invece in una serie indefinita di fasi e termini poso importando che una attività si svolga a distanza anche grande dall'altra, quando è sugli scritti che dovrà un giorno il lontano giudice giudicare».

¹¹⁶ G. Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, cit., pp. 686-687.

¹¹⁷ Ivi, p. 683. Sulla base del ruolo centrale dell'udienza in cui si acquisiscono le prove e si forma il convincimento del giudice si innesta il principio della immediatezza: «Il principio della immediatezza vuole che il giudice che deve pronunciare la sentenza abbia assistito allo svolgimento delle prove dalle quali deve ricavare il suo convincimento, sia cioè entrato in diretto rapporto colle parti, coi testimoni, coi periti e cogli oggetti del giudizio, in modo che possa apprezzare le dichiarazioni di tali persone e la condizione dei luoghi ecc. in base alla immediata impressione ricevutane, e non in base alla relazione altrui. Il principio della immediatezza è strettamente collegato coll'oralità, in quanto che solo nel processo orale può essere pienamente ed efficacemente applicato» (cfr. G. Chiovenda, *La riforma del procedimento civile proposta dalla Commissione per il dopo guerra*, cit., p. 25).

¹¹⁸ Il principio dell'identità delle persone fisiche che costituiscono il giudice durante la trattazione della

procedimento raccogliendo le prove (le quali non sono semplicemente prospettate dall'attore e dal convenuto ma che vengono plasmate, rese vitali e valutate in una udienza effettiva, concreta e concentrata) non si limita ad essere un semplice rimedio alle disfunzioni del modello liberale di processo ma ne mina le basi, affinché sia affermata con pieno vigore la funzione pubblica dell'*iter* processuale e del giudizio: «Il rapporto inverso che presenta la storia fra lo sviluppo degli organismi giurisdizionali e l'importanza dell'autodifesa non ci deve far pensare a una specie di contratto fra i poteri pubblici e il singolo, in virtù del quale questo rinunci alla sua libertà di reazione contro la lesione giuridica, perchè lo Stato assuma corrispondentemente la sua difesa. Nemmeno si deve pensare che la difesa giuridica che il privato attua da sé, sia la stessa cosa di ciò che avviene nel processo: il risultato economico può essere lo stesso, ma le due cose sono ben diverse. Nel processo si svolge una funzione pubblica e questa è l'*attuazione della legge*, cioè del diritto in senso obbiettivo. Questa è la destinazione del processo, non già *la difesa di diritti soggettivi*, come molti affermano»¹¹⁹.

L'attuazione della legge è la destinazione costante del processo e la sentenza che accoglie o rigetta la domanda dell'attore è affermazione di una volontà positiva o negativa non del giudice in quanto persona ma della legge, ossia del magistrato che esercita la funzione pubblica attribuitagli dallo Stato.

6. La separazione tra diritto ed azione.

Questa concezione del processo si connette strettamente al concetto chiovendiano di azione: se il processo è visto come organismo generale di attuazione della legge e non dei singoli diritti soggettivi (delle singole obbligazioni, secondo la terminologia del Chiovenda)¹²⁰, l'azione è vista come mezzo per ottenere nel processo l'espletamento della funzione pubblica che gli è riconosciuta.

Ed è su questo terreno che si coglie la distanza rispetto all'insegnamento dei predecessori dell'Università romana, che si realizza il superamento pieno dell'impostazione storicistica in favore di una ricostruzione di tipo dogmatico.

L'azione è definita come un diritto potestativo, come il potere giuridico di porre in essere la condizione per l'attuazione della volontà della legge. In quest'ottica, premetteva il

causa è visto derivare, nell'intervento riformatore del Chiovenda, dai principi dell'oralità e della immediatezza: «È chiaro infatti che tanto l'oralità quanto l'immediatezza non sono possibili se i singoli atti processuali si svolgono davanti a persone fisiche di volta in volta varianti; poichè l'impressione ricevuta dal giudice che assiste ad uno o più atti non può trasfondersi nell'atto che deve giudicare, ma solo potrebbe essergli rappresentata colla scrittura, nel qual caso il processo se fu orale rispetto al giudice istruttore, diventa scritto rispetto al decidente. Se dunque il giudice è collegiale, tutte le attività processuali, le dichiarazioni, le prove devono svolgersi davanti al collegio e non davanti a un giudice delegato. L'opera isolata del presidente o giudice delegato può essere utile nelle attività meramente preparatorie, ma non nella formazione del materiale di cognizione» (cfr. G. Chiovenda, *La riforma del procedimento civile proposta dalla Commissione per il dopo guerra*, cit., p. 25).

