

Nicola Picardi

Le riforme processuali e sociali di Franz Klein¹

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Il pensiero sociale di Klein e le correnti culturali del suo tempo – 3. La riforma giudiziaria di Klein: il ruolo del giudice e la risoluzione della controversia – 4. Segue: una sua lettura in chiave europea ed extraeuropea – 5. Ulteriori riforme con valenza sociale – 6. Conclusioni

1. Premessa

Nel 1891 Franz Klein pubblicò, a Lipsia, la sua opera più nota: *Pro futuro. Betrachtungen über Probleme der Zivilprozessreform in Oesrerreich*².

La sua vita, e soprattutto la sua opera³, sono state oggetto – innumerevoli volte⁴ – di riflessioni e di valutazioni, a volte adesive, altre volte critiche.

Dopo 120 anni, Franz Klein torna oggi all'attenzione degli studiosi, evocato dalla Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Trento. Un duplice merito va riconosciuto ai coordinatori scientifici italo-austriaci di questo convegno⁵.

¹ Questo saggio – affettuosamente dedicato alla cara memoria di Franco Cipriani, che ha condotto indagini approfondite su Franz Klein e sulla ricerca di una maggiore efficienza della giustizia civile, sempre nel rispetto del giusto processo – costituisce la versione rielaborata delle *riflessioni conclusive* da me svolte al Convegno sulle riforme di F. Klein organizzato il 13-14 maggio 2011, a Trento dall'Università degli Studi e dalla Regione Autonoma Trentino-Alto Adige. Vengono omesse le parole di circostanza. Il saggio è apparso anche in *Il giusto processo civile*, 2011, pp. 1067-1106.

² Volume nel quale sono, peraltro, raccolti saggi precedenti che si possono leggere in “Juristische Blätter”, Wien, XIX (1890), n. 43-52 e XX (1891), n. 20.

³ Cfr., per tutti, Friedlaender (cur.), *Franz Klein, Reden/Vorträge/Briefe*, Wien 1927; Sprung, *Der Lebensweg Franz Kleins*, in Hofmeister (cur.), *Forschungsband Franz Klein (1854 – 1926), Lebens und Wirken*, Wien 1988, pp. 13 ss. e Böhm, *Franz Klein*, in Brauneder (cur.), *Juristen in Österreich, 1200-1980*, Wien 1987, pp. 234 ss.

⁴ Oltre alle opere citate alla nota precedente, classici restano i *Festschrift für Franz Klein zu seinem 60. Geburtstag*, Wien 1914, nei quali sono raccolti oltre ai saggi di noti processualisti (quali Koler pp. 1 ss. e Sperl, pp. 15 ss.), anche una serie di contributi di funzionari ministeriali (da Mayer, pp. 419 ss. a Schreiber, pp. 569 ss.), che hanno illustrato, soprattutto, le implicazioni sociali del pensiero di Klein, nonché i *Festschrift zur Fünfzigjahrfeier der österreichischen Zivilprozessordnung 1898-1948*, Wien 1948, nei quali conservano particolare attualità, fra gli altri, gli scritti di Esser, *Franz Klein als Rechtssoziologe*, pp. 35 ss. e Leonard, *Zur Geschichte der österreichischen Justizreform vom Jahre 1898*, pp. 125 ss. Cfr. anche, per tutti, Schima, *Verfeinerung des Rechtsschutzes*, in *Die feierliche Inauguration des Rektors der Wiener Universität für das Studienjahr 1956/57*, Wien 1957 e Fasching, *Modernisierung des zivilrechtlichen Streitverfahrens*, in *Deuxième Congrès International des Magistrats* 1964, pp. 27 ss. Nella letteratura italiana oltre al risalente lavoro di Menestrina, *Francesco Klein*, in “Riv. dr. proc. civ.”, I (1926), pp. 271 ss. cfr., soprattutto Cipriani, *Nel centenario del regolamento di Klein (Il processo civile fra libertà e autorità)*, in “Riv. dr. proc.”, (1995), pp. 969 ss., riedito nel volume dello stesso A., *Ideologie e modelli del processo civile. Saggi*, Napoli 1997, pp. 27 ss. (i successivi riferimenti si intendono riferiti a questa edizione), nonché, quanto alla versione in spagnolo, la traduzione di A. Velloso, in “Revista de derecho procesal”, (2001), pp. 31 ss., quella di A. Deho, in “Revista Juridica del Peru”, (2001), pp. 119 e, nel volume dello stesso Cipriani, *Batallas por la justicia civil, ensayos*, a cura di Ariano Deho, Lima 2003, pp. 59 ss. Sulla vita ed il pensiero di Klein cfr., da ultimo, Consolo, *Il duplice volto della “buona” giustizia civile tardo-asburgica e del suo rigeneratore*, in *Ordinanza della procedura civile di Francesco Giuseppe 1895*, in “Testi e documenti per la storia del processo”, a cura di Picardi e Giuliani, I/VIII, Milano 2004, pp. XXXXVII ss.

⁵ Da parte italiana, il Prof. Marino Marinelli; da parte austriaca, la Prof.ssa Ena-Marlis Bajons dell'Università di Vienna (ma ora anche di quella di Trento) ed il Prof. Peter Böhm dell'Università di Vienna. Colgo l'occasione per salutare e ringraziare di nuovo i due colleghi austriaci, nonché il Prof.

Innanzitutto, essi ripropongono, in un'epoca piena di contraddizioni, le problematiche della riforma socio-economica.

All'inizio del XIX secolo Destutt de Tracy⁶ aveva gettato le basi di un nuovo filone di studi, le *indagini ideologiche*, espressione utilizzata per indicare la «scienza delle idee». Queste ricerche ebbero il merito di approfondire la concezione stessa di Stato e le varie forme di Stato. Nel XIX e nel XX secolo tali indagini assunsero un ruolo centrale, soprattutto nella contrapposizione fra Stati a regime liberale e Stati a regime sociale, con speciale riferimento alla limitazione o all'ampliamento della sfera di intervento dello Stato, anche nel settore della giustizia, divenuta ormai tipica attività statale.

A partire dagli ultimi due decenni del XX secolo, si sono diffuse, in particolare, politiche neoliberalistiche e parola d'ordine è divenuta *deregulation*. L'intervento dello Stato si è ristretto: abbiamo iniziato a parlare di «Stato snello», «Stato debole» o, addirittura, di «Stato assente». La stessa nozione di *Welfare State* è stata sottoposta ad una rilettura: nella seconda metà del XX secolo, stava ad indicare forme di iperregolamentazione organizzativa-burocratica con la quale gli Stati intendevano garantire la protezione sociale dei propri cittadini. Oggi il *Welfare State* sta subendo un ridimensionamento e rischia di rimanere derubricato da cultura dei diritti a cultura della carità nei confronti dei poveri⁷.

Dal lato opposto, le gravi crisi economico-finanziarie esplose, nel contesto di una economia globalizzata, fra XX e XXI secolo, sono state, invece, imputate ad una scarsa regolamentazione da parte degli Stati, soprattutto in campo finanziario e bancario, ma anche in ambito giudiziario. Si è posto, pertanto, il problema di salvataggi forzati o, come si suol dire, servoassistiti da parte degli Stati e/o di organizzazione sovra o extra statuali. In queste circostanze ci si muove, pertanto, in direzione opposta alla logica della «deregolamentazione».

In sostanza, le regole del giuoco, nella nostra epoca, oscillano in modo pendolare tra «deregolamentazione» e «regolamentazione». Una situazione del genere non può non richiamare l'attenzione su quella eccezionale stagione di studi, feconda di idee e di fermenti innovatori, che si sviluppò a Vienna, alla fine del XIX secolo, e che trovò i principali poli di riferimento – per quanto riguarda i profili giuridici – nel maestro, Anton Menger⁸, e nel suo allievo, Franz Klein.

Bernhard König di Innsbruck (anche egli relatore in questo convegno), per l'aiuto offertomi nelle mie ricerche, sotto la guida dell'indimenticabile Prof. H.W. Fasching di recente scomparso, durante un viaggio di studi a Vienna, 40 anni or sono.

⁶ Destutt de Tracy, *Projet d'éléments de idéologie*, Paris 1801.

⁷ Bauman, *Postmodernity and its Discontents*, Cambridge 1997, trad. It., *Il disagio della postmodernità*, Milano 2002, pp. 35 ss. (le successive citazioni vanno riferite alla versione italiana).

⁸ Anton Menger (fratello di Max, politico e pubblicista, e di Karl, celebre economista) è stato ordinario di procedura civile nell'Università di Vienna dal 1874 al 1899. Oltre ad opere di carattere civilprocessualistico è particolarmente conosciuto per aver indagato gli aspetti sociali dell'ordinamento giuridico ed è considerato il padre del *socialismo giuridico*. Le sue opere hanno avuto larga diffusione in Europa: cfr., soprattutto, *Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*, Tübingen 1890; trad. it., *Il diritto civile e il proletariato*, Torino 1894, nonché la trad. spagnola, *El derecho civil e los pobres*, Buenos Aires 1947. Particolarmente significativa è, poi, la sintesi delle proposte (a volte utopistiche) per la trasformazione dello Stato descritte in *Neue Staatslehre* (1902), IV ed., Jena 1930. Di tale opera si può consultare la trad. francese, *L'Etat socialiste*, Paris 1904 e quella it. di O. Lerda Olberg, *Lo Stato socialista* (Torino 1905), II ed., Milano s.d. (le successive citazioni si intendono riferite all'ultima edizione italiana). Sul socialismo di Menger, cfr., per tutti, Orrù, *'Idealismo' e 'realismo' nel socialismo giuridico di Menger*, in "Quaderni fiorentini", III-IV (1974), pp. 187 ss.

Ulteriore, ma consequenziale, merito dei coordinatori scientifici del Convegno, è quello di non aver limitato l'oggetto del convegno alla celebre riforma processuale, o, meglio, giudiziaria, realizzata da Klein dal 1895 al 1898⁹, ma di averlo esteso anche ad altre rilevanti riforme con valenza sociale. Il Convegno è stato, infatti, strutturato in quattro sessioni. La prima ha avuto per oggetto l'inquadramento del pensiero di Klein nelle correnti culturali del suo tempo. La seconda e la terza sessione sono state dedicate alla sua riforma processuale, con particolare riguardo sia al ruolo del giudice che al raffronto con i nuovi assetti della giustizia fra XX e XXI secolo. Nella quarta sessione è stato, infine, analizzato l'influsso del pensiero di Klein in ambiti diversi, dal diritto dell'edilizia, al diritto delle società ed a quello del lavoro.

2. Il pensiero di Klein e le correnti culturali del suo tempo

La prima sessione è stata introdotta dalla relazione generale di Knut Wolfgang Nörr, dell'Università di Tubinga, il quale, innanzitutto, si è mosso alla ricerca del retroterra culturale di Klein. Nella già citata monografia *Pro futuro* del 1891 egli coglie il passaggio di Klein, nella vita e nel percorso professionale, dall'analisi del diritto all'attività legislativa: ci troviamo ormai in presenza di uno studioso aperto alle suggestioni del suo tempo, non ad un costruttore del sistema. Il suo è un argomentare «rapsodico, sfrangiato, per così dire impressionistico», ma – chiarisce sempre Nörr – «più da un legislatore non si dovrebbe, né sarebbe necessario chiedersi».

Il relatore osserva, quindi, che nella monografia del 1913, *Des Organisationswesens der Gegenwarts*¹⁰, emerge ormai uno stretto collegamento tra diritto e sociologia. Klein progressivamente è divenuto, anche e soprattutto, un sociologo del diritto¹¹. Egli ci ha parlato di una dimensione sociale del fenomeno giuridico, ma non ha precisato cosa si intenda per *sociale*. Dall'esame dell'opera di Klein, Nörr individua, peraltro, quattro distinti significati di tale espressione: 1) sociale come attinente alla società o alla comunità¹²; 2) sociale come manifestazione dell'associazionismo umano, indipendentemente da qualsiasi forma di concretizzazione istituzionale. Entrambe queste due accezioni avrebbero, peraltro, un significato descrittivo-diagnostico e, come tali, non troverebbero applicazione né nel processo¹³, né nel diritto societario¹⁴; 3) sociale come indicatore del soggetto debole e svantaggiato¹⁵; 4) sociale come indicatore di ciò che è al servizio del bene comune. Queste due ultime tipologie avrebbero, invece, natura valutativa-qualificante e,

⁹ Cfr., *infra*, § 3 e nota 40.

