

Giordano Ferri

### Verso il processo civile moderno

(a proposito di Knut Wolfgang Nörr, *Verso il processo civile moderno. Dal diritto naturale al Novecento*, traduzione di C. Foti, Roma, Aracne "Storia del diritto e delle Istituzioni: Studi", 2013)

Non sono molti i contributi scientifici sulla storia del diritto processuale civile nell'Italia del XX e XXI secolo: poche pagine affiorano sulla storia generale del processo civile italiano, ancor meno sulla cultura giuridica processual-civilistica e sugli atteggiamenti dottrinali che hanno orientato le stabilizzazioni normative dei secoli precedenti, offrendo al legislatore continui motivi di riflessione e spinte riformistiche.

Emergono per lo più studi specifici su segmenti storici ben definiti. A questi fa eccezione l'opera di Salvioli sulla storia della procedura civile e criminale, apparsa tra il 1925 e il 1927 ma i cui lavori hanno avuto inizio nel 1916, incentrata sugli ordinamenti giudiziari, sulle magistrature, sul procedimento civile e penale dalla caduta dell'Impero romano all'epoca comunale e dall'epoca comunale all'unità italiana. In realtà la ricostruzione del procedimento civile del XIX secolo fatta da Salvioli consiste solo in una rapida analisi delle iniziative legislative preunitarie che ponevano in essere novità procedurali rilevanti, come nel caso del Regno Lombardo-Veneto ove il *Regolamento giudiziario* del 1796, introdotto dal governo austriaco nel 1815, trasformava il giudizio da orale e pubblico in scritto e segreto, permetteva alle parti due atti (e non più petizione e replica all'attore, risposta e duplice al convenuto), introduceva il sistema della prova legale, poi foriero di ulteriori sviluppi. Si tratta indubbiamente di uno studio volto a dimostrare non solo il significato ma anche la funzionalità della storia della procedura civile a fronte di una evoluzione dottrinale che aveva raggiunto, proprio in quegli anni, un approdo prevalentemente dogmatico<sup>1</sup> sulla base di una nuova concezione del rito civile, più matura e più prossima ad una elaborazione teorica e concettuale del processo. Si pensi all'impegno del Chiovenda nei suoi *Principii*<sup>2</sup>, la cui prima edizione risale al 1906 mentre la

<sup>1</sup> Un approdo a cui non era giunta la dottrina italiana immediatamente successiva alla codificazione unitaria come nel caso, ad esempio, di Giuseppe Saredo, Enrico Galluppi e Carlo Lessona che all'atteggiamento esegetico riversato nel genere dei commentari, molto diffuso nella prima metà dell'Ottocento (e che ebbe nella civilistica come momento di crisi le considerazioni di Emanuele Gianturco su *Gli studi di diritto civile e la questione del metodo in Italia* e la voce unisona di Enrico Cimbali con la prolusione romana su *Lo studio del diritto civile negli stati odierni*), contrappose, tra l'esigenza di plaudire l'appena concluso codice di rito unitario e la necessità di non fissare lo studio della materia nella sola legge, l'esigenza di ricollegare il codice alla storia ed alle ragioni sociali del processo e degli istituti che lo caratterizzano ed animano, recependo peraltro uno dei tratti della tradizione eclettica della scienza giuridica italiana: 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. 6 ss.; Id., *Del procedimento in Camera di Consiglio e specialmente per le materie di volontaria giurisdizione*, Roma 1872, pp. 12 ss.; E. Galluppi, *Teoria della opposizione del terzo come mezzo per impugnare le sentenze*, Torino 1895; C. Lessona, *I doveri sociali del diritto giudiziario civile*, Torino 1897, pp. 13 ss.

<sup>2</sup> Sull'apporto dogmatico delle costruzioni chiovendiane si rimanda a: 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.; F. Cipriani, *Scritti in onore dei patres*, Milano 2006, pp. 249 ss.; Id., *Piero Calamandrei e la procedura civile*, Napoli 2009, pp. 17-92; L. Montesano, «Storie» recenti su Mortara e Chiovenda e sul «romanesimo»

terza riveduta ed ampliata è del 1922, all'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 vista non più come un'articolazione del diritto sostanziale privato ma come diritto autonomo di natura pubblica.

La procedura civile è così percepita dal Salvioli nella sua dimensione storica come insieme di regole procedurali che, sebbene in forme e misure diverse dalla procedura penale, partecipano della natura delle istituzioni politiche e ne riflettono lo spirito. E allo storico viene affidato il compito non solo di ricostruire il trasformarsi, attraverso innovazioni e modifiche, del rito civile nei diversi ordinamenti giuridici via via formati, ma anche di indagare l'ordinamento politico nel quale e dal quale la regola procedurale prende vita: «Appena si stabilisce un qualsiasi ordine politico che riconosce l'esistenza di diritti nei singoli e persegue il mantenimento della pace pubblica, e quindi appena si formano norme regolatrici dei vari rapporti sociali e queste sono circondate da sanzioni, nascono contemporaneamente delle formalità per la esecuzione di queste norme e di queste sanzioni. Le determina la consuetudine, in principio semplici, poi sempre più complesse e solenni, quasi misteriose dove divenute monopolio delle classi sacerdotali, dove di altre persone che riservano a sé la trattazione del diritto. Così origina la procedura che a poco a poco si congiunge strettamente alla vita del diritto, ed anzi come flora l'investe, lo circonda e lo nasconde agli occhi dei profani»<sup>3</sup>.

