

Giordano Ferri

Tra dogmatismo e antidogmatismo. Considerazioni sugli studi processual-civilistici alla Sapienza romana

SOMMARIO: 1. Il nuovo metodo nella dottrina processualistica di Giuseppe Chiovenda: la funzione pubblica del giudizio e la teoria dell'azione. – 2. I primi studi processuali di Riccardo Orestano come spinta per un lavoro in *progress*. – 2.1 Il punto di partenza per una giovanile riflessione antidogmatica del processo civile romano. – 2.2 Il problema dell'azione tra dogmatismo e storicità delle soluzioni. – 3. Il progressivo allontanamento dalla impostazione chiovendiana: i propositi di Arrigo Solmi. – 3.1 Antonio Segni e il nuovo modo di pensare il diritto processuale civile. – 3.2 L'approccio di Salvatore Satta in una ricostruzione antidogmatica del processo civile: l'azione e la sussistenza del diritto. – 4. La teoria dell'azione nelle invecchiate pagine di Emilio Betti: un parziale ridimensionamento degli approdi chiovendiani. – 5. *Actio* e diritto subiettivo nel pensiero giovanile di Giovanni Pugliese: l'enucleazione di una categoria più estesa – 6. Qualche pagina recente per le conclusioni.

ABSTRACT: The present article deals with the developments of the doctrines of civil procedure within the Law Faculty in Rome from Giuseppe Chiovenda times through 60's of the XX century.

Observations made by civil procedure professors on the nature of the trial and on the relationship between substantive law and procedural law are in comparison with significant historic and legal studies completed during the first half of the XX century. Such studies are completely consistent with the fundamentals of the German Pandettistica or, alternatively, in contrast with historiographic schemes and categories of the nineteenth-century doctrine. Within this doctrinal debate between positive law experts and legal historians, one of the most interesting themes is whether the "actio" should be intended as an autonomous potestative right or a procedural right arising out of the violation of a specific legal status.

KEY WORDS: Actio; Potestative right; Procedural law; German Pandettistica.

1. Il nuovo metodo nella dottrina processualistica di Giuseppe Chiovenda: la funzione pubblica del giudizio e la teoria dell'azione

Negli anni immediatamente successivi alla proclamazione del Regno d'Italia¹

¹ Da quel momento in cui la scienza giuridica italiana fino ad allora "riposata sui mietuti allori" – come ebbe a sostenere Filippo Serafini in un giudizio impietoso, poi criticato, espresso nell'Archivio giuridico del 1869 – seppe emergere dalla marginalità in cui si trovava relegata all'inizio del XIX secolo e vivere una crescita significativa. Sul punto si vedano P. Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano 2000, pp. 40-42, 44; E. Stolfi, *Serafini, Filippo*, in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII - XX secolo)*, diretto da I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone, M.N. Miletto, II, pp. 1850 ss. Da ultimo si veda inoltre M. Caravale, *Introduzione*, in M. Caravale-F.L. Sigismondi (curr.) *La Facoltà giuridica romana in età liberale. Proslusioni e discorsi inaugurali*, Napoli 2014, p. XIII. Sull'impronta significativa che Serafini lasciò nell'ateneo romano quando il Diritto comune era divenuto un diritto non più vigente ma esclusivamente storico, si veda A. Fiori, *Il più atteso postliminio. La Sapienza di Roma da università pontificia ad università italiana*, in G. Cazzetta (cur.), *Retoriche dei giuristi e costruzione dell'identità nazionale*, Bologna 2013, pp. 155 ss.

L'ordine degli studi della Facoltà giuridica romana era ancora caratterizzato dalla tradizionale impostazione di origine medievale in cui il diritto romano e il diritto canonico godevano della centralità dell'insegnamento. Tale ordinamento, infatti, ammetteva come ulteriori discipline soltanto il diritto penale e il commerciale.

Il quadro mutò sensibilmente dopo l'annessione di Roma al Regno d'Italia quando la Facoltà promosse un più ricco e diverso corso di studi². L'insegnamento della procedura civile negli ultimi tre decenni dell'Ottocento venne perlopiù affidato a docenti di altre materie che avevano talvolta manifestato interessi scientifici per questioni specifiche del rito civile.

In questa cornice si nota come i singoli contributi di questi docenti costituirono le basi, le ragioni embrionali di quella reazione al *dictum* del legislatore unitario che avrebbe portato alla elaborazione teorica di un modello di processo antagonista alla "costruzione" liberale del rito civile impressa nel codice del 1865³. Infatti, le affermazioni dottrinali rivolte alle scelte del legislatore unitario attraverso un esame storico degli istituti processuali⁴, un richiamo agli aspetti sociali dei fenomeni giuridici⁵ ed un primo impulso ad elaborazioni concettuali⁶, lasciarono 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

² Sull'evoluzione normativa di quegli anni, cfr. M. Ghiron, *Studi sull'ordinamento della Facoltà giuridica*, Roma 1913, pp. 159-174.

³ Sul punto ci si permette di rinviare a G. Ferri, *Studi di diritto processuale civile nella Facoltà giuridica romana XIX e XX secolo*, in "Historia et ius. Rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna", 4 (2013), paper 9, pp. 1-36.

⁴ La necessità di un esame storico degli istituti processuali è presente, ad esempio, nel pensiero di Giuseppe Saredo espresso nella prolusione romana del 23 novembre 1872, quando il giurista, dopo aver accolto la tesi savignyana del diritto giudiziario come organica manifestazione del popolo, richiama esplicitamente il monito di Filippo Serafini sull'importanza di studiare nella loro origine e nel loro svolgimento storico le fonti da cui sono tratte le disposizioni dei codici: cfr. G. Saredo, *Introduzione allo studio della procedura civile e dell'ordinamento giudiziario. Prolusione 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. 11 ss. È presente altresì nel pensiero di Enrico Galluppi sulla teoria dell'opposizione del terzo fatta risalire ad un frammento del giurista romano Paolo (inteso dall'autore come principio di diritto naturale) e dalle Decretali di Gregorio IX che partivano dal presupposto che se l'interesse sociale e la stabilità nei diritti privati esigevano che, decisa una controversia giuridica, la pronuncia del magistrato si debba ritenere come la espressione della verità, questo stesso interesse sociale richiede che a tale principio non si attribuisca un valore assoluto ed illimitato: cfr. E. Galluppi, *Teoria della opposizione del terzo come mezzo per impugnare le sentenze*, Torino 1895.

⁵ L'approdo nella processualistica romana delle influenze del socialismo giuridico si connota nell'opera di Carlo Lessona. Per la ricca bibliografia sull'autore e sul punto in questione si rinvia a G. Ferri, *Studi di diritto processuale civile nella Facoltà giuridica romana XIX e XX secolo*, cit., pp. 18-23.

⁶ Si pensi ad una prima dogmatica ricostruzione della teoria dell'azione operata da Vincenzo Simoncelli: cfr. 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, pp. 40 ss. Anche sulle argomentazioni assunte da Simoncelli in tema di azione si rinvia a G. Ferri, *Studi di diritto processuale civile nella Facoltà giuridica romana XIX e XX secolo*, cit., pp. 23-26.

destinato a rimanere un insieme di proposte e di intenti appunto scientifici, senza mai trasmigrare interamente nella penna del legislatore. Sono anche proposte e intenti che, sebbene lontani dal rimaner costretti nella vicenda intellettuale di Giuseppe Chiovenda⁷, si affermano per una originalità di pensiero così singolare che è imprescindibile il ricondurli al loro autore.

Nella Facoltà giuridica romana il Chiovenda fece ingresso come libero docente nell'anno accademico 1900-1901 e tenne la prolusione su *Le forme nella difesa giudiziale del diritto* 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 Napoli.

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»⁸, il Chiovenda 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 gli individui sentissero il più possibile la loro opportunità e il meno possibile le limitazioni alla libertà d'agire per la difesa del diritto.

Si rinviene nel suo pensiero una concezione del rito civile più matura e più prossima ad una elaborazione teorica e concettuale del processo. Una elaborazione che muove indubbiamente dalla preliminare idea di costruire un sistema del diritto processuale civile italiano.

Nei suoi *Principii* traspare 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.

Come ben considerato anche dall'attenzione critica di Nicola Picardi⁹, fin dalla nota storica che introduce i *Principii* Chiovenda evidenzia come tratto patologico del processo l'assoluta estraneità dai principi di oralità, immediatezza e concentrazione: tale estraneità determina una serie di inconvenienti che

⁷ Sulla vita e le opere di Chiovenda si veda da ultimo M. Meccarelli, *Giuseppe Chiovenda*, in *Enciclopedia Italiana di Scienze, Lettere ed Arti. Il contributo italiano alla storia del pensiero*, VIII appendice, Roma 2012, pp. 463 ss. Altra bibliografia è riportata in G. Ferri, *Studi di diritto processuale civile nella Facoltà giuridica romana XIX e XX secolo*, cit., pp. 26-27, in particolare n. 97 e n. 99.

⁸ G. Chiovenda, *Le forme nella difesa giudiziale del diritto*, in "Rivista italiana per le scienze giuridiche", 1901, p. 194.

⁹ N. Picardi, *Riflessioni critiche in tema di oralità e scrittura*, in "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", 1973, pp. 1 ss.

producono uno scollamento tra l'attività processuale in concreto svolgasi e la decisione della causa¹⁰. Il superamento della criticata struttura processuale avviene, dunque, attraverso l'alternativa del processo orale, laddove con l'espressione oralità il Chiovenda non intende esigere l'esclusione della scrittura ma intende richiamare, in una formula complessa, una sintesi di vari principi connessi e inscindibili fra loro. 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. Attraverso questo nuovo rito il giudice assume un ruolo attivo e di direzione nella causa come espressione dello Stato, a cui è demandata la funzione di assicurare la giustizia, e 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.

Tale concezione del processo si connette strettamente al concetto chiovendiano di azione¹¹: 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), 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. 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. Il fatto che l'azione è altro dal diritto soggettivo, dall'obbligazione e soprattutto non è il mezzo per dare a questa attuazione (ma, viceversa, per dare realizzazione alla legge), comporta che essa – come diritto autonomo – nasce e si estingue indipendentemente dall'obbligazione. Chiovenda propone, quindi, una classificazione – invalsa fino ai nostri giorni – che tuttavia si ancora, al fondo, all'idea unitaria dell'azione come diritto del tutto autonomo e staccato dal diritto sostanziale¹².

¹⁰ G. Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli 1922, pp. 681 ss.

¹¹ Ivi, pp. 46 ss. Sul concetto chiovendiano di azione, per un'analisi più approfondita del ragionamento del processualista, si rinvia a G. Ferri, *Studi di diritto processuale civile nella Facoltà giuridica romana XIX e XX secolo*, cit., pp. 33-36.

¹² 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.

2. I primi studi processuali di Riccardo Orestano come spinta per un lavoro in progress

Questa prospettiva dogmatica e sistematica del diritto processuale di Chiovenda, pochi anni prima della conclusione della sua carriera scientifica e didattica e pochi anni prima della sua morte, pur nella consolidata tradizione degli studi romanistici dell'Ateneo romano, iniziava, non senza pause o difficoltà, ad essere destinata ad un ripensamento sul piano storico-giuridico.

Si è fatto riferimento alla consolidata tradizione della romanistica dei primi del Novecento in quanto l'identità di tali studi nella Facoltà giuridica romana, negli anni dei *Principii* di Chiovenda, si presentava fortemente caratterizzata dalla impostazione scientifica e dal punto di vista del fondatore del *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano* Vittorio Scialoja¹³ che, sebbene attento a sostenere come nelle lezioni di Pandette il docente dovesse rivelare ai discenti l'indole controversa del pensiero giuridico romano, aveva sempre finito per considerare le fonti ante giustinianee e lo stesso *Corpus iuris civilis* come modello dell'ordinamento sistematico vigente¹⁴. Non è un caso che la sua attenzione ad alcune questioni del diritto processuale si palesi attraverso una trattazione dogmatica¹⁵ e insieme positivista della procedura civile romana¹⁶.