¹⁰ Si tratta del testo delle lezioni che Klein tenne nell'anno accademico 1912-1913. Cfr. Klein, *Organisationswesen der Gegenwarts, Ein Grundriss*, Berlin 1913.

¹¹ Già in tal senso cfr. Esser, *Franz Klein als Rechtssoziologe*, op. cit., pp. 37 ss.

¹² Sul concetto di *Comunità* cfr., da ultimo, Bauman, *Missing Community* (2001), ed. it. *Voglia di Comunità*, VI ed., Roma-Bari 2009, pp. 3 ss., 57 ss. e 87 ss. (le successive citazioni si intendono riferite alla traduzione italiana). Si potrebbe, in questo senso, parlare di *Stato sociale* come concretizzazione istituzionale dell'idea di comunità. Anton Menger parlava, più precisamente, di Stato democratico del lavoro o di *Stato socialista* (v., *retro*, n. 7, ed, *infra*, n. 15).

¹³ *Contra*, peraltro, Picardi, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano 2007, pp. 183 ss.

¹⁴ *Contra*, peraltro, Giuliani, *Giustizia ed ordine economico*, Milano 1997, pp. 173 ss.

¹⁵ Sul punto cfr. già Menger, *Das Bürgerliche Recht und die Besitzlosen Volksklassen*, op. cit., *passim*, il quale aveva rilevato che la tradizionale configurazione di un giudice, arbitro imparziale e passivo, finiva per risolversi in un pregiudizio per le classi meno abbienti.

come tali, troverebbero ampi spazi di applicazione. Alla loro base vi è un nuovo modo di intendere lo Stato; l'interventismo statale economico e sociopolitico del tempo non può non comportare una nuova concezione anche del processo civile.

Noto è, del resto, che Klein considerava la controversia civile come una violazione del bene comune ed il processo come una *Wohlfahrtseinrichtung*, un istituto per il benessere sociale¹⁶. Ne consegue che – come rileva Nörr – «il processo muta il proprio padrone»: da strumento a servizio della *giustizia commutativa* diventa strumento al servizio della *giustizia distributiva*¹⁷. Ciò comporta che, in un *sozialer Zivilprozess*, va ridisegnata la ripartizione dei poteri fra parti e giudice¹⁸.

Ma la dimensione sociale non è limitata al processo civile, si estende a tutto l'ordinamento giuridico che va, pertanto, finalizzato alla realizzazione del benessere della società. Nörr esamina, quindi, l'influenza del pensiero di Klein nel diritto della società e nella disciplina dei cartelli. Ma la trattazione di questi temi è riservata in particolare alla quarta sezione del Convegno.

Marino Marinelli, dell'Università di Trento, ha tenuto la seconda relazione nella quale ha analizzato la figura e l'opera di Klein nel *milieu* culturale, politico e socio-economico della Vienna *fin de siècle*. Egli, innanzitutto, ha prospettato un'affascinante ricostruzione di una atmosfera vagamente morbosa e decadente di ciò che stava per scomparire: l'Impero asburgico, «prima amato, poi odiato e, infine, tanto rimpianto». In tale contesto il relatore ha, quindi, messo in evidenza la multiforme personalità di Klein, il suo spirito eclettico: uno di quei funzionari e dirigenti ministeriali – ma anche uomini politici – che, dal 1700 al 1918, hanno fatto la fortuna dell'Impero: un *theresianischer Mensch*.

Marinelli ha, poi, ricollegato il pensiero e l'opera di Klein al suo maestro Anton Menger, uno dei padri del *socialismo giuridico*, ma osserva che il suo allievo non può definirsi un *socialista*, perché era un *moderato* che, espressamente, si ispirava alla massima di Montesquieu secondo la quale «c'est la moderation qui gouverne les hommes et ne pas les excès». Aggiungerei che il programma di Menger era quello di sostituire allo Stato liberale lo Stato socialista, che egli denominava Stato democratico o popolare del lavoro, *volkstümlicher Arbeitsstaat*¹⁹, ma Menger precisò che possibile è soltanto un «dento passaggio dall'una a l'altra forma di Stato»²⁰, un'evoluzione per tappe successive. Siamo ancora all'origine di quel movimento di riorganizzazione della società europea di cui, ai suoi tempi, aveva già parlato Saint Simon²¹ e che successivamente, ad opera dei sansimoniani, sfocerà in una tappa fondamentale: l'istituzione in Francia, per la prima volta, del «Ministero del lavoro e del progresso sociale». Solo al suo esito verrà finalmente realizzato – secondo Menger – lo Stato democratico del lavoro. L'opera di Klein si colloca, pertanto, in una fase intermedia del percorso storico delineato dal suo maestro.

Certo nelle riforme kleiniane non mancarono influenze immediate del pensiero di

¹⁶ Klein, *Der Zivilprozess Österreichs mit Ergänzungen von ENGEL*, Mannheim – Berlin – Leipzig 1927, pp. 186 ss.

¹⁷ Sulla interpretazione tradizionale di questa distinzione aristotelica cfr. già Del Vecchio, *La giustizia*, IV ed., Roma 1951, pp. 64 ss., ma, per una nuova lettura, cfr. Giuliani, *Giustizia ed ordine economico*, op. cit., pp. 39 ss. e 41 ss.

¹⁸ Schima, *Gemeinsames und Verschiedenes im oesterreichischen und italienischen Zivilprozess*, in *Studi in onore di Redenti*, II, Milano 1951, pp. 335 ss.

¹⁹ Menger, *Lo Stato socialista*, op. cit., pp. 19 ss. e 220 ss.

²⁰ Menger, op. cit., pp. 33 e 223.

²¹ Saint Simon, *De la reorganisation de la société européenne*, Paris 1814.

Menger. Innanzitutto – in vivace polemica con Engels – Menger respingeva l'idea di realizzare la società nuova per mezzo della rivoluzione²² e sosteneva che strumento per introdurre il suo Stato democratico del lavoro era il ricorso alle modifiche legislative²³ e alla scienza giuridica²⁴. Correlativamente Menger – pur valorizzando il legame fra ordinamento statale e vita economica – considerava erroneo il principio marxista che riduceva il diritto a sovrastruttura dell'economia²⁵, quasi fosse un mero «epifenomeno delle condizioni economiche»²⁶. Sarà soprattutto²⁷ Klein che, iniziando ad attuare il programma disegnato dal suo maestro, utilizzerà, in diversi ambiti, lo strumento legislativo al fine di imprimere un'impronta socio-economica all'ordinamento giuridico austriaco e, quindi, determinare la trasformazione dello Stato.

In secondo luogo, Menger aveva precisato²⁸ che il potere esecutivo viene esercitato da due autorità: 1) *gli organi amministrativi* che sono «totalmente dipendenti dal sovrano». Essi agiscono «d'ufficio», nel loro operato seguono una procedura «pronta, senza formalità, energica»; 2) *i tribunali* che, invece, «godono di una certa indipendenza», peraltro, con il «limite nel fatto che la promozione del giudice è quasi sempre nelle mani del sovrano». A differenza degli organi amministrativi, «i tribunali non intervengono se non sopra richiesta dell'avente diritto». La loro «procedura è lunga, costosa, circondata da formalità complicate».

Tale situazione non poteva non richiamare l'attenzione di Klein sulla priorità della riforma dell'ordinamento giudiziario e della procedura civile, così come, all'epoca, era regolata nell'Impero asburgico²⁹. Marinelli ha introdotto, quindi, i complessi discorsi del rapporto fra giudice e norma e dei poteri del giudice, temi che sono stati oggetto specifico della seconda sezione del Convegno, ed ha concluso rilevando che la riforma di Klein ha come punti di riferimento la giustizia sociale, l'efficienza economica e la conformazione processuale, si tratta di una visione densa di premonizioni anche per quella «giustizia civile funzionale alla sensibilità economica, che sta alla base dell'Unione Europea».

La terza relazione è stata svolta da Augusto Chizzini, dell'Università di Parma, e ha avuto per oggetto il reale influsso del pensiero di Klein sui fondatori del moderno diritto processuale civile italiano, dei *Patres* della procedura civile italiana, per usare la felice espressione di Franco Cipriani³⁰.

Chizzini, innanzitutto, ha fatto propria la felice definizione del XIX secolo come il *secolo giuridico*. Come si è detto, all'inizio dell'800, Saint Simon preconizzava una riorganizzazione della società nel quadro di un *socialismo utopistico*; alla fine del secolo

²² Menger, *Lo Stato socialista*, op. cit., pp. 275 ss.

²³ Menger, op. cit., pp. 40 ss. e 278.

²⁴ Menger, *Ueber die sozialem Aufgobeder der Rechtswissenschaft*, Wien 1895.

²⁵ Cerroni, *Marxismo e diritto*, in *La libertà dei moderni*, s.l., 1968 e Losano, *La teoria di Marx e di Engels sul diritto e sullo Stato*, Torino 1969.

²⁶ Menger, *Lo Stato socialista*, op. cit., p. 262.

²⁷ Non va, peraltro, neppure dimenticato un altro illustre allievo del Menger, Karl Renner, giurista ed uomo politico, che pubblicò *Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion* (1904), III ed., Stuttgart 1965, trad. inglese, con introduzione di Kahn-Freud, *The institutions of private law and their social functions*, London 1949.

²⁸ Menger, *Lo Stato socialista*, op. cit., pp. 219-220.

²⁹ Cfr. l'ed. italiana del *Regolamento giudiziario di Giuseppe II, 1781*, con introduzioni di Ogris ed Oberhammer, in *Testi e documenti per la storia del processo*, op. cit., I-IV, Milano 1999.

³⁰ Cipriani, *Scritti in onore dei Patres*, Milano 2006.

Menger, nel quadro di un *socialismo giuridico*, proponeva di sostituire lo Stato liberale con lo Stato socialista (o democratico del lavoro). Ma motivo ricorrente era rappresentato dal fatto che all'epoca, secondo il comune sentire *au milieu culturel*, tali riorganizzazioni o sostituzioni o sistemazioni generali di una società in movimento non andavano attuate né tramite i vecchi strumenti dello Stato di polizia né a mezzo di movimenti rivoluzionari. La trasformazione dello Stato andava realizzata tramite la riforma legislativa, come scrive Chizzini, «per il mezzo ragionato e condiviso di uno stato di diritto». Klein, con la sua *Justizreform*, si inserisce perfettamente in questa linea di pensiero ed offre una soluzione alle complesse dinamiche della società in cui vive.

La legislazione kleiniana fino al 1918 venne applicata anche in Italia, nelle c.d. provincie redente, e non mancò chi ne propose un'estensione a tutto il regno. E' indubbio che si trattava di una legislazione ben conosciuta, almeno nelle sue linee essenziali, ma quale fu la sua reale portata nel nostro ordinamento? Chizzini ha condotto un'analitica ricognizione delle opere di Chiovenda, Carnelutti e Calamandrei, nonché di Mortara, i *Patres* ai quali va ricollegata quella grande elaborazione di pensiero della prima metà del XX secolo che – direttamente o indirettamente – sfociò nella codificazione del 1942. Ne è risultato che la grande letteratura italiana si sentì sostanzialmente estranea alla lezione di Klein e del suo pensiero ne propose «una lettura mitizzante ed edulcorata». Tutto si ridusse nel riproporre «confuse immagini dell'oralità, dell'immediatezza e della concentrazione» che, nella concezione di Klein rappresentavano soltanto meri mezzi e non certo il tema centrale della riforma. La verità è che il c.d. principio di oralità³¹ (all'epoca già ampiamente sperimentato anche in Austria, con le riforme parziali), era soltanto una formula che serviva ad accantonare i risvolti socio-economici, etici e politici, conferendo una parvenza di modernità a riforme di piccolo cabotaggio.