¹¹⁹ G. Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, cit., pp. 65-66.

¹²⁰ Parlando di obbligazione, secondo Chiovenda, si intende ogni diritto a una prestazione, perché ogni diritto, assoluto o relativo, tendente a una prestazione (positiva o negativa), si presenta come obbligazione nel processo: cfr. G. Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, cit., p. 46. In questa prospettiva, si vede precisato che mentre la obbligazione per sé impegna l'obbligato a procurare al creditore un bene della vita mediante la propria prestazione, la volontà della legge (che trova attuazione con il processo) mira a garantire il creditore (qualora non vi sia la spontanea attuazione da parte dell'obbligato, ossia l'adempimento) «con tutti gli altri possibili mezzi» all'infuori dell'obbligazione.

Chiovenda che non tutte le norme che regolano i rapporti dei soggetti giuridici sono eseguite dall'obbligato; né tutte le norme sono di natura da poter essere attuate dal singolo: in molti casi l'attuazione del diritto è operata da organi pubblici; e questi organi talora provvedono all'applicazione della legge di loro iniziativa, per dovere d'ufficio, talora vi possono provvedere soltanto su domanda di parte. In questi ultimi casi l'attuazione della legge dipende da una condizione, cioè dalla manifestazione di volontà di un singolo, il quale si dice avere azione.

L'azione è, dunque, un potere che spetta al singolo di fronte all'avversario, il quale resta semplicemente ad esso soggetto (non essendo tenuto a soddisfare l'altrui pretesa ma non potendo neppure impedirla), e che produce l'effetto giuridico dell'attuazione della legge. Per questo si configura come un bene e un diritto per sé stante.

Anzi, azione ed obbligazione (nel significato che sopra si è visto) sono due diritti soggettivi che, per quanto in stretto collegamento, sono tuttavia separati e la cui unità copre la volontà concreta della legge che va sotto il nome di diritto oggettivo.

La loro distinzione, ossia il fatto che l'azione è altro dal diritto soggettivo, dall'obbligazione e soprattutto non è il mezzo per dare ad essa attuazione (ma, viceversa, per dare realizzazione alla legge), si coglie in ciò, che l'azione – come diritto autonomo – nasce e si estingue indipendentemente dall'obbligazione: «l'azione di condanna si consuma coll'emanazione della sentenza definitiva, sebbene l'obbligazione resti in vita»¹²¹ nonché nel fatto che diversa è la norma che regola l'obbligazione (i.e. il diritto soggettivo sostanziale) e la norma che regola l'azione, la quale è assoggettata alla legge processuale¹²².

In tale prospettiva, nella quale – come si è detto – l'azione è un diritto a sé stante, un rapporto tra il singolo e l'ordinamento giuridico, tendente all'attuazione della legge e non meramente all'attuazione del diritto soggettivo (sostanziale), il Chiovenda si distacca dalla tendenza a predicare la scomponibilità dell'azione in tante tipologie quanti sono i beni della vita che si intendono veder garantiti nel processo¹²³ e prospetta che le uniche distinzioni possibili siano da ricollegarsi al tipo di provvedimento giudiziale richiesto per la stessa attuazione della legge¹²⁴. Propone, quindi, una classificazione invalsa fino ai nostri giorni¹²⁵ – che tuttavia si àncora, al fondo, all'idea unitaria dell'azione come diritto

¹²¹ Ivi, p. 47.

¹²² Esempificazioni ulteriori di questa autonomia dell'azione sarebbero da rinvenire nel caso dell'azione di accertamento (per il rilievo che in tale ipotesi nulla si pretende dall'obbligato-convenuto e l'azione è indipendente dal diritto che deve essere soddisfatto, il che peraltro si scontra con l'intrinseca bilateralità dell'azione e con il dato che anche per i diritti assoluti la tutela viene postulata, e l'azione proposta, nei confronti di un determinato soggetto) così come in relazione al potere riconosciuto al convenuto (nell'art. 345 c.p.c. 1865 e nell'art. 306 dell'attuale codice di rito) di opporsi alla rinuncia agli atti del giudizio quando intenda ottenere una declaratoria di infondatezza della domanda (ad una vittoria nel merito): qui non verrebbe in considerazione la violazione di alcuna norma e la lesione di alcun diritto soggettivo, ma semplicemente un potere del convenuto che è «pura azione»: cfr. G. Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, cit., p. 49 s.

