

Andrea Panzarola

Nicola Picardi: processualista e storico

SOMMARIO: 1. I dati biografici. – 2. I primi scritti. – 3. I contributi monografici. – 3.1. *Segue*. La trascrizione delle domande giudiziali. – 3.2. La giurisdizione fallimentare, vaticana e altri saggi. – 4. “L’Educazione giuridica” e le “Ricerche sul processo”. – 5. I “Testi e documenti per la storia del processo”. – 6. Il processo nell’epoca di mezzo e nell’età moderna. – 7. Giudizio e processo. – 8. La extrastatalità della giurisdizione. – 9. La diffusione delle ricerche. – 10. La verità probabile. – 11. Il dialogo con la prassi. – 12. La storia e il presente. – 13. Altri temi di indagine. – 14. Processo e giudizio come garanzia di libertà.

1. I dati biografici

Il 16 dicembre 2016 si è spento a Roma, all’età di ottantadue anni, Nicola Picardi. Nato a Sarnano, in provincia di Macerata, il 21 febbraio 1934, Picardi ha insegnato – quale professore ordinario di diritto processuale civile e di diritto fallimentare – nelle Università di Perugia¹, Roma “Tor Vergata” e Roma “La Sapienza”, di cui è stato professore emerito. Dal 1982 al 2013 è stato inoltre professore incaricato di diritto processuale civile nella libera Università di Studi Sociali (LUISS – Guido Carli) di Roma².

Dottore in “*utroque iure*”³, dal 1959 al 1969⁴ è stato magistrato ordinario, da ultimo addetto alla Procura Generale della Corte di Cassazione di Roma. Dopo avere conseguito nel 1965 la libera docenza di diritto processuale civile presso l’Università di Pisa, nel 1969 Picardi è risultato vincitore del concorso alla cattedra di diritto processuale civile.

Socio corrispondente dell’Accademia Nazionale dei Lincei, è stato altresì accademico onorario della *Real Academia de Jurisprudencia y Legislation* di Madrid ed accademico della Filiale di Lublino dell’*Accademia Polacca delle Scienze*. Già socio dell’*Association International du droit procedural* e della *Wissenschaftliche Vereinigung für Internationales Verfahrensrecht*, Nicola Picardi è stato per molti anni componente del

¹ Picardi è rimasto sempre molto legato all’Ateneo perugino, dove strinse una amicizia duratura con Alessandro Giuliani. A Perugia conobbe anche il Suo primo Allievo, Bruno Sassani. Picardi tornava spesso a Perugia, in una occasione speciale vi andammo assieme (v. Picardi, *Alessandro Giuliani e le sue ricerche*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 103 ss.). Si intratteneva con piacere, oltre che sul maestro dello Studio perugino (Bartolo), anche sulla figura Alberico Gentili (*alumnus* dello Studio perugino, poi *Regius Professor* a Oxford). Conservo gelosamente il volumetto (di cui Egli mi fece dono) contenente le due brevi orazioni pronunziate (nel 1602/1604) da Alberico Gentili in lode delle Accademie di Perugia e di Oxford.

² Dove si sono laureati alcuni dei Suoi allievi, incluso il sottoscritto (Filomena Santagada, Cristina Asprella, Rosaria Giordano e Aniello Merone). Dalla “Sapienza” di Roma provengono invece Roberto Martino e Marco Farina. A Tor Vergata insegnano gli allievi Antonio Briguglio e Bruno Sassani.

³ In giurisprudenza nel 1956, con lode e dignità di stampa, nella Università di Roma “La Sapienza”; ed in diritto canonico nel 1960, “*magna cum laude*”, nella Pontificia Università Lateranense di Roma.

⁴ Dal 1970 al 2016 Picardi è stato iscritto all’ordine degli avvocati di Roma.

Consiglio direttivo dell'*Associazione italiana degli studiosi del processo civile*. Nel 2005 ha ricevuto il premio internazionale "Justice in the World" per la cultura giuridica e l'amministrazione della giustizia, da parte dell'omonima fondazione che ha sede a Madrid.

Dal 1997 al 2013 Picardi è stato Promotore di Giustizia presso il Tribunale dello Stato Città del Vaticano⁵. Nel 2010 gli è stata conferita (dal Cardinale Presidente del Governatorato dello Stato Città del Vaticano) la medaglia d'oro per la collaborazione all'adeguamento della legislazione Vaticana agli *standard* europei⁶.

In Italia Picardi ha fatto parte di varie commissioni ministeriali per la riforma del codice di procedura civile⁷, della legge fallimentare⁸, della legge sull'organizzazione giudiziaria⁹, ecc. È stato chiamato a tenere numerose relazioni, conferenze, colloqui o cicli di lezioni presso diverse Università o istituzioni culturali, non solo italiane ed europee, ma anche extraeuropee¹⁰. È stato relatore o presidente in diversi congressi internazionali¹¹.

⁵ Quale esperto, nel 2010, ha fatto parte del Comitato misto Stato Città del Vaticano - Unione Europea per l'uniformazione della legislazione vaticana agli *standard* europei.

⁶ Riguardo alla prevenzione e al contrasto del riciclaggio dei proventi di attività criminose e del finanziamento del terrorismo, nonché relativamente alla frode e alla falsificazione dei mezzi di pagamento.

⁷ Picardi ha redatto la bozza di *Relazione ministeriale* (Bosco) ed il *disegno di legge* concernente *delega al Governo per la riforma dei codici* (atto parlamentare n. 557 del 1963, Camera dei Deputati), per quanto riguarda i principi ed i criteri direttivi per la riforma del Codice di procedura civile e del codice di procedura penale. Nel prosieguo ha collaborato alla redazione del *Disegno di legge per il nuovo codice di procedura civile*, predisposto dalla Commissione ministeriale presieduta da Enrico Tullio Liebmann, in *Giust. civ.*, 1981, p. 315 ss. Ha quindi fatto parte della Commissione ministeriale presieduta da V. Denti che ha predisposto il disegno di legge *Provvedimenti urgenti per l'accelerazione dei tempi della giustizia civile*, in *Giust. civ.*, 1987, p. 229 ss.

⁸ Picardi ha fatto parte della Commissione presieduta da P. Pajardi che ha redatto il *Progetto di riforma della legge fallimentare*, pubblicato in *Ricerca in ordine alla riforma della legge fallimentare italiana*, CIS Lissone 1984, p. 7 ss. È stato membro della Commissione ministeriale (ancora una volta presieduta da P. Pajardi) che ha redatto il *Progetto di legge delega per la riforma della legge fallimentare*, pubblicato in *Il progetto di riforma della legge fallimentare*, Atti del Convegno S.I.S.C.O. 1984, Milano 1985, p. 93 ss.

⁹ Picardi ha anzitutto collaborato alla redazione dello *Schema di progetto di legge sulla responsabilità del magistrato*, predisposto da un gruppo di lavoro C.N.R., in *La responsabilità del giudice*, III dell'*Educazione Giuridica*, Perugia 1978, p. 642 ss. Ha poi coordinato il Gruppo di lavoro C.N.R. che ha redatto lo *Schema preliminare di progetto di legge sullo statuto del giudice*, in *Giust. civ.*, 1981, p. 37 ss. (successivamente riprodotto, con modifiche e con il titolo *Schema di progetto di legge sull'ordinamento giudiziario*, in *Ordinamento giudiziario*, III, Rimini 1985, p. 374 ss.). Ha inoltre fatto parte della Commissione ministeriale presieduta da E. Gallo che ha predisposto lo *Schema preliminare sulla riforma dell'ordinamento giudiziario*, in *Documenti Giustizia*, 1994, 1-2, p. 258 ss. Ha infine presieduto i lavori della Commissione ministeriale per la revisione del personale degli uffici notificazioni, esecuzioni e protesti, redigendo la relazione finale, Roma 1998.

¹⁰ Si possono ricordare le relazioni svolte in Università di diversi continenti su temi processualistici, dall'Università di Hangzhou (Cina) il 26 ottobre 1990 all'Università Nazionale Autonoma del Messico il 7 settembre 1993 e, per ultimo, dall'Università per l'amicizia dei popoli di Mosca il 18-19 novembre 2010, all'Università di Porto Alegre (Brasile) il 30 novembre – 2 dicembre 2010, in un congresso indetto in Suo onore.

¹¹ Fra l'altro, è stato, relatore generale sul tema "*l'indépendance et la responsabilité des juges et des avocats, aperçu historique*", al IX Congresso Mondiale di Coimbra – Lisbona 26 agosto 1991, dell'*Association International du Droit Procedural*, e sul tema "*Le code de procédure civile français de 1806 et le monopole étatique de*

È stato designato, quale esperto italiano, in diversi comitati presso la CEE¹² ed il Consiglio d'Europa¹³, che hanno elaborato numerose direttive, convenzioni e raccomandazioni su temi di diritto processuale, fallimentare, commerciale e di organizzazione giudiziaria. Ha fatto, inoltre, parte della commissione¹⁴ che ha predisposto la Convenzione dell'Aja del 1965 sulle notificazioni all'estero.

2. I primi scritti

Il venticinquenne Picardi, da poco assistente ordinario nell'Università di Perugia, pubblicava nel 1959 un saggio su “*La domanda di sostituzione nel processo esecutivo*”. Era l'esordio del giovane studioso – che aveva già pubblicato alcuni articoli di intonazione

la jurisdiction» nel convegno dell'Università “*La Sorbone*” e della Corte di Cassazione francese in occasione del bicentenario del *code de procedure civil du 1806*, Parigi 16 novembre 2006; nonché presidente della seduta del 24 agosto 1993 dell'*International Symposium of Civil Procedural Law* di Lublin sul tema «*Unity of Civil Procedural Law its National Divergencies*»; e anche presidente della seduta del 4 agosto 1994 al XIV Congresso Internazionale dell'Accademia Internazionale di diritto comparato, Atene 1994 sul tema «*La légitimité du juge constitutional et la théorie de la interpretation*».

¹² Dal 1963 al 1967, ha fatto parte, quale esperto italiano, del Gruppo di lavoro della CEE che ha redatto le prime tre *proposte di direttive della Comunità Economica Europea in materia di società* ex artt. 100 e 54-3-g del Trattato di Roma, poi divenute la prima direttiva (9 marzo 1968), sulla nullità dell'atto costitutivo di società e la pubblicità degli atti sociali; la seconda direttiva (13 dicembre 1976), sulla costituzione delle società per azioni e la salvaguardia e le modificazioni del capitale sociale e la terza direttiva (9 ottobre 1978), sulla fusione delle società per azioni. Segnatamente il 15 maggio 1964, la Commissione della Comunità Economica Europea l'ha nominato relatore in seno al gruppo di lavoro “*Diritto delle società*”. Picardi ha, quindi, redatto il *Rapport introductif sur la coordination des garanties exigées des sociétés pour protéger les intérêts des associées et des tiers en matière d'émission de valeurs mobilières. Première partie: les actions en général, (Rapport de N.Picardi au Groupe de travail “Droit des sociétés”, art.54-3-g du Traité de Rome), Comunità Economica Europea, Commissione, Bruxelles 12 gennaio 1965*. Poi dal 1964 al 1967 ha fatto parte, quale esperto italiano, del Gruppo di lavoro della CEE che ha redatto la prima proposta di regolamento ai sensi dell'art. 235 del Trattato di Roma sullo *Statuto della società per azioni europea* approvato dal Parlamento Europeo l'11 luglio 1974.

¹³ Quale esperto del Consiglio d'Europa, ha partecipato, in qualità di relatore, nel 1994, alla Conferenza di Strasburgo sul fallimento nei Paesi europei centro-orientali; nel 1998 ha redatto l'*Opinion of Council of Europe on the draft Law on Bankruptcy of the Russian Federation*; nell'aprile 1998 è stato relatore alla conferenza di Chişinău (Moldavia) sul ruolo del Ministero della Giustizia nell'esecuzione delle decisioni giudiziarie civili e, nell'ottobre 1998, è stato relatore sul tema *La Corte Suprema e l'Amministrazione della Giustizia* alla conferenza di Kiev dei Presidenti delle Corti Supreme dei paesi europei centro-orientali. Nel 1983, sempre nell'ambito del Consiglio d'Europa, ha fatto parte, come rappresentante italiano, del Comitato di esperti che ha predisposto il testo della Raccomandazione su *Principes de procédure civile propres à améliorer le fonctionnement de la justice*, adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 28 febbraio 1984 (Racc. n. (84)5). Negli anni 1964-67 nel quadro del Comitato europeo di cooperazione giuridica (CCJ) del Consiglio d'Europa, ha fatto parte, come rappresentante italiano, del sottocomitato di esperti per l'armonizzazione dei concetti giuridici di base e per l'elaborazione di progetti di convenzioni internazionali, quale quella sui titoli al portatore smarriti o sottratti, sull'adozione dei minori, nonché il riconoscimento e l'esecuzione dei lodi arbitrali.

¹⁴ Nel febbraio 1964 ha fatto parte, come rappresentante italiano, della Commissione speciale, costituita presso la Conferenza di diritto internazionale privato dell'Aja, che ha redatto il progetto adottato poi dalla X sessione della Conferenza e divenuta la *Convenzione dell'Aja del 15 novembre 1965*, relativa alla *notifica all'estero di atti giudiziari ed extragiudiziari in materia civile e commerciale*.

storica e di analisi sociale¹⁵ – sulla “*Processuale*” di Carnelutti (e prima ancora di Chiovenda e Calamandrei). Già emergevano le caratteristiche che avrebbero accompagnato il Suo lungo e fecondo cammino di Studioso, “l’acume limpido” e la “attenzione profondissima e di prima mano alla Storia”¹⁶, utilizzata per sistemare un istituto (quello contemplato dall’art. 511 c.p.c.) dagli incerti confini e così per rispondere alle esigenze anche pratiche del giurista.

Di poco successivo è un contributo sugli effetti della rinnovazione dell’atto processuale nullo¹⁷ ed un altro – di profonda originalità¹⁸ – a proposito di termini processuali¹⁹. Un tema, questo dei termini, che Picardi continuò ad investigare anche nel prosieguo²⁰, giungendo a risultati senz’altro innovativi. Nella impostazione della dottrina classica il termine, mentre va ricondotto alla forma dell’atto processuale, può essere ricostruito unitariamente. Ne discende che ogni tipo di termine va inteso come requisito o elemento temporale dell’atto, con la ulteriore conseguenza che va affermata la nullità dell’atto per inosservanza dei termini, perfino nel caso di inosservanza del termine ordinatorio non prorogato. In questa impostazione restava però in ombra se tale requisito temporale fosse intrinseco o estrinseco all’atto. Non era neanche chiaro se ci si riferisse all’atto cronologicamente precedente (*a quo*) o all’atto successivo (*ad quem*). Picardi propone, invece, di sviluppare una analisi basata sui meccanismi che sono alla base dei diversi tipi di termine, al contempo abbandonando ogni tentativo di costruzione unitaria. Si giunge in questo modo a delineare la diversa struttura delle tre tradizionali categorie di termini (dilatori, perentori ed ordinatori) e a precisare i rapporti fra i singoli termini e gli atti processuali. Le differenze con l’impostazione “classica” sono numerose e vengono in luce, in particolare, nella determinazione delle (diverse) conseguenze riallacciate alla inosservanza dei predetti termini.