Suggerirei, però, di non limitarci ai *Patres*. All'epoca, in Italia, vi era anche una letteratura diversamente orientata. A parte la nota monografia di impostazione generale del Panunzio³², vanno qui ricordati soprattutto due volumi dedicati alle riforme processuali, ideologicamente orientati in senso opposto: quello di Umberto Cao, in chiave liberale³³, e quello di Ugo Ferrone, in chiave socialista³⁴. Entrambi questi lavori non hanno ottenuto, in Italia, alcun riconoscimento da parte dell'accademia e su di essi sembra ormai caduto l'oblio della processualistica ufficiale. Ma non è senza significato che, ad esempio, il volume del Ferrone, già nel 1913, abbia avuto un'ampia recensione in una autorevole rivista tedesca³⁵. Del resto, Chizzini ha già ricordato che, all'epoca, le idee del processo sociale andavano diffondendosi tra i più autorevoli studiosi tedeschi³⁶.

La verità è che nella prima metà del XX secolo si andava delineando, nella cultura giuridica in genere ed in quella processualistica in particolare, qualche forma di reazione, a

³¹ Per la sua critica cfr. Picardi, *Riflessioni critiche in tema di oralità e scrittura*, in "Riv. trim. dr. proc. civ.", (1973), pp. 1 ss. ed in *Studi in memoria di FURNO*, Milano 1973, pp. 701 ss., nonché, da ultimo, Cipriani, *I problemi del processo di cognizione tra passato e presente*, in "Riv. dr. civ.", (2003), pp. 44 ss.

³² Panunzio Sergio senior, *Il socialismo giuridico*, Genova 1907.

³³ Cao, *Per la riforma del processo civile in Italia. Ricerche di sistema e tentativi di applicazione*, Cagliari 1912, il quale, alle pp. 35 ss. e 47 ss., esamina e critica anche la riforma austriaca. Sull'opera di Cao cfr. Monteleone, *Ricordo di Umberto Cao*, in "Giusto proc. civ.", (2007), pp. 931 ss.

³⁴ Ferrone, *Il processo civile moderno (Fondamento, progresso e avvenire)*, S. Maria C.V. 1912.

³⁵ Cfr. la recensione di Schneider in "Zeitschrift für deutschen Zivilprozess", XLIV (1913), pp. 147-149.

³⁶ Egli ha citato, quale esempio, Kisch, *Die soziale Bedeutung des Zivilprozesses*, in "Judicium", (1928/1929), pp. 1 ss.

volte latente, nei confronti dello Stato che andava assumendo – particolarmente nell'Europa continentale – natura autoritaria. Nel tentativo di sottrarli all'invasione statale e soprattutto al controllo dell'esecutivo, qualche autorevole processualista cominciò a ribadire che giurisdizione e processo sono istituti meramente tecnici. Chizzini ha già ricordato, in proposito, la lezione di Goldschmidt che dal carattere tecnico del processo civile deduceva che esso è tale solo in uno Stato liberale³⁷. Si potrebbe aggiungere l'insegnamento di Liebman e la sua influenza sulla Scuola processuale di San Paolo, che sfociò nella affermazione di Buzaid (nell'esposizione dei motivi del codice di procedura civile brasiliano del 1973): «un codice processuale è un'istituzione eminentemente tecnica. E la tecnica non è appannaggio di un popolo, bensì conquista di valore universale»³⁸.

L'accentuazione del profilo meramente tecnico della giurisdizione e del processo portavano necessariamente ad accantonare i risvolti socio-economici, etici ed, in senso lato, politici del pensiero di Klein, pensiero che nella prima metà del XX secolo – come si vedrà – ha rischiato di prendere anche altre strade.

Per un ritorno ai suoi temi centrali della riforma sociale della giurisdizione occorrerà, invece, attendere Mauro Cappelletti³⁹ e, più in generale, una nuova sensibilità per il *socialismo giuridico*⁴⁰.

3. La riforma giudiziaria di Klein: il ruolo del giudice e la risoluzione della controversia

Fra il 1895 ed il 1989, Klein riuscì a portare a compimento la sua *Justizreform*, strutturata in quattro testi fondamentali: l'ordinanza di procedura civile (*Zivilprozessordnung*: ZPO); le norme sulla giurisdizione (*Jurisdictionnorm*: JN); l'ordinanza sull'esecuzione (*Executionensordnung*: EO) e la legge sull'organizzazione giudiziaria (*Gerichtorganisationsgesetz*: GOG)⁴¹.

Nella celebre conferenza di Dresda del 1901⁴², lo stesso Klein chiarì che si trattava di

³⁷ Cfr. già Chizzini, *Correnti del pensiero moderno e poteri del giudice nel pensiero di Piero Calamandrei: tre variazioni sul tema*, in "Giusto proc. civ.", (2010), pp. 27 ss.

³⁸ Cfr. Picardi e Nunes, *Il processo civile brasiliano, dalle ordinazioni filippine al codice del 1973*, in "Riv. dr. proc.", (2011), pp. 934-935.

³⁹ Cfr., Cappelletti, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milano 1952, pp. 68 ss.; Id., *Ideologie del diritto processuale*, lezione di inaugurazione dell'anno accademico 1961-1962 dell'Università di Macerata, in "Riv. trim. dr. proc. civ.", (1962), pp. 193 ss., ripubblicata nel volume dello stesso A. *Processo e ideologie*, Bologna 1969, pp. 3 ss. ed Id., *Aspetti sociali e politici della procedura civile (Riforme e tendenze evolutive nell'Europa occidentale e orientale)*, in "Michigan Law Review", LXIX (1971), pp. 797 ss., ripubblicato nel volume dello stesso A. *Giustizia e società*, Milano 1972, pp. 48 ss. In tema cfr., peraltro, anche Cavallone, *I poteri di iniziativa istruttoria del giudice civile. Premessa storico critica* (1968) nel vol. dello stesso A. *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova 1991, pp. 63 ss.; Denti, *Processo civile e giustizia sociale*, Milano 1971, pp. 13 ss.; Id., *La giustizia civile. Lezioni introduttive*, Bologna 1989, pp. 26 ss., nonché Taruffo, *Il profilo comparatistico* e Silvestri, *Il profilo comparatistico* in Denti, *La giustizia civile*, Bologna 2004, rispettivamente, pp. 13 ss. e 45 ss.

⁴⁰ Cfr., per tutti, *Il 'Socialismo giuridico'*, in "Quaderni fiorentini", III-IV (1974).

⁴¹ Su tale normativa cfr., Justizministerium (cur.), *Materialien zu den neuen österreichischer Zivilprozessgesetzen*, 2 voll., Wien 1895, nonché, nella letteratura, per tutti, Leonhard, *Zur Geschichte der österreichischen Justizreform vom Jahre 1898*, in *Festschrift zur Fünfzigjahrfeier*, op. cit., pp. 131 ss. Per l'edizione italiana della Z.P.O. cfr., di recente, *Ordinanza di procedura civile di Francesco Giuseppe*, cit.

⁴² Klein, *Zeit-und Geistesströmungen im Prozesse*, in Friedlaender, *Franz Klein/Reden/Vorträge/Briefe*, op. cit., I, pp. 117 ss., nuova ristampa, Frankfurt a.M. 1958, pp. 6 ss. e 26 ss. (le successive citazioni si intendono

una legislazione che, rafforzando notevolmente i poteri del giudice nella gestione della causa, mirava ad aprire alla giurisdizione prospettive metagiuridiche: sociali ed economiche. Per tale motivo il processo civile austriaco è stato definito il modello processuale per lo Stato sociale⁴³.

Al fine di assicurare una efficace attuazione della riforma – come già sottolineato da Franco Cipriani⁴⁴ – venne istituito, presso il Ministero della giustizia, un corpo di ispettori giudiziari che Calamandrei considerò una «felicissima istituzione»⁴⁵. Quanto alle loro funzioni, Cipriani opportunamente riporta la dettagliata descrizione di un'autorevole «testimone oculare», il Menestrina: gli ispettori – egli ha scritto – «capitano improvvisamente anche nelle più remote preture di campagna, esaminano fascicoli processuali, assistono alle udienze, riferiscono a Vienna, di dove partono circolari, raccomandazioni, rimproveri, encomi, a seconda del caso. Che lotta vigorosa contro il temuto abuso delle scritture preparatorie, che staffilate per i giudici incuranti della concentrazione processuale, che fervore di provvedimenti di discorsi di pubblicazioni facenti capo a un unico animatore!»⁴⁶. Ne risulta chiaramente che oggetto delle ispezioni era il comportamento dei giudici in ordine al rispetto delle norme tecnico-processuali e di ordinamento giudiziario, non le loro valutazioni di merito ed il contenuto delle loro sentenze.

La seconda e la terza sessione del Convegno sono state dedicate all'analisi di questa importante opera legislativa.

La seconda sessione ha avuto ad oggetto il ruolo del giudice e si è giovata, innanzitutto, dell'introduzione di Dieter Leipold, dell'Università di Friburgo in Brisgovia, sul tema «la dimensione liberale e sociale della trattazione della causa come momento di attuazione del giusto processo». Il relatore ha ricordato che il titolo della sua conferenza è identico a quello della sua prolusione, tenuta molti anni or sono, all'Università di Friburgo. Uguale è il titolo, diverso l'oggetto.

Al tempo della sua prolusione, in effetti, esistevano in Germania due Stati: la *Bundesrepublik Deutschland* e la *Deutsche Demokratische Republik* (DDR), ispirati a due differenti filosofie: rispettivamente, l'uno, *Stato a democrazia pluralista*; l'altro, *Stato a democrazia marxista*. Tali forme di Stato non potevano non riflettersi sul sistema giudiziario e, in particolare, sui poteri del giudice. La struttura del processo, infatti, è, o meglio all'epoca era, in rapporto di dipendenza della impostazione politico-sociale dei singoli Stati. Leipold sottolinea, in particolare, l'ampio spettro di funzioni che l'ordinamento processuale della DDR⁴⁷ attribuiva al giudice, quale funzionario di uno Stato a democrazia marxista.

Ai nostri fini, per meglio comprendere le mutazioni e le contraddizioni che il pensiero di Klein ha subito nel corso del XX secolo, sarà innanzitutto necessario un primo

riferite alla ristampa) e su tale opera Baur, *Il processo e le correnti culturali contemporanee (Rilievi attuali sulla conferenza di Franz Klein dal medesimo titolo)*, trad. it. di Ferri, in "Riv. dr. proc.", (1972), pp. 253 ss. (l'originale ediz. tedesca è pubblicata in "Juristische Blätter", XCII (1970), pp. 445 ss.

⁴³ Böhm, *Die österreichischen Justizgesetze von 1885/1886*, in Hofmeister (cur.), *Kodifikation als Mittel der Politick*, Wien ed altrove 1986, p. 63.

⁴⁴ Cipriani, *Nel centenario del Regolamento di Klein*, op. cit., pp. 28 e 33.

⁴⁵ Calamandrei, *L'opera di Francesco Klein e il processo civile austriaco*, in "Riv. di proc. civ.", (1925), I, pp. 80 ss.

⁴⁶ Menestrina, *Francesco Klein*, op. cit., p. 271.

⁴⁷ Per l'edizione italiana cfr. *Ordinanza di procedura civile della Repubblica Democratica Tedesca 1975*, in "Testi e documenti per la storia del processo", cit., I-X, (2004) con ampia *Introduzione* di Kellner.

sommario raffronto con il tipo di processo civile proprio degli Stati a regime marxista.

Come è noto, nella originaria concezione marxista⁴⁸, lo Stato era una creazione borghese destinata ad estinguersi per realizzare una Società, o meglio, una Comunità senza Stato e senza diritto. Già con Lenin⁴⁹, ma soprattutto in epoca staliniana e post-staliniana, si andò, invece, affermando l'autorità dello Stato sovietico a regime totalitario, con conseguente abolizione del principio della divisione dei poteri. Il diritto venne, quindi, inteso come strumento della politica sovietica⁵⁰. In questo quadro assumono rilievo giurisdizione e processo, anche nella DDR

Ai suoi tempi Menger aveva parlato di una funzione educatrice del giudice, nel senso che il giudice – in via extragiudiziale – è tenuto a fornire ad ogni cittadino informazioni gratuite intorno al diritto vigente, in modo da aiutarlo nell'impostazione della sua difesa⁵¹. Sotto l'influenza del suo maestro⁵² Klein – come ha ricordato anche Nörr – ha quindi concepito la procedura civile come uno strumento per l'educazione ed il benessere sociale (*Wohlfahrtseinrichtung*)⁵³.