¹²³ Ossia le consuete distinzioni fra azioni reali e personali, azioni mobiliari e immobiliari, azioni petitorie, azioni revocatorie, redibitorie e così via.

¹²⁴ Profilo di novità del pensiero di Chiovenda criticamente colto da S. Satta, C. Punzi, *Diritto processuale civile*, ed. XIII, Padova, 2000, p. 134, secondo i quali «dopo l'isolamento dell'azione, si è ritenuto di procedere a una diversa classificazione, fondata sulla natura del provvedimento giudiziale» dimenticando che «in realtà il numero delle azioni è infinito perché corrisponde agli interessi che la legge considera meritevoli di tutela e quindi si sottrae a ogni classificazione».

¹²⁵ Cfr. G. Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, cit., pp. 58 ss.

del tutto autonomo e staccato dal diritto sostanziale ¹²⁶ – tra azioni tendenti all’attuazione della legge mediante sentenza (a loro volta differenziabili, in base all’oggetto *immediato* del provvedimento giudiziale, in azioni di accertamento (mero), azioni di condanna e azioni costitutive); azioni tendenti all’attuazione della legge mediante accertamenti con prevalente funzione esecutiva (o azioni sommarie); azioni tendenti all’attuazione della legge mediante misure esecutive (azioni esecutive); azioni tendenti all’attuazione della legge mediante misure cautelari o provvisorie (azioni assicurative).

Al fine dell’attuazione dell’ordinamento oggettivo, ossia della legge, serve il processo, che – secondo il Chiovenda – proprio in quella trova la sua destinazione costante ¹²⁷ e che ha come oggetto «la volontà concreta di legge, della cui esistenza si tratta, e il potere di chiederne l’attuazione, cioè l’azione» ¹²⁸.

È in questa prospettiva che si colloca non solo l’ulteriore affermazione secondo la quale qualunque sia il contenuto della sentenza (di accoglimento o di rigetto), e dunque tanto laddove l’azione sia fondata quanto ove essa sia infondata, la sentenza è sempre attuazione o affermazione, positiva o negativa, della legge; ma anche la celeberrima definizione secondo la quale «il processo deve dare, per quanto è possibile praticamente, a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch’egli ha diritto di conseguire» ¹²⁹: definizione dalla quale si coglie sia la strumentalità ¹³⁰ del processo rispetto al diritto sostanziale che ha costituito il segno della dottrina processualcivilistica del Novecento (con rare voci dissonanti¹³¹) sia la posizione di autonomia, di distinzione del processo rispetto al diritto sostanziale.

La separazione tra diritto soggettivo, azione e processo si riverbera ancora sul modo di ricostruire una serie di istituti processuali, che tanta influenza ha esercitato nella scienza del processo.

Ci si riferisce, in particolare, all’impostazione secondo cui la serie di atti di cui si compone il processo è solo la «veste esteriore» di un rapporto, e precisamente del rapporto giuridico processuale¹³², appartenente al diritto pubblico, anch’esso inteso come autonomo rispetto all’affermazione della concreta volontà della legge che ciascuna parte postula nel processo e come autonomo rispetto alla stessa azione, «in quanto si fonda sopra un’altra volontà di legge, sulla norma cioè che obbliga il giudice a provvedere sulle

¹²⁶ Osservano infatti S. Satta, C. Punzi, *Diritto processuale civile*, ed. XIII, Padova, 2000, p. 128 che l’idea dell’*azione*, in contrapposizione alle *azioni*, o comunque l’idea dell’azione nella quale tutte le azioni si risolvono sorge proprio dal processo, dalla considerazione del suo esercizio nel processo e riflette la concezione di essa come diritto ed in particolare come diritto completamente autonomo rispetto al diritto sostanziale la cui tutela giurisdizionale si richiede.

¹²⁷ G. Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, cit., p. 67.

¹²⁸ Ivi, p. 83.

¹²⁹ Ivi, p. 81.

¹³⁰ Il Chiovenda precisi peraltro che non si tratta di subordinazione al diritto sostanziale bensì di coordinamento come di mezzo a scopo: G. Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, cit., p. 80.

¹³¹ Per una critica alla separazione tra diritto sostanziale, azione e processo e al dualismo che ne è derivato cfr. S. Satta, C. Punzi, *Diritto processuale civile*, cit., pp. 128 ss.