3. I contributi monografici.

Nel 1964 Picardi pubblica la Sua prima monografia²¹. Vi prende forma l’analisi – che rappresenta a tutt’oggi un termine di confronto indispensabile per chi affronti la

¹⁵ *La vicenda dei preti operai*, in *Il Mulino*, 1954, p. 584 ss.; *Studi medioevali, ivi*, 1955, p. 964 ss.; *Considerazioni sull’insegnamento del diritto in Italia e in Inghilterra*, in *Riv. giur. umbro-abruzzese*, 1957, p. 395 ss.; *Le associazioni cattoliche francesi del secondo dopoguerra*, in *Il politico*, 1957, p. 393 ss.

¹⁶ Così un Suo allievo, A. Briguglio, *La necessità del titolo esecutivo per la domanda di sostituzione del creditor creditoris*, in AA.VV., *Scritti in onore di Nicola Picardi*, a cura di Briguglio, Martino, Panzarola, Sassani, Pisa, 2016, I, p. 355 ss.

¹⁷ *Irretroattività degli effetti nell’ipotesi di rinnovazione dell’atto processuale nullo*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, V, Milano 1962, p. 443 ss., e già in *Giur. it.*, 1961, p. 6 ss.

¹⁸ Che infastidi F. Carnelutti, in *Riv. dir. proc.*, 1963, 619. La replica (altrettanto rispettosa che fondata) di Picardi, *La successione processuale*, cit., spec. p. 67 e nt. 144, spiega le (buone) ragioni esistenti per superare il classico insegnamento carneluttiano sul punto.

¹⁹ *Per una sistemazione dei termini processuali*, in *Jus* 1963, p. 209 ss. Il saggio è stato tradotto in spagnolo: *Para una sistematización de los terminos procesales*, in *Revista del Colegio de Abogados del Costarica*, 1965, p. 71 ss.

²⁰ *Dei termini*, in *Trattato di Diritto Processuale Civile*, diretto da Enrico Allorio, I, Torino, 1973, pp. 1532 – 1575; voce *Termini Diritto processuale civile* (in coll. con l’Allievo R. Martino), in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXXI, Roma, 1994.

²¹ *La successione processuale*, Milano, Giuffrè, 1964; pp. IX - 210.

essenziale tematica dei rapporti tra diritto e processo – delle dottrine sulla natura del processo. Lo studioso ripercorre quella raffinata stagione di studi volta alla formalizzazione ed alla trascrizione del dialogo giudiziario in termini di diritti e di obblighi, che condusse alla costruzione del processo, prima, come rapporto giuridico processuale²² e, poi, sotto l'influsso della teoria normativa del diritto, come procedimento. Siamo alle origini di quella «scienza» del diritto processuale che ha concorso a segnare (nel XIX e il XX secolo) una delle più nette differenze fra la processualistica continentale (innervata da una razionalità formale e calcolante modellata sul sapere matematico) e quella anglo-americana (contrassegnata da spiccato pragmatismo).

3.1. *Segue.* La trascrizione delle domande giudiziali

I risultati attinti con la monografia del 1964 sono ulteriormente sviluppati con il volume del 1968 sulla trascrizione delle domande giudiziali²³, in connessione con lo studio dell'istituto della successione nel c.d. diritto controverso (art. 111 c.p.c.). Picardi rifiuta la tesi secondo cui “diritto controverso” va inteso come diritto sostanziale dedotto in giudizio o, per dir meglio, come diritto sostanziale ipotetico, semplicemente «affermato» da chi agisce in giudizio. Abbraccia invece la idea che, come la successione a titolo universale, così pure la successione a titolo particolare non presuppone necessariamente analoghi mutamenti sul piano sostanziale e, pertanto, può essere senz'altro ricondotta nella (unitaria) categoria della successione processuale. Alla base di questa ricostruzione sta la tesi (che le due monografie del 1964 e del 1968 concorrono a definire) che la venerabile categoria della “azione” (oggetto di un dibattito secolare e che, nella prima parte del XX secolo, diede vita alla contrapposizione fra le teorie dell'azione concreta e dell'azione astratta) sia da ripensare. Picardi registra che la tesi tradizionale della azione come potere solitario esterno al processo era giunta al capolinea, nonostante le amorevoli cure dedicate a rivitalizzarla e a correggerne i difetti. Egli ebbe acuta percezione della necessità di rimodulare la categoria della azione, commisurandola al processo nella sua globalità. La azione viene così intesa come posizione soggettiva composita (in quanto somma una pluralità di posizioni soggettive processuali) ad evoluzione progressiva (in quanto si traduce in una sequenza che si snoda gradualmente nel corso del processo), vale a dire come la sintesi di una serie di poteri e facoltà, doveri e oneri, nonché diritti in senso stretto che l'ordinamento attribuisce all'attore sul piano processuale e lungo tutto l'arco del giudizio, dalla domanda sino al provvedimento finale. Ecco che, muovendo dall'azione intesa come sequenza di posizioni soggettive ad evoluzione progressiva, Picardi può affermare che alla proposizione della domanda (con, al suo interno, la «affermazione» del diritto) – e alle posizioni giuridiche connesse che diacronicamente vi si riannodano — viene ricollegato dall'ordinamento il dovere del giudice di provvedere e, quindi, il diritto della parte che agisce in giudizio al provvedimento di merito, sia esso favorevole o sfavorevole. Lo studioso ne deduce, in

²² Con la ricostruzione del processo quale rapporto giuridico processuale inizia lo studio dei meccanismi interni del processo. Si passa dalla mera descrizione alla ricostruzione del fenomeno processuale.

²³ *La trascrizione delle domande giudiziali*, Milano, Giuffrè, 1968, pp. XII - 436.

conclusione, che tale diritto al provvedimento (accompagnato, o meno, da un autonomo trasferimento del diritto sostanziale) potrà essere oggetto di disposizione. Le conseguenze pratiche di questa impostazione sono importanti perché, seguendola, è possibile ricondurre i casi di annullamento, risoluzione o rescissione ecc. di contratti ad effetti reali — che, nell’ottica del primo orientamento, di impronta “sostanzialistica”, restavano esclusi dalla portata applicativa dell’art. 111 c.p.c. — nell’alveo della disciplina della successione nel diritto controverso profilata dall’art. 111 c.p.c. Su questa stessa linea (di massima estensione dello spazio operativo dell’art. 111 c.p.c.) si svolge il coordinamento proposto da Picardi fra l’ultimo comma dell’art. 111 c.p.c. e le altre numerose ipotesi di trascrizione delle domande giudiziali previste dal c.c. all’art. 2652 nn. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 e 9, nonché all’art. 2653 n. 3, 4 e 5.

A sostegno dei risultati raggiunti con la indagine dogmatica Picardi invoca l’esempio del passato (non solo italiano²⁴), per riannodare scienza e storia nell’unità della conoscenza giuridica. Da questo punto di vista la monografia del 1968 riveste una importanza particolare, in quanto rappresenta la prima articolata esposizione del programma da seguire negli studi processuali, un programma (che denomineremmo del sincretismo dei metodi) proposto con quella limpidezza che costituisce il contrassegno dei Suoi lavori. Tutto ciò corrobora l’impressione che Egli fosse, già allora, persuaso che il processo non potesse essere investigato soltanto *more geometrico*. Del resto, nello stesso torno di tempo, altri autorevoli scrittori affrontavano — con il metodo dogmatico — il medesimo tema giungendo però a risultati opposti rispetto a quelli delineati da Picardi, proponendo — contro le conclusioni picardiane — la teoria c.d. delle *distinctiones* (una teoria diretta, per dirla brevemente, ad escludere dall’art. 111 c.p.c. le domande di annullamento, risoluzione o rescissione ecc. di contratti ad effetti reali).

Il ricorso alla storia permette a Picardi anzitutto di individuare esattamente il problema affrontato dall’art. 111 c.p.c., che è antico di secoli²⁵, e di evidenziare che quel problema è sempre lo stesso, quale che sia la natura della azione esercitata dall’attore contro il dante causa (senza che rilevi in contrario se si tratti di azione reale o di impugnativa negoziale). Col conforto della storia Picardi può finalmente sottolineare che ogni ordinamento tende ad evitare la necessità di un nuovo processo, quel nuovo processo viceversa imposto dalla teoria delle *distinctiones*. L’addebito che in definitiva Picardi muove a questa teoria, più che far perno su (opinabili) premesse dogmatiche, è d’altro genere e si appunta sulla notazione che le *distinctiones* rappresentano una marcata discontinuità con l’evoluzione nei secoli dell’istituto (assai risalente) della successione nel diritto controverso, di cui — ammonisce Picardi (convinto che solo con la lezione della esperienza sia possibile interpretare

²⁴ L’ampia ricerca comparativa (un tratto caratteristico di tutte le ricerche di Picardi) fu favorita nell’occasione — mi confidò il Professore — dalla sua permanenza, in quegli anni, al Ministero della Giustizia, dove ebbe la possibilità di consultare una ampia messe di documenti stranieri (relativi, ad es., agli ordinamenti danese, svedese e australiano).

²⁵ In diritto romano, ci si preoccupò — nota Picardi — di evitare che il bene oggetto del giudizio fosse alienato a persone *potentiores* (D.XLIV, 6, 3). Nell’età di mezzo, le Decretali di Gregorio IX fissarono la regola *lite pendente nihil innovetur* (Liber II, titulus 16, c.c. 2, 3, 4). Gli inconvenienti sottesi a tale precetto vennero superati (alla fine del XIX secolo) dalla dottrina e dalle codificazioni germaniche, che spostarono il problema sul piano processuale (adottando soluzioni poi sostanzialmente trasfuse nel nostro art. 111 c.p.c.).

correttamente il diritto positivo) – occorre invece ristabilire la continuità storica²⁶.

3.2. *Segue*. La giurisdizione fallimentare, vaticana e altri saggi

La medesima ispirazione traspare anche dalla monografia del 1974 sulla dichiarazione di fallimento²⁷ che, con sismografica sensibilità per un quadro giurisprudenziale in mutamento, insieme registra e incoraggia gli sforzi diretti ad innestare il contraddittorio sul procedimento per la dichiarazione di fallimento. Fra gli altri profili esaminati – che vanno dalla determinazione degli effetti delle sentenze additive della Corte costituzionale (denominate “integrative” da Picardi) alla segnalazione delle ripercussioni sul piano della tutela del diritto di difesa della parte nel passaggio da una concezione “procedimentale”²⁸ del fallimento ad una di impronta “processuale”²⁹ – emerge l’evocazione del trapasso progressivo dal *Gesetzesstaat* al *Richterstaat*, da uno Stato a prevalente potere legislativo a uno Stato a prevalente potere giudiziario. Va da sé che il diritto processuale fallimentare, da sempre povero di dati positivi, rappresentava l’esempio perfetto di un fenomeno (negli anni divenuto generale) di formazione giurisprudenziale delle regole. Di qui il richiamo di Picardi (ripetuto anche successivamente, nei contesti più vari) alla importanza delle “prassi” e dei “riti” locali, per non dire delle “normative” di foggia pretoria, che la scienza giuridica tradizionale (formatasi in presenza di codificazioni con i caratteri della generalità ed astrattezza) aveva sovente trascurato (così sottovalutando un prezioso «deposito» di esperienze, di ragionamenti e di conoscenze in ambito giudiziario, tanto più rilevante in quanto distonico, sia per struttura che per contenuto, rispetto a quell’ordine sistematico e concettualmente rigoroso proprio delle codificazioni).

Le monografie successive toccano gli altri grandi temi ai quali Picardi dedicò, si direbbe, lo spazio di una intera vita (e sui quali si avrà modo di indugiare più avanti): ciò vale per il volume del 1987 (aggiornato nel 1995) sulla responsabilità civile del giudice³⁰ e per quelli³¹ dedicati, fra il 2007 e il 2008, alla mutevole nozione di

²⁶ La lezione di metodo di Picardi è particolarmente apprezzata, fra gli altri, da uno dei massimi studiosi del tema della trascrizione: osserva R. Vaccarella (*Storia e diritto positivo ne La trascrizione delle domande giudiziali di Nicola Picardi*, in AA.VV., *Scritti in onore di Nicola Picardi*, cit., III, p. 2563 ss., spec. p. 2571) che un tratto di penna del legislatore basta per mandare al macero intere biblioteche, “ma non le opere che, individuando le radici degli istituti e le linee di fondo della loro evoluzione, sono capaci di individuare il filo rosso che unisce al passato il presente e di illuminarlo: mostrando in concreto, e il banco di prova della trascrizione delle domande giudiziali non poteva essere più severo, quanto il cogliere la continuità storica degli istituti ne consenta la piena conoscenza”.

²⁷ *La dichiarazione di fallimento. Dal Procedimento al processo*, Milano, Giuffrè, 1974, pp. IV-247.

²⁸ *Ibidem*, p. 154 ss. In pagine più che mai attuali (oltre che profonde) Picardi dimostra che la adozione del paradigma “procedimentale” ha comportato una svalutazione del principio del contraddittorio (v. spec. pp. 157-160).

²⁹ Picardi propone un inquadramento del fallimento nell’alveo della giurisdizione c.d. volontaria, come “processo volontario”: *ibidem*, p. 205 ss.

³⁰ *La responsabilità del giudice*, (in coll. con A. Giuliani), Milano, Giuffrè, 1987, pp. XVI-257, ristampa aggiornata 1995, pp. XVI - 297.

³¹ *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. VIII – 263; v., successivamente, la versione spagnola: *La jurisdicción en el alba del tercer milenio*, trad. J.S. Monroy Palacios, Lima, 2009, pp. 437. V. pure *Jurisdicção e Processo*, a cura di C.A. Alvaro de Oliveira, Rio de Janeiro, 2008, pp. VII – 155.

giurisdizione, dall'età di mezzo all'epoca attuale (descritta – con trasparente richiamo dell'opera vassalliana – come l'epoca della “extrastatalità della giurisdizione”).

Un posto a sé merita lo studio del 2009 (arricchito da un cospicuo apparato documentario e iconografico³²) sulla giustizia nello Stato Vaticano³³, alla base del quale si può rintracciare, fra l'altro, il ruolo per molti anni rivestito da Picardi di Promotore di Giustizia presso il Tribunale dello Stato Città del Vaticano.

Pubblicato in occasione dell'ottantesimo anniversario dello Stato Vaticano, il libro di Picardi ripercorre dettagliatamente le fasi che condussero all'estinzione dello Stato Pontificio e alla cessazione della sua giustizia sino alla creazione dello Stato Vaticano e della sua giurisdizione³⁴, dal 1929 agli ultimi anni. Il saggio è dichiaratamente fondato sulla premessa (che costituisce in effetti una professione di metodo) che, se storia e diritto si integrano a vicenda, la stessa storia “non può essere tagliata a fette: storia politica, storia delle istituzioni, storia religiosa e storia sociale, si tengono fra loro strettamente”³⁵. E il volume di Picardi è un tentativo rimarchevole – al solito effettuato con la Sua prosa cristallina e *coulante* – di intersecare e fondere (senza confondere) le diverse storie relative alla giustizia vaticana (e, prima, pontificia), in attuazione di una singolare sinergia metodologica, che mira a delucidare l'evoluzione degli eventi e a proporre soluzioni ai problemi³⁶.