¹³ Sul ruolo centrale di Vittorio Scialoja nell'insegnamento romano si veda da ultimo L. Moscati, *Nugae civilistiche. Sulla scuola romana del primo Novecento*, in "Jus civile", VI (2017), pp. 572 ss. Ampia la bibliografia sulla vita e le opere del romanista. A tal riguardo si rinvia a: M. Brutti, *Vittorio Scialoja. Diritto romano e sistema nel tardo Ottocento*, in "Bullettino dell'Istituto di Diritto romano", CV (2011), pp. 71 ss.; Id., *Vittorio Scialoja, Emilio Betti. Due visioni del diritto civile*, Torino 2013, pp. 65 ss.; A. Fiori, *Le prosluzioni storico-giuridiche e romanistiche della Facoltà di Giurisprudenza (1871-1922)*, in *La Facoltà giuridica romana in età liberale. Prosluzioni e discorsi inaugurali*, cit., pp. 456 ss.;

¹⁴ Da ultimo, in tal senso, su questo particolare aspetto della recezione del filone di studi romanistici tedeschi nella civilistica italiana dei primi del Novecento, con una convergenza di prospettive, si sono espressi: N. Irti, *Scuole e figure del diritto civile*, Milano 2002, pp. 47 ss.; M. Caravale, *Storia del diritto nell'Europa moderna e contemporanea*, Roma-Bari 2012, pp. 384 ss.; S. Solimano, *Tendenze della civilistica postunitaria*, in *Enciclopedia italiana di scienze, lettere ed arti. Il contributo italiano alla storia del pensiero*, cit., pp. 381 ss.; Id., *Un secolo giuridico (1814-1916). Legislazione, cultura e scienza del diritto in Italia e in Europa*, in P. Alvazzi del Frate-M. Cavina-R. Ferrante-N. Sarti-S. Solimano-G. Speciale-E. Tavilla, *Tempi del diritto. Età medievale, moderna, contemporanea*, Torino 2016, pp. 360 ss.

¹⁵ A tal riguardo si vedano: F. Cipriani, *Le dimissioni del professore Mortara e i 'germanisti' del preside Scialoja*, in "Rivista di diritto processuale", XLV (1990), pp. 770 ss.; Id., *Storie di processualisti e di oligarchi. La procedura civile nel Regno d'Italia (1866-1936)*, Milano 1991, pp. 55 ss.; Id., *Vittorio Scialoja e la maiuscola reverenziale di Giuseppe Chiovenda*, in "Diritto romano attuale", III (2000), pp. 71 ss.; Id., *Vittorio Scialoja e la procedura civile*, in "Foro italiano", CXXXI (2006), V, pp. 265 ss.; Id., *Giuseppe Chiovenda e la 'Rivista italiana per le scienze giuridiche' (ancora sul dissidio tra Scialoja e Chiovenda)*, in "Giusto processo civile", IV (2009), pp. 1271 ss.; A. Carratta, *Vittorio Scialoja ed il processo civile*, in "Bullettino dell'Istituto di Diritto romano «Vittorio Scialoja»", Quarta Serie, I (2011), pp. 103 ss.

¹⁶ A prescindere dal necessario e doveroso inquadramento della formazione di Scialoja nella figura del *Volljurist* – per usare un'espressione in cui si sarebbe poi riconosciuto Ernst Zitelmann nella celebre conferenza sull'educazione del giurista del 1909 – come ben evidenziano i suoi diversi contributi su questioni di diritto processuale vigente, ad esempio, in tema di azione di nullità contro i lodi arbitrali (cfr. V. Scialoja, *L'impugnativa delle decisioni arbitrali in materia di commutazione di prestazioni fondiari secondo la legge 8 giugno 1873*, estratto da "Foro Italiano", Anno XXV, Fasc. XXI, Città di Castello 1990, pp. 3-

Benché le sue lezioni su *Procedura civile romana. Esercizio e difesa dei diritti* del 1894 si distanzino ad esempio da quella che sarà l'operazione concettuale di Chiovenda¹⁷, in quanto calibrate sull'idea che l'azione è un atto giuridico con cui si garantisce il rapporto giuridico¹⁸ e dunque "chi intenta un'azione esercita il proprio diritto, appunto perchè la difesa del diritto è un elemento costitutivo del diritto stesso"¹⁹, appare evidente, sotto un profilo più generale, come la costruzione romanistica del processo avvenga sia nell'ambito di un pensiero giuridico plasmatosi ancora sul metodo storico contenuto nel *Der römische Zivilprozess und die Aktionen* del Keller – la cui edizione (la terza) citata da Scialoja

15) o in tema di determinazione della natura della causa (civile o commerciale) al fine di individuare i termini per appellare (cfr. Id., *Sull'art. 485 Cod. Proc. Civ.*, estratto da "Rivista di Diritto commerciale, industriale e marittimo, Anno I, fasc. 4, Milano 1903, pp. 3-6), i suoi interventi tecnici in qualità di senatore del Regno contro l'istituzione perpetua di una giurisdizione speciale occasionalmente attribuita alle commissioni parlamentari d'inchiesta per le spese di guerra e sulla gestione delle terre liberate (cfr. Id., *Contro le giurisdizioni speciali*, estratto da "Le leggi e i Decreti Reali secondo l'ordine della inserzione nella Gazzetta Ufficiale", Anno 1922, fasc. I, Roma 1922, pp. 3-18), si può agevolmente comprendere come, ad esempio, la trattazione dei limiti all'esercizio dei diritti (ed il connesso problema della collisione dei diritti) implichi nel suo pensiero un dialogo costante tra l'uso delle categorie romanistiche e il diritto vigente (cfr. Id., *Procedura civile romana. Esercizio e difesa dei diritti. Lezioni del prof. Vittorio Scialoja raccolte da C. Mapei e E. Nannini*, Roma 1894, pp. 20-35 e, prima ancora, Id., *Aemulatio*, in *Enciclopedia giuridica italiana*, I, Parte II, Sezione Prima, 1892, pp. 444-452).

Appare così certamente fondato il giudizio espresso da Franco Cipriani laddove sostiene che "anche a prescindere dai risvolti accademici l'«invasione» del romanista Scialoja e dei suoi «germanisti» nel campo della procedura civile italiana suscita perplessità *ante omnia* sul piano strettamente scientifico: un processualista italiano, che ha il compito istituzionale di studiare il processo civile italiano, deve conoscere anche gli stranieri, ma non può attenersi solo agli stranieri, né tanto meno può ignorare ostentatamente gli italiani, specie se del calibro di Pescatore, Pisanelli, Mattiolo, Mortara, Manfredini e Lessona" (cfr. F. Cipriani, *Scritti in onore dei patres*, Milano 2006, p. 243).

¹⁷ Benché Antonio Carratta sottolinei come l'allontanamento chiovendiano dalla ricostruzione pandettistica del concetto romano di azione vada inteso in modo più sfumato: "Significativa, anzitutto, è la circostanza che la parte introduttiva del corso di Scialoja dedicata alla «teoria delle azioni» si apra con la celebre definizione dell'azione di Celso (*Actio autem nihil aliud est quam ius perseguendi iudicio quod sibi debetur*. D. 44, 7, 51, *de obligat. et act.*), alla quale si accompagna subito la considerazione che essa rappresenti «solo ... una definizione d'uno dei molteplici aspetti sotto cui il concetto di azione a noi si presenta», essendo evidente che «nel senso in cui noi adoperiamo questa parola» occorre riconnettervi ulteriori aspetti. Ed è nella enucleazione di questi ulteriori aspetti del concetto di azione che il discorso ci pare presenti le novità più interessanti, solo parzialmente riprese nella successiva elaborazione del sistema chiovendiano" (cfr. A. Carratta, *Vittorio Scialoja ed il processo civile*, cit., p. 115).

¹⁸ Del resto, negli anni Novanta dell'Ottocento, come ben noto, Scialoja tradusse il *System des heutigen römischen Rechts* di Savigny e ne sposò convintamente la tesi che vedeva l'azione come consustanziale al diritto soggettivo: cfr. F.C. Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. ital. V. Scialoja, Torino 1893, V, pp. 4 ss.

¹⁹ V. Scialoja, *Procedura civile romana. Esercizio e difesa dei diritti. Lezioni del prof. Vittorio Scialoja raccolte da C. Mapei e E. Nannini*, cit., p. 16. Dedicando un capitolo alla *Teoria delle azioni*, Vittorio Scialoja, con una argomentazione forse incoerente, scrive: "Posso dire invece io «ho un'azione» avendo solo di mira il punto di vista meramente processuale; e tanto può diventare meramente processuale, e distaccarsi dal diritto sostanziale questo concetto, che si può giungere fino a dire che si ha azione nonostante che non si abbia diritto, perché tutti possono agire in giudizio, anche coloro che non hanno diritto, salvo poi a perdere necessariamente la lite e pagare le spese e i danni; ma intanto si può agire. Ma questo concetto meramente processuale non si ha mai in mira né dai Romani né da noi" (cfr. *ivi*, p. 103).

è quella del 1863 curata dal Krüger e poi tradotta in italiano da Filomusi Guelfi²⁰ – sia tenendo in considerazione, proprio per il rapporto tra diritto sostanziale (obbligazione) e diritto processuale (azione), le *Pandekten*²¹ del Dernburg, del Regelsberger, del Brinz, dell'Hölder, del Puchta e del Windscheid²².

Non sarà un caso che lo stesso Pietro Bonfante²³, il quale, come allievo, marcò la giovanile svolta storicistica di Scialoja, andando forse oltre il punto di vista del maestro, con una trattazione degli istituti romani completamente immersa nella storia²⁴, rinviene nell'antitesi tra la natura di azione enucleata dalla giurisprudenza romana classica e quella manifestatasi nel diritto giustiniano le ragioni delle diverse posizioni della processualistica del XIX secolo, sottolineando come la teoria della giurisprudenza dei concetti si conformi sostanzialmente al diritto romano puro²⁵.

²⁰ F.L. von Keller, *Il processo civile romano e le azioni*, trad. F. Filomusi Guelfi, annotazioni di N. de Crescenzo, Napoli 1872. La stessa struttura delle lezioni di Scialoja appare modulata sull'opera del Keller: basti pensare che perdura nel pensiero di Scialoja la concezione non unitaria delle *extraordinariae cognitiones* e la consapevolezza di ricostruire storicamente l'evolversi di questa procedura di giudizio così diversa dalla tradizionale *datio iudicis* a prescindere dal dibattito dottrinale accessosi in quegli anni e che vedeva posizioni contrapposte con una tendenza prevalente a considerare la natura monolitica dell'istituto, come poi avrebbe rilevato, a partire dai suoi studi giovanili, Riccardo Orestano.

²¹ Lo stesso Scialoja, in una nota introduttiva alla raccolta di lezioni, evidenzia la necessità di rifarsi ai trattati tedeschi di Pandette benché consapevole che “mentre noi facciamo diritto romano puro, tratteremo anche della procedura romana pura, gli autori tedeschi di Pandette, quando non si limitano semplicemente alla parte di diritto civile, ma entrano nel campo della procedura, si riferiscono alla procedura tedesca attuale” (cfr. V. Scialoja, *Procedura civile romana. Esercizio e difesa dei diritti. Lezioni del prof. Vittorio Scialoja raccolte da C. Mapei e E. Nannini*, cit., p. 7).

²² Si sottolinea come gli esponenti della Pandettistica tedesca siano concordi nel ritenere che la erronea concezione dell'*actio* romana come generata dalla violazione di un diritto sia da ricondurre alla costruzione savignyana operata nel V volume del suo *System des heutigen römischen Rechts* ove il fondatore della Scuola storica sostiene che l'azione, manifestandosi in posizione di difesa del diritto subiettivo sottostante, aveva lo scopo di tutelare la persona al verificarsi di determinati eventi lesivi. Emblematiche al riguardo appaiono le argomentazioni critiche del Windscheid che riprendono quelle degli interpreti della dottrina tedesca coeva e precedente: cfr. B. Windscheid, *Die Actio des römischen Civilrechts, vom Standpunkte des heutigen Rechts*, Düsseldorf 1856, pp. 5 ss.

²³ Per una efficace sintesi del pensiero di Bonfante e per i riferimenti bibliografici si veda, da ultimo, l'articolata e complessa voce di Luigi Capogrossi Colognesi, *Bonfante Pietro*, in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII - XX secolo)*, cit., I, pp. 292-295.

²⁴ Perché “il fine pratico è svanito. La tendenza attuale nello studio e nell'insegnamento non può essere che scientifica” in forza del fatto che “il diritto romano non è più diritto vigente, e non può essere insegnato come un diritto vigente, cioè come un complesso di norme pratiche destinate a reale applicazione; poiché qui calza veramente il dilemma di Omar: O queste norme dicono lo stesso che le leggi nostre, ed è inutile ripeterle, o non dicono lo stesso, ed è male aggravare e confondere infirmum animum studiosi con l'insegnamento di un diritto diverso” (cfr. P. Bonfante, *Diritto romano*, ristampa corretta della I edizione, a cura di G. Bonfante, G. Crifò, Milano 1976, pp. 82-83, laddove l'autore, nel 1900, si soffermava sul carattere attuale dello studio del diritto romano, sul suo valore storico-sociologico e sul metodo critico-naturalistico delle discipline giuridiche).