La funzione educatrice del giudice venne ripresa anche nella DDR. Innanzitutto, presso ogni tribunale circondariale (*Kreisgericht*), autorità giudiziaria più vicina alla popolazione, era stata istituito l'Ufficio di informazioni legali⁵⁴, nel quale i giudici fornivano al pubblico consigli e notizie in materia legale⁵⁵. Ma va soprattutto precisato che la funzione educatrice del giudice, nella DDR, venne decisamente rafforzata ed espressamente orientata alla «ricostruzione del socialismo»⁵⁶, che la giurisprudenza doveva contribuire ad affermare come «bene comune»⁵⁷. In altri termini il giudice doveva indurre il cittadino ad «una consapevole osservanza ed attuazione del diritto socialista»⁵⁸. Autorevolmente, se ne dedusse che la DDR – come, del resto, l'URSS – aveva ormai «dato l'addio al concetto classico di imparzialità del giudice che Marx ... aveva inteso additare quale tipica espressione della parzialità borghese. La parzialità e la apparente neutralità del giudice

⁴⁸ Per la verità, la sua formulazione è dovuta ad Engels, *Antidübring* III, 2, in *Werke* (M.E.W.), Berlino 1956, XX, p. 262.

⁴⁹ Il quale parlava di un temporaneo «assopimento» dello Stato durante la fase iniziale di formazione della società comunista (Lenin, *Stato e rivoluzione*, V, 2, trad. it., in *Opere complete* dello stesso A., XXV, Roma 1967, p. 434).

⁵⁰ Višinskij, *Problemi del diritto e dello Stato in Marx*, trad. it. in Cerroni (cur.), *Teorie sovietiche del diritto*, Milano 1964, pp. 283 ss.

⁵¹ Cfr. Menger, *Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volklassen*, op. cit., pp. 14 ss.

⁵² Pocar Valerio, *Il giudice come amministratore: Anton Menger*, in *Modelli storici della procedura continentale*, T. I, *Profili filosofici, logici, istituzionali*, in Giuliani – Picardi (cur.), *L'Educazione giuridica*, Napoli 1994, p. 231.

⁵³ Klein, *Zeit-und Geistesströmungen im Prozesse*, op. cit., p. 25.

⁵⁴ Cfr. § 44 *Legge sull'ordinamento giudiziario* (G.V.G.) e su di esso Kellner, *Introduzione*, op. cit., p. XXIV.

⁵⁵ § 2, n. 3 *Ordinanza di procedura civile*.

⁵⁶ § 2, nn. 1 e 2 della *Legge sull'ordinamento giudiziario*, regola che, del resto, trovava riscontro già nell'art. 2, comma 2, dei *Principi fondamentali di procedura civile dell'URSS e delle Repubbliche federate* (cfr. l'edizione italiana in *Codice di procedura civile della Repubblica socialista federativa sovietica di Russia* 1964, in "Testi e documenti per la storia del processo", I-IX (2004), pp. 1-2).

⁵⁷ Kellner, *Introduzione*, op. cit., p. XXIII.

⁵⁸ § 2, n. 4 dell'*Ordinanza di procedura civile* sempre della DDR. Parallelamente, l'art. 2, comma 2, del *Codice di procedura civile della Repubblica Socialista Federativa sovietica di Russia*, op. cit., pp. 27-28, aveva già precisato che «il processo civile deve contribuire ... alla educazione dei cittadini al costante adempimento delle leggi sovietiche e al rispetto dei principi della convivenza socialista».

nell'attuazione della legge ... non erano, tra l'altro, più conciliabili»⁵⁹ con i principi propri del diritto processuale, così come configurato nel c.d. socialismo reale.

In secondo luogo, partendo dal presupposto che la controversia è un male sociale che va risolto nell'interesse dell'intera Comunità, idee centrali della riforma giudiziaria di Klein⁶⁰ erano quelle di imporre alle parti l'obbligo di dire la verità (*Wahrheitspflicht*)⁶¹ e di attribuire al giudice la direzione materiale del processo (c.d. *materielle Prozessleitung*)⁶² per fare in modo che l'accertamento della realtà processuale coincida il più possibile con la realtà materiale⁶³.

Anche questi concetti sembrerebbero ripresi, ma sono stati sostanzialmente stravolti nella DDR. Innanzitutto, il § 2, comma 2, dell'Ordinanza del 1975 consacrò il *principio della verità oggettiva* o *materiale*, che comprende tutto un complesso di regole relative alla struttura del processo⁶⁴, ad iniziare da un marcato aumento dei poteri di direzione del giudice. Si tratta di un principio fondamentale proprio degli Stati a democrazia marxista⁶⁵, che, come tale, era basato sul materialismo dialettico, da cui derivava la teoria della conoscibilità del mondo⁶⁶. In altri termini, lo Stato, secondo l'ideologia marxista, «è interessato a scoprire il reale sistema dei rapporti sociali ed economici sui quali si basano i rapporti giuridici. Perciò esso attribuisce all'amministrazione della giustizia il compito ... di accertare lo stato reale delle cose e di pronunziare il provvedimento corrispondente ...

⁵⁹ Kellner, op. cit., pp. XXIII e XXIV. Nello stesso senso cfr. Gurvič, *Profili generali del processo civile sovietico*, in *Codice di procedura civile della Repubblica Socialista ... di Russia*, op. cit., il quale aveva già precisato, fra gli scopi del diritto processuale civile sovietico, «l'educazione dei cittadini nello spirito della legalità e della morale socialista» (p. XLIX) ed aveva posto in un'*autentica imparzialità* la differenza fra processo civile socialista e processo civile borghese (pp. LVII e LVIII). Dello stesso Gurvič si veda anche la trad. spagnola del manuale *Derecho procesal civil soviético*, Mexico 1971. Sulla concezione sovietica del giudice cfr., per tutti, Damaška, *The Face of Justice and State Authority*, New Haven 1986, trad. it. di Giussani e Rota dal titolo *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, Bologna 1991, pp. 35 ss., pp. 322 ss. ed in esso ulteriori citazioni alla letteratura sovietica (i riferimenti ulteriori al volume di Damaška si intendono riferiti alla edizione italiana).

⁶⁰ Klein, *Zeit-und Geistesströmungen im Prozesse*, op. cit., *passim*.

⁶¹ § 178 dell'Ordinanza in esame. Trattasi di una formula impegnativa (Del Vecchio, *La verità nella morale e nel diritto*, Roma 1951, p. 45) in quanto convertiva un postulato etico in obbligo processuale, ma – come ha già osservato Marinelli – nell'Ordinanza austriaca era soltanto un'arma spuntata, in quanto tale obbligo non era stato adeguatamente sanzionato. Sul problema dei limiti dell'accertamento della verità nei diversi sistemi giuridici restano classici i lavori di von Hippel, *Wahrheitspflicht und Aufklärungspflicht der Parteien im Zivilprozess*, Frankfurt a.M. 1939 e Calogero, *Probità, lealtà, veridicità nel processo civile*, in "Riv. dr. proc.", I (1939), pp. 128 ss. Cfr., da ultimo, anche Macioce, *La lealtà, una filosofia del comportamento processuale*, Torino 2005.

⁶² Di recente, cfr. anche Rechberger e Kodek, *L'ordinanza della procedura civile austriaca del 1865*, in *Ordinanza della procedura civile di Francesco Giuseppe*, op. cit., p. XXXI.

⁶³ In tema cfr., fra gli altri, Bajons e Chizzini, *Processo civile (Austria)*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. civ.*, XV, 1988, pp. 40 e 67.

⁶⁴ Kellner, op. cit., p. XLII.

⁶⁵ Quanto alla Russia, cfr. gli artt. 14 e 50, comma 2, del *C.p.c. della Repubblica socialista di Russia del 1964* cit. e, su di esso, per tutti, Gurvič, op. cit., p. LIV e, da ultimi, Picardi, Lantieri e Lombardi, *Il processo civile in Russia da Pietro il Grande ad oggi*, in Picardi – Martino (curr.) *Codice di procedura civile della Federazione Russa 2003*, Bari 2007, pp. 58 ss. Quanto alla Polonia, cfr. art. 3, comma 2, del *Codice di procedura civile del 1964*, ed. it. in Picardi – Giuliani (curr.) *Il processo civile polacco*, vol. III delle *Ricerche sul processo*, Rimini 1981, pp. X-XI e 51-52 e, nello stesso volume, Jodlowski, *Introduzione: profili generali del processo civile polacco*, pp. 15 ss.

⁶⁶ Maleshin, *Riforma della procedura civile in Russia: l'aspetto socio-culturale*, in *Codice di procedura civile della Federazione Russa*, op. cit., p. 75 ed ivi le relative fonti.

alla verità obiettiva»⁶⁷.

Per l'attuazione pratica del principio, al giudice, non limitato ad esaminare le sole eccezioni e prove prodotte dalle parti, furono conferiti tutti i poteri d'ufficio necessari per conoscere la verità oggettiva. Ridotto il ruolo delle parti, il giudice divenne così il vero attore del processo ed il principio inquisitorio finì per prevalere sul principio del contraddittorio⁶⁸.

In secondo luogo, sempre quale strumento ulteriore per stabilire la verità oggettiva l'art. 3 § 1 dell'Ordinanza processuale della DDR sancì anche l'obbligo delle parti di dire la verità, ma intesa ormai come corollario della morale marxista.

Dieter Leipold aggiunge, poi, che nella DDR – al di là di quelli del giudice – ancora più rafforzati erano i poteri del pubblico ministero. In effetti, l'art. 7 dell'Ordinanza di proc. civ. stabiliva che – al fine di salvaguardare la legalità socialista, la difesa dell'ordine statale e sociale socialista, nonché la tutela della proprietà socialista e dei diritti dei cittadini – il p.m. era legittimato ad intervenire, ad impugnare e, nei casi previsti dalla legge, anche ad agire autonomamente. Si aggiunga, inoltre, che il procedimento di cassazione, avanti al Tribunale Superiore non era più strutturato come processo di parti. Legittimati a proporlo erano unicamente il Procuratore Generale e, successivamente, anche il Presidente del Tribunale Superiore, sempre, però, per la tutela ed il conseguimento della legalità socialista⁶⁹. La verità è che nella DDR – come, del resto, negli altri Stati a democrazia marxista⁷⁰ – venne adottato, pur con alcune varianti, il modello della *Prokuratura* sovietica, con i suoi ampi poteri di iniziativa e di controllo⁷¹. In definitiva, negli Stati a regime marxista, i giudici non erano indipendenti, ma controllati, direttamente o indirettamente dalle autorità di partito. In URSS, ed es., era stato istituzionalizzato il c.d. *diritto al telefono*, le istruzioni telefoniche con cui le autorità interferivano nelle procedure in corso⁷².

Siamo ovviamente in presenza di interventi ben diverse dalle ispezioni giudiziarie istituite da Klein. Nella DDR non ci si limitava, infatti, a verificare che i giudici osservassero le regole tecnico-processuali, ma si perveniva a controllare il contenuto stesso dei provvedimenti giurisdizionali e la loro conformità all'ordine statale e sociale marxista.

Dal rapido raffronto fra processo civile austriaco e processo adottato negli Stati a regime marxista sembra emergere che fra essi non v'è alcun rapporto di derivazione o di

⁶⁷ Cfr. la risoluzione della Corte Suprema Polacca del 25 giugno 1953, già ricordata da Broniewicz ed Alvino, *Commento al c.p.c.*, in *Il processo civile polacco*, op. cit., p. 5 n. 4.

⁶⁸ Con il codice del 2003 l'ordinamento russo – pur valorizzando il principio del contraddittorio (art. 12, comma 2), ed attenuando i poteri di ufficio del giudice – non ha, tuttavia, ancora eliminato il principio della verità oggettiva, come chiariscono Puchinsky e Kudryavtseva, *Il nuovo codice di procedura civile della Federazione Russa*, in *Il codice di procedura civile 2003*, cit., p. 92.

⁶⁹ Art. 160 dell'Ordinanza in esame e, su di essa, Kellner, op. cit., pp. XXI-XXII.