Negli anni, oltre ai lavori monografici, Picardi ha continuato ininterrottamente a pubblicare saggi, corsi universitari (tra i quali il notissimo *Manuale*³⁷), note a sentenza, interventi a convegni, recensioni³⁸ ecc. e a curare (con lo scrupolo e l'attenzione per il dettaglio che gli erano propri) la edizione di uno dei commentari al codice di procedura civile³⁹ più diffusi nel panorama nazionale. Rilevantissima è anche la direzione di collane universalmente note di cultura giuridica, in genere, e processuale in particolare.

³² Anche nel volume citato del 2007 (*La giurisdizione all'alba del terzo millennio*) Picardi volle riprodurre (in appendice) la copia fotografica della Pace di Costanza del 1183. La notoria passione per la pittura del Professore si indovina anche nella scelta di porre nella copertina del Suo *Manuale del processo civile* un dipinto (appartenente alla Sua collezione privata) raffigurante quel S. Ivo dei Bretoni, protettore di avvocati e giudici, al quale Egli dedicò un saggio intrigante in *Giusto proc. civ.*, 2007, p. 589 ss.

³³ *Lo Stato Vaticano e la sua giustizia*, Bari, ed. Cacucci, 2009, pp. 189.

³⁴ Sul tema v. anche Picardi, *Alle origini della giurisdizione vaticana*, in questa *Rivista*, 2012, p. 54 s. Egli si interessa anche degli strumenti alternativi esistenti nella giurisdizione vaticana: *Il Collegio di conciliazione ed arbitrato dell'Ufficio del Lavoro della Sede Apostolica*, in *Riv. arb.*, 2011, p. 1 s.

³⁵ *Lo Stato Vaticano*, cit. p. 9.

³⁶ Ad avviso di Gian Piero Milano, il successore di Picardi nel ruolo di Promotore di giustizia, proprio quest'ultimo aveva segnalato (sia pure nello specifico ambito del diritto penale dell'economia) la trasformazione del Tribunale Vaticano, da organo di giustizia statale in autorità giurisdizionale ultrastatale, con competenze estesa pure agli enti operanti nell'ordinamento canonico: lo ricorda C. Asprella, *Nicola Picardi, promotore di giustizia*, in AA.VV., *Scritti in onore di Nicola Picardi*, cit., I, p. 95 ss., spec. p. 96 nt. 5.

³⁷ *Manuale del processo civile*, 3^a, Milano, 2013.

³⁸ Ne abbiamo individuate 281: cfr. in AA.VV., *Scritti in onore*, cit., p. XXV e ss.

³⁹ Giunto alla sesta edizione: *Codice di procedura civile commentato*, nella collana “Le fonti del diritto italiano”, 6^a ed., Milano, 2 tomi, Giuffrè, a cura altresì di B. Sassani e A. Panzarola.

4. “L’Educazione giuridica” e le “Ricerche sul processo”

Il fatto è che lo studioso Picardi non può essere rinserrato nelle Sue pubblicazioni. Insieme e oltre vi è l’inesauribile suscitatore di iniziative culturali, spesso assieme all’Amico Alessandro Giuliani. Con quest’ultimo ha diretto le collane “L’Educazione giuridica”, “Ricerche sul processo” e “Testi e documenti per la storia del processo”. In tali collane sono stati pubblicati quarantasette tomi.

Chi scorra gli indici dei volumi sulla “Educazione giuridica” e consideri la giovane età dei curatori⁴⁰, non potrà non provare un moto di meraviglia, tanto elevata era la qualità dei giuristi che, raccogliendo l’invito di Picardi e Giuliani, si univano a loro nei seminari perugini e contribuivano con i propri scritti alla riuscita della iniziativa⁴¹. Non era sufficiente il fervore intellettuale per coinvolgere personalità del calibro di Chaïm Perelman, Michel Villey, Helmut Coing, Peter Stein, Jerzy Wroblewski, John Henry Merryman, ecc., ma occorre anche doti molto più pratiche di taglio schiettamente organizzativo, conoscenza degli uomini e ampiezza di vedute, tenacia e tatto. Picardi ricordava divertito le peripezie che dovette affrontare per portare a Perugia Max Rheinstein, il quale dopo avere aderito all’invito, rimase così favorevolmente colpito dal seminario perugino da proporre di chiamarlo “*super-seminar*”⁴². Ne trapela una simpatia umana che a distanza di anni non può che smuovere noi tutti, di fronte alla energia e alla passione, all’ardore e alla sincerità di propositi, che animavano quei due giovani che pure non trovavano nell’Accademia del tempo – e questo vale in specie per il diritto processuale civile – molto seguito ed incoraggiamento (con le risapute eccezioni, fra i processualcivili, del Maestro di Picardi, Elio Fazzalari, di G.A. Micheli e pochi altri).

Le doti dell’Uomo sono del resto note, la sua gentilezza, il costante desiderio di evitare le controversie che potessero suscitare discordia e amarezze, la sua inclinazione all’unione e l’assiduità nell’ascolto degli altri. Doti, queste, che si fondevano armoniosamente con la tempra dello studioso, sempre immerso in qualche attività – a scrivere organizzare correggere – con spirito vigile e curiosità inestinguibile, con sobrietà ed umiltà, pronto all’elogio e restio al biasimo (e proclive piuttosto al consiglio, sussurrato appena, in modo indiretto, come se parlasse d’altro). Non sorprende, allora, che Picardi abbia rappresentato per molto tempo il fulcro di una

⁴⁰ Il primo Seminario si tenne nel 1972 nell’Aula del dottorato dell’Università perugina. Fra gli studiosi italiani vi presero parte Fazzalari (Maestro di Picardi), Orestano, Scarpelli e Renato Treves. La relazione introduttiva fu tenuta da Perelman, la seconda relazione e le conclusioni furono affidate a Max Rheinstein. Gli atti furono pubblicati nel 1973. Fra il 1978 e il 1989 seguirono altri cinque seminari e i relativi atti vennero pubblicati in undici volumi.

⁴¹ Cfr. *Modelli di Università e Progetti di Riforma*, Perugia, Libreria Universitaria, 1975, pp. XVII-468, 2^a ed., a cura di N. Picardi e R. Martino, con ampia prefazione di aggiornamento, Cacucci ed., Bari, 2008. V. pure *Profili storici*, Perugia, 1979, pp. VIII – 564, 2^a ed., a cura di N. Picardi e R. Martino, con il titolo *L’educazione giuridica da Giustiniano a Mao. Profili storici e comparativi con nuova prefazione*, Cacucci ed., Bari, 2008. Si consideri altresì *La responsabilità del giudice*, Perugia, 1978, pp. XI – 677. Nonché *Il pubblico funzionario: modelli storici e comparativi*, 3 tomi, Perugia, 1981, pp. VII - 639; VI - 478; VII – 526. Ancora 3 tomi sono dedicati ai *Modelli di legislatore e scienza della legislazione*, 3 tomi, Perugia, E.S.I., 1987-1988, pp. IX-534; VI - 521; VI – 327. Cfr., infine, *Modelli storici della procedura continentale*, 2 tomi, Perugia, E.S.I., 1994, pp. XII - 400; III – 613.

⁴² Max Rheinstein, in *Modelli di Università e Progetti di Riforma*, cit., rist. 2008, p. 461.

Comunità più vasta, di Amici, Allievi e Colleghi, della propria e spesso di altre materie.

Ne sono ulteriore esempio i volumi dedicati alle “*Ricerche sul processo*”, i quali offrono – col concorso corale di giuristi di varia origine e provenienza – un significativo spaccato sul funzionamento di numerosi processi civili, da quello sovietico a quello polacco, da quello inglese a quello cinese, senza dimenticare lo svizzero⁴³. Vi sono ricompresi anche i tre tomi su “*L’ordinamento giudiziario: modelli storici, comparativi e materiali per una riforma*”. Sebbene i processi descritti in quei volumi siano stati soppiantati da altri modelli a seguito della approvazione di nuove codificazioni (come è avvenuto per il Codice di procedura civile della Federazione Russa del 2003, per il codice di procedura civile brasiliano in vigore dal 2016, per quello svizzero del 2008 e per le CPR inglesi del 1999), quei volumi conservano ancora gran parte del loro interesse, proprio grazie alla impostazione che impressero alle ricerche Picardi e Giuliani, sempre attenti a favorire una indagine non circoscritta alla esegesi del dato positivo ma slargata ad indagarne i presupposti storici, ideologici e culturali.

5. I Testi e documenti per la storia del processo

Ragguardevole è la collana di *Testi e documenti per la storia del processo*, organizzata da Picardi e Giuliani in due sezioni.

Nella prima sezione (dedicate ai “*grandi modelli storici*”) sono compresi⁴⁴ il c.d. *Code Louis* (vale a dire la *Ordonnance civile* del 1667 e la *Ordonnance criminelle* del 1670), il *Codex Legum Svecicarum* del 1734, il *Codex Fridericianus Marchicus* del 1748, il *Regolamento giudiziario di Giuseppe II* del 1781 e i *Codici napoleonici* (di procedura civile del 1806 e di istruzione criminale del 1808). Fanno parte di questa sezione anche due codificazioni in larga parte ancora vigenti e che costituiscono da decenni un riferimento fondamentale per gli studiosi del processo civile e cioè la *Ordinanza della procedura civile dell’impero germanico* (1877/1898) e la *Ordinanza della procedura civile di Francesco Giuseppe* del 1895. Appartengono infine alla prima sezione le edizioni della *Ley de enjuiciamiento civil* spagnola del 1881 (in vigore sino al 2000) e di due codificazioni dell’area un tempo denominata delle repubbliche socialiste dell’Est europeo (il *Codice di procedura civile della Repubblica Socialista Federativa Sovietica di Russia* del 1964 e la *Ordinanza della procedura civile*

⁴³ *Il processo civile sovietico*, Padova, Cedam, 1976, pp. XV – 349. *Il processo civile svizzero*, Rimini, Maggioli, 1984, pp. XXXVI - 677. *Il processo civile polacco*, Rimini, Maggioli, 1981, pp. XLV – 536. *Il processo civile brasiliano*, Rimini, Maggioli, 1988, pp. X – 492. *La restaurazione del fallimento negli Stati socialisti*, Rimini, Maggioli, 1994, pp. 151. *Il processo civile inglese*, Rimini, Maggioli 1991, pp. XIX – 465. *Il processo civile cinese*, Rimini, Maggioli 1998, pp. XXVI - 264. *L’ordinamento giudiziario: modelli storici, comparativi e materiali per una riforma*, 3 tomi, Rimini, Maggioli, 1984 - 1985, pp. XIX - 785; VII - 565; VII - 506.

⁴⁴ *Code Louis*, I, *Ordonnance civile*, 1667, pp. LII – 581, con introduzione di Picardi; II, *Ordonnance criminelle*, 1670, pp. XXV -341, con introduzione di A. Langui, Milano, Giuffrè, 1996. *Codex Legum Svecicarum*, 1734, Milano, Giuffrè, 1996, pp. XLIV – 260. *Codex Fridericianus Marchicus*, 1748, 2 tomi Milano, Giuffrè, 2000; pp. XXXIV - 571; XL – 235. *Regolamento giudiziario di Giuseppe II, 1781*, Milano Giuffrè, 2000, pp. LX – XXVIII. *I codici napoleonici*, T.I, *Codice di procedura civile*, 1806, Milano, Giuffrè, 2000; T. II, *Codice di istruzione criminale*, 1808, Milano, Giuffrè, 2002. *Ordinanza della procedura civile dell’impero germanico*, 1877/1898, Milano, Giuffrè, 2002. *Ley de enjuiciamiento civil*, 1881, Milano, Giuffrè, 2001. *Ordinanza della procedura civile di Francesco Giuseppe*, 1895, Milano, Giuffrè, 2004. *Codice di procedura civile della Repubblica Socialista Federativa Sovietica di Russia*, 1964, Milano, Giuffrè, 2004. *Ordinanza della procedura civile della Repubblica Democratica Tedesca*, 1975, Milano, Giuffrè, 2004.

della Repubblica Democratica Tedesca del 1975).

La seconda sezione ospita invece – con il *Codice di procedura civile del Regno d'Italia* del 1865 – i codici degli Stati italiani pre-unitari⁴⁵: ne fanno parte le *Costituzioni sabaude* del 1723, il *Codice estense* del 1771, il *Codice di Malta* (1777-1784), il *Codice Giudiziario Barbacoviano* del 1788, la *Legislazione processuale delle Repubbliche giacobine italiane*, il *Codice di procedura civile per i tribunali del Granducato di Toscana* del 1814, il *Regolamento generale del processo civile per Regno Lombardo Veneto* del 1815, il *Codice per lo Regno delle Due Sicilie, Parte III*, del 1819, il *Codice di procedura civile di Maria Luigia* del 1820, il *Regolamento giudiziario per gli affari civili di Gregorio Papa XVI* del 1834, il *Codice di procedura civile per gli Stati estensi* del 1852 e i *Codici di procedura civile per il Regno di Sardegna* (1854-1859).

Per realizzare questa straordinaria impresa editoriale, Picardi e l'Amico Giuliani sono riusciti a raccogliere intorno a sé studiosi di varie nazioni, di diversa estrazione, processualciviltà italiani⁴⁶ e soprattutto storici del diritto, ma non solo. Vengono in mente Mario Ascheri⁴⁷, Antonella Calussi⁴⁸, Claudio Carcereri de Prati⁴⁹, Pierluigi Cipolla⁵⁰, André Laingui⁵¹, Heinz Mohnhaupt⁵², Werner Ogris e Paul Oberhammer⁵³, Ugo Petronio⁵⁴, Carmelo Elio Tavilla⁵⁵, Gian Savino Pene Vidari⁵⁶, Christian

⁴⁵ *Costituzioni sabaude*, 1723, Milano, Giuffrè, 2002. *Codice estense*, 1771, Milano, Giuffrè, 2001. *Codice di Malta*, 1777-1784, Milano, Giuffrè, 2001. *Codice Giudiziario Barbacoviano*, 1788, Milano, Giuffrè, 2004. *Legislazione processuale delle Repubbliche giacobine italiane*, Milano, Giuffrè, 2003. *Codice di procedura civile per i tribunali del Granducato di Toscana*, 1814, Milano, Giuffrè, 2004. *Regolamento generale del processo civile per Regno Lombardo Veneto*, 1815, Milano, Giuffrè, 2003. *Codice per lo Regno delle Due Sicilie, Parte III*, 1819, Milano, Giuffrè, 2004. *Codice di procedura civile di Maria Luigia*, 1820, Milano, Giuffrè, 2003. *Regolamento giudiziario per gli affari civili di Gregorio Papa XVI*, 1834, Milano, Giuffrè, 2004. *Codice di procedura civile per gli Stati estensi*, 1852, Milano, Giuffrè, 2003. *Codici di procedura civile per il Regno di Sardegna*, 1854-1859, Milano, Giuffrè, 2004. *Codice di procedura civile del Regno d'Italia*, 1865, Milano, Giuffrè, 2003.