¹³² Categoria che il Chiovenda riprende dalla dottrina tedesca ed in particolare da O. Bülow, *Die Lehre von den Prozesseinreden und den Prozessvoraussetzungen*, Giessen 1868, p. 3. In argomento, per l’indicazione della dottrina tedesca ed italiana che ha affermato la teoria del rapporto giuridico processuale nonché per una discussione critica sulla stessa, cfr. C. Punzi, *L’interruzione del processo*, Milano 1963, pp. 36 ss., il quale rileva che tra le esigenze che si è inteso soddisfare con tale costruzione dogmatica vi è stata la fondamentale affermazione dell’autonomia del processo rispetto al rapporto giuridico materiale.

domande delle parti quali che siano»¹³³. Il rapporto giuridico processuale viene inteso come una sintesi di poteri e doveri che spettano ai suoi soggetti – l'organo giurisdizionale, da un lato, e le parti dall'altro – da cui il carattere di sua complessità; e si costituisce mediante la domanda giudiziale nel momento in cui essa venga comunicata (notificata) all'altra parte¹³⁴.

L'astrazione del processo dal diritto sostanziale ed anche dall'azione ha inoltre condotto alla costruzione teorica dei presupposti processuali e delle c.d. condizioni dell'azione¹³⁵ nonché alla distinzione fra gli uni e le altre: i primi (come la competenza, la capacità processuale) intesi quali condizioni perché si abbia una qualsiasi pronuncia, favorevole o sfavorevole, sulla domanda, per modo che, anche ove il giudice neghi la loro esistenza, non viene tuttavia negata l'azione che resta impregiudicata¹³⁶; le seconde quali condizioni necessarie per ottenere un provvedimento favorevole, o condizioni di ipotetica accoglibilità della domanda, e fatte coincidere con: *i*) l'esistenza di una volontà di legge che garantisca ad alcuno un bene, obbligando il convenuto ad una prestazione; *ii*) la qualità o legittimazione ad agire, intesa come «identità della persona dell'attore colla persona favorita dalla legge e della persona del convenuto colla persona obbligata»; *iii*) l'interesse ad agire o interesse a conseguire il bene per opera degli organi pubblici.

Il dualismo diritto sostanziale-processo e l'astrazione del secondo dal primo, propugnati dai *Principii* di Chiovenda, permeano la configurazione delle predette condizioni dell'azione nonché la loro disciplina. Esse divengono figure di schietta matrice processuale, separate dagli interessi di cui le parti sono in concreto portatrici quando invocano la tutela giurisdizionale: e così, ad esempio, l'interesse ad agire diviene un interesse processuale distinto dall'interesse sostanziale sottostante¹³⁷, tale quindi da integrare una questione di rito e non già attinente al merito della causa, al pari della legittimazione ad agire¹³⁸.

¹³³ G. Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, cit., pp. 91 ss.

¹³⁴ Principio che ha svolto una influenza determinante nella moderna dottrina del processo in relazione all'individuazione del momento di produzione degli effetti della domanda e il quale riemerge, con spunti problematici, anche in recenti arresti giurisprudenziali in relazione alle ipotesi in cui atto introduttivo del giudizio sia non già la citazione ma il ricorso che viene dapprima depositato presso la cancelleria del giudice e quindi notificato (unitamente al decreto di fissazione dell'udienza) alla controparte.

¹³⁵ La derivazione della teoria dei presupposti processuali e delle condizioni dell'azione dal rapporto giuridico processuale e dal dualismo diritto-azione è messa in evidenza, con notazioni critiche, da C. Punzi, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, Torino 2010, I, pp. 12 ss.

¹³⁶ Cfr. G. Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, cit., p. 96.

¹³⁷ Ivi, p. 154. Nota è la critica di Redenti a tale configurazione, stigmatizzata come «quinta ruota del carro»: E. Redenti, *Diritto processuale civile*, Milano 1947, I, p. 37.

¹³⁸ Critico S. Satta, *Interesse ad agire e legittimazione*, in "Foro italiano", 1954, IV, cc. 169-178; e più di recente C. Punzi, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, cit., I, p. 13, il quale osserva che il fatto che talvolta «la titolarità, dal lato attivo o passivo, del rapporto giuridico dedotto in giudizio possa essere negata dal giudice sulla sola base della prospettazione dei fatti contenuta nella domanda giudiziale non vale a trasformare in processuale una questione che concerne l'appartenenza dell'interesse fatto valere in giudizio dall'attore nei confronti del convenuto e perciò la fondatezza nel merito della domanda».