Tornando ai contributi scientifici su tematiche specifiche, si pensi, ad esempio, alla compiuta analisi di Viora<sup>4</sup> sulle ragioni del fallimento dei tentativi di riforma, nella prima metà del secolo XVIII, avvenuti attraverso la promulgazione nel 1723 delle *Leggi e Costituzioni di S.M. il Re di Sardegna* che, se nel libro II e III trattavano delle Magistrature e del processo civile, nonostante le difficoltà in cui versava l'ordinamento giudiziario, si limitavano a riprendere le leggi di Emanuele Filiberto del 1560-61 e di Carlo Emanuele I del 1581 e 1583, lasciando permanere le peculiari caratteristiche e i maggiori difetti del processo di diritto comune<sup>5</sup>.

Si pensi anche alle riflessioni di Ajello sul fallimento napoletano di Carlo di Borbone cui si lega la prammatica del 14 marzo 1738, che semplificava il sistema dei tribunali e accelerava il corso dei processi, e le prammatiche del 1739 e del 1740 che istituivano il

---

di Vittorio Scialoja «concretato» dai fascisti, in "Foro italiano", 1991, V, cc. 598-602; F. Cipriani, *Una nuova storia di processualisti*, in "Foro italiano", 1991, V, c. 602; Id., *Storie di processualisti e di oligarchi. La procedura civile nel regno d'Italia (1866-1936)*, Milano 1991, pp. 89-124; L. Montesano, «Culto della personalità», «prodotti organici» e «pappagalì lusingatori» di Chiovenda in un libro recente, in "Rivista di diritto processuale", 1992, pp. 284-293; G. Tarello, *Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo. Per uno studio della genesi dottrinale e ideologica del vigente codice italiano di procedura civile*, in *Dottrine del processo civile. Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*, Bologna 1989, pp. 9-197; Id., *L'opera di Giuseppe Chiovenda nel crepuscolo dello Stato liberale*, in *Dottrine del processo civile*, cit., pp. 178 ss.; G. Tesoriere, *Appunti per una storia della scienza del processo civile in Italia dall'unificazione ad oggi*, in "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", 1972, XXVI, pp. 1318-1348; F. Carnelutti, *Metodi e risultati degli studi sul processo in Italia*, in "Foro italiano", 1939, LXIV, cc. 73-83.

<sup>3</sup> G. Salvioli, *Storia della procedura civile e criminale*, in P. Del Giudice, *Storia del diritto italiano*, III, parte prima, Frankfurt – Firenze 1969, p. 2.

<sup>4</sup> Sulla vita e le opere si veda G.S. Pene Vidari, *Viora Mario Enrico*, *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII - XX secolo)*, diretto da I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone, M.N. Miletta, Bologna 2013, II, pp. 2051-2052.

<sup>5</sup> M. Viora, *Le costituzioni piemontesi (Leggi e costituzioni di S.M. il Re di Sardegna). 1723-1729-1770*, Torino 1928, pp. 17 ss.

Supremo Magistrato del Commercio e il Consolato di terra e del mare, abolendo le sportule ed introducendo la figura del giudice stipendiato dallo Stato con i proventi delle tasse giudiziarie: la prammatica del 1738 venne abrogata nel 1748 pur non avendo in dieci anni prodotto efficacia alcuna; nel 1746 i Consolati vennero aboliti e venne ridotta la competenza del Supremo Magistrato del Commercio<sup>6</sup>.

Si pensi infine, ancora una volta a titolo di esempio, alla sensibilità scientifica con cui, in tempi più recenti, Petronio guarda alla codificazione del processo civile della Lombardia austriaca, ove nel 1785 entrò in vigore il *Regolamento del processo civile* di Giuseppe II dopo il tentativo di riforma approdato al Senato nel 1753 e dopo il *Nuovo Piano della pratica civile, e criminale per lo Stato di Milano* elaborato da Gabriele Verri e Giuseppe Santucci<sup>7</sup>.

Discorso ancor più rappresentativo del problema è quello inerente gli studi sulla codificazione preunitaria. Della evoluzione legislativa nella prima metà dell'Ottocento si occupa il contributo monografico di Taruffo<sup>8</sup>, il quale mette in luce l'impostazione marcatamente esegetica seguita dalla coeva dottrina; mentre nessun riferimento si rinviene nel secondo e terzo volume della corposa opera di Astuti<sup>9</sup>, ove lo storico del diritto piemontese, prediligendo un'indagine volta a mettere in luce la sopravvivenza o la definitiva scomparsa degli elementi romanistici a fronte delle influenze d'oltralpe, si sofferma esclusivamente sul *Code Napoléon* e sui codici civili italiani della Restaurazione e più segnatamente sul diritto delle persone e della famiglia, sul diritto delle successioni ereditarie, sui beni, proprietà e diritti reali, sui diritti delle obbligazioni e dei contratti<sup>10</sup> in essi contenuti.