⁴⁶ Michele Taruffo (per il *Regolamento generale del processo civile pel Regno Lombardo-Veneto 1815*), Franco Cipriani (*Le leggi della procedura nei giudizi civili del Regno delle Due Sicilie*, introduzione al *Codice per lo Regno delle due Sicilie*), Girolamo Monteleone (sul c.p.c. del 1865), Claudio Consolo (*Il duplice volto della "buona" giustizia tardo-asburgica e del suo rigeneratore*, sulla ordinanza austriaca di Klein del 1895), Sergio Chiarloni (*Il presente come storia: dai codici di procedura civile sardi 1854/59*), Augusto Chizzini (*Introduzione, Il codice di procedura civile per gli Stati di Parma Piacenza e Guastalla*, in *Codice di procedura civile di Maria Luigia 1820*), Francesco Cordopatri (*Codice giudiziario barbacoviano 1788*), Roberto Martino (per la prefazione alla codificazione germanica 1877-1898).

⁴⁷ *L'unificazione giuridica della Toscana Lorenense (1814): "La giustizia è religiosamente amministrata"*, pp. IX-XVI.

⁴⁸ *Dalla riforma dei Tribunali all'approvazione del Regolamento di procedura civile, ovvero il ritorno alla tradizione processuale Leopoldina nella Toscana del 1814*, p. XIX ss.

⁴⁹ *Introduzione. La legislazione processuale delle Repubbliche giacobine in Italia*; nonché la *Introduzione al Codice di Malta, 1777/1784*.

⁵⁰ Sulla ordinanza criminale del 1670.

⁵¹ Sulla ordinanza criminale del 1670 e sul codice di istruzione criminale napoleonico del 1808.

⁵² Il quale ha scritto sul "*Project des Codicis Fridericiani Marchici*" del 1748, la legge processuale di Samuel von Cocceji.

⁵³ *Introduzione a Il Regolamento generale della procedura giudiziaria austriaca del 1781*.

⁵⁴ Che ha contribuito per due volte, sia al *Regolamento giudiziario per gli affari civili di Gregorio Papa XVI 1834*, sia alla al c.p.c. di Napoleone (*Introduzione, Il futuro ha un cuore antico. Considerazioni sul codice di procedura civile del 1806*, in *I Codici Napoleonici. T. I Codice di procedura civile, 1806*).

⁵⁵ *Introduzione. Il codice estense del 1771: il processo civile tra istanze consolidatorie e tensioni riformatrici*, in *Codice estense 1771*.

Wollschläger⁵⁷, Walter H. Rechberger e Georg E. Kodek⁵⁸, ecc.

Picardi d'altronde intratteneva rapporti amicali con giuristi di ogni provenienza. Ricordiamo i contatti frequenti e ripetuti che Egli ebbe con studiosi ungheresi⁵⁹, polacchi, russi, francesi, tedeschi, ma anche brasiliani (inclusi quelli della nuova generazione, come Nunes Dierle⁶⁰) e peruviani, ecc. Non è un caso che alcuni dei Suoi scritti siano stati accolti con favore e poi tradotti in Brasile⁶¹ e in Perù⁶². Il rapporto di stima reciproca con Knut Wolfgang Nörr è testimoniato dalla iniziativa editoriale – frutto della congiunta attenzione di Mario Ascheri e Nicola Picardi – che ha condotto alla traduzione in italiano del testo “classico”⁶³ (*Naturrecht und Zivilprozeß*) dello storico del diritto tedesco.

6. Il processo nell'epoca di mezzo e nell'età moderna

Non è certo possibile procedere all'inventario dei temi trattati da Picardi nel corso di una vita lunga ed operosa. Possiamo soltanto limitarci ad alcune indicazioni, per forza di cose sommarie. Si possono segnalare anzitutto le ricerche sulla evoluzione del processo civile nel passaggio dall'epoca di mezzo a quella moderna. Queste ricerche hanno condotto alla elaborazione di modelli che hanno guadagnato presso gli studiosi notevole diffusione. Si tratta di schemi generali che, pur non riproducendo per definizione nel dettaglio ogni aspetto della esperienza giuridica esaminata⁶⁴, forniscono una penetrante chiave di accesso per la comprensione del fenomeno processuale scandagliato. Insieme alla coppia “ordine isonomico”-“ordine asimmetrico” (per denotare rispettivamente la tessitura del giudizio medioevale e la struttura del processo moderno), Picardi ha attentamente analizzato l'utilizzo nei secoli dei termini *iudicium* e *processus*.

Già la scelta dei temi di indagine rappresentava una novità, giacché segnalava la

⁵⁶ *Introduzjone, Giudici e processo nelle raccolte legislative sabaude settecentesche*, in *Costituzioni sabaude 1723*.

⁵⁷ *Introduzjone. La Zivilprozessordnung del 1877/1898*, in *Ordinanza della procedura civile dell'impero germanico 1877/1898*.

⁵⁸ I quali hanno offerto un contributo sulla ordinanza austriaca del 1895.

⁵⁹ Picardi era legato da sincera amicizia con László Gáspárdy.

⁶⁰ *Apresentação* al volume di D.J.C. Nunes, *Processo Jurisdiccional democratico*, Curitiba 2008; D.E.C. NUNES, in *Revista de processo*, São Paulo – Brasile 2009, p. 380 ss.

⁶¹ *Jurisdição e Processo*, a cura di C.A. Alvaro de Oliveira, Rio de Janeiro, 2008, pp. VII – 155.

⁶² *La jurisdicción en el alba del tercer milenio*, trad. J.S. Monroy Palacios, Lima, 2009, pp. 437.

⁶³ K.W. Nörr, *Naturrecht und Zivilprozess. Studien zur Geschichte des deutschen Zivilprozessrechts während der Naturrechtsperiode bis zum beginnenden 19. Jahrhundert*, Tübingen, 1976 (trad. it., *Verso il processo civile moderno. Dal diritto naturale al Novecento*, Roma, 2013, con pagine introduttive di M. Ascheri e N. Picardi).

⁶⁴ Ciò spiega perché si opponga talora a Picardi che “il modello medioevale, almeno quello dell'età matura, non ebbe sempre profili tanto lineari e incontrastati” quali quelli suggeriti dal Maestro che si ricorda: così C. Natalini, “*Periculis abviare et scandala remove*”, in AA.VV., *Gli inizi del diritto pubblico*, 3, a cura di Dilcher e Quagliani, Bologna-Berlino, 2011, p. 245 ss. Proponendo “tipi ideali”, a Picardi premeva però perseguire la chiarezza del modello generale per una comprensione più feconda del fenomeno investigato, nella ovvia consapevolezza che, nello svolgimento dei fatti storici, vi sono sfasature temporali e contaminazioni che quello schema non può registrare.

inadeguatezza della contrapposizione⁶⁵ fra germanesimo e romanesimo come strumento di comprensione del processo moderno. Tale contrapposizione, pur con alcuni meriti, ha però suggerito erroneamente che vi fosse una continuità nelle concezioni del processo medievale e del processo continentale moderno. Proprio per superare il “frastuono del conflitto fra Romanesimo e Germanesimo” sono state condotte negli ultimi decenni ricerche (e fra queste proprio le ricerche di Picardi) che hanno rivelato che fra quelle due concezioni, anziché persistenza di principi e valori, sussiste una manifesta discontinuità, che ha per *Schwerpunkt* il passaggio da una idea extrastatuale del processo propria dell'*ordo iudiciarius* dell'epoca di mezzo ad una concezione statuale e pubblicistica del *processus* impostasi fra il secolo XVII e il secolo XVIII.

Incisivamente Picardi osserva che, in questo quadro, si relativizza la stessa considerazione dell'altro evento – comunemente giudicato essenziale nella storia del pensiero giuridico – che conduce, dalla metà del XIX sec., ad iniziare dalla Germania, alla riconduzione del processo e della giurisdizione nel campo del diritto pubblico, con una svolta che proprio Chiovenda ebbe cura di trasferire in Italia. In questo episodio (che ha un carattere tutt'altro che improvviso) Picardi intravede una continuità, non soltanto con la dottrina tedesca del diritto naturale (magistralmente esaminata da Nörr), ma ancora più indietro fino ad arrivare al secolo diciassettesimo. Con la formazione dello Stato moderno, l'assorbimento della *iurisdictio* nell'alveo della sovranità statale (“*Judiciaria potestas pars summi Imperii?*”, scrive Pufendorf nel *De iure naturae et gentium* del 1672), mentre comporta che anche “*summi imperii est lites civium conoscere et decidere?*” (nota ancora Pufendorf nel *De officio hominis et civis iuxta legem naturalem* del 1673), giustifica ad un tempo l'intervento del sovrano-legislatore volto a rivendicare sé il monopolio della normativa processuale. L'*Ordonnance civile* del 1667 (il cosiddetto *Code Louis*) costituisce⁶⁶ il primo intervento organico in questa direzione⁶⁷ e può legittimamente additarsi come l'archetipo di una lunga serie di codificazioni dell'Europa continentale sino ai giorni nostri. Occorrerà attendere i codici processuali napoleonici affinché quel che si coglieva *in statu nascenti* nel *Code Louis* si tramutasse nella completa e definitiva consolidazione del monopolio statuale della legislazione processuale e (soprattutto) della giurisdizione.

Il fenomeno così innescato si declina in eventi specifici, si nutre di un nuovo patrimonio di idee sul processo, la giurisdizione e il giudice e riflette un altrettanto radicale mutamento dei fondamenti logici, metodologici ed istituzionali della attività di rendere giustizia. Rappresenta soprattutto una profonda rottura con la visione medievale della *iurisdictio* e della procedura imperniata sulla loro natura “originaria” ed “extrastatuale”. In particolare, la procedura (l'*ordo iudiciarius*, nella terminologia del tempo), reputata espressione di una ragione pratica e sociale, risulta da un lavoro collettivo al quale partecipano, con le scuole, giudici ed avvocati e si cristallizza nelle

⁶⁵ Che, nel campo del processo civile, ha notoriamente trovato in Chiovenda il massimo esponente.

⁶⁶ Insieme alla *Ordonnance criminelle* del 1670.

⁶⁷ Sul fenomeno storico della codificazione del processo continentale v. Picardi, *Codice di procedura civile (presupposti storici e logici)*, in *D.civ.*, Torino 1988, p. 459; Id., *Introduzione al Code Louis*, T.I., *Ordonnance civile 1667*, Milano 1996, IX; Id., *Il bicentenario del c.p.c. in Italia. Origine, evoluzione e crisi del monopolio statale della procedura*, in *Giusto proc. civ.*, 2008, p. 935 ss., nonché in *Studi in onore di M. Acone*, Napoli, I, 2010, p. 185 ss.

prassi dei tribunali, egualmente frutto di un'opera corale e organizzata in principi di origine retorico-dialettica eticamente orientati e nondimeno vincolanti (*stylus* o *consuetudo curiae* “*pro lege habeatur*”). L'ordine che ne discende si colloca, se non contro, oltre il potere politico ed i suoi detentori.

Per sintetizzare questa evoluzione è stato elaborato, come anticipato, da Alessandro Giuliani e Nicola Picardi un modulo interpretativo della esperienza processuale dei secoli passati basato sulla contrapposizione di un “ordine isonomico” rispetto ad un “ordine asimmetrico”. Il passaggio dall'uno all'altro ordine, oltre che rappresentare un evento traumatico – un autentico terremoto, si direbbe – nella storia della procedura continentale, evidenzia un diversissimo modo di concepire il fenomeno processuale. Con la prima locuzione – “ordine isonomico” – si addita la tessitura interna del processo medioevale, originario, extrastatuale, costellato dagli *iura naturalia*, fra i quali il diritto di ricusare il giudice parziale o quello che, con linguaggio moderno, diremmo il principio del contraddittorio, tutelato in correlazione con il perseguimento, nel corso del giudizio, di una verità *solo* ‘probabile’. Fra le prove vi è privilegiata la testimonianza.

La seconda locuzione – “ordine asimmetrico” – segnala un mutamento dei valori fondamentali dell'*ordo iudiciarius* che si andò sviluppando sul continente fra il sec. XVII ed il sec. XVIII. Alla base dell'ordine asimmetrico non si scorge più un orientamento problematico ed una logica argomentativa, ma una razionalità soggettiva, formale e calcolante. Si coglie una tangibile diffidenza per la controversia, il dialogo e la testimonianza. Si ha una sensibile decadenza del principio del contraddittorio; si passa da una concezione della verità come ‘probabile’ ad una della verità come ‘oggettiva’, assoluta e precostituita. Muta profondamente anche il ruolo del giudice, che diviene funzionario (*homo burocraticus*) ed agisce secondo una logica burocratica. L'idea di fondo – che è rispecchiata nella versione prussiana dello Stato di diritto nel XVIII sec. – è difatti che la giurisdizione è – come segnalato – *pars summi Imperii*.

7. Giudizio e processo

Su questo sfondo Picardi ha proseguito nelle Sue ricerche per dimostrare – spendendovi molte energie⁶⁸ – che il passaggio dal *giudizio* (*iudicium*) al *processo* (*processus*) non ha soltanto un valore semantico ed è invece la spia che permette di cogliere due diverse concezioni del modo di fare giustizia. Nell'epoca del diritto comune, mentre le attività compiute dal giudice per risolvere la controversia venivano designate come “giudizio”, le opere dei trattatisti recavano i titoli di “*de iudiciis*” o di “*ordo iudiciarius*”, quasi a evidenziare che le regole relative al rito – che il giudice e le parti debbono seguire – servono essenzialmente a mettere ordine nei giudizi. A partire dall'età moderna – sottolinea Picardi – si diffonde l'uso dell'espressione processo (o quella di procedura), che viene adoperata anche nei titoli dei manuali.

Ebbene, fino a quando è prevalso il richiamo al “giudizio”, le attività del giudice per risolvere le controversie - nota Picardi - hanno ubbidito al c.d. “ordine isonomico”: la procedura - con il suo carattere argomentativo e la sua natura “originaria” ed “extrastatuale” - ha rappresentato un capitolo della dialettica e dell'etica

⁶⁸ Voce *Processo civile* (*dir. moderno*), in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano 1987, p. 101 ss.; *La giurisdizione all'alba*, cit, p. 199 ss.

ed era volta, non soltanto ad assicurare il diritto di difesa nei giudizi, ma anche il diritto di resistenza nei confronti di autorità esterne.

Con la affermazione del “processo” (e della locuzione “*processus*”), invece, ad avviso di Picardi, si diffonde la diversa forma dell’ordine c.d. asimmetrico. In questa ultima prospettiva, se da un lato si inclina a credere che la verità (non più «probabile», ma «assoluta») possa essere raggiunta anche al di fuori del contraddittorio, dall’altro lato si assegnano al giudice – non più semplice controllore e tutore della procedura – nuovi penetranti poteri di direzione di un procedimento impostato sull’autorità e sulla gerarchia, con svalutazione della sua portata garantistica.

8. La extrastatalità della giurisdizione

Gli studi sul passato sono stati la base di una suggestiva proposta ricostruttiva per il presente, di nuovo condotta da Picardi sulla premessa che le istituzioni giudiziarie (e così la giurisdizione e il giudice), non essendo creazioni arbitrarie, ma il frutto della razionalità umana e delle condizioni specifiche nelle quali esse operano in concreto, vanno esaminate in una dimensione storica e comparativa. Ad avviso di Picardi la concezione classica di giurisdizione – secondo la quale essa rappresenta una delle funzioni fondamentali dello Stato – non è più in grado⁶⁹ di raffigurare la situazione storica che stiamo vivendo. Tale concezione si saldava, da un verso, con il principio della statualità della procedura, e, dall’altro verso, con la concezione del giudice funzionario dello Stato. Se la giurisdizione è esercizio di un potere sovrano, infatti, come la disciplina del processo va ricondotta nell’ambito del diritto pubblico, così lo Stato può investirne solo un giudice suo funzionario che, come tale, può spendere l’autorità dello stesso Stato.