²⁵ Ivi, pp. 379-380: “Ma nel senso che sopravvive ancora oggidì, l'azione designa il momento dinamico del diritto, il vero momento discreto della norma giuridica dalle altre norme sociali. Il diritto subiettivo, la facoltà di agire nel mondo esteriore, si tramuta con la violazione in una diversa facoltà di agire contro l'autore della violazione, l'esercizio della quale in ordine al diritto si differenzia dalla

A sovvertire gli schemi della tradizionale impostazione degli studi storico-giuridici²⁶ fu la voce del giovane Riccardo Orestano²⁷ che, nel dicembre del 1932, con la dissertazione della tesi di laurea su *La cognitio extra ordinem*, scritta sotto la guida di Salvatore Riccobono²⁸, iniziava a contrapporre i dati concreti della realtà storica a quella che si svelerà essere una categoria concettuale esclusivamente storiografica. Del resto il suo maestro, pur avendo avuto un legame intenso con Windscheid nella formazione giovanile in Germania, proprio in quegli anni si era reso sensibile ad un indirizzo critico che mirava a rintracciare nella compilazione giustiniana le alterazioni testuali apportate al pensiero giurisprudenziale classico, con una spinta ad abbandonare l'impostazione dogmatica della Pandettistica. Dopo alcuni contributi di Orestano sulla *cognitio extra ordinem* – si noti per inciso – lo stesso Riccobono, ormai collocato a riposo dall'insegnamento universitario da quattordici anni, pubblicava in onore di Fernando De Visscher la *Cognitio extra ordinem. Nozione e caratteri del "ius novum"*²⁹ nella *Revue internationale des droits de l'antique* del 1949.

Le ricerche orestane – non essendo la tesi di laurea mai stata pubblicata nella sua originale versione – confluirono nella monografia su *Il potere normativo degli imperatori e le costituzioni imperiali*³⁰ e sul contributo *Ius singulare e privilegium in diritto romano. Contributo storico-dogmatico*³¹, entrambi del 1937, e soprattutto nella

facoltà di agire corrispondente alle altre norme sociali via via che cresce l'ingerenza dello Stato nelle forme di procedimento. La storia del processo romano rappresenta luminosamente la progressiva differenziazione del concetto specifico di diritto. In questo senso lato ed astratto anche l'eccezione rientra nel concetto dell'azione, e per vero i Romani stessi convengono che dal momento in cui oppone l'eccezione, il convenuto diventa attore: non vi è altra differenza se non che l'eccezione per il suo carattere negativo non può iniziare il processo. La facoltà di agire, inerente in potenza a qualunque diritto, e in certo senso inseparabile dal diritto, vien concepita come un'entità a sé, in quanto il diritto può essere ridotto dalla violazione al suo puro momento dinamico”.

²⁶ Sarà lo stesso Orestano a dichiararlo nella sua ultima lezione tenuta presso l'Aula III della Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza nel 1979, lezione pubblicata a cura degli allievi con il titolo *Lasciando la cattedra*, in “Foro italiano”, LII (1979), pp. 141 ss.

²⁷ Per la vita e le opere, oltre alla voce di M. Campolunghi, *Orestano Riccardo*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, cit., II, pp. 1461-1464, si vedano: P. Grossi, *Storia di esperienze giuridiche e tradizione romanistica (a proposito della rinnovata e definitiva 'Introduzione allo studio del diritto romano' di Riccardo Orestano)*, in “Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno”, XVII (1988), pp. 533-550; A. Masi, *Riccardo Orestano (1909-1988)*, in “Iura. Rivista internazionale di diritto romano e antico”, XXXIX (1988), pp. 260 ss.; M. Brutti, *Antiformalismo e storia del diritto. Appunti in memoria di Riccardo Orestano*, in “Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno”, XVIII (1989), pp. 675-728; P. Grossi, *Testimonianza per un maestro: Riccardo Orestano*, in “Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno”, XXXIX (2010), pp. 919-928.

²⁸ Sulla vita e le opere si veda, da ultimo, la voce di M. Varvaro, *Riccobono Salvatore*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, cit., II, pp. 1685-1688.

²⁹ S. Riccobono, *Cognitio extra ordinem. Nozione e caratteri del ius novum*, in “Revue Internationale des Droits de l'Antiquité”, III (1949), pp. 277 ss.

³⁰ R. Orestano, *Il potere normativo degli imperatori e le costituzioni imperiali*, Roma 1937.

³¹ Id., *Ius singulare e privilegium in diritto romano. Contributo storico-dogmatico*, in “Annali della Regia Università di Macerata”, XI (1937), pp. 5-105.

prolusione cagliaritana su *Augusto e la cognitio extra ordinem*³² del 1938. Orestano, per operare una corretta ricostruzione del sistema della *extraordinaria cognitio* durante il principato, critica la storiografia giuridica che si è indissolubilmente legata alla costruzione mommseniana contenuta nella *Römisches Staatsrecht* e che aveva glissato su due quesiti essenziali per lo studio dei problemi relativi al potere legislativo dell'imperatore e al valore delle costituzioni imperiali: se esista un cosiddetto potere legislativo imperiale nei primi tre secoli dell'impero e quale valutazione debba farsene³³; quale valore abbia il prodotto dell'attività imperiale nel campo del diritto e di conseguenza quale sia l'importanza delle costituzioni imperiali tra le fonti del diritto³⁴. A questi aspetti si collegano i contenuti della prolusione cagliaritana ove Orestano sulla base di uno studio critico anche del contributo di Bekker su *Die Aktionen des römischen Privatrechts* del 1873, della già ricordata traduzione italiana dell'opera di Keller, preannuncia l'idea della impossibilità di ridurre a categoria unitaria la complessa e multiforme realtà della procedura che si svolgeva al di fuori dell'*ordo iudiciorum privatorum*. Più esplicitamente, nel 1980, lasciata la cattedra romana da un anno, dopo cinquant'anni di ricerche sul processo, scriverà: "La *cognitio extra ordinem* non esiste. Esistono le *cognitiones extraordinariae*, esistono gli *extraordinaria iudicia*, esistono le *extraordinariae actiones*. Ma la *cognitio extra ordinem*, nel senso abitualmente attribuito – che tutti attribuiamo – a quest'espressione, ripeto, non esiste. E' esistita la *cognitio* come atto o attività del *cognoscere*, e anche la *cognitio* quale risultato di questo atto o di questa attività. Invece la *cognitio* in quanto sistema di cui cogliere e delineare la storia, seguire le vicende, operare la ricostruzione o la costruzione è solo un'astrazione, una categoria storiografica, sostantiva, ipostatizzata e assunta come avente una realtà in sé"³⁵.

2.1. Il punto di partenza per una giovanile riflessione antidogmatica del processo romano

Gli studi sulla *cognitio extra ordinem* segnano l'intera produzione scientifica di Orestano tanto da costituire il punto di partenza della sua concezione storica del diritto romano e con essa dell'affermazione di una nuova prospettiva degli studi

³² Id., *Augusto e la cognitio extra ordinem*, in "Studi Economico-Giuridici dell'Università di Cagliari", XXVI (1938), pp. 153-191.

³³ Un potere legislativo dell'imperatore in senso tecnico – secondo Orestano – non esiste a causa del persistere delle antiche concezioni pubblicistiche accanto ai nuovi ordinamenti.

³⁴ La vasta attività imperiale che emerge dalle fonti giuridiche, letterarie ed epigrafiche – secondo Orestano – non trova una legittimazione costituzionale vera e propria ma fa pensare ad una supremazia di fatto degli interventi dell'imperatore sulle antiche *leges*, una supremazia di fatto legata all'*auctoritas* stessa dell'imperatore. Tuttavia egli suggerisce una impostazione di studi che non prescinda nella ricostruzione degli istituti giuridici dalla valutazione delle costituzioni imperiali in quanto comunque esse finiscono per intaccare i principi degli istituti e del sistema giuridico romano.

³⁵ Id., *La "cognitio extra ordinem": una chimera*, in "Studia et Documenta Historiae et Iuris", XLVI (1980), p. 237.

storico-giuridici; costituiscono il grimaldello per scardinare, anche nella ancora lontana esperienza dell'insegnamento romano, le tante categorie pandettistiche di cui il pensiero giuridico tedesco è stato fautore.

Per quanto concerne il prosieguo dei suoi studi sul processo, il criterio metodologico messo a punto nelle ricerche sulle *cognitiones* offre la chiave di lettura di molti suoi contributi destinati a sovvertire non solo categorie storico-giuridiche ma anche costruzioni dogmatiche cui la coeva dottrina processual-civilistica faceva costantemente ricorso: dalla monografia su *L'appello civile* (nelle edizioni del 1952 e 1953), alla voce *Azione* nell'*Enciclopedia del diritto* del 1959, l'anno precedente della sua chiamata a Roma, al noto saggio su *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto. Linee di una vicenda concettuale*, apparso nella rivista *Jus* del 1960, diretta allora da Enrico Allorio.

Con la monografia su *L'appello civile* Orestano studia la natura e la funzione del giudizio di gravame nell'età imperiale occupandosi articolatamente di un tema che la romanistica di allora aveva trattato sommariamente³⁶, talvolta ispirandosi alle ipotesi mommseniane volte soprattutto a negare l'appellabilità delle sentenze dell'*ordo iudiciorum privatorum*³⁷. Un aspetto che invece, proprio in chiave storico-giuridica, nel 1920 aveva destato l'attenzione di Piero Calamandrei nei suoi due volumi su *La cassazione civile* ove il processual-civilista svolge un'ampia analisi dei mezzi di gravame in diritto romano³⁸.

Per Orestano l'appello si presenta come mezzo che ha perso ogni carattere della sua iniziale straordinarietà. Esso appare come uno strumento procedurale del tutto entrato nell'uso normale e corrente ammesso in linea di massima contro tutte le sentenze, anche quelle dell'*ordo iudiciorum privatorum* che fossero in sé stesse considerate suscettibili d'impugnazione. Si tratta di un mezzo, dunque, che pur conducendo ad una procedura che si svolgeva nelle forme della *cognitio extra ordinem*³⁹, è divenuto ordinario, cioè privo di ogni carattere di eccezionalità. E se vi sono, secondo Orestano, talune restrizioni riguardanti l'oggetto dell'appello e la legittimazione dell'appellante⁴⁰, esse attengono piuttosto alla regolamentazione concreta dell'istituto in ordine a situazioni particolari o a ragioni di economia processuale, tanto che pure nella stessa concezione dei giuristi romani esse non sembrano inficiare, in quanto regola, il principio generale dell'appellabilità di ogni sentenza. L'appello si presenta così non più come un *beneficium* o un *auxilium*, da porsi su un piano analogo dell'*integrum restitutio*, ma come un elemento strutturale dell'ordinamento processuale, che ha un suo fondamento obiettivo nell'ordinamento stesso, per come questo si era

³⁶ Non volendo riportare alcune voci di fine Ottocento, si vedano: E. Costa, *Profilo storico del processo civile romano*, Roma 1918, pp. 177-185; C. Sanfilippo, *Sull'appello contro la sentenza del giudice formulare nell'impero*, Spoleto 1934, pp. 38 ss.; L. Wenger, *Istituzioni di procedura civile romana*, trad. it., Milano 1938, pp. 305-308.

³⁷ T. Mommsen, *Römisches Staatsrecht*, Berlino 1871, II, pp. 980-984.

³⁸ P. Calamandrei, *La cassazione civile*, Torino 1920, I, pp. 11 ss.

³⁹ R. Orestano, *L'appello civile in diritto romano*, Torino 1953, pp. 186 ss.

⁴⁰ Ivi, pp. 297 ss.

venuto componendo nella prassi delle varie giurisdizioni e nella normativa imperiale. Funzione dell'appello è quella di portare la cognizione della causa all'esame di un giudice superiore a quello che ha pronunciato la precedente sentenza. L'impugnazione, infatti, anche se rivolta contro la sentenza, non conduce, quando l'appello è dichiarato procedibile, soltanto ad un riesame della sentenza impugnata, ma ad una vera e propria rinnovazione del giudizio⁴¹ nei suoi elementi di fatto e di diritto; più semplicemente presentava carattere riformatorio, potendo concludersi con una nuova pronuncia di merito e non con una semplice conferma o con un semplice annullamento della sentenza precedente. Ad Orestano va così riconosciuto il merito di aver individuato nell'evoluzione dell'istituto dell'appello le profonde trasformazioni che vengono a orientare l'ordinamento processuale dell'età imperiale. Infatti, l'introduzione e l'affermazione dell'istituto dell'appello presuppongono, implicano e determinano un superamento della concezione privatistica del processo⁴² che aveva caratterizzato gli ordinamenti processuali delle *legis actiones* e in larga parte della procedura formulare. Superamento che non attiene soltanto all'insieme dei rapporti delle parti fra loro e di esse con il giudicante, ma che investe anche la funzione stessa del giudicante e il prodotto della sua attività, la sentenza.