⁷⁰ Come, ad es., la Polonia cfr. Jodlowski, *Introduzione: profili generali del processo civile polacco*, op. cit., pp. 26 ss. e 33, nonché gli artt. 55-60 e 417-424 del Codice polacco commentati da Broniewicz ed Alvino, in *Il processo civile polacco*, op. cit., pp. 76 ss. e 200 ss.

⁷¹ Cfr. Picardi e Lantieri, *La giustizia civile in Russia da Pietro il Grande a Krusciov*, in *Codice di proc. civ. della Repubblica socialista ... di Russia*, op. cit., pp. XXXIII ss. (e p. XXXV, quanto al contributo di Višinskij), nonché, nello stesso volume, art. 14 dei Principi fondamentali di proc. civ. dell'URSS e art. 14 del Codice russo.

⁷² Kovler, *D'où le juge russe pouisse-t- il son autorité?*, in *Le juge: une figure d'autorité*, Paris 1996, p. 616. In tema cfr. già Damaška, *The Face of Justice*, op. cit., p. 288.

contiguità: siamo in presenza di due diversi modelli, anche perché fondati su presupposti ideologici differenti⁷³.

A parte la DDR, altro precedente rilevante è indubbiamente rappresentato dalla trasformazione che giurisdizione e processo hanno subito nel III° Reich. Come è noto, i codici di procedura civile sia tedesco che austriaco, sono rimasti formalmente in vigore, ma, a partire dal 1933⁷⁴, radicali mutamenti si registrarono, a seguito della imperante ideologia nazionalsocialista, come è stato ben evidenziato in un noto studio di Peter Böhm, dell'Università di Vienna, altro relatore in questo convegno⁷⁵.

Nel regime nazionalsocialista il principio cardine era, infatti, costituito dal superamento del dualismo fra Stato e Società. Centrale era divenuta la «Comunità di popolo (*Volks-gemeinschaft*)», politicamente strutturata come Stato totalitario⁷⁶, ideologicamente guidata da un capo (*Führer*). Conseguentemente, anche nel III° Reich, venne abolito il principio della divisione dei poteri e sostituito da una divisione, meramente teorico-organizzativa, di funzioni, tutte, comunque, sempre riconducibili all'unico potere del *Führer*.

L'applicazione di tali principi sul piano giurisdizionale, in un primo momento, sembrò portare all'esaltazione del ruolo del giudice. Si giunse a prospettare una forma di «monarchia giudiziaria». Il giudice nazionalsocialista, peraltro, era tenuto ad operare, con due tipi di norme. Le disposizioni emanate dal nazismo, dovevano essere applicate, in linea generale, rigorosamente. Le norme anteriori andavano, invece, interpretate a vantaggio dell'ideologia nazionalsocialista sulla base di clausole generali ed, in ultima istanza, delle direttive politiche⁷⁷. Si è parlato di una interpretazione senza limiti⁷⁸, sempre che fosse conforme al *Führerprinzip*. Alle leggi si affiancavano, pertanto, «misure» ed «ordini del Führer»⁷⁹.

Sul finire degli anni 30 venne, infine, presentato in Germania un noto progetto di riforma che tendeva a risolvere il processo civile in una forma di giurisdizione volontaria⁸⁰. In tal modo il processo di parti si sarebbe stemperato in un mero procedimento, la sentenza del giudice in un provvedimento di natura sostanzialmente amministrativa e, comunque, in una forma di concessione da parte della pubblica autorità. Tale progetto non ebbe, però, seguito sia per le resistenze opposte da una parte della dottrina, sia per i noti eventi bellici.

Comunque, anche nello Stato nazionalsocialista, il giudice non era affatto

⁷³ Menger e Klein – come ha già chiarito Marinelli, *retro* sub § 2 – consideravano, infatti, i principi marxisti erronei ed inutilizzabili per la trasformazione dello Stato.

⁷⁴ Per l'esattezza, la novella del 1933, che era basata sui lavori precedenti all'avvento del nazismo, si limitava a recepire la concezione sociale del processo di marca austriaca. Sulla concezione del processo all'epoca, in generale cfr., per tutti, Stolleis, *A History of Public Law in Germany 1914-1945*, (1999 per l'edizione tedesca), Oxford 2008, pp. 249 ss. e 255 ss., nonché, nella letteratura italiana, Trocker, *Processo civile e costituzione. Problemi del diritto tedesco ed italiano*, Milano 1974, pp. 64-73.

⁷⁵ Böhm, *Processo civile e ideologia nello Stato nazionalsocialista* (1990, nell'edizione tedesca), in "Riv. trim. dr. proc. civ.", (2004), pp. 621 ss.

⁷⁶ Cfr., per tutti, Arendt, *The Origins of Totalitarianism*, New York 1951, trad. it., Milano 1967.

⁷⁷ Böhm, op. cit., p. 628.

⁷⁸ Rüthers, *Entartetes Recht*, München 1988.

⁷⁹ Stolleis, *Nationalsozialistisches Recht*, in "Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte", III, 1984, col. 878.

⁸⁰ Baumbach, *Zivilprozess und freiwillige Gerichtsbarkeit*, in "Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht", (1938), p. 583 ss.

indipendente, ma assoggettato ad un penetrante controllo, non limitato all'osservanza delle disposizioni tecnico-processuali e di organizzazione giudiziaria. Sono rimaste celebri le c.d. lettere ai giudici del Ministro della giustizia del *Reich* che – a differenza del modello kleiniano – giungevano a censurare anche il merito della sentenza.

Da parte sua, Leopold ha ricordato che, a seguito del crollo del muro di Berlino e dell'unificazione della Germania, il quadro di riferimento è ormai profondamente mutato. Ci troviamo in presenza di un unico Stato a democrazia pluralista. Anche di recente, sono state, inoltre, introdotte riforme legislative significative, soprattutto la *Zivilprozessreform* del 2001⁸¹ che, fra l'altro, ha accresciuto sensibilmente i poteri istruttori del giudice, prevedendo, in particolare, il suo potere di ordinare d'ufficio alle parti ed ai terzi di esibire documenti ai quali una parte abbia fatto riferimento (§ 142), nonché il potere di disporre l'ispezione di cose (§ 144)⁸². Nel nuovo contesto il pensiero di Klein è tornato di attualità e Leopold ha ricordato la sua famosa frase: il processo non può essere considerato una guerra senza croce rossa. Egli ha sottolineato, in particolare, la rilevanza della nuova regola in ordine all'esibizione dei mezzi di prova, quando ad es. si tratta di documentazione bancaria. L'ordine di esibizione, in casi del genere, pone di solito rimedio ad un *deficit* informativo del cliente rispetto alla banca. D'altra parte, il relatore ha sottolineato che la dimensione liberale e sociale della trattazione della causa oggi non può non essere considerata come momento di attuazione del nuovo principio del «giusto processo». Temi centrali diventano così l'uguaglianza sostanziale fra le parti e la funzione compensatrice del giudice. I poteri del giudice, però, non possono non essere limitati, altrimenti il sistema assumerebbe carattere inquisitorio. In definitiva, si pone un problema di collaborazione fra giudici e parti nell'accertamento del fatto.

La successiva discussione ha riguardato in particolare la funzione ispettiva istituita da Klein. Josef Azizi, dell'Università di Vienna, ha sostenuto che, alla fine del XIX secolo, la magistratura austriaca aveva già raggiunto piena consapevolezza della propria indipendenza ed agiva quale potere autonomo: il terzo potere. Klein, nell'istituire un corpo di ispettori ministeriali e delimitare le loro funzioni, non poteva non tener conto di tale orientamento. E' intervenuto, quindi, Nicolò Trocker, dell'Università di Firenze, che ha posto il delicato problema delle funzioni da attribuire agli ispettori giudiziari e, in definitiva, del controllo del giudice, mentre Claudio Consolo, dell'Università di Padova, ha avanzato l'ipotesi che gli ispettori sarebbero stati istituiti per assicurare l'attuazione della riforma non tanto riguardo alla magistratura viennese, ma nei confronti delle più lontane articolazioni del vasto Impero asburgico, caratterizzato da forze centrifughe e tendenze autonomistiche, anche a livello giudiziario.

Nella sua relazione Peter Böhm, dell'Università di Vienna, ha, quindi, trattato il punto centrale della riforma giudiziaria: l'autonomia delle parti ed i poteri del giudice nella gestione del processo. Egli ha analizzato la concezione di Klein, ponendola a raffronto con il pensiero di Gönner, di Wach e di Habscheid.

Come è noto, all'inizio del XIX secolo, Nikolaus Thaddäus von Gönner⁸³, delineando la contrapposizione dei concetti di *Verhandlungsmaxime* e *Untersuchungsgrundsatz*, aveva già posto le basi per la distinzione fra poteri della parte e poteri del giudice nella conduzione del processo. Dalla sua impostazione ne derivò, infatti, la distinzione fra *Dispositionsmaxime*, ovvero principio dispositivo in senso materiale o in senso proprio, che

⁸¹ Rimmelpacher, *Zivilprozessreform*, München 2002.

⁸² Murray - Stuermer, *German Civil Justice*, Durham N.C., 2004, pp. 242 ss. e 244 ss.

⁸³ Gönner, *Handbuch des deutschgemeinen Prozess*, II ed., Erlangen 1804, pp. 175 ss., 182 ss. e 234 ss.

si risolve nel potere esclusivo delle parti a chiedere la tutela giurisdizionale e a circoscrivere l'oggetto del giudizio, e la *Verhandlungsmaxime*, ovvero principio dispositivo in senso processuale o in senso improprio, che si risolve nel vincolo del giudice alle iniziative delle parti in ordine allo svolgimento interno del processo e, in particolare, alla scelta dei mezzi di prova, degli strumenti per la formazione del giudizio⁸⁴.

Sempre nel XIX secolo si andò consolidando, nel frattempo, il classico modello del *processo liberale*, quale sintesi storica di tre concezioni fondamentali: l'individualismo economico, il liberalismo politico e la codificazione processuale. Peter Böhm assume quale codificazione liberale di riferimento la Z.P.O. tedesca del 1877⁸⁵ e la sua illustrazione da parte di Adolf Wach⁸⁶. Lo Stato liberale ottocentesco limita la sua sfera di azione all'ordine ed alla sicurezza pubblica; lascia i problemi economici e sociali alla libera iniziativa individuale, rimanendo, nei loro confronti, agnostico o, se si preferisce, neutro. Conseguentemente, agnostico o neutro è anche il processo liberale, che viene concepito in una *prospettiva privatistica*, come lotta o giuoco, quale strumento di risoluzione di una controversia affidata alle parti (*Sache der Parteien*), parti che divengono unici gestori della propria lite (*domini litis*)⁸⁷. Il modello classico del processo liberale, in definitiva, presenta due fondamentali caratteristiche tecniche⁸⁸: 1) l'*uguaglianza formale*, in quanto presume l'inesistenza di disparità fra gli individui. Conseguentemente non è necessario alcun ausilio statale di supporto ed anzi è da considerare illegittimo compensare, ad opera del giudice, eventuali disequaglianze sociali ed economiche (*index non potest supplere in factum*)⁸⁹; 2) il *principio dispositivo* che confida alla parte sia l'iniziativa processuale che il successivo impulso processuale, con la conseguenza di limitare la funzione del giudice a spettatore passivo ed imparziale del dibattito giudiziale. Si è parlato anche di teoria sportiva del processo.

⁸⁴ Böhm, *Der Streit um die Verhandlungsmaxime Zum Einfluss der Verfahrentheorie des 19. Jahrhunderts auf das gegenwärtige Prozessverständnis*, in "Ius Commune", (1978), pp. 150 ss., nonché, nella letteratura italiana, Carnacini, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in "Studi in onore di Redenti", II, Milano 1951, spec. pp. 716 ss.; Cappelletti, *La testimonianza della parte nel sistema della oralità*, op. cit., I, pp. 357 ss.; Cavallone, *Il giudice e la prova nel processo civile*, op. cit., pp. 27 ss., 32 ss. e 39 ss. e, da ultimo, l'analisi riassuntiva di Fabiani, *I poteri istruttori del giudice civile*, I, *Contributo a chiarimento del dibattito*, Napoli 2008, pp. 123 ss., 131 ss. e 161 ss.

⁸⁵ Cfr. anche l'edizione italiana, con introduzione di Wollschläger, in "Testi e documenti" cit., 1/VI, Milano 2002.