Questa concezione tradizionale aveva per corollario, quanto al nostro processo civile, tre regole: la inderogabilità convenzionale della giurisdizione italiana; la irrilevanza della litispendenza internazionale; la necessità della delibazione della sentenza straniera.

Picardi sottolinea, allora, che, ai nostri giorni, vi è una spiccata tendenza alla delocalizzazione della giurisdizione. Sono molto numerosi i giudici i cui poteri non sono riconducibili alla sovranità statale e le cui sentenze hanno un’efficacia diffusa e territorialmente non limitata⁷⁰. Per di più le regole che avevano indotto a consolidare

⁶⁹ *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, cit.; *La proliferazione delle Corti nella crisi del monopolio statale della giurisdizione*, in *Corti europee e giudici nazionali*, «Atti convegno di Verona 2009, dell’A.S.P.C.», Bononia U. P., 2011, p. 5; *La trasformazione della giustizia nell’età della globalizzazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 1153 ss.; *Giurisdizione e sovranità: alle origini della giurisdizione statale*, in “*Il diritto processuale civile nell’avvicendamento giuridico internazionale*”, omaggio ad Aldo Attardi, Tomo I, Padova 2009, p. 1 ss. (v. già anche in *Riv. trim. dr. proc. civ.*, 2007, p. 685 ss.).

⁷⁰ Ad iniziare dalle giurisdizioni europee. Nella stessa ottica della giurisdizione di Lussemburgo v. pure i più recenti modelli americani: il *Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina*, con sede in Quito (Ecuador) e il *Tribunal Permanente de Revision del Mercasur*, con sede in Asunción (Paraguay). Si pensi altresì, sul modello della Corte di Strasburgo, alle altre Corti regionali dei diritti umani, fra le quali particolare rilevanza riveste la *Corte interamericana de Derechos Humanos* di San José del Costa Rica. Non vanno neppure dimenticate alcune giurisdizioni storiche. Nessuna sovranità può scorgersi a fondamento delle sentenze emanate dai giudici dell’ordinamento canonico (Tribunale della Segnatura Apostolica, Rota Romana e Tribunali diocesani). Si considerino altresì le giurisdizioni istituite in forma stabile per la risoluzione delle controversie relative a gruppi organizzati. A parte la Corte

la concezione tradizionale sono state eliminate, visto che le parti possono ormai derogare convenzionalmente alla giurisdizione italiana a favore di un giudice straniero o di un arbitrato estero; il giudice italiano, poi, nel processo in corso, deve tener conto della litispendenza internazionale, anche se con modalità diverse a seconda dei casi; infine la sentenza straniera, in linea di massima, è riconosciuta automaticamente in Italia, senza bisogno di un giudizio preventivo di compatibilità, la c.d. delibazione.

Mentre il monopolio statale della giurisdizione si va sgretolando, si fa strada (scrive Picardi) la “extrastatalità” della giurisdizione (c.d. dichiarativa⁷¹) in tutti quei casi (e sono molti) nei quali gli organi cui sono affidate le funzioni giurisdizionali non sono riconducibili allo Stato. Le stesse coordinate sovranità, territorio e giurisdizione – intorno alle quali la cultura politica e giuridica aveva elaborato il principio della giurisdizione quale espressione della sovranità – risultano in grave crisi e non paiono più utilizzabili.

9. La diffusione delle ricerche

Le categorie di ordine isonomico ed ordine asimmetrico sono oggi patrimonio comune degli studiosi⁷², anche stranieri⁷³: sono infatti ritenute capaci di decifrare e ordinare la fluida fenomenologia processuale nel transito dall’antico al moderno.

Le indagini a proposito della sostituzione della espressione “*iudicium*” con il termine “*processus*” – e intorno alla correlativa transizione fra un modello di giudizio di tipo isonomico ad uno di stampo asimmetrico⁷⁴ – hanno permesso di tematizzare concettualmente la radicale discontinuità dell’epoca moderna anche nella organizzazione dei giudizi (discontinuità di cui gli itinerari testuali ripercorsi da Picardi forniscono il substrato, lucidamente sottoposto all’attenzione degli studiosi del processo). Ciò spiega perché tali indagini abbiano perfino guadagnato la attenzione di

internazionale di giustizia dell’Aja, si pensi al Tribunale amministrativo delle Nazioni Unite, nonché al corrispondente Tribunale amministrativo della Banca Mondiale. Si ricordino infine il Tribunale del mare, la procedura di risoluzione delle controversie nell’ambito dell’organizzazione mondiale del commercio (W.T.O.) come pure le giurisdizioni sportive che, sul piano internazionale, trovano espressione, fra l’altro, nel Tribunale Arbitrale dello Sport di Losanna.

⁷¹ Invece, al momento, la tutela esecutiva e quella cautelare restano riservate agli Stati nazionali, che dispongono dell’*imperium*.

⁷² Cfr., ad es., in ultimo, L.P. Comoglio, «*Moralizzazione del processo e ruolo del giudice nell’evoluzione dei modelli processuali europei*», in questa *Rivista*, 2015, p. 131 ss. e B. Cavallone, *Postilla a Luigi Comoglio, ivi*, p. 158 ss.; cui adde R. Caponi, *Rigidità e flessibilità nel processo civile*, in AA.VV., *Scritti in onore*, cit., I, p. 409 ss. Per un discorso più articolato in proposito, nonché per gli opportuni riferimenti, v., se vuoi, A. Panzarola, *La riconsacrazione del giudice civile. Il problema della impugnabilità della decisione*, Bari, 2008, p. 147 ss., p. 395 ss.

⁷³ Da ultimo l’influsso di quelle idee si coglie pure in K.W. Nörr, *Romanisch-kanonisches Prozessrecht. Erkenntnisverfahren erster Instanz in civilibus*, Heidelberg-Dordrecht-London-New York, 2012, p. 221: l’a., nel descrivere la struttura del giudizio romano-canonico, discorre (non casualmente, verrebbe da dire) di un processo isonomico.

⁷⁴ Con l’affermazione della logica cartesiana anche la procedura civile si trasformò – assume Picardi – da disciplina che studia verità «probabili» in scienza di verità «assolute». Il diverso clima culturale dell’Europa continentale portò al passaggio – nota Picardi – dal *giudizio* al *processo*.

Nörr, che le ha⁷⁵ raccomandate alla lettura degli storici del diritto processuale, ritenendole “una svolta storico-ideologica e metodologica della storiografia del diritto processuale”.

La tesi picardiana secondo la quale l’affermazione del monopolio statale della giurisdizione e della legislazione processuale ha costituito un evento traumatico nella procedura civile continentale ha trovato largo consenso, così come l’altra interpretazione picardiana della c.d. extrastatalità della giurisdizione nell’epoca che stiamo vivendo.

Le ricerche di Picardi sul principio del contraddittorio sono la chiave di volta per interpretare numerose disposizioni del nostro codice di procedura civile e dei codici stranieri⁷⁶, e non solo⁷⁷. Adesso il contraddittorio si risolve in un dialogo, non solo fra le parti (secondo i dettami del contraddittorio c.d. debole, destinato a risolversi in una meccanica contrapposizione di tesi⁷⁸), ma anche tra queste e il giudice (in omaggio alla idea di contraddittorio in senso c.d. forte⁷⁹) per assicurare, in tutte le attività compiute nel processo, reciprocità ed uguaglianza sostanziali (garantite anche dal dovere del giudice di sottoporre al dialogo con le parti le questioni che può pure rilevare d’ufficio).

A ben vedere il contributo del Professore è stato ancora più ampio. È stato Picardi ad insegnarci che i principi processuali più importanti (*l’audiatur et altera pars*, ad esempio) nell’epoca di mezzo, in quanto assurti a simbolo degli *iura naturalia*⁸⁰, esibiscono una eccedenza deontologica e designano una entità che preesiste alla disciplina processuale ed alla quale questa dovrebbe conformarsi⁸¹. Nell’*ordo* medievale, per di più, non tutti i principi sono equiordinati ma se ne percepisce il

⁷⁵ Non senza alcune riserve: v. K.W. Nörr, *Alcuni momenti della storiografia del diritto processuale*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, pp. 5-6. V. allora la garbata replica di Picardi, *La giurisdizione all’alba*, cit., pp. 199-200 in nota 1.

⁷⁶ L’art. 3.3 del codice di procedura civile portoghese del 2013 è l’ultimo anello di una catena di codificazioni (compresa la italiana: artt. 101, co. 2, 183, co. 4, 384, co. 3, c.p.c.) che accolgono una concezione “forte” del contraddittorio estesa anche al giudice (nozione da tempo inserita nel codice di rito francese).

⁷⁷ Anche nella dottrina del processo penale si allude al passaggio da una nozione di contraddittorio “in senso debole” ad una “in senso forte”: P. Ferrua, *Il ‘giusto processo’*, 3^a, Bologna, 2012, p. 99 ss.

⁷⁸ Secondo Picardi, in questo modo, la parità delle armi si risolve, in ultima battuta, in uno strumento di lotta nel quale alle armi sono state sostituite le argomentazioni. Facile è il rinvio alla concezione agonistica del processo e alle analogie fra gioco e processo, che implicano la ricostruzione del contraddittorio in senso debole, come principio logico-formale. La parte del processo, così come il duellante o il giocatore, è libera di adottare ogni scelta tattica formalmente in linea con la regola.

⁷⁹ Il contraddittorio in senso forte ha – secondo Picardi – una funzione compensativa delle ineguaglianze che, per la natura delle cose, esistono fra le parti (ad es. fra governanti e governati; fra ricchi e poveri), oltre che fra queste e il giudice.

⁸⁰ Da questo punto di vista il richiamo al diritto naturale non deve fuorviare. La versione classica è presupposta nella concezione medioevale, quella moderna è all’opera nella riflessione dei giuristi tedeschi del XVIII sec. L’antagonismo fra queste due anime del diritto naturale si coglie anzi in modo marcato nella prospettiva della teoria del processo, meglio di ogni altro capitolo della scienza giuridica europea.

⁸¹ P. Alvazzi del Frate, *Le droit naturel de la procédure et le «procès équitable»: une perspective historique*, in “*Cahiers poitevins d’histoire du droit*”, III, Paris, 2011, p. 59 ss.; N. Picardi, *Audiatur et altera pars. Le matrici storico-culturali del contraddittorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, p. 7 ss.

diverso valore in corrispondenza con gli *iura naturalia* a presidio dei quali si pongono. Si profila così la differenziazione fra quanto attiene alle tecniche processuali e ai meccanismi acceleratori del giudizio, da un verso, e i principi (davvero fondamentali) inerenti all'*ordo substantialis* del processo, dall'altro verso. In questo quadro si stagliano la garanzia della difesa, il diritto al giudice naturale, all'appello, al tempo ragionevole, etc.

Ancora Picardi ha sottolineato, sulla base della esperienza storica che, in una considerazione *more logico* dei principi processuali, categorie nobili rischiano di essere confuse con altre meno rilevanti. Un esempio impressionante è costituito dalla imparzialità del giudice in rapporto all'istituto della ricsuzione, degradato per lunghi anni a procedimento sostanzialmente amministrativo posto a presidio soltanto della corretta amministrazione della giustizia⁸². Non solo. Per molto tempo perfino il principio del contraddittorio – risolto in una dimensione formale e bilaterale e reciso l'originario collegamento con il diritto naturale – è andato perdendo (rileva Picardi) la sua tradizionale portata etico-ideologica.

Non è un caso, allora, che oggi è posto in discussione – con il determinante contributo di Picardi – il metodo stesso per investigare la fenomenologia del processo, imperniato su un elevato grado di astrazione, contraddistinto da uno spiccato concettualismo e ordinato intorno a principi formali e assoluti che strutturano un “sistema” del diritto processuale civile tanto raffinato quanto rarefatto. Le coordinate logiche del metodo dogmatico vacillano. Ad una logica del necessario e dell'assoluto legata alla dimostrazione di principi evidenti, si oppone una logica argomentativa che sollecita una ricerca affidata al metodo dialettico e che, come tale, non aspira a cogliere verità assolute ma si accontenta di tendere a verità probabili, oggetto di continua discussione. Assieme o in luogo della logica formale, la logica argomentativa – alla quale Picardi guardava con ammirazione e fiducia – si presta a fornire gli strumenti per studiare il processo civile. E, nell'ottica di una logica giuridica intesa come teoria della argomentazione, muta lo statuto stesso dei principi, non più costruzioni astratte o assiomi o verità evidenti e metastoriche, ma, pur nella loro natura fondamentale, “frutto di una logica del senso comune” e destinati “a facilitare l'interpretazione basata sulla ragionevolezza”⁸³, un po' come le antiche *regulae iuris*. Se al logicismo tradizionale subentra un approccio dialettico, facilmente i principi non accampano più pretese escludivistiche di auto-evidenza, ma mostrano invece un carattere relativo, mutevolezza nel tempo e variazioni nello spazio, che a loro volta sono il fomite per analisi storiche e ricerche comparative che concorrono a profilare, al posto del tradizionale monismo metodologico, un vivace sincretismo dei metodi.

Così intesi, i principi fondamentali del processo paiono senz'altro utili, tanto più nell'epoca presente contrassegnata dalle imprevedibili fluttuazioni delle regole e dalla loro malcerta formulazione e provvisorietà.

⁸² In questo modo l'elemento pubblicistico della polizia processuale è stato anteposto alla individuale aspirazione ad essere giudicati da un magistrato terzo: cfr., se vuoi, A. Panzarola, *La ricsuzione*, cit., p. 243 ss.

⁸³ N. Picardi, *Manuale del processo civile*, 3^a, Milano, 2013, cit., p. 17: “ciò che la logica rinserra” – nota l'a. –, “l'argomentazione lascia aperto”.

10. La verità probabile

Anche l'altra idea di Picardi – che nell'epoca di mezzo, nel contesto dell'ordine isonomico, dominava una concezione della verità probabile – sembra in effetti convalidata dagli studi successivi, insieme alla tesi che ne rappresenta la premessa (dovuta alla lezione di Giuliani) della prova come *argumentum*⁸⁴.

Sino ad una certa data l'opinione dominante in letteratura era diversa se non opposta: nel medioevo – si sosteneva – il giudice era strettamente vincolato ad un sistema probatorio rigido che ruotava attorno alla c.d. gerarchia delle prove. Il lavoro del giudice era così costretto entro una costellazione di regole relative al valore delle prove che gli impedivano di esercitare un autentico controllo soggettivo perfino sui risultati delle deposizioni testimoniali. Contro il concetto di valutazione della prova si è insomma continuato ad obiettare che, al cospetto di regole vincolanti, per definizione manca nel giudice quella discrezionalità che è richiesta perché la funzione di giudizio corrispondente, e l'attività che vi presiede, possano esplicarsi.

Senonché già W. Ullmann aveva lasciato intendere che all'epoca dei postglossatori le cose andavano diversamente⁸⁵. Lo hanno confermato lavori più recenti di studiosi di diversa estrazione, tra i quali spiccano quelli di Quaglioni⁸⁶, di Damaška⁸⁷ e di Cavallone⁸⁸.