2.2. Il problema dell'azione tra dogmatismo e storicità delle soluzioni

La voce enciclopedica "Azione", condivisa con Salvatore Satta, cui viene affidata la sezione sul diritto positivo negli anni di insegnamento tra Genova e Roma, riflette gli approdi di un più maturo e innovativo metodo storico che non tarda ad inserirsi nel vivace, e già avviato, dibattito che animava i maggiori interpreti della dottrina processual-civilistica del tempo.

Con essa Orestano critica le diverse prospettive dottrinali precedenti che avevano spinto Giuseppe Chiovenda alla prolusione bolognese su *L'azione nel sistema dei diritti* del 1903⁴³ e ai suoi *Principii*⁴⁴, Alessandro Pekelis alla voce *Azione*

⁴¹ Ivi, pp. 427 ss. Secondo Orestano che la decisione del giudice d'appello costituisse sempre un nuovo giudizio appare evidente per tre ragioni: anche se il giudice d'appello avesse conservato la precedente sentenza, gli effetti della decisione non avrebbero avuto effetto retroattivo dalla data di pronuncia della sentenza ma dalla data di pronuncia della conferma (secondo quanto stabilito da Ulpiano in D. 3.2.6.1); nella ipotesi di eventuali mutamenti di situazioni intervenuti nel corso del tempo tra primo e secondo giudizio questi non sarebbero potuti essere presi in considerazione come fondamento della nuova decisione (secondo quanto stabilito da Paolo in D. 50.5.10.3); la pronuncia del giudice d'appello, nella ipotesi in cui giudice non fosse stato l'imperatore, sarebbe potuta essere oggetto d'appello costituendo un nuovo *iudicatum*.

⁴² Gli effetti della nuova sentenza, secondo Orestano, si sarebbero estesi automaticamente anche a coloro che, per gli stessi motivi, si fossero astenuti dall'appellare, come prescritto in C. 7.68.1 e 7.68.2.

⁴³ G. Chiovenda, *L'azione nel sistema dei diritti*, in Id., *Saggi di diritto processuale civile*, Bologna 1904, II, pp. 3 ss. Sulla prolusione si vedano da ultimo: F. Carpi, *Giuseppe Chiovenda professore a Bologna*, in "Rivista trimestrale di diritto processuale civile", 2003, pp. 1101 ss.; A. Proto Pisani, *Ricordando Giuseppe Chiovenda: le note alla "azione nel sistema dei diritti" del 1903*, in "Foro italiano", CXXVIII (2003), V, pp. 61

nel *Nuovo Digesto Italiano* del 1937⁴⁵, Piero Calamandrei al contributo dal titolo emblematico *La relatività del concetto di azione*⁴⁶, apparso nella *Rivista di diritto processuale civile* del 1939.

Punto centrale della voce di Orestano è certamente l'esigenza di distinguere l'azione quale elemento strutturale dei singoli ordinamenti positivi, storicamente determinati, e l'azione per come è stata considerata dai giuristi, fermo restando però che "la valutazione storica del problema deve (...) essere spinta ancora più a fondo, fino a riconoscere, oltre la storicità delle soluzioni, anche la storicità del problema stesso e della scienza che lo pone"⁴⁷. Si allontana così anche dal linearismo e dal provvidenzialismo storico (statocentrico) del Pekelis e dallo schematismo di Calamandrei fondato sul presupposto del carattere necessario del rapporto tra giurisdizione e azione.

Ampio spazio è riservato dal romanista all'evoluzione del pensiero di Salvatore Satta, in quanto scaturita da una lunga e approfondita esperienza concreta del diritto, anziché da una pura impostazione speculativa. Se in primo tempo – secondo Orestano – Satta aveva sostenuto la tesi che l'azione processuale non sarebbe stato altro che la forma necessaria di esercizio dell'azione, dunque un mero fatto, e che alla base di esso vi sarebbe stato il diritto soggettivo a cui l'azione sarebbe stata indissolubilmente legata condividendone la natura sostanziale, per poi successivamente rovesciare il suo punto di vista ritenendo che l'azione non è un diritto, ma è il diritto stesso che si concreta nell'azione, non avendo altro contenuto che l'azione, non essendo altro che azione, in una riflessione più matura aveva criticato sia l'idea unitaria dell'azione e della sua autonomia, sia la riduzione ad unità sostanziale dei termini diritto-azione. Questa critica viene fondata sull'analisi del rapporto tra soggetto e ordinamento giuridico, tra azione e ordinamento giuridico. Egli infatti afferma che "l'azione non può essere intesa se non in una integrale visione dell'ordinamento giuridico, della quale costituisce il momento centrale ed essenziale, perché è solo per essa che si può parlare di giuridicità dell'ordinamento". Il rapporto tra soggetto e ordinamento è tale per cui l'azione non può essere definita né come diritto né come potere "ma come effettivo e concreto postulare l'ordinamento giuridico in proprio favore, in definitiva come fatto"⁴⁸.

Così Orestano riconosce a Satta il merito di aver superato la frattura tra diritto e azione che era stata determinata dalla costruzione settecentesca e

ss.; V. Colesanti, *La prolusione bolognese di Chiovenda del 1903*, in Id., *Scritti scelti. I. Diritto processuale civile*, Napoli 2010, pp. 12 ss.

⁴⁴ Vedi *supra* par. 1.

⁴⁵ A. Pekelis, *Azione*, in *Nuovo Digesto Italiano*, II, Torino 1937, pp. 91-108.

⁴⁶ P. Calamandrei, *La relatività del concetto di azione*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, IV, Padova 1940, pp. 81-101.

⁴⁷ R. Orestano, *Azione*, in *Enciclopedia del diritto*, IV, Milano 1959, pp. 785-829.

⁴⁸ S. Satta, *Azione*, in *Enciclopedia del diritto*, cit., pp. 653-659.

pannettistica del sistema dei diritti soggettivi e che più di un secolo di dogmatismo processuale aveva esasperato, prima in nome dell'autonomia del diritto d'agire e poi della sua astrattezza. A Satta, inoltre, riconosce il merito di aver contribuito a fare uscire la scienza giuridica processualistica fuori dalle premesse della Pandettistica e dalle "insormontabili aporie logiche create dai suoi procedimenti e dai suoi compromessi".

Un giudizio questo sul pensiero di Satta che costerà ad Orestano le non troppo clementi conclusioni di Giovanni Tarello espresse nel saggio del 1977 dal titolo emblematico *Quattro buoni giuristi per una cattiva azione*⁴⁹.

3. Il progressivo allontanamento dalla impostazione chiovendiana: i propositi di Arrigo Solmi

A Chiovena succedette in cattedra il processualista Salvatore Galgano⁵⁰ che dal 1936 insegnò anche Diritto privato comparato, una disciplina che caratterizzò fortemente le sue scelte didattiche e la sua produzione scientifica romana lasciando così al diritto processuale civile i soli quattro lavori già compiuti: nel 1911 i *Contributi alla dottrina dell'arbitrato nel diritto processuale civile*⁵¹; *Sulla dottrina della sostituzione processuale*⁵²; nel 1924 *Sulla riforma del procedimento civile*⁵³; nel 1925 *Ai margini della riforma del procedimento civile. La scomparsa del procedimento sommario in Italia e le sue cause*⁵⁴. Le suggestioni critiche all'impostazione e al metodo chiovendiano, già condensatesi nel panorama nazionale, come ben noto, nel progetto Mortara, nel progetto Carnelutti e poi, con la ripresa della riforma generale del processo civile nel diverso contesto

⁴⁹ G. Tarello, *Quattro buoni giuristi per una cattiva azione*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", VII (1977), pp. 158 ss. Giudizio poi ripreso in Id., *Dottrine del processo civile. Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*, Bologna 1989, pp. 251 ss.: "Ma vorrei, a questo punto, pormi una domanda: una domanda forse indiscreta, che tuttavia credo mi sia resa lecita proprio da tutta la «liberazione» che ho tratto dall'insegnamento di Orestano. La domanda è questa: qual è il senso politico, la valenza politica, dell'operazione culturale fatta da Orestano, anche con la voce Azione, negli anni cinquanta? Abbiamo visto (o creduto di vedere) il senso e la valenza politica delle operazioni fatte, con l'«azione» e sull'«azione», dagli altri grandi giuristi di questo secolo e della nostra area culturale, Chiovena, Pekelis, Calamandrei; e ci è apparso che si trattasse, in ogni caso, di una diversa ma sempre in qualche modo «cattiva» azione. E l'operazione di Orestano? Neutrale no, non ci credo (...). A differenza della «buona» azione, la «cattiva» azione di Orestano non può ravvisarsi nei suoi rifiuti, ma può cercarsi nell'unico (a me sembra unico) rifiuto che non ha fatto: non ha rifiutato il mito della «scienza giuridica» come «scienza autonoma», dotata di un autonomo svolgimento, per cui storicizzare i problemi vuol dire riportarli alla storia della scienza giuridica".

⁵⁰ Sulla vita e le opere si veda da ultimo A. Procida Mirabelli di Lauro, *Galgano Salvatore*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, cit., I, pp. 932-933.

⁵¹ S. Galgano, *Contributi alla dottrina dell'arbitrato nel diritto processuale civile*, in "Rivista critica di diritto e giurisprudenza", VIII (1911), pp. 51 ss.

⁵² Id., *Sulla dottrina della sostituzione processuale*, Milano 1911.

⁵³ Id., *Sulla riforma del procedimento civile*, in "Rivista di diritto processuale civile", I (1924), pp. 136-181.

⁵⁴ Id., *Ai margini della riforma del procedimento civile. La scomparsa del procedimento sommario in Italia e le sue cause*, in "Rivista di diritto processuale civile", II (1925), pp. 27-67.

politico-istituzionale del 1933, con il progetto di Enrico Redenti, appaiono desumibili dal suo atteggiamento antidogmatico ed antipositivistico, atteggiamento spinto da quella stessa consapevolezza che farà scrivere appunto a Riccardo Orestano che separando la conoscenza scientifica da quella storica si finiva per postulare una scienza giuridica senza storia ed una storia senza scienza. Come recentemente affermato da Antonino Procida Mirabelli di Lauro⁵⁵, nel pensiero di Salvatore Galgano traspare una chiara idea della comparazione che non solo diviene oggetto prevalente del suo insegnamento e della sua produzione scientifica ma la colloca accanto alla storia, in quanto la comparazione e la storia sono destinate a ricostruire insieme gli ordinamenti nei vari tempi e nei vari Paesi.

Salvatore Galgano rimase solo nell'insegnamento del Diritto processuale civile fino al 1953, anno in cui si trasferì nella Facoltà giuridica romana Antonio Segni.

Gli anni dal 1936 al 1952 si caratterizzano, dunque, per una stasi della produzione scientifica romana in ambito strettamente processualistico. Lo stesso Emilio Betti, che nella Facoltà giuridica romana avrebbe guardato con una certa attenzione agli studi processualistici, quando nel 1936 pubblicava la seconda edizione del manuale su *Diritto processuale civile italiano. Appunti delle lezioni*, insegnava ancora a Milano⁵⁶.

Tuttavia, in questa parentesi, non è da escludere l'attenzione dell'Ateneo alle riforme del codice di rito civile successive al naufragato progetto Redenti e alla stessa esigenza di una riforma generale della giustizia civile. Basti pensare che nel 1939, nell'anno della pubblicazione definitiva del suo progetto di riforma del Codice di procedura civile, a soli due anni dalla pubblicazione del suo progetto preliminare preceduto da una ricca relazione che esponeva i principi ispiratori della riforma, Arrigo Solmi⁵⁷, ministro Guardasigilli dal 1935, veniva chiamato nella Facoltà giuridica romana alla cattedra di Diritto comune. Lo storico del diritto, cui la storiografia giuridica⁵⁸ ha riconosciuto una impostazione degli studi volta a considerare la storia del diritto come branca delle scienze sociali, più vicina ai fatti economici che al formalismo e all'esegesi delle fonti, come viceversa accadeva nei celebri manuali di Schupfer, Ciccaglione e Calisse, pone come obiettivo primario della riforma l'abbandono degli approdi processuali dell'individualismo liberale e il ridimensionamento delle teorie chiovendiane sulle quali la dottrina si era lungamente interrogata anche in sede legislativa. Non è un caso che nella Commissione preposta alla redazione del progetto di riforma

⁵⁵ A. Procida Mirabelli di Lauro, *L'Annuario di diritto comparato nel pensiero giuridico del primo Novecento*, in "Rivista critica del diritto privato", III (2010), pp. 315-332.