Anche con riferimento alla codificazione unitaria la cultura giuridica italiana soffre la mancanza di un lavoro storiografico complessivo sul processo civile e sulla scienza giuridica processualistica: lo stesso Aquarone, nel delineare i problemi e le fasi dell'unificazione legislativa, in un'opera documentata da atti legislativi e discussioni assembleari, si limita a descrivere il momento finale della formazione del codice di rito, sottolineando come «i problemi toccati dalla legislazione processuale non fossero della medesima importanza di quelli riferentisi alla legislazione sostanziale, e che gl'interessi pubblici e privati da essa investiti fossero lungi dall'avere lo stesso carattere macroscopico, se confrontati con l'estesissima gamma di interessi d'ogni genere dipendenti dalle norme contenute in un codice civile»<sup>11</sup>. E il giudizio lapidario espresso dall'Autore a conclusione della succinta disamina sulle innovazioni introdotte dal codice di procedura civile del 1865 rispetto a quello sardo – come l'istituzione dei conciliatori, la semplificazione dei giudizi,

<sup>6</sup> R. Ajello, *Preilluminismo giuridico e tentativi di codificazione nel Regno di Napoli*, Napoli 1968, pp. 213 ss.; Id., *Legislazione e crisi del diritto comune nel Regno di Napoli. Il tentativo di codificazione carolino*, in *Studi e ricerche sul Settecento*, Napoli 1968, pp. 172 ss.; Id., *Il problema della riforma giudiziaria e legislativa nel regno di Napoli durante la prima metà del sec. XVIII*, Napoli 1968, pp. 172 ss.

<sup>7</sup> U. Petronio, *Il Senato di Milano. Istituzioni giuridiche ed esercizio del potere nel Ducato di Milano da Carlo V a Giuseppe II*, Milano 1972, p. 419 ss.; Id., *Un tentativo moderato di codificazione del diritto del processo civile e penale in Lombardia: il «Nuovo Piano» di Gabriele Verri*, in *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, Atti del III Congresso Internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto, II, Firenze 1977, pp. 982 ss.

<sup>8</sup> M. Taruffo, *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, Bologna 1980, pp. 84 ss.

<sup>9</sup> Sulla vita e le opere si veda M. Caravale, *Astuti Guido*, in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII - XX secolo)*, cit., I, pp. 119-121.

<sup>10</sup> G. Astuti, *Il «Code Napoléon» e la sua influenza sui codici degli stati italiani successivi*, in *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea*, II, Napoli 1984, pp. 713-846.

<sup>11</sup> A. Aquarone, *L'unificazione legislativa e i codici del 1865*, Milano 1960, p. 20.

ridotti a due tipi soltanto, il formale e il sommario, l'istituzione dei giudici relatori nei procedimenti formali, l'ammissione dell'opposizione di terzo tra i rimedi contro le sentenze – giudizio cui peraltro non segue la messa in luce delle spinte dottrinali e giurisprudenziali verso gli ulteriori tentativi di riforma (immediatamente successivi alla promulgazione del codice<sup>12</sup> o più protesi nel tempo<sup>13</sup>), conferma la propensione (manifestatasi anche ai tempi della codificazione) a guardare con maggiore attenzione ai principi ispiratori, alla struttura ed al momento applicativo della codificazione civile rispetto a quella processuale: «Già si è visto come la stessa commissione della camera, che pure si era espressa in favore del disegno di legge per l'unificazione legislativa, non avesse potuto esimersi dal manifestare, a mezzo del suo relatore, esitazioni e perplessità sul nuovo codice di procedura civile, al quale erano mancati studi sufficientemente approfonditi e soprattutto l'autorevole avallo delle giunte parlamentari. Non c'è quindi da stupirsi che sin dall'indomani della sua promulgazione esso divenisse bersaglio, prim'ancora del codice civile, di numerose critiche dirette sia a singole sue disposizioni, sia alla sua struttura generale ed ai suoi principî informativi»<sup>14</sup>.

Del resto, a fronte dell'impostazione formalistica seguita nella composizione dei contenuti del codice di rito e, di conseguenza, a fronte di una dottrina così profondamente invasa dal formalismo del legislatore unitario cui essa sembra aderire incondizionatamente, come ben evidenzia lo stesso Taruffo, non ci si poteva forse attendere una rielaborazione critica dei momenti di formazione e di riforma della codificazione processuale e tanto meno della cultura giuridica che a questi momenti aveva fatto da sfondo. La base di partenza per un'analisi storico-giuridica si presenta dunque fragile e potenzialmente si orienta ad essere anch'essa stretta nella tenaglia del formalismo codicistico e di quella cultura giuridica<sup>15</sup> ove, a dire di Taruffo: «L'interpretazione che si dà

---

<sup>12</sup> Il codice di rito civile unitario approvato con R. D. 25 giugno 1865 n. 23, le cui disposizioni transitorie per l'attuazione furono approvate con R. D. 30 novembre 1865 n. 2600, fu seguito da leggi dirette a modificarne parzialmente il testo e da un numero notevole di progetti di riforma d'iniziativa dell'esecutivo (fatta eccezione del progetto del 1868, d'iniziativa parlamentare): si pensi alla legge sulla riforma del procedimento sommario del 1901 e i progetti attribuiti a Vittorio Emanuele Orlando, concentrati sui primi due libri del codice (cfr. G. Tesoriere, *Appunti per una storia della scienza del processo civile in Italia dall'unificazione ad oggi*, in "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", 1972, XXVI, pp. 1318-1348).