⁸⁶ Cfr., soprattutto, Wach, *Vorträge über die Reichsivilprozessordnung*, Bonn 1879, pp. 39 ss., opera in cui, dopo aver definito il contenuto della *Verhandlungsmaxime* come signoria della parte sulla controversia, Wach ne determina le caratteristiche in senso negativo: nessun inizio del processo senza istanze di parte; nessuna continuazione del processo senza il consenso delle parti; nessuna concessione di vantaggi processuali o sostanziali; nessuna possibilità di ampliare, d'ufficio, l'oggetto della causa ed, infine, nessun dovere di dire la verità, perché inconciliabile con il principio dispositivo. Dello stesso A. cfr. anche il classico manuale (Wach, *Hanbuch des Deutschen Civilprozessrecht*, I, 1885, trad. spagnola di Banzhaf, Buenos Aires 1977), nonché successivamente, in un contesto più articolato, Wach, *Grundfragen und Reform des Zivilprozess*, Berlin 1914, pp. 22 ss. Le tesi di Wach trovarono fra i primi contraddittori proprio Klein, *Die scheldhafte Parteihandlung*, Wien 1885, pp. 125 ss. Sulle critiche di Wach alle idee di Klein cfr., per tutti, lo studio di Damrau, *Der Einfluss der Ideen Franz Kleins auf den Deutschen Zivilprozess*, in Hofmeister (cur.), *Franz Klein (1854-1926), Lebens und Wirken*, op. cit., pp. 157 ss.

⁸⁷ Damaška, *The faces of Justice*, op. cit., p. 184.

⁸⁸ Da ultimo, cfr., per tutti, Nunes, *Processo jurisdictional democrático. Una Análise Crítica das Reformas Processuais*, Curitiba 2008, pp. 73 ss.

⁸⁹ Picardi, *Processo civile (dr. moderno)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXVI, Milano 1987, pp. 101 ss., spec. § 9 e n. 133.

A fronte della prevalente concezione liberale del processo, soprattutto nella seconda metà del XIX secolo, l'esperienza socio-economica mise, peraltro, in evidenza le incidenze negative che i processi civili possono avere sulla intera economia nazionale. Basti pensare che la pendenza del processo, la cui conduzione è nel dominio esclusivo delle parti, può portare all'immobilizzo, quanto meno temporaneo, dei capitali e la loro sottrazione agli investimenti ed agli scambi. In questo contesto maturò la consapevolezza che la funzione del processo civile non è limitata alla risoluzione delle controversie fra privati, ma involge anche l'interesse pubblico. La lite ha, così, finito per assumere la natura di un «male sociale» cui va posto rimedio, con procedura rapida e decisiva, nell'interesse dello Stato e della Comunità.

Peter Böhm avvalendosi anche di alcuni significativi richiami alla precedente legislazione processuale austriaca⁹⁰, ha posto in evidenza che il principale merito di Franz Klein è quello di aver realizzato, in contrapposizione al modello liberale, il primo *modello sociale del processo*⁹¹. Il cardine di tale modello è costituito dal nuovo ruolo riconosciuto al giudice, quale «organo statale, a servizio del diritto, del bene comune e della pace sociale»⁹². Siamo ormai in presenza di una *concezione pubblicistica* della giustizia civile, di una forma di «ingegneria sociale»⁹³ governata e predisposta per il sistema giudiziario.

Ridotto il principio dispositivo al solo ambito sostanziale e, quindi, la possibilità di influenza delle parti sullo svolgimento interno del processo, la riforma giudiziaria di Klein, da un lato, attribuisce al giudice, anche d'ufficio, la *Prozessführung*, la direzione dello svolgimento dell'attività processuale (§§ 180 ss. dell'*Ordinanz*); dall'altro, gli conferisce incisivi poteri di istruttori (§§ 182 ss.), nonché il dovere di tutelare la parte più debole (§§ 63 ss.).

Il giudice con la riforma kleiniana, assume così la guida di un processo ancorato allo *ius iurisdictionis*, ormai concepito come *pars summi imperii*. Il processo presenta un carattere decisamente pubblicistico, in quanto impostato sull'autorità, sulla gerarchia e sulla logica burocratica. Siamo al passaggio dal *processo liberale*, ancora basato sull'«ordine isonomico» (*iudex non potest supplere in facto*), al *processo sociale*, fondato, invece, sull'«ordine asimmetrico» (*iudex potest supplere in facto*)⁹⁴. Del resto, va ricordato che nell'ambiente culturale tedesco vi era chi teneva in vita – ancora nel XIX secolo – la c.d. *clausola salutaris*, propria dell'*ordo iudiciarius* romano-canonico, clausola che consisteva nell'implorare il «nobile officium

⁹⁰ Ci si riferisce non solo al *Regolamento giudiziario di Giuseppe II* 1781, in “Testi e documenti” I-IV, Milano 1999 con prefazione di Picardi e l'introduzione di Ogris ed Oberhammer ed al *Regolamento goliziano*, in *Il processo civile del Regno Lombardo-Veneto* 1815, ivi, 2/VII, Milano 2003, con introduzione di Taruffo, ma soprattutto, ai richiami al *Codice giudiziario barbacoviano*, 1788 (ivi, 2/IV, Milano 2004, con introduzione di Cordipatri), che per diversi istituti rinvia all'*ordo iudiciarius romano-canonico*.

⁹¹ Böhm, *Die österreichischen Justizgesetze von 1885/1886*, op. cit., p. 63.

⁹² Klein, *Zeit-und Geistesströmungen im Prozesse*, op. cit., pp. 18 ss.

⁹³ Wassermann, *Der soziale Zivilprozess. Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat*, Darmstadt 1978, pp. 89-90.

⁹⁴ Cfr. Giuliani, *Ordine isonomico ed ordine asimmetrico «Nuova retorica» e teoria del processo*, in “Sociologia del diritto”, (1986), pp. 81 ss.; Picardi, *Processo civile (dr. moderno)*, op. cit., § 9 e, di recente, Nörr, *Alcuni momenti della storiografia del diritto processuale*, in “Riv. dr. proc.”, (2004), pp. 5 ss. e 9 ss. il quale ritiene la distinzione sopra riportata preferibile alla tradizionale contrapposizione fra processo *dispositivo* (o *adversarial* secondo la terminologia anglosassone) il processo *inquisitorio*, quest'ultimo considerato da Taruffo, *Per una rilettura dell'art. 115 c.p.c.*, in “Riv. trim. dr. proc. civ.”, numero speciale “La disponibilità della tutela giurisdizionale”, (2011), pp. 120 ss., espressione carica di implicazioni retoriche e fuorvianti.

iudicis, ut supleat si quid melius peti aut potuisset aut debuisset»⁹⁵.

Una volta spostato l'asse del processo dalle parti del giudice, la riforma kleiniana non poteva non sollevare ripercussioni, di segno opposto, nei più diversi ambiti culturali. Rimanendo, per il momento, nel quadro del diritto austriaco, basti qui ricordare che – a fronte di un orientamento favorevole – non mancò chi riteneva che la riforma avrebbe, invece, segnato un regresso, reintroducendo la *Untersuchungsmaxime*, un processo di tipo inquisitorio⁹⁶ o, comunque, una svolta in senso autoritario della procedura civile⁹⁷. Nella letteratura tedesca, alla fine prevalse, peraltro, l'opinione secondo la quale Klein avrebbe adottato soluzioni pragmatiche senza impegnarsi decisamente sulle impostazioni di principio⁹⁸ e l'Ordinanza austriaca avrebbe, comunque, realizzato un temperamento delle opposte concezioni, liberale e sociale del processo⁹⁹.

A parte i sistemi giudiziari degli Stati a regime marxista o nazionalsocialista che, come si è accennato, costituiscono dei modelli del tutto autonomi da quello austriaco, Böhm ritiene che quest'ultimo non possa essere considerato un processo autoritario. A tal fine si giova anche dell'autorità di Habscheid che, già nel 1968, si era espresso in tal senso¹⁰⁰. La verità è che Klein prefigurava una forma di cooperazione (*Arbeitsgemeinschaft*) fra giudice e parti¹⁰¹. All'aumento dei poteri del giudice, anche in sede istruttoria, corrisponde nell'Ordinanza austriaca un'accentuazione dei doveri di comportamento della parte: questa «addurrà, nelle sue esposizioni, in modo completo e determinato e secondo verità, tutte le circostanze di fatto ... offrirà le prove necessarie per stabilire le sue deduzioni» (§ 178).

In sostanza il modello austriaco si caratterizza, secondo Böhm, per una forma di collaborazione attiva fra giudice e parti nella ricostruzione dei fatti. Qualora questa collaborazione non si realizzi in concreto, interverranno – in via suppletiva o integrativa – i poteri istruttori del giudice. Si tratta di un delicato problema di temperare i poteri delle parti con quelli del giudice, problemi che si porrà anche in altri ordinamenti e sui quali si tornerà nel prosieguo di questa relazione.

Dalla riforma giudiziaria di Klein sono, però, trascorsi oltre un secolo e mezzo. Nel frattempo si sono rese necessarie – sempre nell'ambito dell'ordinamento austriaco – l'emanazione di diverse novelle e si sono registrati significativi mutamenti giurisprudenziali. Su tali aspetti si sono soffermati altri due relatori.

Bernard König dell'Università di Innsbruck, studioso particolarmente attento all'evoluzione dell'ordinamento processuale austriaco¹⁰², ha svolto una relazione sulle

⁹⁵ Cfr. Wetzell, *System des ordentlichen Civilprocess*, III ed., Leipzig 1878, pp. 521 ss. e nota 45 ed ivi i relativi riferimenti.

⁹⁶ Bayer, *Entscheidungsgrundlagen*, Graz 1911, pp. 142 ss. con ampi riferimenti.

⁹⁷ König, *La Z.P.O. austriaca dopo la novella del 1983*, in "Riv. dr. proc.", (1988), p. 713.

⁹⁸ Esser, *Franz Klein als Rechtssoziologe*, in "Festschrift zur Fünfzigjahrfeier der österreichischen Zivilprozessordnung", op. cit., p. 48.

⁹⁹ Schima, *Die österreichische Zivilprozessordnung im Lichte neuer Prozesstheorie*, nello stesso volume collettaneo, pp. 268 ss.

¹⁰⁰ Cfr., successivamente, nel volume curato dallo stesso Habscheid, *Das deutsche Zivilprozessrecht und seine Ausstrahlung auf andere Rechtsordnungen*, Bielefeld 1991 il saggio di Jelinek, *Einflüsse des österreichischen Zivilprozessrechts auf andere Rechtsordnungen*, pp. 41 ss.

¹⁰¹ Klein, *Pro futuro*, op. cit., p. 23 ed Id., *Der Zivilprozess Österreichs mit Ergänzungen von ENGEL*, op. cit., p. 185.

¹⁰² Cfr. König, *La Z.P.O. austriaca dopo la novella del 1983*, op. cit., pp. 712 ss. nel quale segnala l'interessante novità consistente nell'aver introdotto, per i processi minori, una fase monitoria, quale momento

misure cautelari d'urgenza e la loro eventuale autonomia rispetto alla tutela giurisdizionale di cognizione.

Il relatore riferisce che la riforma giudiziaria di Klein aveva previsto provvedimenti cautelari atipici, secondo il modello classico. Il riferimento era, ovviamente, alla c.d. *eintweilige Verfügungen* (§§ 935 e 940 Z.P.O. tedesca) ed all'*ordonnance sur référé* (art. 806 del codice napoleonico). Si trattava di provvedimenti che non sono fini a se stessi, ma sono preordinati alla successiva emanazione di un ulteriore provvedimento, questa volta definitivo, di cui la precedente misura cautelare è servita ad assicurare la fruttuosità pratica.

Anche in Austria requisito indispensabile per l'emanazione della misura cautelare è l'*irreparabilità del pregiudizio*. L'irreparabilità, in linea generale, va intesa o nel senso dell'impossibilità di ristabilire lo *status quo ante*, ovvero, una volta ristabilito lo *status quo ante*, tutte le volte in cui permangono ancora effetti negativi che non possono essere adeguatamente corretti.