⁵⁶ Vedi *infra* par. 4.

⁵⁷ Sulla vita e le opere si veda da ultimo A. Mattone, *Solmi Arrigo*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, cit., II, pp. 1889-1892.

⁵⁸ Sul punto si veda da ultimo G. Pace Gravina, *Una cattedra nuova di materia nuova*, in *Storia del diritto e identità disciplinari: tradizioni e prospettive*, a cura di I. Birocchi - M. Brutti, Torino 2016, pp. 58 ss.

e da lui stesso presieduta in qualità di Guardasigilli, inserì solo avvocati e magistrati con l'unica eccezione di Enrico Redenti⁵⁹, allora docente a Bologna.

Non mi soffermo in questa sede sul progetto di riforma Solmi che vede pagine impegnate di Taruffo, di Cipriani e, da ultimo, di Vincenzo Ansanelli il quale illustra analiticamente⁶⁰ il potenziamento del ruolo del giudice, la drastica riduzione dei tempi del processo mediante la semplificazione delle forme, il contenimento di possibili manovre dilatorie delle parti in risposta ad una esigenza efficientistica del regime e, più segnatamente in tal senso, la previsione di rigide barriere preclusive nella fase introduttiva della controversia laddove alle parti viene imposto l'obbligo di circoscrivere in maniera puntuale le proprie pretese e richieste istruttorie con l'atto introduttivo.

Il progetto Solmi, sottoposto a dure critiche dottrinali (si pensi alla relazione di Calamandrei⁶¹) ed alle significative osservazioni delle magistrature e degli ordini forensi, fu abbandonato dal Guardasigilli Grandi, nonostante la tenacia con cui lo storico del diritto ne avesse rivendicato le ragioni in numerose conferenze e incontri di studio⁶² anche negli anni successivi al suo trasferimento a Roma.

3.1 Antonio Segni e il nuovo modo di pensare il diritto processuale civile

Quando Antonio Segni⁶³ venne chiamato a Roma, la sua formazione e produzione scientifica aveva raggiunto un carattere di completezza: molti i suoi contributi sul procedimento civile in generale⁶⁴, sulla legislazione di guerra⁶⁵, sulla riforma del processo civile⁶⁶, sulla giurisdizione e sulla competenza⁶⁷, sulla

⁵⁹ Sulla vita e le opere si veda da ultimo C. Vellani, *Redenti Enrico*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, cit., II, pp. 1665-1667.

⁶⁰ V. Ansanelli, *Contributo allo studio della trattazione nella storia del processo civile italiano*, Torino 2017, pp. 255 ss.

⁶¹ Cfr. *Parere della Facoltà di giurisprudenza a S.E. il Ministro della giustizia sul progetto preliminare del Codice di procedura civile. Relazione del prof. Piero Calamandrei*, Firenze 1937.

⁶² A. Solmi, *La riforma del Codice di procedura civile. Discorsi, conferenze, interviste*, Roma 1937.

⁶³ Sulla vita e le opere si veda da ultimo A. Mattone, *Segni Antonio*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, cit., II, pp. 1843-1845.

⁶⁴ Si fa riferimento ad esempio alla monografia sull'*Intervento adesivo. Studio teorico-pratico*, Roma 1919, a quella su *L'intervento volontario in appello*, Sassari 1920, ed ai seguenti contributi: *Procedimento civile*, in *Nuovo Digesto Italiano*, X, Torino 1939, pp. 539 ss.; *Alcuni orientamenti della dottrina processuale germanica*, in "Rivista di diritto commerciale", XXXIX (1941), parte I, pp. 77 ss.

⁶⁵ Si pensi alla sua prolusione perugina su *La legislazione processuale di guerra e la riforma del processo civile*, in "Studi sassaresi", II (1921), pp. 106-138.

⁶⁶ Si fa riferimento ai suoi contributi su: *Ancora in tema di riforma del processo civile*, in "Studi sassaresi", cit., pp. 332 ss.; *Osservazioni sul progetto preliminare del codice di procedura civile*, in "Studi sassaresi", XV (1937), pp. 171 ss.; *Intorno al nuovo procedimento civile*, in "Jus. Rivista di scienze giuridiche pubblicata per cura dell'Università Cattolica del Sacro Cuore", I (1940), fasc. I, pp. 215 ss.; *El nuevo proceso civil italiano*, in "Revista de Derecho Privado", XXV (1941), pp. 129 ss.; *Il giudice istruttore nel processo civile*, in *Atti dell'incontro fra magistrati, professori universitari e avvocati per lo studio del tema: Il giudice istruttore nel processo civile*, Milano 1955, pp. 13 ss.

Corte di cassazione e sul giudizio di rinvio⁶⁸, sul giudicato civile⁶⁹.

Un sintetico ma efficace profilo scientifico di Segni viene tracciato da Salvatore Satta quando, nel 1965, promuove la raccolta degli scritti in due volumi del processualista da poco dimessosi come Capo dello Stato. Nella presentazione agli *Scritti*, Satta sottolinea l'influenza di Chiovenda nel pensiero di Segni, che ne fu primo allievo, ma allo stesso tempo rivendica l'autonoma consapevolezza che questi aveva maturato della scienza del processo, "una scienza per sua natura intranquilla" perché come il processo è al centro dell'esperienza giuridica, così la scienza che lo studia subisce il travaglio di questa esperienza. Dunque, Satta evidenzia come Antonio Segni abbia sviluppato una sua individualità scientifica laddove "Lo Stato contemporaneo non è più lo Stato di Chiovenda, e lo studioso del processo non può non seguirne l'evoluzione, e osservarne i contraccolpi nell'oggetto del suo studio"⁷⁰.

Negli anni in cui Segni dà avvio al suo insegnamento romano il diritto processuale civile offre spunti di riflessione sul delicato problema delle garanzie costituzionali in sede giurisprudenziale e sulla natura del sindacato di legittimità costituzionale: il Codice di procedura civile del 1940, fondato sulla concezione pubblicistica del processo e sull'aumento dei poteri del giudice seppur in una funzione esclusivamente tecnica volta a consentire un procedimento semplice e rapido, si era imposto, dunque, era sopravvissuto alla promulgazione della Costituzione repubblicana pur essendo con essa in palese attrito; la Corte di Cassazione, cui rimarrà affidata l'applicazione della Costituzione fino al 1956, non assume orientamenti interpretativi intesi ad adeguare la normativa ordinaria ai principi costituzionali.

È in questo ambito che Segni offre alla cultura giuridica del tempo il suo contributo innovativo per l'oggetto di studi e per le argomentazioni apportate su *Il processo civile nello Stato contemporaneo*, apparso nella rivista *Jus* del 1954. Vive ora in Segni, quando ancora la Corte costituzionale non era operativa (lo sarebbe diventato di lì a breve per volontà di Segni quale Presidente del Consiglio dei Ministri), la consapevolezza della necessità di spostare l'attenzione della dottrina sui problemi di controllo e di conformità della legislazione processuale in riferimento al testo costituzionale. Il giudizio di sindacato di legittimità

⁶⁷ Si fa riferimento alla voce *Giurisdizione civile*, in *Nuovo Digesto Italiano*, IX, Torino 1938, pp. 387 ss., ed ai seguenti contributi su: *L'applicazione delle norme sulla nuova circoscrizione giudiziaria ai processi pendenti*, in "Rivista di diritto processuale civile", II (1925), parte II, pp. 72 ss.; *Ancora in tema di applicabilità delle nuove norme sulla competenza alle cause pendenti*, in "Rivista di diritto processuale civile", cit., cpp. 147 ss.

⁶⁸ Si vedano ad esempio i contributi su: *Sulla decorrenza del termine di perenzione nel giudizio di rinvio*, in "Foro italiano", XLIII (1918), parte I, cc. 456 ss.; *La cassazione civile ed un libro recente*, in "Rivista di diritto commerciale", XIX (1921), parte I, pp. 509 ss.; *Sulla decorrenza del termine di perenzione nel giudizio civile*, in "Rivista di diritto processuale civile", III (1926), parte II, pp. 277 ss.

⁶⁹ Si fa riferimento al saggio su *Regiudicata civile*, in "Studi sassaresi", XIV (1936), pp. 178 ss. e a quello su *La natura dell'eccezione di cosa giudicata, e il procedimento per le controversie individuali di lavoro*, in "Foro italiano", LXII (1937), parte I, cc. 826 ss.

⁷⁰ S. Satta, *Presentazione*, in A. Segni, *Scritti giuridici*, I, Torino 1965, p. VII.

costituzionale viene fatto rientrare da Segni nel diritto processuale e la pronuncia della Corte viene dallo stesso ritenuta di natura giurisdizionale e costituisce cosa giudicata in senso sostanziale così che se estinto il processo nel corso del quale fosse intervenuta la decisione della Consulta, in una nuova causa, tra le stesse parti, sarebbe potuto valere il giudicato sulla incostituzionalità⁷¹.

Sono anni, quelli romani, in cui il pensiero di Segni è volto anche a mettere a frutto e forse superare le tante, troppe riflessioni, talvolta critiche, che avevano occupato per molto tempo la cultura giuridica italiana e lui stesso (fino al 1941 con *Alcuni orientamenti della dottrina processualistica germanica*) sui principi posti dalla grande scuola processualistica tedesca che aveva, appunto, postulato l'azione come diritto indipendente da quello subiettivo sostanziale e l'ordinamento processuale come ordinamento autonomo volto esclusivamente ad attuare la tutela giuridica. Nel suo contributo su *L'unità del processo*, apparso nella *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, sempre nel 1954, sostiene che l'autonomia del diritto processuale da quello sostanziale non andava certo liquidata con la teoria della relatività del concetto di diritto d'azione, come aveva sostenuto Piero Calamandrei, ma andava individuata più concretamente nel fine unitario del processo che è la certezza processuale, una certezza che non poteva legarsi alla realtà, al significato delle situazioni giuridiche soggettive contrapposte e alle relative previsioni normative del diritto sostanziale ma al solo tessuto connettivo delle regole che disciplinano il concreto diritto d'azione, vale a dire a quel sistema di regole finalizzate a rendere dinnanzi al giudice la realtà extra-processuale⁷².

3.2 L'approccio di Salvatore Satta in una ricostruzione antidogmatica del processo civile: l'azione e la sussistenza del diritto

Tuttavia, un allontanamento vero e proprio dall'impostazione chiovendiana caratterizzò certamente l'insegnamento di Salvatore Satta che nel 1958 venne chiamato ad insegnare diritto fallimentare nella Facoltà giuridica romana, succedendo poi alla cattedra di Diritto processuale civile nel 1962 quando Segni, ormai fuori ruolo, fu eletto Presidente della Repubblica.

È la stagione in cui pubblica la nota opera su *Soliloqui e colloqui di un giurista*, i quattro volumi sul *Commentario del codice di procedura civile* e i *Quaderni del diritto e del processo*, il primo uscito nel 1969 e il sesto pubblicato nel 1973, l'anno prima di essere collocato in congedo.

Sono gli anni in cui Satta promuove, peraltro, tra i suoi allievi, una impostazione di studi volta a guardare gli sviluppi storici degli istituti processuali. Ne è testimonianza il contributo monografico, scritto sotto la sua guida, di Carmine Punzi su *Giudizio di fatto e giudizio di diritto*. Contributo

⁷¹ A. Segni, *Il processo civile nello Stato contemporaneo*, in "Jus", XXIII (1954), pp. 23 ss.

⁷² Id., *L'unità del processo*, in "Rivista italiana per le scienze giuridiche", VII (1954), pp. 217 ss.

monografico pubblicato nel 1963, appena conseguita a Roma la libera docenza in diritto processuale civile. Punzi, infatti, spinto dallo studio francese di Gabriel Marty su *La distinction du fait et du droit*⁷³ del 1929 e considerando fatto e diritto non quali mere categorie ma quali oggetti dell'esperienza giuridica che si realizza nel giudizio, ricostruisce come la distinzione tra giudizio di fatto e giudizio di diritto sia estranea al diritto romano e al diritto comune e abbia una propria determinazione storica nella formulazione dei costituenti francesi del 1790⁷⁴. Le riflessioni di Punzi avrebbero poi trovato accoglimento nelle stesse considerazioni di Satta espresse nel secondo volume del suo *Commentario*⁷⁵.