Sono stati però soprattutto i due volumi di Susanne Lepsius (che trovano larga eco nel recente volume sul processo romano-canonico di K.W. Nörr⁸⁹) a incrinare la veduta tradizionale.

Le conclusioni della Lepsius⁹⁰ sono tratte dall'analisi del *Tractatus testimoniorum*⁹¹ di Bartolo da Sassoferrato e rafforzate dalla osservazione per la quale il giurista marchigiano si occupava pressoché esclusivamente dei *dicta testium*⁹² e della loro forza di convincimento del giudice⁹³, filtrata dal ricorso ai concetti di *arbitrium iudicis* e *fides*⁹⁴

⁸⁴ A. Giuliani, *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Milano 1961, rist. 1971, spec. p. 115, p. 139.

⁸⁵ W. Ullmann, *Medieval Principles of Evidence*, in *Law Quarterly Review*, 1946, p. 77 ss., p. 85. V. anche R. Fraher *Conviction according to conscience*, in *Law and History review*, 1989, p. 23 ss., spec. pp. 52-53.

⁸⁶ Cfr., ad es., D. Quaglioni, «Probo a probe». *Prova e controversia: dall'ordo iudiciarius al processo*, in AA.VV., *Alessandro Giuliani: l'esperienza giuridica fra logica ed etica*, a cura di F. Cerrone e G. Repetto, Milano, 2012, p. 537 ss.

⁸⁷ M.R. Damaška, *Evidence Law Adrift*, New Haven, 1997 (trad. it. Bologna, 2003), pp. 19-20.

⁸⁸ Cfr., ad es., B. Cavallone, *Riflessioni sulla cultura della prova*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, p. 947 ss., spec. pp. 968-970.

⁸⁹ K.W. Nörr, *Romanisch-kanonisches Prozessrecht. Erkenntnisverfahren erster Instanz in civilibus*, Heidelberg-Dordrecht-London-New York, 2012, p. 130 nt. 159, p. 148 nt. 289, p. 150 nt. 310, p. 151 nt. 316, p. 163 nt. 407, p. 164 nt. 411 e 415, p. 190 nt. 612.

⁹⁰ S. Lepsius, *Der Richter und die Zeugen. Eine Untersuchung anhand des Tractatus testimoniorum des Bartolus von Sassoferrato. Mit Edition*. Frankfurt am Main, 2003; Id., *Von Zweifeln zur Überzeugung. Der Zeugenbeweis im gelehrten Recht ausgehend von der Abhandlung des Bartolus von Sassoferrato*. Frankfurt am Main, 2003, spec. p. 32 ss. (sulla posizione della dottrina tradizionale), p. 45 ss. (sulla nuova prospettiva).

⁹¹ Di cui Susanne Lepsius ha curato la edizione critica: v. la nota precedente.

⁹² Oggetto di discussione in quella fase del processo nella quale i *dicta testium* emergevano nel confronto dialettico con le parti del giudizio.

⁹³ S. Lepsius, *Von Zweifeln zur Überzeugung*, cit., p. 72.

(come *fides* del giudice “*im Sinne von dessen subjektiver, freier Überzeugungsbildung*”⁹⁵). La discrezionalità vincolata⁹⁶ che il giudice poteva disimpegnare, riconducibile a quella di un *bonus vir*, poteva così manifestarsi in un giudizio espressione dell’intimo convincimento del giudice⁹⁷. Ciò che fa Bartolo con il ricorso alle categorie aristoteliche⁹⁸, non è ignoto al suo allievo, il giurista-filosofo perugino Baldo⁹⁹ la cui opera offre cospicui spunti nella medesima direzione.

Perciò il sudario monocromo che si tende a stendere, nella prospettiva tramandata, su tutta l’epoca di mezzo, appare inappagante¹⁰⁰ e anche le ricerche di Picardi indicano che una teoria del probabile eticamente orientata si è radicata nei secoli influenzando in profondità l’*ordo iudiciorum* e giustificando la caratteristica concezione della prova come *argumentum* che vi ha preso forma concreta e nella quale campeggia vivissimo l’aspetto logico di argomentazione (“*argumentum est ratio, quae rei dubiae faciat fidem*”). Di qui la associazione nell’epoca di mezzo – come ci ricorda Picardi – della probabilità all’etica ed al ragionamento pratico, anziché alla matematica o scienza¹⁰¹.

In effetti, prima di Pascal e Fermat e della scoperta della matematica delle probabilità nel 1654, questo era il concetto di probabilità dominante, sotto il cui dominio venivano elaborati dagli scrittori del tempo dei veri e propri metodi per confrontarsi con l’incertezza, metodi razionali che non vanno intesi alla stregua di confuse anticipazioni delle scoperte matematiche più tarde. Gli studi degli ultimi anni, di J. Franklin in particolare¹⁰², paiono convalidare l’idea (che Picardi esprimeva evocando la “logica del Seicento”) che il consolidarsi in epoca moderna una certa

⁹⁴ In effetti Bartolo discorre di *plenam fidem facere* e *iudicem adducere ad fidem*. cfr. S. Lepsius, *Der Richter und die Zeugen*, cit., p. 255 (c. 42), p. 251 (c. 38).

⁹⁵ S. Lepsius, *Von Zweifeln zur Überzeugung*, cit., p. 428.

⁹⁶ Si tratta di una “*gebundenes Ermessen*”: S. Lepsius, *op. cit.*, p. 165.

⁹⁷ Tramite la *fides*, in specie: il giudice ha la libertà “*seine eigene Überzeugung (fides) zum Maßstab der Beweiswürdigung und zur Grundlage seines Urteils zu nehmen*”: *ibidem*, p. 197.

⁹⁸ Per la ricostruzione di una situazione della vita tramite la testimonianza. Emergono la sostanza concreta e reale (*substantia*) delle cose, nonché le qualità corrispondenti (*accidentia*), vale a dire la quantità (*quantitas*), la conformazione (*qualitas*), la relazione (*relatio*), l’*actio*, la *passio*, il *locus*, il tempo (*tempus*), il *situs*, l’apparenza (*habitus*).

⁹⁹ In questo caso, però, Baldo prescinde dall’inquadramento filosofico del maestro: lo nota D. Quaglioni, *op. cit.*, p. 549.

¹⁰⁰ Molto è dipeso probabilmente dalla autorevolezza di J.Ph. Lévy, *L’évolution de la preuve dès origines à nos jours. Synthèse générale*, in *La Preuve, II, Moyen Age et Temps modernes (Recueils de la Société Jean Bodin pour l’histoire comparative des institutions, XVII)*, Bruxelles, 1965, p. 9 ss. Si noti, peraltro, che nella opera di ventisei anni prima lo stesso J.Ph. Lévy (*La hiérarchie des preuves dans le droit savant du moyen-âge depuis la Renaissance du Droit Romain jusqu’à la fin du XIV^e siècle*, Paris, 1939, p. 72), a ben vedere, riconosceva al giudice un potere di apprezzamento in relazione alla testimonianza (osservando che, in linea di principio, il testimone depone dinanzi al giudice e alle parti: “*son but est de permettre d’apprécier le degré de véracité du témoin*”).

¹⁰¹ In quest’ottica i giuristi dell’epoca ritenevano – rammenta Picardi – che la giurisprudenza non è scienza (*iurisprudentia non est scientia*), occupandosi, anziché di verità assolute, solo di cose probabili, che mutano.

¹⁰² J. Franklin, *The Science of Conjecture. Evidence and Probability before Pascal*, Baltimore, MD, (2001), rist. 2015, p. 326 dichiara di non volersi occupare delle opere puramente retoriche: il tema è ciò che dovrebbe persuadere, non ciò che effettivamente persuade. V. pure (sugli *endoxa*), *ivi*, p. 113, nonché p. 123 (sui domini rispettivi di retorica e dialettica).

nozione di probabilità non esaurisce né può esaurire l'indagine sull'argomento. Il fatto, in altri termini, che nel XVII sec. si sia affermata¹⁰³ una teoria della probabilità su base numerico-quantitativa non deve farci dimenticare i metodi persuasivi di tipo diverso, "qualitativo", la cui ombra lunga si proietta ben al di là di quel pur cruciale snodo cronologico¹⁰⁴. Tutti sanno per di più che, non solo la stessa considerazione oggettiva della probabilità non equivale ad un approccio quantitativo¹⁰⁵ al tema, ma pure che il carattere logico della probabilità non si può quantificare¹⁰⁶. In ultimo, sul piano della storia delle idee, non pare trascurabile che Ian Hacking abbia alla fine dato conto di questo peculiare intreccio della nozione di probabilità con la dimensione giuridico-processuale nella introduzione del 2006 alla seconda edizione del suo noto volume¹⁰⁷ sul tema.

11. Il dialogo con la prassi

La penetrazione delle idee di Picardi anche al di là del recinto dei processualisti è sorprendente. Consideriamo la Sua veduta a proposito della c.d. "extrastatualità della procedura". Ve ne è una eco rimarchevole in una notissima sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione (9 ottobre 2008, n. 24883) dove, nel momento stesso in cui si evidenzia il mutato contesto globale, si sottolinea – con una frase che sembra tolta per intero dagli scritti di Picardi – che "l'evoluzione del quadro legislativo, ordinario e costituzionale, mostra l'affievolimento della centralità del principio di giurisdizione intesa come espressione della sovranità statale, accompagnata dalla simmetrica emersione della esigenza di sburocratizzare la giustizia, non più espressione esclusiva del potere statale, ma servizio per la collettività"¹⁰⁸.

Non è, questo testé illustrato, l'unico caso in cui le tesi di Picardi hanno raccolto l'adesione della giurisprudenza. Vogliamo ricordare pure la posizione manifestata dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione, con decisione 7 luglio 1978 n. 3372, rispetto alla sentenza c.d. additiva della Corte costituzionale 16 luglio 1970 n. 141 (dichiarativa della illegittimità costituzionale dell'art. 15 l. fall. nella parte in cui non prevedeva l'obbligo per il tribunale di disporre la comparizione dell'imprenditore in camera di consiglio per l'esercizio del diritto di difesa, nell'ambito del procedimento volto alla

¹⁰³ Ad avviso di Picardi il fatto determinante fu l'abbandono della logica aristotelica e l'adozione, sulla base della metodologia cartesiana, di un nuovo modo di pensare descritto efficacemente come la logica del seicento, per evidenziarne la valenza scientifica. Si passa, nell'Europa continentale, da un modo di pensare orientato al problema e da una logica argomentativa ad una razionalità formale e calcolante, imperniata sul sapere matematico.

¹⁰⁴ J. Franklin, *op. cit.*, p. 362 (circa la persistenza "of the mostly unquantified notions" di probabilità).

¹⁰⁵ D'altronde si distingue pure un approccio matematico da uno di tipo epistemologico: in tal senso v. S. Haack, *Legal Probabilism: An Epistemological Dissent*, ora in Id., *Evidence Matters. Science, Proof, and Truth in the Law*, Cambridge University Press, 2014, p. 47 ss., spec. p. 56 ss., p. 64 ss. (contro l'approccio "bayesiano").

¹⁰⁶ J.M. Keynes, *Treatise on probability*, London, 1921, cap. III, p. 20 ss. (liberamente consultabile in <https://www.gutenberg.org/files/32625/32625-pdf.pdf>).

¹⁰⁷ I. Hacking, *The Emergence of Probability*, Cambridge (1975), 2^a, 2006.

¹⁰⁸ "Che abbia come parametro di riferimento l'efficienza delle soluzioni e la tempestività del prodotto-sentenza, in un mutato contesto globale in cui anche la giustizia deve adeguarsi alle regole della concorrenza (si parla infatti di concorrenza degli ordinamenti giuridici)".

dichiarazione di fallimento).

La Suprema Corte ravvisò, in linea con la proposta ricostruttiva di Picardi¹⁰⁹, nella sentenza additiva un profilo ablatorio – espressione tipica della funzione istituzionale del giudice delle leggi – munito di efficacia generale e vincolante per i giudici comuni, ed un profilo ricostruttivo – diretto a colmare la lacuna prodottasi a seguito della eliminazione del dato incostituzionale – sfornito di efficacia vincolante ed omologabile ad un autorevole precedente cui i giudici possono, ma non debbono, uniformarsi.

Al tempo la tesi di Picardi circa la portata delle sentenze c.d. additive (o, per dirla con M.S. Giannini, “a risultanza nomopoietica”) della Corte costituzionale – con le quali quest’ultima (dichiarando illegittima una disposizione nella parte in cui non prevede qualcosa) in effetti introduce una nuova *regula iuris* – rappresentò un ragionevole punto di equilibrio fra la vocazione espansiva del Giudice delle leggi e le aspirazioni di segno opposto dei giudici comuni e della Corte di cassazione in particolare. Quella tesi servì pure a vincere l’ostilità¹¹⁰ diffusa verso decisioni difficilmente compatibili con il modello kelseniano di giustizia costituzionale, che postula un’opera del giudice delle leggi di mera “legislazione negativa”, vincolata alla alternativa secca accoglimento-rigetto e innestata sulla logica del *contrarius actus*.

L’esperienza successiva ha dimostrato che Picardi aveva ragione a segnalare che le sentenze additive sarebbero rimaste uno strumento importante nelle mani della Corte costituzionale. Non ha invece avuto seguito nel prosieguo – con la affermazione della dottrina del c.d. diritto vivente e con il delinearsi di una logica collaborativa fra il Giudice delle leggi e la Cassazione – la Sua idea di riconoscere solo in parte alle sentenze additive efficacia vincolante. Oggi si tende per lo più a credere che, in quanto sentenze di accoglimento, le sentenze additive sono dotate dell’efficacia *erga omnes* propria del «tipo» cui appartengono. Nondimeno gli argomenti allora profusi da Picardi per puntellare la Sua tesi continuano a interpellare tutti coloro che anelino ad una ordinata distribuzione delle competenze fra Corte costituzionale e giudici comuni, da un lato, e fra la prima e il legislatore, dall’altro lato.

12. La storia e il presente

Vogliamo portare un altro esempio dell’attenzione profondissima nutrita da Picardi per la storia e del suo utilizzo per soddisfare le esigenze concrete del giurista. Nel 2006 il legislatore introdusse nel procedimento di cassazione una importante novità¹¹¹. Nell’ambito del giudizio camerale venne previsto che il giudice relatore dovesse redigere una relazione da comunicare agli avvocati delle parti costituite. Tale relazione si traduceva nella preventiva ostensione alle parti ed al p.m. di una proposta motivata di definizione del giudizio, aperta alla valutazione critica di tutti, che poteva essere espressa vuoi con le memorie vuoi, di norma, con la discussione orale. Questo

¹⁰⁹ *La dichiarazione di fallimento dal procedimento al processo*, cit.; Id., *Le sentenze integrative della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, p. 37 ss.; Id., *Sentenze integrative della Corte costituzionale e vincolo del giudice*, in *Giust. Civ.*, 1979, I, p. 1110 ss.

¹¹⁰ Si faceva strada il dubbio: l’individuazione di significati normativi inespressi non determina forse uno sconfinamento dai poteri istituzionali della Corte ed una indebita usurpazione dei poteri del Parlamento?