<sup>13</sup> L'iniziativa riprese ad opera della Commissione reale per il dopoguerra senza esiti legislativi: nel 1920 fu presentato un progetto di riforma del processo civile elaborato nell'ambito dell'attività svolta dalla Sezione VIII della prima sottocommissione presieduta da Giuseppe Chiovenda (cfr. A. Segni, *La legislazione processuale di guerra e la riforma del processo civile*, in *Scritti giuridici*, Torino 1965, I, pp. 272-299; Id., *Osservazioni sul progetto preliminare del Codice di procedura civile*, in *Scritti giuridici*, cit., pp. 356-372; Id., *Procedimento civile*, in *Nuovo Digesto Italiano*, Torino 1939, X, pp. 539-595); nel 1922 un nuovo progetto che prevedeva una riforma parziale del codice fu elaborato da Ludovico Mortara (cfr. L. Montesano, «*Storie recenti su Mortara e Chiovenda e sul «romanesimo» di Vittorio Scialoja «concretato» dai fascisti*, in "Foro italiano", 1991, V, cc. 598-602; F. Cipriani, *Una nuova storia di processualisti*, in "Foro italiano", 1991, V, c. 602; Id., *Storie di processualisti e di oligarchi. La procedura civile nel regno d'Italia (1866-1936)*, cit., pp. 89-124; sull'impegno "legislativo" del Mortara si vedano: P. Calamandrei, *Lodovico Mortara*, in "Rivista di diritto civile", 39 (1937), pp. 466-467; S. Satta, *Attualità di Lodovico Mortara*, in "Giurisprudenza italiana", 1968, fasc. 4, pp. 65 ss.; L. Mortara, *Pagine autobiografiche (1933)*, in S. Satta, *Quaderni del diritto e della procedura civile*, Padova 1969, I, pp. 34-65; V. Sgroi, *Intervento su «Lo Stato moderno e la giustizia» di Lodovico Mortara*, in "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", 22 (1993), pp. 681-688; N. Picardi, *Mortara Lodovico*, in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII - XX secolo)*, cit., II, pp. 1383-1386).

<sup>14</sup> Aquarone, *L'unificazione legislativa e i codici del 1865*, cit., p. 60-61.

<sup>15</sup> Si pensi alla diffusione del *Commentario sulle leggi di procedura civile* di Carré, la cui prima edizione italiana è apparsa a Napoli nel 1853 sulla base della terza edizione francese; si pensi al *Commentario del codice di*

delle norme del codice è di tipo rigorosamente esegetico e non evolutivo: la finalità che si persegue è quella dell'analisi tecnico-giuridica del testo letterale della singola norma, non quella di configurare un meccanismo processuale che, benché retto da norme spesso inadeguate, possa di fatto operare in modo efficiente [...] La netta prevalenza del metodo esegetico riduce però a ben poco l'approccio critico alle singole norme e – più ancora – al sistema del codice: mancano di regola giudizi di valore sulle norme prese in esame, mentre domina lo stile avalutativo e descrittivo, e l'analisi è ampia ma frammentaria»<sup>16</sup>.

Ad analoghe conclusioni, partendo però da un contesto sociale e politico diverso e da premesse metodologiche lontane rispetto a quelle della dottrina che lambì il fiorire dei codici ottocenteschi, giunge l'opera di Tarello<sup>17</sup> del 1989 che, seppur incentrata sulle riforme legislative del codice di rito unitario avvenute nel corso del XX secolo, prende essenzialmente in esame il filone «neopandettistico» capeggiato da Chiovenda, con un'attenzione particolare alla sua teoria dell'azione, uno dei perni della filosofia novecentesca sul processo. Infatti, la ricostruzione dottrinale del Tarello ha come obiettivo primario sì l'apporto che la cultura giuridica nel secolo breve ha dato alla costruzione effettiva degli istituti processuali, come nel caso ampiamente trattato di Francesco Carnelutti e del progetto di codice del 1926, ma anche e soprattutto la storia delle idee e della loro conflittualità vissuta tra singoli giuristi quali lo stesso Chiovenda, Alessandro Pekelis<sup>18</sup>, Piero Calamandrei<sup>19</sup> e Riccardo Orestano<sup>20</sup>, cui l'Autore dedica considerevole spazio.

Giova ricordare a tal riguardo che l'azione fu percepita dal Chiovenda preliminarmente come mezzo per ottenere nel processo l'espletamento della funzione pubblica che gli era riconosciuta, come diritto potestativo, come potere giuridico di porre in essere la condizione per l'attuazione della volontà della legge<sup>21</sup>: egli non si limitò a distinguere e separare, sulla base di un ragionamento affine agli schemi romanistici, l'azione dalla domanda, intesa come attivazione processuale volontaria del soggetto di diritto, ma scisse in modo chiaro e determinato l'azione dal diritto che si voleva tutelare e far valere in giudizio; riconobbe insomma un'autonomia processuale all'azione senza continuare a preservare, come era accaduto per il filone «storicistico»<sup>22</sup>, un'identità tra la forma

---

*procedura civile per gli Stati sardi con la comparazione degli altri Codici Italiani e delle principali legislazioni straniere* di Mancini, Pisanelli e Scialoja, apparso a Torino nel 1855 o al *Commento al codice di procedura civile italiano* di Francesco Ricci, apparso a Firenze, in quattro volumi, nel 1878 od a *I motivi del Codice di procedura civile del Regno d'Italia e delle disposizioni transitorie* di Gaetano e Giuseppe Foschini, apparsi a Firenze nel 1870. Si pensi anche alla struttura di opere minori: dal *Commentario del codice civile del Regno d'Italia, redatto sul commentario del codice civile sardo* di Domenicantonio Galdi, apparso a Napoli tra il 1887 ed il 1888, al *Corso elementare del diritto giudiziario civile* di Francesco Saverio Gargiulo, apparso a Napoli nel 1888.