Questa attenzione alla ricostruzione storica della realtà processuale, o meglio, delle realtà processuali avviene in una dimensione e in un significato diversi da quella postulata da Giuseppe Chiovenda nei suoi *Principii*. Satta, infatti, si misura con l'evoluzione degli istituti processuali attraverso l'applicazione di quel metodo storico certamente riconducibile al costruttivo dialogo scientifico che ebbe con Riccardo Orestano con il quale condivise, peraltro, gli intensi anni romani di insegnamento.

Così nel "soliloquio" su *Dalla procedura civile al diritto processuale civile*, apparso nella *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* del 1964 prima di essere pubblicato nell'opera del 1968, sottolinea come l'esaltazione del *Zivilprozessrecht* a discapito della mera nozione di procedura fosse imputabile ad una scelta esteriore al progressivo sviluppo della scienza giuridica processualistica, quasi fosse un punto di vista opinabile volutamente introdotto dalla dottrina tedesca della seconda metà dell'Ottocento. Nel pensiero di Chiovenda "Processo e procedura vengono così a costituire una autentica opposizione e non soltanto su un piano scientifico, ma sul piano storico e sul piano legislativo" in quanto egli "traccia la storia ideale di un processo che si involge in procedura per ritrovare nel rinnovato spirito dei tempi se stesso, cioè ridiventare processo"⁷⁶. Secondo Satta questa operazione – "una autentica febbre di crescita" che "ha prodotto molte deviazioni"⁷⁷ anche se ha avuto il merito di costringere a ripensare "in chiave di processo tutti i grandi problemi della teoria generale del diritto"⁷⁸ – manifesta tutte le sue debolezze laddove ci si accorge che l'opposizione tra la procedura civile e il diritto processuale civile risulta essere più apparente che reale. Infatti, secondo Satta, la dottrina italiana della seconda metà dell'Ottocento che se da un lato si era manifestata sensibile agli approdi esegetici della Francia della prima metà del XIX secolo, dall'altro lato aveva comunque mantenuto una propria

⁷³ G. Marty, *La distinction du fait et du droit. Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les Juges du fait*, Paris 1929.

⁷⁴ C. Punzi, *Giudizio di fatto e giudizio di diritto*, I, *Premesse generali*, Milano 1963, pp. 53 ss.

⁷⁵ S. Satta, *Commentario al codice di procedura civile*, II, *Processo di cognizione*, Milano 1966, pp. 190-198.

⁷⁶ S. Satta, *Dalla procedura civile al diritto processuale civile*, in Id., *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Padova 1968, p. 101.

⁷⁷ Ivi, p. 103.

⁷⁸ *Ibid.*

originale impostazione di studi e un autonomo giudizio teorico: “Vi è in questi «proceduristi» della seconda metà del secolo scorso una comune vocazione speculativa che già trascende la semplice esegesi (...). Si suole porre tra questi e come primo tra questi, il Mattiolo che fino a ieri ha dominato nella pratica del foro: ma chi legge ora dopo tanto e diverso cammino, le ingiallite pagine, non può notare che, se diversa è la concezione di certi istituti, e se si vuole la generale ispirazione, identica è la tendenza a ricondurre il processo a valori universali, o piuttosto identico è il sentimento del processo come universale valore”⁷⁹.

Questa esigenza di identificare e rendere quanto più saldi i principi generali del diritto processuale civile viene condivisa da Satta ma con un ulteriore passaggio di non poco conto: la scienza processualistica deve costruire il sistema nella consapevolezza della instabilità e della “insofferenza” di esso, consapevolezza che non accetta l’idea di una riflessione giuridica volta a creare categorie storiografiche astratte e ipostatizzate.

Ne esce così una idea di sistema diversa e forse opposta a quella delineata da Chiovenda e, prima ancora e più in generale, dalla *Begriffsjurisprudenz* della pandettistica: l’idea del sistema come sistema “scientifico” formato da concetti giuridici cede il passo all’idea del sistema come insieme di regole raccolte e uniformate per far fronte ai rapporti reali della vita sociale.

Infatti, gli intenti chiovendiani di individuare una cornice di principi generali e universali del processo, sulla base di un metodo dogmatico e “metagiuridico” – questa l’espressione che più volte ricorre in Satta – si dissolvono quando “si scenda al concreto, e si consideri la realtà nella sua dinamica”, in quanto il processo nasce innanzitutto come “esigenza che il concreto si determini, quindi come postulazione che un soggetto fa dell’ordinamento, come azione”⁸⁰.

In questa cornice, in questo clima di diffidenza verso il sistema del diritto processuale italiano disegnato da Chiovenda possono spiegarsi le resistenze che hanno mosso Satta verso la costruzione dell’azione intesa come diritto del tutto autonomo da quello sottostante. A prescindere dal dialogo con Orestano⁸¹ e dalla sua adesione alle posizioni antidogmatiche del romanista attento a fornire ai cultori del diritto positivo un’interpretazione delle fonti romane avulsa dalle incrostazioni concettuali legate al fenomeno delle “auto proiezioni”⁸², Satta parte

⁷⁹ Ivi, p. 105.

⁸⁰ Id., *Il processo nell’unità dell’ordinamento*, in Id., *Soliloqui e colloqui di un giurista*, cit., p. 120: “L’azione è ormai l’unica realtà, l’unico concreto che esiste quando è mancato l’adeguamento spontaneo della volontà subiettiva alla volontà obiettiva, quando la legge non si è concretata. Il diritto obiettivo, la legge, il diritto subiettivo, il rapporto non esistono più, perché sono esistiti in una visione statica dell’ordinamento, che nell’ora della violazione non ha più ragione di essere, o l’ha come ipotesi o come prognosi, o come valutazione economica, non come realtà”.

⁸¹ Vedi *supra* par. 2.2. Da segnalare, inoltre, che Orestano scriveva nei *Quaderni del diritto e del processo civile*.

⁸² L’espressione (ben nota nella storiografia giuridica anche più recente) è propria dello stesso Orestano e fu coniata nell’intenso periodo genovese recentemente ricostruito da F. Furfaro, *Recezione e*

dal presupposto che il concetto di rapporto giuridico processuale, su cui muove l'intera costruzione chiovendiana della teoria dell'azione, sia un errore in quanto non viene a considerare l'effettiva sussistenza del diritto presupposto dell'azione ma l'incertezza del diritto in pendenza del processo: "l'incertezza di cui si pretende non è già una qualità inerente al diritto; non è già un *quid* per il quale ciò che prima era diritto non lo è più, perché s'è trasformato in qualche cosa di diverso, o perché con l'esercizio dell'azione ha perduto improvvisamente la sua forza, ma è una situazione del tutto soggettiva e relativa, dovuta unicamente al fatto che tra soggetti del rapporto sostanziale è intervenuto un terzo, estraneo al rapporto. Chi è incerto è questo terzo (direi legalmente incerto), il quale, dovendo prendere un provvedimento non può non esigere che gli si dimostri la sussistenza del diritto. Orbene, se questo è vero (e non può non esserlo, perché è una verità che si fonda sulla esperienza comune, e non già su concetti strettamente giuridici) cade la possibilità di costruire un rapporto processuale, o comunque un processo, avulso dall'azione"⁸³.

Dunque, la sussistenza del rapporto giuridico e la sussistenza del diritto sono per Satta i presupposti indispensabili dell'azione intesa come "potere messo a servizio"⁸⁴ di un determinato diritto, potere che tende a produrre, con la sentenza, quella modificazione giuridica idonea a reintegrarlo.

4. La teoria dell'azione nelle invecchiate pagine di Emilio Betti: un parziale ridimensionamento degli approdi chiovendiani

Negli anni romani di insegnamento di Salvatore Satta, Emilio Betti⁸⁵, benché sensibile ai temi processual-civilistici caratterizzanti la stagione di piena vigenza del codice di rito del 1940⁸⁶, non offrì contributi specifici in materia. Quando nel 1966, due anni prima della morte, ormai in congedo, scrisse la parte romanistica della voce *Processo civile* per il *Novissimo Digesto Italiano*, i suoi contributi volti al diritto positivo⁸⁷ e il suo manuale su *Diritto processuale civile italiano*, edito nel 1935,

traduzione della Pandettistica in Italia tra Otto e Novecento. Le note italiane al Lehrbuch des Pandektenrechts di B. Windscheid, Torino 2016, p. 163.

⁸³ S. Satta, *Gli orientamenti pubblicistici della scienza del processo*, in Id., *Soliloqui e colloqui di un giurista*, cit., p. 180.

⁸⁴ Ivi, p. 181.

⁸⁵ Di particolare rilievo appare il profilo scientifico di Betti tracciato da M. Brutti, *Emilio Betti e l'incontro con il fascismo*, in *I giuristi e il fascismo del regime (1918-1925)*, a cura di I. Birocchi e L. Loschiavo, Roma 2015, pp. 63-102.

⁸⁶ Lo stesso Natalino Irti discusse la tesi di laurea in Diritto processuale civile avendo come relatore Emilio Betti.

⁸⁷ Gli anni di insegnamento tra Macerata, Pavia, Messina e Parma furono i più intensi nella produzione scientifica sul diritto processuale civile vigente. Si vedano per esempio i suoi contributi su: *Il concetto della obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, in *Studi nelle scienze giuridiche e sociali dell'Istituto di esercitazioni presso la Facoltà di Giurisprudenza della R. Università di Pavia*, Pavia 1920, pp. 97-354; *Efficacia delle sentenze determinative in tema di legati d'alimenti. Contributo alla dottrina dei limiti oggettivi della cosa giudicata*,

modellato (con precedenti edizioni a quella del '35) sulle lezioni maceratesi svolte nell'anno accademico 1919-1920, erano ormai superati anche in ragione delle importanti modifiche legislative sopravvenute. Come, del resto, lontani erano i suoi studi di diritto processuale romano, prevalentemente incentrati sul processo formulare⁸⁸.

La voce *Processo civile* è dunque ferma alle attenzioni romanistiche di Betti anche se, a ben vedere, nella parte dedicata alla *cognitio extra ordinem* si evidenzia un atteggiamento dell'autore volto a considerare l'esperienza del diritto giustiniano sia in senso retrospettivo, per le diverse sopravvivenze degenerative del processo formulare, sia in senso evolutivo in quanto tale esperienza costituisce il punto di partenza di uno svolgimento che, attraverso il diritto comune, porterà al processo moderno⁸⁹. Non è un caso, infatti, che i risultati delle lunghe ricerche di Orestano sulla *cognitio* non vengano presi in considerazione⁹⁰ attesa l'impostazione storicistica del giurista da pochi anni chiamato alla cattedra di Diritto romano della Facoltà giuridica della Sapienza.

Una indicazione che, al fine di misurare il complesso profilo scientifico di Betti⁹¹ anche per il versante processualistico, spinge a ripercorrere il suo

Camerino 1921, pp. 9-268; *Effetti del giuramento decisorio nei riguardi dei litisconsorti. Nota a sentenza*, in "Temì Emiliana, I (1924), cc. 35-43; *Sul valore giuridico delle ammissioni del procuratore e sui poteri del giudice di cassazione in materia. Nota a sentenza*, in "Rivista di diritto processuale civile", 1924, II, pp. 188-207; *Sulla prova dei fatti interruttivi o estintivi della perenzione e sul controllo in sede di cassazione. Nota a sentenza*, in "Rivista di diritto processuale civile", 1925, II, pp. 255-267; *Sugli effetti del giuramento decisorio in un caso di litisconsorzio fra condomini. Nota a sentenza*, in "Rivista di diritto processuale civile, 1925, II, pp. 17-43.

⁸⁸ Si pensi ai suoi contributi su: *Le actiones ex responsione in iure del processo civile romano*, in "Atti della R. Accademia delle Scienze di Torino", 50 (1914-1915), pp. 389-412; *L'effetto della confessio e della infitatio certae pecuniae nel processo civile romano*, in "Atti della R. Accademia delle Scienze di Torino", cit., pp. 700-702; *Le actiones ex confessione in iure del processo romano classico*, in "Atti del R. Istituto Veneto di Scienze Lettere ed Arti", LXXIV (1914-1915), parte seconda, pp. 1453-1480; *La condictio pretii del processo civile giustiniano. Contributo allo studio della condemnatio pecuniaria postclassica*, in "Atti della R. Accademia delle Scienze di Torino", 51 (1915-1916), pp. 1019-1043; *Su la formola del processo civile romano*, in "Il Filangeri", XXXVIII (1914), n. 5, pp. 674-720; *L'antitesi storica tra indicare (pronuntiatio) e damnare (condemnatio) nello svolgimento del processo romano*, in "Rivista italiana per le scienze giuridiche", LVI (1915), fasc. I, pp. 1-116; *La vindicatio romana primitiva e il suo svolgimento storico nel diritto privato e nel processo. Cenni introduttivi*, in "Il Filangeri", XXXIX (1915), n. 3, pp. 321-368; *La vindicatio quale atto del processo reale legittimo*, in "Rendiconti del R. Istituto Lombardo di Scienze e Letteratura", XLVIII (1915), fasc. 11, pp. 502-516; *Sulla opposizione dell'exceptio all'actio e sulla concorrenza tra loro*, Parma 1913; *Studi sulla litis aestimatio del processo civile romano*, Pavia 1915; *Per una costruzione giuridica della così detta consumazione processuale in diritto romano classico*, Parma 1919; *L'efficacia estintiva della litis contestatio nelle obbligazioni solidali passive*, Camerino 1919; *La litis aestimatio in rapporto al tempo nelle varie specie di azioni e di giudizi*, Camerino 1919; *D. 42, 1, 63. Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata in diritto romano*, Macerata 1922.