¹¹¹ Purtroppo oggi abrogata dalla legge n. 197 del 2016.

meccanismo poteva stimolare la collaborazione fra parti e collegio giudicante sino alla fine della procedura, vale a dire anche nel momento della decisione: permetteva difatti alle parti di replicare alla proposta di decisione del consigliere relatore, ponendole al contempo al riparo da sorprese, e consentiva al collegio di scegliere a ragion veduta se aderire alla relazione del relatore o, dissentendovi, rinviare la causa alla pubblica udienza.

Molti, se non tutti gli interpreti, pensarono che si trattasse di una novità assoluta. Si dovette attendere l'intervento di Picardi per collocare adeguatamente la riforma nella profondità del tempo. Fu Lui, nutrito di vivissima cultura storica, a segnalare¹¹² la spiccata somiglianza fra questo “nuovo” modello di decisione camerale (incentrato sulla anticipata sottoposizione della proposta di decisione al contraddittorio con le parti) ed il risalente e nobile istituto, proprio della tradizione nazionale, del c.d. “opinamento” (già accolto nella procedura rotale e poi nel *Codice di procedura civile* emanato da Papa Pio VII nel 1817 e nel *Regolamento giudiziario* di Papa Gregorio XVI del 1834, nonché nel *Regolamento di procedura civile* del Granducato di Toscana del 1814). Fu proprio Picardi a descrivere la decisione camerale della Corte come “ordinanza opinata” e a sottolinearne (con il conforto della lezione della storia) le rilevanti implicazioni quanto alla assicurazione della tutela del contraddittorio nella fase decisoria del ricorso per cassazione. Picardi colse in questo modello di procedimento camerale una logica collaborativa (che si poteva indovinare pure in un'altra norma inserita dalla Novella del 2006, l'art. 384, comma 3°, c.p.c.) fondata sulla provocazione delle parti al contraddittorio (scritto e orale) sul progetto di decisione anticipato nella relazione, nell'ottica di una piena dialetticità della procedura, per rafforzare la centralità del giudizio e quindi del contraddittorio (inteso giust'appunto quale fulcro della ricerca dialettica anche nel momento della decisione).

13. Altri temi di indagine

Si può soltanto fare un cenno agli altri temi di indagine sui quali Picardi si è soffermato. Il Suo contributo, nelle materie più disparate, è talmente esteso che non si lascia racchiudere in una comoda sintesi. Bastino alcuni esempi di argomenti ai quali impresse la Sua impronta originale. Ci viene in mente il grande mito della “oralità” del processo che Egli ha riproposto nella sua effettiva portata¹¹³. Pensiamo pure ai Suoi studi sui processi speciali¹¹⁴; ai contributi circa la regola e la garanzia del giudice naturale precostituito per legge¹¹⁵, a quelli volti a trasformare il giudice, una volta

¹¹² *L'ordinanza “opinata” nel rito camerale in Cassazione*, in *Giusto proc. civ.*, 2008, p. 321 ss.

¹¹³ *Riflessioni critiche in tema di oralità e scrittura*, in *Studi in memoria di Carlo Furno*, Milano 1973, nonché in *Riv. trim. dr. e proc. civ.*, 1973, p. 1 ss.

¹¹⁴ *I processi speciali*, Relazione al Convegno organizzato dall'Accademia Naz. dei Lincei e dall'Assoc. it. studiosi del processo civile sul tema “disegno di legge delega per il nuovo codice di procedura civile”, Roma 1981, in *Riv. dr. proc.*, 1982, p. 700 ss., e in *Studi in memoria di Pietro Gismondi*, III, Milano, Giuffrè, 1988, p. 559 ss.

¹¹⁵ Alla base vi è la costante attenzione di Picardi a proposito del giudice (dal conciliatore al giudice di pace, dal giudice ordinario a quello speciale), nella profondità del tempo: cfr., di una produzione ricchissima, Picardi-Giuliani, a cura di, *Legislazione processuale delle Repubbliche giacobine in Italia, 1796-1799*, in *Testi e documenti per la storia del processo*, Milano, 2004; Picardi, *Il giudice conciliatore. Costruzione e crisi di un modello*, in *Giust. civ.*, 1980, p. 56 s.; Id., *Il giudice ordinario (Le variabili nella*

abbandonata la veste di *homo burocraticus* (come tale inserito nello Stato e concepito come articolazione interna del potere statale), in soggetto esponenziale della Comunità: giudice, quindi, non solo dei governati, ma pure dei governanti, che si erge anche a controllore del corretto esercizio delle funzioni da parte degli stessi poteri statuali (un po' come – prima dello statualismo ottocentesco – i grandi tribunali dell'*Ancien Régime* avevano assunto il ruolo di «oracoli del diritto»¹¹⁶). Vogliamo pure richiamare la Sua idea della giurisdizione come potere professionale e insieme i Suoi contributi sui temi dell'autonomia e dell'indipendenza della giurisdizione e in genere sulla posizione costituzionale del giudice¹¹⁷.

Picardi ha inoltre continuato a rammentarci che l'esperienza giuridica contemporanea sta evidenziando (insieme alla proliferazione di giurisdizioni ed alla sovrapposizione, ai sistemi giurisdizionali statuali, di giurisdizioni sovra o ultrastatali) un mutamento significativo dei criteri per individuare le fonti del diritto giudiziario, con dequotazione della legge a beneficio di fonti non scritte e, in generale, di fonti c.d. secondarie¹¹⁸. In connessione con questi interessi si ricordano i contributi in tema di equità¹¹⁹ e a proposito del valore di precedente¹²⁰ delle pronunzie della Corte di cassazione.

Sono notissimi gli studi di Picardi sulla “educazione giuridica” e quelli (spesso condotti insieme a Giuliani) in tema di responsabilità del giudice. A questo riguardo, fra i molti profili di interesse, degno di menzione è l'esame del modello professionale di giudice tipico della tradizione italiana di diritto comune di fronte all'irrompere del modello burocratico desunto da legislazioni straniere. Rimarchevole è altresì la indicazione – desunta una volta di più dalla esperienza storica e comparativa – per cui le forme di controllo (disciplinare e civile) del magistrato cambiano a seconda della posizione politico-costituzionale del giudice e dei suoi poteri nel processo. Dove c'è

tradizione del diritto comune europeo), in *Riv. dir. proc.*, 1985, p. 758 s. e in *Studi in onore di E. Allorio*, Milano, 1989, I, p. 716 s.; Id., voce *Conciliatore*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, VII; Id., *Il giudice di pace in Italia alla ricerca di un modello*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, p. 656 s.; Id., *Introduzione al Code Louis*, I, *Ordonnance civile*, 1667, in *Testi e documenti per la storia del processo civile*, a cura di Picardi e Giuliani, I, Milano, 1996; Id., *Il giudice e la legge nel Code Louis*, in *Studi in onore di L. Montesano*, II, Padova, 1997, p. 223 s.; Id., *La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 2004, p. 41 s.; Id., *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, cit.; Id., *La responsabilità del giudice: la storia continua*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 283 s.; Id., *L'ordinanza «opinata» nel rito camerale in Cassazione*, in *Giusto proc. civ.*, 2008, p. 321 e s.; Id., *Il giudice naturale. Principio fondamentale a livello europeo*, in *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, Milano, 2010, p. 669 e s. e, in versione francese, in *Droits de l'Homme et le pouvoir judiciaire*, Belo Horizonte, 2010.

¹¹⁶ Per evocare il titolo di un volume assai apprezzato da Picardi: J.P. DAWSON, *The Oracles of the Law*, Ann Arbor, 1968.

¹¹⁷ *Indipendenza del giudice ed efficienza del sistema giudiziario*, in AA.VV., *Justicia y desarrollo democratico en Italia e America Latina*, UNICRI, Roma 1992, p. 278, ed ivi richiami, ai quali si aggiungano, soprattutto, AA.VV., *L'indipendenza della giustizia, oggi*, in *Liber amicorum in onore di Giovanni Longo*, Milano 1999;

¹¹⁸ *Introduzione allo studio della prassi fallimentare dei tribunali italiani*, in *Studi in onore di Giuseppe Ferri*, Padova, 1983, p. 375 ss., e già in *Giust. civ.*, 1982, p. 263 ss.

¹¹⁹ *L'equità “integrativa” nel nuovo processo del lavoro*, in *Scritti in onore di S. Pugliatti*, Milano, 1978, II, p. 795 ss., e già in *Riv. dir. proc.*, 1976, p. 467 ss.

¹²⁰ *Appunti sul precedente giudiziale*, in *Riv. trim. dr. e proc. civ.*, 1985, p. 201 ss., e in *Studi in memoria di A. Lener*, Perugia, E.S.I., 1989, p. 663 ss.

un giudice-funziario sono impiegate forme di controllo interno, tramite strumenti disciplinari o paradisciplinari, alle quali corrisponde una sostanziale immunità per danni provocati alle parti. Invece, dove c'è un giudice di tipo professionale viene favorita l'indipendenza nei confronti dei titolari del potere politico, bilanciandola con forme di controllo esterno, attraverso cioè la responsabilità civile nei confronti delle parti. La rigidità di questa contrapposizione lascia occasionalmente spazio a modelli misti, quale quello italiano, in cui le due forme di responsabilità coesistono e si coordinano.

Fa ancora riflettere la osservazione di Picardi secondo cui la grande contraddizione del sistema italiano di giurisdizione civile sta nella liquidazione da essa di ogni residuo burocratico e al contempo nella conservazione di un processo asimmetrico costruito per un giudice funzionario. Egli era d'altronde persuaso che la ricerca di nuove forme di responsabilità del giudice “costituisce soltanto una tessera di un mosaico più complesso. I veri problemi sembrano elusi: dai poteri del giudice nel processo al ruolo politico-costituzionale della magistratura”¹²¹.

Passando ad altro tema ancora, è stato Picardi a ricordare – almeno a noi processualcivili – che i grandi tribunali italiani non decadde per interno esaurimento e furono invece soffocati dalla imposizione del modello della Cassazione (alla cui evoluzione¹²² riservò nel tempo, d'altro canto, spiccato interesse). Anche grazie a Lui abbiamo saputo che in Italia uno dei dibattiti più significativi¹²³ – se non proprio il più significativo – del XIX secolo in tema di istituzioni giudiziarie è stato quello fra i sostenitori del modello della Cassazione francese e i fautori della c.d. terza istanza tipica della tradizione nazionale. Questo contrasto alimentò una vivace e stimolante discussione fra gli operatori del diritto, suscitò riflessioni di grande spessore intellettuale e si tradusse in un cospicuo numero di progetti di riforma, che impegnarono i governi e le assemblee legislative sia della Destra storica che della Sinistra. La discussione si protrasse sino alla fine del secolo XIX° e ai primi anni del XX°. Non si spense con la istituzione della quinta Corte di cassazione in Roma (l. 12 dicembre 1875, n. 2837). Proseguì pur quando alle Sezioni Unite della Cassazione romana fu assegnato il potere di risolvere i conflitti di attribuzione fra autorità giudiziaria ed autorità amministrativa (l. 31 marzo 1877, n. 3761). Non scemò neppure a seguito della successiva legge 6 dicembre 1888, n. 5825, che allargava la competenza esclusiva della Cassazione romana a tutta la materia penale, assegnandole altresì una struttura organizzativa più articolata rispetto alle restanti Corti regionali. Eppure l'alternativa fra i due modelli di giurisdizione superiore (Cassazione-Terza istanza), forse un poco affiochita, ha continuato ad agitare le menti. Perché covava in essa ben

¹²¹ Picardi-Giuliani, *La responsabilità*, cit., 213.

¹²² *La storia della Cassazione, la Cassazione nella storia (1944-1956)* in *Studi in onore di Giuseppe Guarino*, III, Padova 1998, p. 221 ss., e già in “*La Corte di Cassazione nell'ordinamento democratico*”, Atti del Convegno di Roma 1995 in occasione dei 50 anni del ripristino dell'ordinamento democratico, Milano 1996, p. 281 ss., nonché in *Riv. trim. dr. proc. civ.*, 1996, p. 1247 ss.; *Giuseppe Pisanelli e la Cassazione* in *Iuris vinculo, Studi in onore di M. Talamanca*, Napoli 2001, p. 349 ss. già in *Riv. dir. proc.*, 2000, p. 637 ss.; *Lodovico Mortara nel centenario del suo giuramento in cassazione*, *ivi*, 2003, p. 354 ss.; *La Corte di Cassazione alle origini dello Stato repubblicano*, in AA.VV., *La Corte di Cassazione dalle origini ai nostri giorni*, Gangemi ed., Roma 2010, p. 51 ss.

¹²³ Grazie allo stimolo di Picardi ci siamo soffermati ampiamente sul tema: v., se vuoi, A. Panzarola, *La Cassazione civile giudice del merito*, Torino, 2005, 2 vv. (spec. v. 1).

altra e più grave contrapposizione, che non quella banalmente “localistica”. Alla base della disputa vi erano gravi questioni relative ai rapporti fra Magistratura suprema e Giudici comuni, fra potere politico e giurisdizione, fra diritto e legge, tutte questioni che le analisi di Picardi¹²⁴ hanno messo a fuoco brillantemente, dischiudendo un seducente paesaggio intellettuale.

Molto altro si potrebbe aggiungere, ma non è possibile proseguire. Si fa strada del resto l'impressione che, dell'opera di Picardi, tanto più se ne dice quanto più rimane da dirne.

14. Processo e giudizio come garanzia di libertà

Per restituire la “cifra” essenziale del pensiero di Picardi e del Suo metodo, insomma dei Suoi studi, si può guardare ad un giurista di *common law*. Ciò può forse sorprendere, al cospetto di uno studioso come Picardi, che – tra le splendide rilegature in marocchino rosso e marrone della sua vastissima biblioteca¹²⁵ – amava consultare lo Scaccia o il Cardinal De Luca¹²⁶.

Ma la sorpresa cessa non appena si rammenti l'interesse crescente negli ultimi anni di Picardi per il *common law*¹²⁷, per le sue origini inglesi e per la sua ideologia, per la *rule of law* in contrapposto al *Rechtsstaat*. Egli condivideva la idea di Radbruch¹²⁸ secondo la quale “*viele Wesenszüge des englischen Volksgeistes haben ihren Grund in der Tatsache, dass in England die Neuzeit von dem Mittelalter nicht wie auf dem Kontinente durch eine tiefe Kluft getrennt ist, vielmehr noch in der Gegenwart unmittelbar fortwirkt*”.

In consonanza con il giurista di Lubeca, Picardi è andato convincendosi nel tempo che in Inghilterra l'epoca moderna non è separata dal medioevo, come sul Continente, da una profonda frattura, ma si protrae nel presente senza soluzioni di continuità. Alcuni dei suoi lavori più recenti non sarebbero comprensibili se non in questa cornice di sostanziale prosecuzione del diritto continentale dell'epoca di mezzo nel moderno *common law*. Pur con innegabili cambiamenti e trasformazioni, ad avviso

¹²⁴ Insieme a quelle di Michele Taruffo e Mario D'Addio.

¹²⁵ Nel suo studio dove riceveva amici, colleghi e allievi. Lo rivedo al tavolo di lavoro, nella luce fioca della lampada, avvolto dai libri, il gatto acciambellato sulla poltrona. Eccolo *che* generosamente mi consegna uno dei suoi volumi (l'ultimo acquistato o un prezioso testo antico), o un ritaglio di giornale sull'ultima sentenza di qualche Corte (ritagli custoditi e repertoriati con cura certosina).