König osserva che la giurisprudenza austriaca, sul punto, presenta decisioni non univoche. Secondo un primo orientamento, sarebbe senz'altro da rigettare l'istanza nei casi in cui l'attuazione della misura cautelare finirebbe per provocare una situazione irreversibile. In altre decisioni, i giudici hanno ritenuto, invece, di dover accogliere, a determinate condizioni, l'istanza cautelare anche se la sua attuazione non consentirebbe di ristabilire lo *status quo ante*. Diversamente, infatti, si finirebbe per incorrere in un difetto di tutela giurisdizionale. In effetti, rischia un pregiudizio irreparabile, non solo colui che ha subito una misura cautelare successivamente revocata, ma anche colui che si è visto negare pregiudizialmente la misura stessa. In tali situazioni – secondo il relatore – è rimesso al prudente apprezzamento del giudice il bilanciamento degli opposti interessi al fine di stabilire quale sia l'interesse prevalente.

A questo proposito è forse utile ricordare che l'irreparabilità del pregiudizio, in Italia, è stato al centro di un lungo dibattito nella seconda metà del XX secolo, a proposito dell'analogo istituto dei provvedimenti d'urgenza introdotto dall'art. 700 solo con il codice di proc. civile del 1940. Secondo un primo indirizzo giurisprudenziale, potevano essere tutelati in via d'urgenza solo i diritti assoluti (ad es. il diritto al nome, il diritto all'immagine, il diritto morale d'autore), non i diritti di obbligazione che, come tali, non sarebbero suscettibili di essere lesi in maniera irreparabile, essendo surrogabili attraverso il risarcimento del danno. Successivamente è, peraltro, prevalso un diverso orientamento secondo il quale è, invece, possibile la tutela giurisdizionale in via d'urgenza anche a tutela di diritti di credito che non abbiano funzione esclusivamente patrimoniale (ad es., crediti alimentari, diritto al compenso dei lavoratori). In definitiva, esclusa la limitazione per categorie di diritti, l'accertamento dell'irreparabilità del danno, nel caso concreto, è rimesso, anche in Italia, al prudente apprezzamento del giudice.

Non meno interessante è stata la relazione di Andreas Konecny, dell'Università di Vienna, che, nell'ottica kleiniana della qualità e dell'efficienza della tutela giurisdizionale, ha preso in esame i diversi sistemi di accelerazione del processo e, soprattutto, i riti accelerati, caratterizzati da semplificazione dello schema processuale, suggerito, per lo più, dal tipo di giudice al quale è deferita la controversia e/o dalla natura stessa della controversia. Il relatore si è soffermato, in particolare, sul procedimento ingiuntivo, ricompreso nel processo civile ordinario quale sua fase preliminare¹⁰³, sulle procedure

introduttivo obbligatorio del processo.

¹⁰³ V. nota precedente.

bagattellari e sui processi accelerati che utilizzano il mezzo informatico.

4. *Segue*: una sua lettura in chiave europea ed extraeuropea

Al di là dell'ordinamento austriaco, due relazioni sono state dedicate ad una lettura della riforma giudiziaria kleiniana in prospettiva comparatistica.

Innanzitutto, Ena-Marlis Bajons, dell'Università di Vienna e dell'Università di Trento¹⁰⁴, ha svolto un'ampia relazione sul tema processo civile e metodi alternativi di risoluzione delle controversie (le c.d. ADR).

Va premesso che la concezione di Klein era rigidamente statualistica. La risoluzione della controversia era demandata al giudice, funzionario dello Stato. Pertanto, nell'originario modello austriaco il ricorso a figure diverse dal giudice per conseguire la composizione della lite al di fuori del processo, non poteva non essere vista con sfavore. Ma, nel frattempo, si sono imposte – non solo in Austria – esigenze di riduzione del contenzioso e di riduzione delle spese, in altri termini, esigenze di economia processuale.

A questo proposito, determinante è stato l'intervento del legislatore europeo culminato, da ultimo, nel *Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea* del 2010 (Tr. F. U.E.) il quale ha stabilito che, in linea di principio, lo sviluppo della ADR costituisce uno degli obiettivi specifici dell'Unione (art. 81, § 2, lett. g).

Ena-Marlis Bajons ha esaminato, in particolare, la normativa europea a partire da due note raccomandazioni della Commissione: la *raccomandazione 1998/257 CE*, la quale concerne le procedure che, indipendentemente dalla loro denominazione, mirano alla composizione di una controversia mediante l'intervento attivo di terzi che proponano o imponano una soluzione, e la *raccomandazione 2001/310/CE*, che riguarda le procedure di conciliazione basate sull'intervento di un terzo, il quale agevoli soltanto la risoluzione di una controversia, facendo incontrare le parti per convincerle a trovare una soluzione basata sul consenso.

Come è risaputo, in pratica, è stata già istituita una rete di organismi stragiudiziali nazionali, *European Extra Judiciary Net* (EEJ-NET), competenti a risolvere le controversie di cui siano parte i consumatori. Di tale rete fanno attualmente parte circa 400 organismi nazionali per i quali sono stati riscontrati i requisiti minimi fissati dalle due predette raccomandazioni. In particolare, la *raccomandazione 2001/310* fissa quattro principi che dovranno essere rispettati dagli Stati membri, nella strutturazione degli organi stragiudiziali di conciliazione esistenti o futuri, al fine del loro inserimento nel EEJ-NET: 1) *l'imparzialità del terzo*; 2) *la trasparenza della procedura*; 3) *l'efficacia della procedura*; 4) *l'equità della procedura*. Nel libro verde 2002/196 la Commissione ha, inoltre, aggiunto il requisito della *riservatezza* che grava sia sulle parti che sul terzo, conciliatore o mediatore.

La collega Bajons ha, inoltre, segnalato la direttiva n. 2008/52/CE su determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale. Essa introduce un modello uniforme di mediazione/conciliazione per le controversie transfrontaliere in materia civile e commerciale, recepitibile dai singoli Stati nazionali, caratterizzato da alcune garanzie minime che dovrebbero rendere più appetibile per le parti l'uso della mediazione rispetto ai meccanismi di risoluzione giurisdizionale.

La relatrice ha, quindi, esaminato diverse procedure nazionali di

¹⁰⁴ La relatrice, insieme al collega Chizzini, ha del resto già riferito altrove sulle modifiche legislative austriache del XX secolo ed, in particolare, sulle novelle del 1983 e del 1989. Cfr. Bajons e Chizzini, *Processo civile (Austria)*, op. cit., § 2 e spec. p. 41.

mediazione/conciliazione, sottolineando il loro ampio spettro dal punto di vista dell'oggetto: dalla tutela del consumatore alla mediazione familiare; dalle controversie fra imprese alle nuovissime procedure di mediazione elettronica. Non meno interessanti si presentano, poi, le diverse tipologie di mediazione nazionale e le loro caratteristiche salienti: dal modello tedesco, caratterizzato dalla mediazione all'interno del processo ad opera di un giudice adeguatamente preparato, al modello inglese, incentrato sulla sanzione consistente nel porre a carico della parte (che ingiustamente non ha aderito alla proposta di mediazione) le spese di procedura, particolarmente elevate nel Regno Unito.

In ragione della sua duplice competenza, vanno, infine, particolarmente ricordate le specifiche trattazioni della Bajons sia in ordine all'esperienza austriaca, con particolare riguardo già al *Modellprojekts* familiare del 1993 sia in riferimento all'esperienza italiana, con particolare riguardo alla legge n. 69 del 2009 sulla mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali.

A proposito dell'esperienza italiana, uno dei nodi più controversi è indubbiamente rappresentato dalla presenza o meno dell'avvocato nell'ambito del procedimento di mediazione. A questo proposito, forse non sarà del tutto inutile un riferimento storico: una lettera di Voltaire del 1742 su una esperienza olandese¹⁰⁵. Sorta una lite in Olanda le parti – egli scrive – sono obbligate preliminarmente a rivolgersi ad un «faiseur de paix». Se esse vi si recano assistite da un avvocato o da un procuratore, questi ultimi devono essere allontanati «comme on ôte le bois d'un feu qu'on veut'éteindre»¹⁰⁶. Merito di Voltaire non fu certamente quello di aver approfondito il tema della mediazione, ma solo quello di aver utilizzato le sue esperienze per farne simboli di una battaglia culturale. Negli anni della rivoluzione francese la lettera di Voltaire e la sua idea di mediazione/conciliazione finì, infatti, per apparire una applicazione di quell'idea della *fraternité* che, insieme alla *liberté* e all'*égalité*, veniva diffusa dai *clubs* parigini fino a trasformarsi in simbolo stesso della rivoluzione¹⁰⁷.

Una lettura generale in chiave europea (ma anche extraeuropea) della riforma giudiziaria di Klein è stata, infine, prospettata da Nicolò Trocker, dell'Università di Firenze. Di recente egli ha curato insieme al collega Vincenzo Varano, un volume dedicato a Mauro Cappelletti che ha ad oggetto le numerose e rilevanti recenti riforme del processo civile, registrate nei principali ordinamenti¹⁰⁸ e, in prospettiva comparatistica, ne ha già delineato le tendenze evolutive¹⁰⁹.

¹⁰⁵ Voltaire, *Fragment d'une lettre de 1742 sur un usage très utile établi en Hollande*, in *Oeuvres complete*, V, Paris 1852-1864, p. 497

¹⁰⁶ Scrive Voltaire: «La meilleure loi, le plus excellent usage, le plus utile que j'aie jamais vu, c'est en Holland. Quand deux hommes veulent plaider l'un contre l'autre, ils sont obligés d'aller d'abord au tribunal des juges conciliateurs, appelés faiseur de paix. Si les parties arrivent avec un avocate et un procureur, on fait d'abord retirer ces derniers, comme on ôte le bois d'un feu qu'on veut'éteindre. Les faiseurs de paix disent aux parties: vous êtes des grands foux de vouloir manger votre argent a vous rendre mutuellement malheureux; nous allons vous accomoder, sans qu'il vous en coûte rien. Si la rage de la chicane est trop forte dans ces plaideurs, on les remet à un autre jour, afin que le temps adoucisse les symptoms de leur maladie; ensuite les juges les envoient chercher une seconde, une troisième fois; si leur folie est incurable, on leur permet de plaider, comme on abandonne à l'amputation des chirurgiens les membres gangrenés; alors la justice fait sa main».

¹⁰⁷ Picardi, *Il giudice di pace in Italia, alla ricerca di un modello*, in "Riv. dr. proc.", (1993), pp. 667 ss., nonché in "Studi in onore di Fazzalari", Milano 1993, pp. 684 ss.

¹⁰⁸ Trocker - Varano (curr.), *The reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*, Torino 2005.

¹⁰⁹ Trocker, *Il processo civile in prospettiva comparatistica: recenti tendenze evolutive*, in "Studi in onore di Punzi", IV, Torino 2008, pp. 547 ss. e, da ultimo, BIAVATI, *Tendenze recenti della giustizia civile in Europa*, in "Studi in

In questo convegno il relatore, dopo aver ricordato le linee guida della riforma giudiziaria kleiniana, ha preso in considerazione le sue applicazioni in altri Stati e, comunque, le sue valutazioni favorevoli in occasione dei relativi lavori legislativi. Basti qui ricordare l'adozione della riforma da parte del legislatore ungherese nel 1911¹¹⁰, nonché l'esplicito richiamo da parte di diversi altri legislatori del XX secolo, riferimento – a volte, per la verità, meramente formale – che, in ogni modo, costituisce la riprova del diffuso prestigio di Klein.

Trocker ci ha, poi, portato a riflettere sulle opinioni contrarie e sulle accuse di autoritarismo spesso rivolte alla riforma austriaca. Basti qui ricordare le recenti critiche sollevate da diversi fautori di due orientamenti che vanno entrambi sotto la denominazione neoliberismo processuale¹¹¹. Giova forse tener presente che, di recente, Luis Correia de Mendonça ha qualificato la concezione di Klein addirittura come un «virus autoritario» che ha infettato – nei più diversi Stati – il processo civile¹¹².