⁸⁹ E. Betti, *Processo civile (Diritto romano)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, VIII, Torino 1966, pp. 1099-1120.

⁹⁰ Betti cita prevalentemente l'opera di Pernice su *Der ordo iudiciorum und die extraordinaria cognitio* del 1885, la voce di Wlassak su *Zum römischen Provinzialprozess* del 1919, le *Institutionen des römischen Zivilprozessrechts* di Wenger del 1925 oltreché le già ricordate opere di Keller e di Bekker sull'azione.

⁹¹ Si rinvia all'intera sezione *Emilio Betti e la scienza giuridica del Novecento* del VII volume dei *Quaderni fiorentini* ed in particolare alle pagine introduttive di Paolo Grossi, al contributo di Hans Georg Gadamer (H.G. Gadamer, *Emilio Betti und das idealistische Erbe*, in "Quaderni fiorentini", VII (1978), pp. 5-12), a quello di Luigi Mengoni (L. Mengoni, *La polemica di Betti con Gadamer*, in "Quaderni fiorentini",

pensiero espresso nel manuale, ormai datato⁹², sul processo civile. In esso, in linea di massima, traspare preliminarmente l'adesione alla impostazione dogmatica di Chiovenda nel rivendicare la funzione pubblica del giudizio in cui si esprime l'autorità dello Stato. L'interesse alla nota tesi sulla strumentale funzione del processo civile all'attuazione del diritto oggettivo di Adolf Wach e Franz Klein lo spinge, infatti, a ritenere che «la formula «attuazione della legge» (ossia del diritto obiettivo) ci sembra da preferire all'altra – «difesa di diritti soggettivi» – per l'equivoco in cui quest'ultima può far cadere, di credere cioè che il processo civile funzioni nell'interesse delle parti in conflitto». Per Betti «l'interesse delle parti non è che un mezzo, mercé il quale si raggiunge la finalità del processo, in quanto l'interesse privato in conflitto è messo a profitto quale congegno propulsore per soddisfare l'interesse pubblico all'attuazione della legge per la composizione del conflitto. Lo scopo di ciascuna delle parti è di avere ragione; la finalità del processo, invece, è di dar ragione a chi l'ha effettivamente»⁹³. Dunque, «che sia data ragione a chi l'ha in realtà», non è un interesse privato delle parti, ma un interesse pubblico dello Stato.

Questa concezione del processo inteso come momento esplicativo della giurisdizione statale si collega all'idea dell'azione come diritto processuale, vale a dire come diritto slegato dal rapporto giuridico sostanziale che la legge processuale ha conferito ad un determinato soggetto (l'attore) in ordine a una data ragione da far valere in giudizio: «le norme processuali che conferiscono poteri o impongono oneri alle parti od obblighi agli organi giurisdizionali, assumono come ipotesi di fatto, oggetto di loro previsione, non già l'esistenza effettiva di una concreta situazione di diritto sostanziale, ma semplicemente l'affermazione di essa in giudizio, in ordine all'aspirazione a che il giudice la riconosca come gli vien prospettata, e provveda in conseguenza»⁹⁴.

Il ragionamento seguito da Betti negli anni '30 del Novecento volto a definire il diritto di azione come realtà processuale autonoma dal diritto soggettivo sottostante certamente risente della costruzione chiovendiana e, prima ancora, delle teorie della dottrina tedesca, ma evidenzia altresì qualche peculiare originalità e qualche tratto di disarmonia. Infatti, egli avverte la necessità di spiegare e giustificare un coordinamento tra azione e aspettativa del soggetto che la esperisce. L'autore, inoltre, percepisce l'esigenza di sottolineare come nella fase introduttiva del processo sia irrilevante la fondatezza della pretesa dell'attore da valutare in un secondo momento e solo in forza delle previsioni

cit., pp. 125-142), a quello di Giuliano Crifò (G. Crifò, *Emilio Betti. Note per una ricerca*, in «Quaderni fiorentini», cit., pp. 165-291) e a quello di Pietro Costa (P. Costa, *Emilio Betti: dogmatica, politica, storiografia*, in «Quaderni fiorentini», cit., pp. 311-393).

⁹² Lo stesso autore, nella prefazione del 1935, sottolinea l'obiettivo di disegnare in sintesi la logica del processo civile vigente in Italia con costante riguardo alla interpretazione fornita dalla giurisprudenza dei primi anni '30 del Novecento, vale a dire dei cinque anni precedenti alla pubblicazione dell'opera.

⁹³ E. Betti, *Diritto processuale civile italiano*, Roma 1936, p. 5.

⁹⁴ Ivi, p. 74.

legislative di diritto sostanziale.

Tale divergente impostazione, nuova nella dottrina processualistica italiana del tempo, spinge peraltro il ragionamento del giurista camerte a non accogliere la tesi della *Rechtsschutzanspruch*, tesi sostenuta da Wach, Laband, Stein, vale a dire dell'azione come diritto concreto verso lo Stato⁹⁵. Infatti, Betti sostiene che questa tesi non considera come con la tutela giurisdizionale lo Stato adempia “non già una obbligazione specifica cui sia correlativa una pretesa (diritto di pretendere) da parte di un soggetto di pari grado (ciò che farebbe supporre un assurdo conflitto d'interessi fra lo Stato e il cittadino singolo), ma un compito generico, una funzione di sovranità, che risponde non già ad un interesse privato delle parti, aspiranti alla tutela, ma ad un interesse pubblico della società intera (l'interesse a che sia data ragione a chi l'ha in realtà): funzione, cui esso provvede in modo pacifico e permanente per ministero degli organi di giurisdizione mercè l'ordinamento del processo civile – sempre che questo venga messo in moto con una domanda”⁹⁶.

La più alta valutazione bettiana della partecipazione dell'attore nell'esercitare il diritto di azione inteso dal punto di vista processuale, nonché la sottolineatura del regime di eventualità a cui il soggetto ricorrente sottopone la sua richiesta provocando l'attuazione giurisdizionale della legge⁹⁷, considerata ovviamente come prerogativa dello Stato, delinea e sintetizza le note di discriminazione con la quasi coeva impostazione chiovendiana. Ferma rimane l'idea unitaria dell'azione intesa quale diritto del tutto autonomo e staccato dal diritto sostanziale, come la matrice pubblicistica del giudizio⁹⁸, ma questi due aspetti sia se considerati isolatamente sia se visti in connessione tra loro vengono interpretati in nota minore rispetto al risultato del processo di *reductio ad unum* prospettato da Chiovenda.

5. *Actio* e diritto subiettivo nel pensiero giovanile di Giovanni Pugliese: l'enucleazione di una categoria più estesa

Le reazioni orestiane all'impianto della giurisprudenza dei concetti per una costruzione storica degli istituti processuali romani, come il superamento, forse

⁹⁵ A tal riguardo, sui riflessi della dottrina tedesca nella scienza giuridica italiana della prima metà del Novecento e sulla conseguente enucleazione dei diritti pubblici soggettivi si vedano le illuminanti riflessioni di M. Caravale, *Una incerta idea. Stato di diritto e diritti di libertà nel pensiero italiano tra età liberale e fascismo*, Bologna 2016, pp. 313 ss.

⁹⁶ Ivi, p. 75.

⁹⁷ Più esplicitamente Betti scrive: “In verità qui non c'è, da parte dello Stato, se non l'organizzazione di un pubblico servizio, il quale, a norma del proprio ordinamento, entra in funzione automaticamente sulla richiesta di chiunque, ancorché infondata, sol che venga avanzata con l'osservanza di certe forme” (ivi, p. 76).

⁹⁸ Come del resto le stesse ragioni avvertite alla base della esigenza di ricorrere ai principi di oralità, concentrazione e immediatezza richiamati nell'analisi dello svolgimento del rapporto processuale (ivi, pp. 240 ss.).

prossimo ad una conformazione definitiva per gli studi processual-civilistici, della teorica di Giuseppe Chiovenda operata da Antonio Segni e Salvatore Satta, non spinsero Giovanni Pugliese⁹⁹ ad un ripensamento critico delle tesi giovanili formulate nella sua opera su *Actio e diritto subiettivo*.

Si può forse ipotizzare che negli anni di insegnamento presso la Facoltà giuridica romana la sua produzione scientifica in tema di processo, con i due volumi su *Il processo civile romano*¹⁰⁰, con il contributo su *La «cognitio» e la formazione di principi teorici sull'efficacia del giudicato*¹⁰¹ e con le voci enciclopediche su *Domanda giudiziale*¹⁰² e su *Azione*¹⁰³, non abbia tuttavia risposto all'esigenza di dare un apporto alla costruzione della teoria generale del diritto attraverso le categorie romanistiche, come sarebbe poi accaduto con la voce *Diritto*¹⁰⁴ del 1993. Dunque, appare probabile che negli anni '60 del Novecento l'impronta dogmatica di Pugliese investa esclusivamente gli studi processuali di matrice romanistica, senza ambire ad un dialogo con i cultori del diritto positivo, come viceversa sarebbe accaduto qualche anno dopo anche per la sua frequentazione romana con Gino Gorla e per l'attenzione agli studi comparatistici.

Nella monografia *Actio e diritto subiettivo* del 1939, prendendo spunto dalla storia del processo romano, Pugliese aveva finito per prospettare l'idea dell'unità del fenomeno giuridico e l'idea del carattere insieme dogmatico e storico della sua scienza. Infatti, proprio negli ultimi anni della riforma del codice di rito civile e delle accese discussioni in relazione al modello chiovendiano di processo, aveva raccolto i risultati di intense ricerche processualistiche, mettendo in risalto i rapporti logici e storici tra l'azione e il diritto subiettivo, con lo scopo, da un lato, di determinare il senso che i due concetti avevano nella dogmatica dei giuristi romani e dall'altro di individuare concretamente, caso per caso, quando i diversi rapporti considerati dall'ordinamento si fossero prima presentati nell'una piuttosto che nell'altra struttura.

Un'indagine complessa e articolata che muove certamente da una profonda conoscenza del pensiero giurisprudenziale romano (puntuali i riferimenti alle definizioni celsine¹⁰⁵) ma che, allo stesso tempo, si misura, proprio nella

⁹⁹ Sulla vita e le opere si veda C.A. Cannata, *Pugliese Giovanni*, in *Dizionario biografico degli italiani*, LXXXV, Roma 2016, pp.; in particolare per la sua teoria dell'azione si veda L. Vacca, *Actio e diritto subiettivo*, in L. Vacca (cur.), *Diritto romano, tradizione romanistica e formazione del diritto europeo*, Padova 2009, pp. 240-261.

¹⁰⁰ G. Pugliese, *Il processo civile romano. Le legis actiones*, I, Roma 1962; Id., *Il processo civile romano. Il processo formulare*, II, Roma 1963.

¹⁰¹ Id., *La «cognitio» e la formazione di principi teorici sull'efficacia del giudicato*, in *Studi in onore di Biondo Biondi*, II, Milano 1965, pp. 143-191.

¹⁰² Id., *Domanda giudiziale (diritto romano)*, in *Enciclopedia del diritto*, XIII, Milano 1964, pp. 807-812.

¹⁰³ Id., *Azione (Diritto romano)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, II, Torino 1958, pp. 24-29.

¹⁰⁴ Id., *Diritto*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, XIII, Roma 1993, pp. 1-107; sul punto appaiono rilevanti le riflessioni di F. Gallo, *L'eredità perduta del diritto romano*, in *Studi in onore di Remo Martini*, Milano 2008, pp. 142 ss.