¹²⁶ D'improvviso si fa strada un ricordo, di quel giorno, in una Roma improvvisamente bianca e eccezionalmente sorda ai rumori del mondo, al Pantheon, immersi nella neve: ecco il Professore, incurante del freddo, dimentico della neve, energico e curioso come sempre, lo rivedo lì fermo che ci ricorda (a me e Cristina Asprella) che la tomba di Guglielmo Durante (il celebre autore dello *Speculum iudiciale*) è proprio lì, all'interno della Chiesa – che ci fronteggia – di S. Maria Sopra Minerva. E subito dopo, senza esitazione, risolutamente, come se per Lui non esistessero neve e freddo, eccolo che ci conduce – per una strada non breve – fino a Via Giulia, dinanzi alla Chiesa dello Spirito Santo dei Napoletani, dove si trova la tomba del Cardinal De Luca.

¹²⁷ *Il sistema giudiziario inglese tra continuità ed innovazione*, in *Giusto proc. civ.*, 2007, p. 609 ss. ed in “*Per Saturam. Studi in onore di S. Caprioli*”, Spoleto 2008, p. 675 ss.

¹²⁸ G. Radbruch, *Der Geist des englischen Rechts*, che abbiamo consultato in Id., *Der Geist des englischen Rechts und die anglo-amerikanische Jurisprudenz*, raccolta di saggi curata da H. Scholler e con sua introduzione, Berlin, 2006, p. 44 (1^a ed. 1946; esiste una trad. italiana a cura di A. Baratta, sulla 2^a ed. tedesca del 1947: Milano, 1962).

di Picardi l'esperienza anglosassone – attraverso metafore base, quali il *due process of law* (giusto processo, inteso non solo come garanzia di legalità, ma anche di giustizia¹²⁹) o il *fair trial* (giudizio equo) – si ricongiunge all'ordine isonomico dell'epoca di mezzo ed alla concezione garantistica della giustizia che ne rappresenta il sostrato.

Si può quindi azzardare un confronto con un giurista statunitense. “*The life of the law has not been logic; it has been experience*”: così, nel paragrafo d'apertura della sua opera più celebre¹³⁰, con caratteristico stile epigrammatico, Oliver Wendell Holmes Jr.¹³¹ sintetizza le proprie vedute sul diritto. Per comprenderne la natura e misurarne lo sviluppo – secondo Holmes – non si può adottare soltanto la prospettiva logica ed è invece indispensabile considerare la interazione fra storia e mutevoli bisogni umani.

Questo *aperçu* di Holmes, se da un lato serve senza dubbio per spiegare il diritto delle Corti nel contesto dell'ordinamento generale¹³², dall'altro può descrivere la impostazione globale seguita da Nicola Picardi nelle sue ricerche sulla giustizia e sul processo, che si innestano sulla convinzione che il processo è “un complesso fenomeno culturale, vincolato a valori fondamentali, nel quale la mera tecnica procedimentale ha solo un ruolo ancillare”¹³³. L'analisi tecnico-giuridica pertanto, non potendo prescindere dalle “valenze sociali e dagli scopi pratici della tutela giurisdizionale”¹³⁴, deve fondarsi su di un “approccio multimetodico”, capace di fondere la prospettiva dogmatico-sistematica con quelle sociologica, storica, filosofica, statistica, ecc.

Veniamo con questo sospinti a considerare l'idea che Picardi nutriva intorno allo scopo del processo, che è come domandarsi se vi sia e quale sia il senso della vita dello

¹²⁹ Picardi non mancava di valorizzare la recezione nel nostro ordinamento del giusto processo, nozione maturata nella cultura anglosassone, nell'ambito della quale vige una concezione del processo come metodo funzionale alla « giusta » risoluzione delle controversie. Ha avuto così inizio un percorso che dovrebbe portare - secondo Picardi - al superamento della frattura determinatasi, a partire dall'età moderna, fra esperienze processualistiche di *civil law* e di *common law*. Non solo: con il richiamo alla «giustizia» del processo si intende sottolineare – osservava Picardi – che non è sufficiente l'osservanza formale delle regole processuali, ma occorre recuperare l'aspetto etico, oltre che logico, del processo, a cominciare dal comportamento leale delle parti. Per Lui, insomma, «giusto processo» è un'espressione riassuntiva che richiama i c.d. diritti giudiziari fondamentali (volti a garantire le parti e ad assicurare insieme la efficienza del giudizio) in funzione della effettività della tutela.

¹³⁰ O. W. Holmes, Jr., *The Common Law* (1881), rist. a cura di Paulo J.S. Pereira e Diego M. Beltran, University of Toronto Law School, p. 5 (l'opera è consultabile in www.general-intelligence.com/library/commonlaw.pdf). Sulle reazioni (anche molto negative) suscitate dalla pubblicazione del volume di Holmes, che con il tempo è divenuto un vero e proprio classico della letteratura giuridica statunitense, v., da ultimo, T. Healy, *The Great Dissent: How Oliver Wendell Holmes Changed His Mind and Changed the History of Free Speech in America*, New York, 2013, spec. pp. 79-81.

¹³¹ Sul celebre padre (Oliver Wendell Holmes, Sr.), uomo di lettere e medico, v., per tutti, G.E. White, *Justice Oliver Wendell Holmes. Law and the Inner Self*, New York-Oxford, 1993, p. 3, 9 ss.

¹³² A suo avviso, infatti, il diritto è soltanto la profezia di ciò che diranno le Corti nelle loro sentenze: così O. W. Holmes, Jr., *The Path of the Law*, 10 *Harv.L.Rev.* (1897), p. 457 ss., spec. p. 461: “*The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law*”. Il saggio di Oliver Wendell Holmes si può consultare liberamente in internet, fra l'altro, in http://www.constitution.org/lrev/owh/path_law.htm.

¹³³ N. Picardi, *Manuale del processo civile*, 3^a, cit., p. 16. L'introduzione al volume costituisce un importante lezione di metodo e contiene la esposizione, in forma concisa, delle vedute sul processo del Maestro che si onora.

¹³⁴ N. Picardi, *op. cit.*, p. 18.

studioso che abbia scelto – come Picardi – di approfondire nel diritto processuale civile i propri talenti esistenziali. Notoriamente già Montesquieu¹³⁵ – nel sesto libro dello *Spirito delle leggi* – aveva sottolineato lo stretto rapporto che intercorre fra la osservanza rigorosa delle forme processuali e la assicurazione dei diritti e delle libertà individuali: “*se si esaminano le formalità della giustizia in relazione alle difficoltà che un cittadino deve superare per farsi restituire i propri beni, o per ottenere soddisfazione di una ingiuria patita, senza dubbio si troverà che sono troppe. Se le si esaminano in relazione alla libertà e alla sicurezza dei cittadini, spesso si troverà che sono troppo poche: e si vedrà che le difficoltà, le spese, le lungaggini, i pericoli stessi della giustizia, sono il prezzo col quale ogni cittadino deve pagare la propria libertà*”¹³⁶.

Che questo sia il *milieu* culturale nel quale si situa la riflessione picardiana è confermato dal complesso della Sua opera e dalla Sua stessa personalità. Egli assegnava (con la mite fermezza che lo caratterizzava) alla libertà, propria e altrui, un posto speciale. Come Maestro Picardi non ha mai imposto alcunché, preteso sottomissione, chiesto fedeltà o dimostrazioni di appartenenza¹³⁷. Si era liberi con Lui, liberi – con rigore, compostezza ed equilibrio – di dire e ricercare qualunque cosa.

Un indizio eloquente di questa propensione è anche in una affermazione che Picardi amava ripetere, riprendendola da un giurista profondamente legato a Oliver Wendell Holmes Jr.¹³⁸, Felix Frankfurter: “*la storia della libertà*” – aveva scritto nel 1943

¹³⁵ Montesquieu (Charles Louis de Secondat, baron de La Brède et de Montesquieu), *De l'esprit des lois* (1748), trad. it. *Lo spirito delle leggi*, Torino, 1965 (a cura di S. Cotta), I, 158 (libro VI, cap. II). Il testo originale in francese è liberamente consultabile in http://www.ecole-alsacienne.org/CDI/pdf/1400/14055_MONT.pdf.

¹³⁶ “*Si vous examinez les formalités de la justice par rapport à la peine qu'a un citoyen à se faire rendre son bien, ou à obtenir satisfaction de quelque outrage, vous en trouverez sans doute trop. Si vous les regardez dans le rapport qu'elles ont avec la liberté et la sûreté des citoyens, vous en trouverez souvent trop peu; et vous verrez que les peines, les dépenses, les longueurs, les dangers même de la justice, sont le prix que chaque citoyen donne pour sa liberté*”. “*Pertanto*” – aggiunge M. – “*quando qualcuno vuol rendersi più assoluto, come prima cosa pensa a semplificare le leggi. In quello Stato da principio fanno più impressione gli inconvenienti particolari che non la libertà dei sudditi, della quale non ci si cura affatto*” (Montesquieu, *Lo spirito delle leggi*, cit., p. 159: “*Aussi, lorsqu'un homme se rend plus absolu, songe-t-il d'abord à simplifier les lois. On commence, dans cet Etat, à être plus frappé des inconvénients particuliers, que de la liberté des sujets dont on ne se soucie point du tout*”).

¹³⁷ Il Professore aveva la rara capacità di guidare gli allievi in modo apparentemente distaccato, indiretto e proprio per questo tanto più profondo. Conduceva, nei fatti, con mano saggia e sicura. Almeno agli inizi, raccontava poco di sé. Molte cose le scoprivamo col tempo. Il suo pudore, il suo riserbo il suo essere schivo di lodi, di complimenti, di onori, sono cose note. Gradatamente il rapporto si intensificava sino ad essere tanto saldo quanto profondo.

¹³⁸ Sul rapporto fra Oliver Wendell Holmes (giudice della Corte Suprema per trent'anni, dal 1902 al 1932) e Felix Frankfurter v., in ultimo, il bel volume di T. Healy, *The Great Dissent: How Oliver Wendell Holmes Changed His Mind and Changed the History of Free Speech in America*, cit., pp. 11 ss., 44, 122, 127 ss., 162 ss. Ancora più nota è la relazione di Frankfurter con Louis Dembitz Brandeis: essa occupa praticamente tutto il volume di M.I. Urofsky, *Louis D. Brandeis. A Life*, New York, 2009. Quando il giovane Frankfurter conobbe Holmes, quest'ultimo (di quarantuno anni più anziano) era già celebre. Il che può aiutare a spiegare il sentimento di vera e propria devozione nutrito da Felix Frankfurter nei confronti di Oliver Wendell Holmes. Frankfurter fu il terzo giurista di origine ebraica a ricoprire (sin dal 1939 e fino al 1962) il ruolo di giudice della Corte Suprema (grazie alla nomina del presidente Franklin D. Roosevelt), dopo Louis Brandeis (elevato alla carica di giudice dal presidente Woodrow Wilson nel 1916, carica rivestita sino al 1939) e Benjamin Cardozo (giudice per soli sei anni, dal 1932 al 1939, nominato dal presidente Herbert Hoover in sostituzione di Oliver Wendell Holmes jr.; alla morte di Cardozo, il 9 luglio 1938, Roosevelt decise di nominare al suo posto Felix Frankfurter). Le differenze di mentalità e nei comportamenti fra Frankfurter e Brandeis sono enfatizzate da R.A. Burt,

Frankfurter¹³⁹ – “è stata in gran parte la storia del rispetto delle garanzie procedurali”¹⁴⁰. Ebbene, questa citazione, posta non casualmente in esergo al *Manuale del processo civile* di Nicola Picardi, sembra riassumere il senso dell'intero testo e, più ampiamente, l'idea complessiva del Maestro che si vuole ricordare sullo scopo del giudizio¹⁴¹ e del processo. Perché, in fin dei conti, Picardi non sarebbe stato d'accordo con Satta quando questi, non senza una vena di rassegnato fatalismo, notava che “veramente processo e giudizio sono atti senza scopo, i soli atti della vita che non hanno scopo”¹⁴².

Dal fondo dei secoli Picardi raccoglieva la persuasione, che era poi anche una speranza ed un monito, che un senso il giudizio e il processo – prendano forma in un codice calato dall'alto o in una *tela giudiziaria* sorta dal basso, in una *Ordnung* ufficiale dell'autorità o nel *gemeines Recht* – lo possiedono, debbono possederlo: e questo scopo Picardi vuole ritrovarlo nella destinazione del processo e del giudizio¹⁴³ a garantire la libertà. Sarà certo una libertà precaria come tutte le cose umane, destinata a durare “finché la natura, la passione, la follia non prendono il sopravvento”¹⁴⁴. Ma a dispetto di questo, o forse proprio per questo, sarà uno scopo – sembra assicurarci l'opera di Nicola Picardi – ancora più degno di essere perseguito.

Two Jewish Justices: Outcasts in the Promised Land, Berkeley, 1988.

¹³⁹ In molti pensano che Felix Frankfurter sia stato il più influente giurista del XX° sec. (così H.N. Hirsh, *The Enigma of Felix Frankfurter*, New York, 1981, rist. New Orleans, 2014, p. 1). La rimarchevole propensione alla tutela delle garanzie processuali è riflessa in moltissimi episodi della vita di Frankfurter (e non soltanto nel celebre caso di Sacco e Vanzetti: cfr. N. Feldman, *Scorpions. The Battle and Triumphs of FDR's Great Supreme Court Justices*, New York-Boston, 2010, p. 3 ss.; H.N. Hirsh, *op. cit.*, pp. 42-43; lo stesso Hirsh rimprovera, peraltro, a Frankfurter di avere abbandonato talvolta i suoi ideali per soddisfare aspirazioni contingenti: *ivi*, 62), ancor prima della nomina (da parte di F.D. Roosevelt) a giudice della Corte Suprema nel 1939. In tale ruolo (ricoperto sino al 1962) Frankfurter ha peraltro finito per abbandonare le sue originarie inclinazioni riformistiche (Frankfurter – scrive N. Feldman, *op. cit.*, xi – “started as America's leading liberal and ended as its most famous judicial conservative”).

¹⁴⁰ “The history of liberty has largely been the history of observance of procedural safeguards. And the effective administration of criminal justice hardly requires disregard of fair procedures imposed by law”: si tratta di un frammento della decisione (dovuta alla penna di Felix Frankfurter) della *Supreme Court* statunitense in *Mc Nabb v. United States*, 318 U.S. 332 (1943). La pronuncia della Corte Suprema (che ha ad oggetto la materia del processo penale) si può leggere in <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/318/332/case.html>.

¹⁴¹ Della cui centralità Picardi era profondamente convinto, così come era molto interessato alle tecniche di ragionamento del giudice, alla coerenza interna delle sue argomentazioni, alla ragionevolezza e alla controllabilità intersoggettiva delle sue decisioni. Picardi ha sottolineato che solo in epoca recente sono iniziati tentativi per recuperare il giudizio e fare di esso, ancora una volta, uno dei momenti centrali dell'esperienza processuale.

¹⁴² S. Satta, *Il mistero del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1949, p. 275 ss., p. 281.

¹⁴³ Nel senso pregnante che traluce del saggio su Carnelutti: *L' esame di coscienza del vecchio Maestro*, in *Riv. dir. proc.*, 1986, p. 536 ss.

¹⁴⁴ S. Satta, *op. loc. cit.*