<sup>16</sup> M. Taruffo, *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, cit., pp. 153-154.

<sup>17</sup> Sulla vita e le opere si veda M. Barberis, *Tarello Giovanni*, *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII - XX secolo)*, cit., II, pp. 1938-1940.

<sup>18</sup> A. Pekelis, *Azione*, in *Nuovo Digesto Italiano*, II, Torino 1937, pp. 91-108.

<sup>19</sup> P. Calamandrei, *La relatività del concetto di azione*, Padova 1939, pp. 428 ss. Sulla vita e le opere si veda B. Sordi, *Calamandrei Piero*, in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII - XX secolo)*, cit., I, pp. 377-381.

<sup>20</sup> R. Orestano, *Azione. I, Azione in generale: a) Storia del problema*, in *Enciclopedia del diritto*, IV, Milano 1959, pp. 785-882. Sulla vita e le opere si veda M. Campolunghi, *Orestano Riccardo*, in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII - XX secolo)*, cit., II, pp. 1461-1464.

<sup>21</sup> G. Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli 1922, pp. 65 ss.

<sup>22</sup> Si pensi, per esempio, a G. Saredo, *Istituzioni di procedura civile precedute dall'esposizione dell'ordinamento giudiziario italiano*, Firenze 1873, pp. 18 ss. L'Autore sottolineò l'esigenza di un'analisi genetica degli istituti

processuale con cui far valere il diritto e la stessa situazione giuridica controversa. Infatti il Chiovenda, attraverso una operazione concettuale, disconobbe tale identità e configurò l'azione in modo indipendente non dalla volontà del soggetto di attivare o non attivare il giudizio ma più a monte dallo stesso diritto che si riteneva leso, dalla situazione giuridica bisognevole di intervento giudiziario. Alla concezione dogmatica dell'azione il Tarello contrappone il «carattere liberatore» dell'insegnamento di Orestano che, mezzo secolo dopo, rispose alla costruzione chiovendiana con «il rifiuto della metafisica, con la conseguente tesi della dipendenza solo mondana e storica della problematica giuridica», con il rifiuto della «ontologia linguistica, con la conseguente tesi della dipendenza solo culturale e storica degli oggetti dell'attenzione dei giuristi (e nel caso dell'azione, con la tesi della inesistenza dell'oggetto e della storicità delle concettualizzazioni)», con il rifiuto della «teoria generale del diritto come teoria del diritto in universale, con la tesi della impossibilità delle teorie settoriali (in particolare dell'azione) come teorie e della loro necessaria riduzione a storiografie concettuali, e ad operazioni interne a singole, storicamente concluse, esperienze ordinamentali»<sup>23</sup>. Ma, secondo il Tarello, Orestano non si è spinto oltre, o fino a dove avrebbe potuto, avverso alla costruzione dogmatica dell'azione in quanto egli non avrebbe 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” (e non di altro); per cui il relativismo dei concetti giuridici è il loro essere “posizioni interne alla scienza in una esperienza storica data” (e non invece essere relativi a operazioni politiche in un contesto politico dato)»<sup>24</sup>.

A voler tirare le fila del discorso i contributi della storiografia giuridica italiana sul processo civile, almeno fino alla prima metà del Novecento non guardano alla complessità del fenomeno processuale nella sua interezza, vuoi per preliminari adozioni tematiche, vuoi per ragioni che affondano le proprie radici nella natura delle stesse scelte legislative, così ancorate al tecnicismo e formalismo giuridico del codice di rito (come nel caso della dottrina esegetica sul codice del 1865), e nella natura degli orientamenti dottrinali che a tali scelte hanno fatto da sfondo talvolta compiacendole, risultando così indissolubilmente ancorate al testo normativo, talvolta orientandole in misura prevalente verso un'impostazione prettamente concettuale, come nel caso del “neopandettista” Chiovenda.

Tale atteggiamento della storiografia giuridica italiana si palesa forse essere anche la conseguenza più naturale di quel filone della trattazione sistematica della materia processuale che ha avuto come *principium* l'insegnamento del diritto processuale nelle università tedesche dell'Illuminismo e che ha costituito, per Knut Wolfgang Nörr, ragione di studio e di approfondimento nella sua monografia *Naturrecht und Zivilprozess. Studien zur Geschichte des deutschen Zivilprozessrechts während der Naturrechtsperiode bis zum beginnenden 19*, edita a Tubinga nel 1976 (ora tradotta in italiano con il titolo *Verso il processo civile moderno*.