¹⁰⁵ D. 44.7.51; I. 4.6.

delineazione del concetto di *actio* come diritto indipendente dalla situazione giuridica sostanziale sottostante, con la dottrina tedesca condensata nell'opera di Windscheid su *Die Actio des römischen Civilrechts, vom Standpunkte des heutigen Rechts*, nell'opera di Bekker su *Die Aktionen des römischen Privatrechts* e nella voce di Wlassak su *Actio*, pubblicata nel primo volume della *Real Encyclopädie der klass.*, che allora circolava molto in Italia.

L'attenzione di Pugliese è rivolta anche alla dottrina di Chiovenda e dei suoi *Principii* e, per certi versi, mostra una inclinazione, una tendenza a spiegare la natura dell'azione portando agli estremi la stessa costruzione teorica del giurista piemontese. Infatti, se l'*actio* è intesa come potere di "agere" e il rispettivo titolare è considerato in una posizione di prevalenza giuridica rispetto al soggetto soccombente, che è appunto in uno stato di soggezione in quanto non può impedire che il titolare agisca in giudizio e non può materialmente sottrarsi alle conseguenze di tale azione, in tale potere Pugliese fa rientrare non solo tutte quelle categorie classificate dalla dottrina tedesca come *Rechte des rechtlichen Könnens* o come *Gestaltungsrechte* e conosciute in Italia appunto come diritti potestativi – il che sarebbe in fondo conforme alla teoria chiovendiana e si presterebbe alle consuete critiche – ma ritiene che tale potere di "agere" comporti la possibilità di modificare direttamente la situazione giuridica per la quale si esperisce l'azione a prescindere dalla sanzione. Scrive in una nota, forse più esplicativa delle argomentazioni formulate nel testo, che "La categoria da me delineata è però in certo senso più estesa, perchè in essa comprendo non solo la possibilità di provocare una modificazione dello stato di fatto (...) ma altresì quella di produrla direttamente; inoltre io divergo dagli scrittori citati, in quanto nego che tali figure costituiscano una *species* del *genus* «diritto subiettivo» (...) e le qualifico invece «poteri». Con codeste rettifiche, che ritengo di poter apportare alla comune nozione dei c. d. diritti potestativi, si raggiungono, a mio parere, due risultati favorevoli. Da una parte, si comprendono nella stessa categoria del potere giuridico tanto l'azione moderna e l'*actio* romana del periodo più evoluto (a proposito delle quali si parla appunto dal Chiovenda, dal Betti, dal Goldschmidt, dal Calamandrei di diritto potestativo), quanto la primitiva forma di *actio*, che importava un'aggressione fisica del debitore da parte del creditore (*manus iniectio*) o anche il recupero violento della cosa o della persona oggetto di un diritto assoluto (*vindicatio*) da parte di chi ne fosse riconosciuto titolare"¹⁰⁶.

L'*actio* e il diritto subiettivo vengono presentati dal romanista come due ben delimitate entità giuridiche che anche laddove sembrano intrecciarsi per la loro fungibilità sul piano pratico della tutela giuridica si conservano nettamente distinte. Il fine ultimo del suo studio, che poi si traduce nel metodo che sottende al suo lungo ragionamento – questo forse l'elemento più interessante – è rispondere attraverso l'esame delle fonti romane ad una questione che aveva destato e continuava a destare molti interrogativi in seno alla dottrina

¹⁰⁶ G. Pugliese, *Actio e diritto subiettivo*, Milano 1939, p. 22.

processual-civilistica e ai tentativi di riforma del codice di rito unitario: “Un inquadramento dell’*actio* e del diritto subiettivo nella teoria generale ed una giustificazione dogmatica della loro reciproca posizione si possono ottenere, sviluppando logicamente i dati appresi dalle fonti con un procedimento, che non si risolve in un vuoto astrattismo e che pertanto ci potrà essere consentito anche dai romanisti più prudenti. Si capisce allora che la distinzione del diritto subiettivo dall’*actio* si riconduce a quella tra imperativo giuridico e sanzione, così come l’interdipendenza delle prime figure rispecchia l’interdipendenza delle seconde. In verità, se l’*actio* ha per sfondo la sanzione, il diritto subiettivo si riflette dal comando, sia esso espresso o implicito; più esattamente diremo, ricordando concetti già svolti, che per diritto subiettivo si ha da intendere l’appartenenza e la disponibilità del comando giuridico concreto, mentre l’*actio* può essere considerata il potere di agire in giudizio per l’attuazione della sanzione prevista a tutela di quel comando”¹⁰⁷.

Appare di significativo rilievo – si noti per inciso – il tratto che accomuna la posizione di Chiovenda con quella di Pugliese nella sintesi di Piero Calamandrei su *Gli studi di diritto processuale civile in Italia nel ventennio fascista*¹⁰⁸, apparsa nel clandestino primo volume della Collana *Bibliografie del ventennio* del 1941.

Il ricorso alla dogmatica come strumento non fine a se stesso ma come mezzo per interpretare la realtà storica del proprio tempo ne è minimo comun denominatore, un minimo comun denominatore non certo smentito dalla più recente storiografia giuridica.

6. Qualche pagina recente per le conclusioni

A voler tirare le fila del discorso, si può affermare che la stagione di studi processual-civilistici della Facoltà giuridica romana, forse resa più intensa nei primi quarant’anni del Novecento per l’attenzione della dottrina alle riforme legislative del codice di rito civile e per la enucleazione di un modello di processo diverso da quello liberale, dimostra una invidiabile vivacità spinta anche su un piano di confronto con le riflessioni di quegli storici del diritto impegnati a ricostruire in chiave antidogmatica l’evoluzione degli istituti processuali e sensibili alla esigenza di guardare alle categorie del diritto positivo senza incrostazioni concettuali.

La vivacità delle valutazioni dottrinali è resa ancor più movimentata e feconda dalle resistenze, benché collocabili prevalentemente nella stagione delle lezioni chiovendiane, del filone di studi storico-giuridici che investono alcune categorie del processo civile romano.

Per tali valutazioni dottrinali la lettura dei *Principii* di Giuseppe Chiovenda,

¹⁰⁷ Ivi, p. 326.

¹⁰⁸ P. Calamandrei, *Gli studi di diritto processuale civile in Italia nel ventennio fascista*, in *Il pensiero giuridico italiano. I. Bibliografie di Filosofia del diritto, Storia del diritto italiano, Diritto romano, Diritto civile, commerciale, marittimo, aeronautico, Diritto processuale civile*, Roma 1941, pp. 239 ss.

cui non può non riconoscersi il merito di aver rivendicato il ruolo e la funzione della cultura giuridica nella più importante fase di riforma del codice di rito, costituisce il punto di partenza per una risistemazione delle categorie processualistiche individuate dagli interpreti della Pandettistica tedesca e, finanche, per un ripensamento della natura, della funzione del processo e dello stesso insegnamento del diritto processuale civile.

Il pensiero che meglio interpreta e sintetizza il superamento del modello chiovendiano di studio del processo appare quello di Salvatore Satta, un processualista attento alle esigenze concrete che la regolamentazione del rito civile costantemente richiede e un giurista convinto non già a studiare le categorie concettuali ed astratte per misurare la realtà storica del proprio tempo ma per liberarsene e mettere in discussione tutti quei principi che talvolta sono sembrati inattaccabili. È significativo come Satta introduca la sua opera con le parole pensate da Louis de Broglie per il fisico olandese Hendrik Antoon Lorentz e come, per di più, sottolinei che queste parole rappresentino la storia e le vicende del diritto processuale civile nel secolo XX: “Benché sia un po’ arbitrario introdurre divisioni nette nella continuità delle evoluzioni storiche, è tuttavia possibile distinguere nella storia di una scienza periodi più o meno lunghi durante i quali, nonostante i progressi incessanti ottenuti da quella scienza, le tendenze generali che l’animano, le concezioni teoriche sulle quali è basata, restano pressoché le stesse. Questi periodi di stabilità relativa sono separati da altri brevi periodi di crisi, durante i quali gli scienziati, stimolati da fatti fino allora sconosciuti o non ben noti, sono costretti a porre nuovamente in discussione tutti quei principî che sembravano inattaccabili e a muoversi in pochi anni in direzioni del tutto nuove. E questi rivolgimenti improvvisi segnano sempre tappe decisive per il progresso delle nostre conoscenze”¹⁰⁹.

È forse vero che, come ha acutamente osservato uno dei suoi più giovani allievi in occasione della riedizione dei *Soliloqui e colloqui di un giurista* avvenuta nel 2004, l’opera del 1968 costituisce la sintesi del pensiero di Satta. Nel 2006, nella *Rivista di diritto processuale*, quella fondata da Chiovenda, Carnelutti e Calamandrei, infatti, Romano Vaccarella scrive: “gli scritti raccolti da Satta nel volume testimoniano una battaglia – condotta con il solo conforto dei colloqui con i grandi giuristi del passato – tutta volta a mostrare come le costruzioni sistematiche servono soltanto ad appagare una illusoria esigenza di certezza, ma siano ben lungi dal cogliere la realtà al centro della quale è e non può che essere l’uomo; se è rassicurante l’affermare che il processo serve a dichiarare una preesistente volontà concreta della legge nella quale è già scritta anche la decisione della controversia tra Tizio e Caio, la realtà è che quella decisione presuppone la necessaria intermediazione di un uomo, del giudice, ed è scritta da questo e non già dalla legge; al centro dell’esperienza giuridica non c’è la legge, ma la legge quale è filtrata dal giudizio, e non a caso la parola processo è

¹⁰⁹ L. de Broglie, in S. Satta, *Soliloqui e colloqui di un giurista*, cit., p. XIII.

contrazione dell'antica e sempre attuale formula *processus iudicii*¹¹⁰.

Sul carattere innovatore dell'opera di Salvatore Satta si è soffermato da ultimo lo stesso Carmine Punzi, l'allievo che riprese lo storico manuale su *Diritto processuale civile* del 1948 curandone le ultime cinque edizioni riviste e ampliate e che fu il primo processualista italiano a scardinare, sotto l'influenza del maestro, una categoria storiografica irrigidita, quella della distinzione tra giudizio di fatto e giudizio di diritto¹¹¹.

Si riportano, in conclusione, le parole di Punzi che vede con Satta l'inizio nel pensiero giuridico italiano di una dimensione nuova del diritto processuale civile e del suo insegnamento: "In realtà, la procedura civile non era l'unico talento affidatogli. E i numerosi talenti ricevuti Satta non li ha nascosti nel terreno, come il servo infingardo della parabola. Egli li ha messi a frutto e non ne è nata una pianticella, né un boschetto, ma una foresta. Una foresta che continua a dare frutti rigogliosi"¹¹².

¹¹⁰ R. Vaccarella, *Attualità di Salvatore Satta (a proposito della riedizione di «Soliloqui e colloqui di un giurista»*, in "Rivista di diritto processuale", LXI (2006), pp. 171 ss. Dell'attualità della formula *processus iudicii* Nicola Picardi, sensibile alle pagine sattiane, dà conto in una bella pagina della voce *Processo civile* apparsa nella *Enciclopedia del diritto* del 1987.

¹¹¹ Vedi *supra* n. 75.

¹¹² C. Punzi, *Satta Salvatore*, in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII - XX secolo)*, cit., II, p. 1808. Negli ultimi decenni gli studi processual-civilistici che seguono una impostazione storica o gli studi storico-giuridici sulla evoluzione del rito civile non segnano una nota costante della dottrina italiana. Come già sostenuto, poche pagine affiorano sulla storia generale del processo civile, ancor meno sulla cultura giuridica processual-civilistica e su quegli atteggiamenti che hanno orientato le stabilizzazioni normative dell'Ottocento, offrendo forse al legislatore continui motivi di riflessione e spinte riformistiche. Centrali sono certamente la formazione e gli studi di Nicola Picardi che nella sua costante attenzione al metodo ed ai profili storici e, dunque, alla evoluzione non solo degli istituti processuali ma anche della dottrina processual-civilistica e, più in generale, del pensiero giuridico dal tardo medioevo all'età moderna e contemporanea, ha segnato una lunga e diversa, quanto mai originale stagione di insegnamento e di studi processualistici in Italia. Ne sono di esempio i numerosi lavori sulla codificazione moderna apparsi nei volumi della collana *Testi e documenti per la storia del processo*, curati insieme ad Alessandro Giuliani, che hanno offerto a cultori del diritto positivo e storici del diritto l'occasione di ricostruire, attraverso un dialogo istaurato fin dagli anni Novanta del Novecento, le ragioni delle iniziative legislative di natura processuale con particolare riferimento alla dottrina ed alla giurisprudenza. Di particolare rilievo anche gli studi di Michele Taruffo e Franco Cipriani: cfr. M. Taruffo, *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, cit.; F. Cipriani, *Scritti in onore dei patres*, cit.