---

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

<sup>23</sup> G. Tarello, *Dottrine del processo civile*, cit., p. 259.

<sup>24</sup> Ivi, p. 260.

Dal diritto naturale al Novecento) e nella raccolta di saggi *Iudicium est actus trium personarum. Beiträge zur Geschichte des Zivilprozessrechts in Europa*, edita a Glodbach nel 1993. L'acquisizione, sulla base della metodologia cartesiana, di criteri razionali modellati sul sapere matematico da utilizzarsi anche nell'indagine processual-civilistica costituisce del resto il carattere vitale e imperituro della scuola del diritto naturale nei secoli successivi e fa sì che l'esigenza di rendere in forma e ordine sistematico tanto la scienza processualistica, attraverso il ricorso al "Systema processus", quanto, secondo il ferreo e incontrovertibile insegnamento di Wolff<sup>25</sup>, l'operatore del diritto processuale, che non a caso viene identificato come "systematis conditor", riduca ai minimi termini il valore di una ricostruzione storica del processo e del relativo pensiero giuridico: l'ordine logico di derivazione matematica presuppone un calcolo e per questo restringe l'argomentare entro principi e proposizioni processuali tra loro doverosamente e necessariamente concatenati.

Secondo il Nörr è a Daniel Nettelbladt, la cui opera *Systema elementare universale iurisprudentiae naturalis in usum praelectionum academicarum adornatum* risale al 1748, che si deve il principio del metodo giusnaturalistico della concettualizzazione: con lui si assiste ad una categorizzazione sistematica del processo civile, al superamento della tradizionale elencazione delle singole partizioni del processo. Inoltre, l'Autore attribuisce al Nettelbladt l'aver posto al centro della realtà processuale il negozio giuridico dalla cui avvenuta esecuzione, come evidenza nelle opere *Abhandlungen von der praktischen Rechtsgelahrtheit* (1764) e *Versuch einer Anleitung zu der ganzen praktischen Rechtsgelahrtheit* (1767), si perviene agli atti riguardanti le cause: «I negozi fanno "sorgere dal nulla gli atti", ad es. la costituzione di un testamento, la proposizione di una domanda, ovvero si riferiscono ad "atti già esistenti"». In *Versuch einer Anleitung zu der ganzen praktischen Rechtsgelahrtheit* Nettelbladt viene addirittura a distinguere la teoria dell'arte di negoziare atti del processo dalla teoria dell'arte di gestire atti processuali civili negoziati: alla prima tipologia sono visti appartenere «i negozi relativi alla preparazione della controversia come la proposizione della domanda giudiziale, la adduzione di eccezioni, la costituzione in giudizio del convenuto; la deduzione di prove e controprove; i negozi relativi alle decisioni giudiziarie, compresi i mezzi di impugnazione, nonché i negozi relativi all'esecuzione»; alla seconda tipologia, ossia alla gestione degli atti già esistenti, «le arti cioè della redazione e della formulazione delle decisioni giudiziarie»<sup>26</sup>. Tuttavia, ad avviso di Nörr, se Nettelbladt compie un passo decisivo nella categorizzazione sistematica del processo laddove giunge a ritenere fondamentale una disamina in prima analisi dei singoli negozi che si presentano nello svolgimento della causa e poi del processo civile stesso, è pur vero che egli non perviene a conferire alle nozioni di negozio giuridico una vita dogmatica: «La promessa sopra enunciata di chiarire "indoles et natura" degli atti processuali non deve essere fraintesa. Nella sua *praktischen Rechtsgelahrtheit*, Nettelbladt non enuncia una teoria dell'atto processuale così come la potrebbe intendere un giurista oggi. Piuttosto riporta i singoli atti o negozi sostanzialmente come li ha rinvenuti (ma non sotto un nome comune) nel processo di diritto comune del suo tempo»<sup>27</sup>.

Un passo in avanti verso la sistemazione teorica del processo lo si inizia a vedere, secondo Nörr, con Emil August Friedrich Eggers, il quale, nella sua opera *Philosophischer*

<sup>25</sup> C. Wolff, *Philosophia rationalis sive logica, methodo scientifica pertractata et ad usum scientiarum et vitae optata*, Frankfurt-Leipzig 1740, p. 635.

<sup>26</sup> K. W. Nörr, *Verso il processo civile moderno. Dal diritto naturale al Novecento*, traduzione di C. Foti, Roma 2013, p. 40.

<sup>27</sup> Ivi, p. 42.

*Abriß von dem allgemeinen bürgerlichen Rechtsverfahren, ein Versuch* (1790), abbandonando l'idea di fondare le sue argomentazioni sul diritto giustiniano e sul diritto canonico per scelta programmatica, ritiene necessario individuare il sistema in cui «il procedimento giudiziario sia sviluppato e rappresentato in un contesto appropriato, in modo succinto ma sufficiente, secondo propri concetti sovraordinati e subordinati, parti, specie, differenze, requisiti, qualità di tutte queste cose rispetto alla natura della causa»<sup>28</sup>. Con Karl Grolman ed il suo manuale *Theorie des gerichtlichen Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten nach den gemeinen deutschen Gesetzen entworfen* (1800), dal punto di vista sistematico si compie, secondo Nörr, un significativo passo in avanti rispetto a Nettelblatt e Eggers: «Il manuale di Grolman costituisce la prima descrizione generale del processo civile in cui è posta in risalto in modo costruttivo la maggiore mobilità rispetto agli insegnamenti del diritto comune, nonché uno sguardo sempre più attento sulle relazioni di efficacia interna dei singoli istituti processuali»<sup>29</sup>. Grolman ha come obiettivo primario l'elaborazione scientifica del processo, elaborazione che verrà portata a termine da Gönner il quale con la *Verhandlungsmaxime* e la *Untersuchungsmaxime* finisce per raccogliere, forte della filosofia kantiana, un insieme di principi processuali al centro dei quali vi è quello per cui il sovrano non può esercitare il potere giurisdizionale civile se non sulla base della domanda di colui che si ritiene lesa: «Poiché ciascun cittadino ha facoltà di disporre dei propri diritti secondo il proprio libero arbitrio, e può sacrificare ciascuno dei propri diritti, totalmente o parzialmente, ne consegue che lo Stato deve tutelare solamente quello che la persona riconosce veramente come Suo, e che in considerazione di ciò chiede allo Stato di proteggere. La finalità ultima del procedimento giudiziario viene così maggiormente precisata: che il Suo di ciascun cittadino, che così lo voglia considerare, sia tutelato, una volta chiarito che egli è legittimato a considerarlo tale»<sup>30</sup>. Il processo civile, nella sua nuova teorizzazione scientifica, diviene allora anche questione di autonomia privata.

Agli approdi cui è vista giungere la dottrina tedesca Nörr contrappone il filone della cultura giuridica francese del XIX secolo che, sebbene lontana da una elaborazione sistematica del processo, non è per questo giunta comunque ad una ricostruzione storica e per ciò fenomenica della realtà processuale. L'Autore sposta, infatti, la sua attenzione su una consapevole ricostruzione, tratteggiata da Henry Vizioz e René Morel nella prima metà del XX secolo, delle manchevolezze della cultura giuridica francese che nel corso dell'Ottocento non è riuscita a pervenire ad un disegno solido ed unitario del processo civile e ad una «direction vraiment scientifique» nella dottrina processualistica. Le ragioni di questo *défaut* sono imputabili ad un eccessivo «formalisme judiciaire» per cui si lasciava maggior spazio al metodo esegetico-analitico tralasciando la «physionomie des institutions» e quindi l'indagine sul contenuto e sullo scopo degli atti e delle situazioni processuali, laddove si è tentato di enucleare principi rincorrendo solo le idee dei redattori del *Code de procédure civile*. Secondo il Vizioz ed il Morel le modalità per giungere ad un «étude vraiment scientifique» del processo sono il ricorso alla storia, il ricorso alla comparazione giuridica, il confronto con la giurisprudenza e la concezione sociologica del fenomeno processo, ossia la realtà processuale immersa nella complessità del diritto sostanziale cui è per natura vincolata e nella realtà sociale: solo attraverso un'analisi così

<sup>28</sup> Ivi, pp. 54-55. L'idea di una forza creatrice del diritto in capo alla natura della causa determinò molti progetti privati di ordinamento processuale che l'Autore passa in rassegna.

<sup>29</sup> Ivi, pp. 66-67.

<sup>30</sup> Ivi, p. 69.



impostata si potrà giungere ad identificare i principi informatori del processo<sup>31</sup> ed a verificare, ad esempio, la portata della costruzione dogmatica di azione di origine chiovendiana.

Il contributo di Nörr, la cui edizione tedesca, come si è detto, risale al 1976, nel rappresentare attraverso una ricostruzione storica del pensiero giuridico dell'età moderna i tratti essenziali del processo civile, ha senza dubbio suscitato in Italia un ripensamento dei criteri metodologici volti ad approfondire sia le tematiche processuali che le rielaborazioni dottrinali della stessa scienza giuridica processualistica dal XVIII al XX secolo.

Ne sono di esempio i numerosi lavori sulla codificazione moderna apparsi nei volumi della collana *Testi e documenti per la storia del processo* a cura di Nicola Picardi e Alessandro Giuliani, che hanno offerto a cultori del diritto positivo e storici del diritto l'occasione di ricostruire insieme, 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. Attraverso queste pagine, come ha messo in luce Cordopatri nella sua introduzione alla ripubblicazione del Codice giudiziario barbacoviano del 1788, si assiste alla negazione della distinzione fra «storia dei dogmi» e «storia dei fenomeni», negazione che «consente di cogliere fedelmente e fondatamente il modo di essere di un determinato istituto giuridico nel tempo» in quanto «la rivelazione meramente puntuale del fenomeno – che esalta le peculiarità dei contenuti – e l'apprezzamento mero della “forma” – che lascia nell'ombra la varietà del reale – finiscono per impedire, se presi in senso strettamente alternativo, che la linfa vitale delle risultanze dell'indagine storica in punto di “contenuti” vada a tonificare gli schemi dell'istituto quali autorizzati e suffragati dall'*ius positum* e ripresi dalla riflessione dommatica»<sup>32</sup>.

Il significato della natura di codice giudiziario che possa avere una qualche risultanza per coloro che si apprestano all'esame di un istituto processuale nei confini di un codice di rito è, sempre come esempio, certamente fatto palese nella ricostruzione dell'*iter* formativo del *Code de procédure civile* del 1806 curata da Petronio nel V volume dei *Testi e documenti per la storia del processo*, sotto il suggestivo titolo *Il futuro ha un cuore antico. Considerazioni sul codice di procedura civile del 1806*. In tale contributo, infatti, l'Autore non si limita ad illustrare i lavori preparatori al *Code de procédure civile* ma guarda alla tradizione giuridica di *Ancien Régime*, nella quale sono rinvenibili sì le fondamenta dei vecchi ordinamenti giudiziari ma anche i germi e le ragioni del nuovo modello normativo, del codice. E questo richiamo del passato avviene sia attraverso l'esame delle motivazioni, dei contenuti dell'*ordonnance* del 1667 e delle riforme rivoluzionarie sulla giustizia civile (ponendo attenzione ai *cabiers de doléance* redatti nell'imminenza degli Stati generali), sia attraverso l'esame del pensiero giuridico dei codificatori come nel caso di Eustache-Nicolas Pigeau. Quest'ultimo, formatosi sotto le sollecitazioni del riformismo giuridico francese e dell'illuminismo, ben consapevole della «necessità di contemperare la snellezza del sistema processuale con la sua naturale complessità», rinvenne del resto «che non c'era stata consapevolezza, in passato, del fatto che il vero problema della semplificazione dei giudizi e della velocità delle procedure non dipendeva che in minima parte dal diritto processuale, ma dipendeva, per la gran parte, dal diritto sostanziale»<sup>33</sup>. Il diritto

<sup>31</sup> Ivi, pp. 83 ss.

<sup>32</sup> F. Cordopatri, *Il Codice giudiziario nelle cause civili pel principato di Trento*, in *Testi e documenti per la storia del processo*, a cura di N. Picardi e A. Giuliani, Milano 2004, IV, p. XI.

<sup>33</sup> U. Petronio, *Il futuro ha un cuore antico. Considerazioni sul codice di procedura civile del 1806*, in *Testi e documenti per la storia del processo*, a cura di N. Picardi e A. Giuliani, Milano 2000, V, t. 1, pp. XXXIV-XXXV.

processuale va percepito, dunque, come strettamente connesso al diritto sostanziale che lo influenza e ne determina le imperfezioni; il significato del codice giudiziario va colto ed interpretato nell'ambito del significato dell'intero processo di codificazione che, per usare un'espressione cara a Petronio, ha alle spalle un'onda lunga di tradizione<sup>34</sup>.

Sulla stessa nozione di processo si possono cogliere, ad esempio, elementi interessanti sotto il profilo storico nella descrizione tratteggiata da Picardi, in un contributo monografico del 2007, circa il passaggio dal *iudicium* al *processus*, dunque, dagli ordinamenti giudiziari del periodo intermedio all'età moderna.

Come messo in luce da Picardi, tale passaggio, lungi dal risolversi in un mero problema terminologico, rappresenta infatti «una spia attraverso la quale è dato intravedere un mutamento radicale nel modo stesso di concepire il fenomeno processuale». Interprete di questo cammino è Giovanni Althusio che, attraverso il rifiuto della sillogistica classica, la diffusione della logica metodologica cartesiana, sotto l'influenza di Pierre de la Ramée – secondo il quale la matematica costituiva il prototipo sul quale modellare ogni forma di conoscenza – diede avvio, nella terza parte della sua *Dicaeologica*, ad un discorso di matrice processuale volto ad individuare nella *quaestio* l'«*ordo et forma quaestionis tractandae*» cui viene riservata l'espressione *processus* con un significato del tutto diverso dall'antico *ordo iudiciarius*<sup>35</sup>. Si tratta di una nozione, quella di *processus*, destinata ad avere seguito nella cultura giuridica europea, specie tedesca, e che ritroviamo in una versione più elaborata, nel XVIII secolo, lo stesso Nettelbladt che definiva il processo come «*ordo, secundum quem singuli actus in tractatione causae [...] obvenientes se invicem subsequi vel iuxta se invicem collocari debent*», dunque come una sequenza ordinata di atti processuali, e che vedeva l'*ordo* del processo civile «*secundum leges positivas determinatus est*»: «Era l'abbandono del carattere extrastatuale della procedura ed il riconoscimento dell'intervento del principe in tale materia. Conseguentemente, venivano privilegiati il momento organizzativo e l'impostazione efficientistica, che, nella concezione originaria dell'*ordo iudiciarius*, erano restati in ombra»<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> U. Petronio, *La lotta per la codificazione*, Torino 2002, pp. 145-146: «Ma si è già detto che le epoche della storia, anche se conoscono contrapposizioni e cesure che la storiografia prende a modello per le proprie ricostruzioni, non possono essere divise con un taglio netto tra vecchio e nuovo, e ciascuna epoca contiene, insieme a quello che la caratterizza e la fa essere se stessa, sia i relitti del vecchio sia germi e fermenti di quello che sarà poi il nuovo, il quale, a sua volta, conserverà ancora a lungo resti, relitti e poi ricordi di ciò che lo ha preceduto, in un intreccio indissolubile».

<sup>35</sup> N. Picardi, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano 2007, pp. 211 ss.

<sup>36</sup> Ivi, p. 229.