Il XX secolo è stato, in effetti, l'età dell'assolutismo¹¹³. Soprattutto dopo la prima guerra mondiale – oltre l'URSS ed il III° Reich – si istaurarono ulteriori Stati assoluti, o, se si preferisce, Stati totalitari o autoritari¹¹⁴, pur ispirati ad ideologie differenti. Alcuni di questi Stati emanarono nuovi codici di procedura civile ed i rispettivi legislatori ritennero di dover richiamare, per lo più espressamente, il modello austriaco, quale autorevole precedente, ai fini di giustificare ampliamenti dei poteri del giudice. Se ne è dedotto che questi Stati hanno istituito sistemi giudiziari di stampo autoritario¹¹⁵.

onore di Acone”, op. cit., I, pp. 525 ss.

¹¹⁰ Szilbereky, *Le droit hongrois de la procédure civile*, in *Introduction au droit de la République Populaire Hongroise*, Paris 1974, pp. 295 ss.

¹¹¹ Ci si riferisce, da un lato, al neoliberismo processuale brasiliano, caratterizzato da un'ottica meramente efficientistica (cfr., per tutti, Nunes, *Processo Jurisdiccional democrático*, op. cit., pp. 157 e spec. pp. 169 ss. ed ivi i necessari riferimenti bibliografici, nonché, per alcuni cenni, anche Picardi - Nunes, *O código de processo civil brasileiro, origen, formação e projeto de reforma*, in “Revista de Informação Legislativa”, (2011), numero speciale sulla recente riforma del diritto processuale brasiliano, §§ 9 e 10); dall'altro, al neoliberismo italo-ispánico, caratterizzato da un'ottica essenzialmente garantistica. Cfr., per tutti, Montero Aroca (cur.), *Proceso civil e ideologia. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Valencia 2006 ed ivi, soprattutto, gli scritti di Montero Aroca (pp. 15 ss., 130 ss., 265 ss. e 294) di Cipriani (pp. 51 sss, 81 ss. e 283 ss.) di Monteleone (pp. 97 sss. E 173 ss.), Picò i Junay (pp. 189 sss.), Alvarado Velloso (pp. 217 ss.), Ariano Deho (pp. 357 ss.) e Correja de Mendosa (pp. 381 ss.). Su entrambi questi orientamenti si tornerà nelle conclusioni di questa relazione.

¹¹² Correja de Mendonça, *80 anos de autoritarismo: uma leitura política do processo civil português*, in Montero Aroca (cur.), *Proceso civil e ideologia*, op. cit., pp. 381 ss. e, in versione italiana, in “Giusto proc. civ.”, (2008), pp. 115 ss.

¹¹³ Kaser, *L'età dell'assolutismo*, Firenze 1925.

¹¹⁴ Neumann, *Lo Stato democratico e lo Stato autoritario*, Bologna 1973.

¹¹⁵ Con particolare riguardo ai codici portoghesi del 1926 e 1939, cfr. la censura di autoritarismo giudiziario espressa di recente da Correja de Mendonça, *80 anos de autoritarismo*, op. cit., pp. 387 ss., nonché nell'ed. italiana pp. 25 ss. Quanto ai codici brasiliani del 1939 e del 1973, per una lettura più articolata cfr. Picardi - Nunes, *Il processo civile brasiliano*, op. cit., pp. 931 ss. e 935 ss. Sul codice italiano del 1940 cfr. – oltre alla già ricordata relazione di Chizzini – gli ampi ed approfonditi studi di Cipriani, alcuni tradotti anche in spagnolo nella prima parte del suo volume *Batallas por la justicia civil*, op. cit., dal titolo «contra el c.p.c. del 1940 y su ideología» (pp. 3 ss.). Ad essi si aggiunga, da ultimo, anche il suo saggio *Il processo civile nello Stato democratico*, in Garofoli (cur.), *L'unità del sapere giuridico tra diritto penale e processo*, Milano 2005, pp. 109 ss., spec. p. 114 nel quale delinea un parallelismo fra la concezione di Klein e quella del codice mussoliniano, entrambe considerate pubblicistiche ed autoritarie. *Contra* cfr., per tutti, Taruffo, *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, relazione al convegno dell'Associazione degli studiosi del processo

Il rapporto fra Stato assoluto e processo autoritario, peraltro, presuppone, innanzitutto, che il legislatore detti una normativa processuale adeguata e, in secondo luogo, che empiricamente si constati l'identificazione del giudice con lo Stato assoluto. Quanto al primo presupposto, la storia ci insegna, anzitutto, che il *Code de procédure civile* francese del 1806¹¹⁶, considerato il modello di processo liberale, è stato emanato dal regime napoleonico che, era uno Stato assoluto¹¹⁷ e che, con il codice civile del 1804, aveva già proceduto alla «monopolizzazione statale dello *ius privatum*», realizzando quel fenomeno che è stato autorevolmente definito «assolutismo giuridico»¹¹⁸. In secondo luogo, vi sono casi di Stati assoluti che non hanno modificato la precedente legislazione, che pure era espressione di una ideologia liberale¹¹⁹. Si aggiunga, infine, che un considerevole aumento dei poteri del giudice è stato, di recente, adottato, fra gli altri, da tradizionali Stati a democrazia pluralista quali la Francia e l'Inghilterra¹²⁰.

Problemi più complessi pone l'accertamento del secondo presupposto di un sistema processuale autoritario. Trocker ha sostenuto che la riforma processuale di Klein va inquadrata nell'ordinamento giuridico in cui si inseriva e va complessivamente valutato nel proprio contesto storico. Dall'insieme delle relazioni svolte in questo convegno mi sembra emergere che la riforma kleiniana, da un lato, non possa essere qualificata autoritaria perché alle sue origini vi era un movimento culturale ed uno Stato che, come tali, non possono essere accusati di assolutismo. Si aggiunga che la relativa legislazione è stata varata da Klein che – come ha già chiarito Marinelli – era esponente di spicco, non solo di quel movimento intellettuale, ma, anche e soprattutto¹²¹ di quella burocrazia ministeriale che costituiva il cardine sul quale si basava l'Impero asburgico, alla fine del XIX secolo, nel tentativo di riorganizzare in forma associativa la struttura statale, in

civile di Cagliari del 2005 su *Le prove nel processo civile*, Milano 2007, e già in “Riv. trim. dr. proc. civ.”, (2006), p. 461. Sulle vicende del nostro codice può vedersi, da ultimo, anche l'esposizione sintetica di Picardi, *Il bicentenario del codice di procedura civile in Italia. Origine, evoluzione e crisi del monopolio statale della procedura*, in “Studi in onore di Acone”, I, Napoli 2010, §§ 4 ss.

¹¹⁶ Cfr. l'edizione italiana con introduzione di Petronio, in *Testi e documenti* cit., 1/V, Milano 2000.

¹¹⁷ D'altra parte, l'altro classico modello di processo liberale, la Z.P.O. tedesca del 1877 (cfr. l'edizione italiana, con introduzione di Wollschläger, in *Testi e documenti*, cit., 1/VI, Milano 2002), era stato emanato ai tempi di Bismarck da uno Stato a struttura pluralista, ma caratterizzato da un parlamentarismo solo di facciata, in quanto la forte maggioranza del *Bundesrat* era di nomina dell'Imperatore e non esisteva il principio in cui il governo era emanazione del parlamento.

¹¹⁸ Paolo Grossi, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano 1998.

¹¹⁹ Oltre la Spagna franchista nella quale rimase in vigore, fino al nuovo millennio, la *Ley de enjuiciamiento civil* del 1881, di origine liberale (cfr. Il testo e su di esso Fairén Guillén, *La Ley de enjuiciamiento civil de 1881, invariante española, 1881-2000*, in *Testi e documenti*, op. cit., I/VII, Milano 2001, pp. XI ss., 1 ss.), si ricordi l'Argentina nella quale i regimi autoritari che si sono succeduti dal 1930 al 1983 mantennero in vigore le precedenti leggi processuali che, comunque, «toleraban sus actuaciones autoritarias» (cfr. Alvarado Velloso, *La imparcialidad judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento*, in Montero Aroca, *Proceso civil e ideología*, op. cit., p. 239).

¹²⁰ Come già segnalato da Barbosa Moreira, *El neoprivatismo en el proceso civil* (2004), riedito in Montero Aroca, *Proceso civil e ideología*, op. cit., pp. 204 ss., nonché da Trocker, *Il processo civile in prospettiva comparatistica*, op. cit., pp. 550 ss. e da Taruffo, *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, op. cit., pp. 457 ss. con ulteriori riferimenti.

¹²¹ La sua carriera politica fu, infatti, tardiva e parziale. Solo nel 1905 venne cooptato nel *Herrenhaus*, dal 1906 al 1908 divenne Ministro della giustizia (nel governo Wladimir von Beck), carica che gli fu conferita di nuovo nel 1916 per due mesi (nel breve governo di von Körber). Soltanto nelle elezioni del 1919 si presentò quale candidato del *Bürgerlich-Demokratische Partei*, ma non venne eletto.

presenza di forze centrifughe e di tendenze autonomistiche da parte delle diverse nazionalità.

D'altro lato, nelle discussioni che hanno seguito le relative relazioni è stato sostenuto che il giudice austriaco era, già all'epoca, pienamente consapevole di costituire un potere autonomo. Non si identificava, pertanto, con lo Stato, ma agiva in autonomia e neutralità rispetto agli indirizzi politici propri dell'Impero asburgico. Ciò non vuol dire che il processo non fosse finalizzato all'educazione ed al benessere sociale *Wohlfahrtseinrichtung*, per usare, ancora una volta, l'espressione dello stesso Klein¹²². Il giudice era portatore, anche e soprattutto, degli interessi sociali della Comunità, nella quale trovava più esattamente la propria legittimazione¹²³. Per questo gli ispettori ministeriali, come si è visto, non erano destinati a controllare il giudice per quanto riguarda le sue valutazioni di merito ed al contenuto delle sue sentenze, come nella DDR e nel III° *Reich*. Si trattava soltanto di assicurare l'attuazione, nel vasto Impero, della riforma giudiziaria, limitatamente, peraltro, ai profili tecnico-processuali e di ordinamento giudiziario.

Analisi sostanzialmente analoga, a mio avviso, dovrebbe essere condotta in riferimento ad ognuno dei diversi ordinamenti che sono sospettati di realizzare sistemi di giustizia autoritaria. Non è sufficiente l'esame delle distinte codificazioni processuali, condotto eventualmente anche alla luce dei motivi risultanti dalle relazioni ufficiali, è necessaria un'analisi complessiva dei singoli ordinamenti per verificare, anche empiricamente, se essi garantiscono o meno ai giudici spazi di indipendenza ed autonomia e quale sia, in concreto, l'operato di questi ultimi, rispetto al comportamento usuale dei giudici nello Stato assoluto. Il voler dedurre il carattere autoritario del processo soltanto dall'aumento dei poteri del giudice in uno Stato assoluto si risolve in quella arbitraria semplificazione che i logici chiamano la *fallacia della falsa causa*¹²⁴: la semplice coincidenza (con l'aumento dei poteri del giudice) o la successione temporale (con l'instaurazione di uno Stato assoluto), non è sufficiente a stabilire una connessione causale in modo corretto. Sul punto, del resto, si tornerà in seguito nelle conclusioni.

5. Ulteriori riforme con valenza sociale

Nörr ha già evidenziato che Klein progressivamente è diventato un sociologo del diritto e che la sua opera di riformatore non rimase circoscritta al processo civile. La quarta sessione del convegno è stata, pertanto, dedicata alle ulteriori riforme al fine di approfondire, nella totalità, la sua opera di politica legislativa.

E' noto che Klein – a fronte della tipologia normativa usuale all'epoca – privilegiava escogitare soluzioni legislative per i problemi economici. Emblematica è l'affermazione: «nel campo di battaglia dell'economia polvere da sparo senza fumo ed armi a tiro rapido; in quello del diritto armi antiche o, al massimo, fucili ad avvanca, questa è oggi in molti casi l'immagine migliore per descrivere la distanza tra economia e diritto»¹²⁵. Ma egli ha provveduto anche ad affrontare delicate questioni concernenti, ad es., la salute pubblica, il diritto societario e la tutela dei lavoratori. In altri termini, Klein, oltre alla

¹²² V., *retro*, n 52.

¹²³ Picardi, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, cit., pp. 183 ss.

¹²⁴ Copi, *Introduction to Logic*, New York 1961, trad. it. Bologna 1964, pp. 81 e 82.

¹²⁵ Il passo – già ricordato da Nogler – è ripreso dalla relazione sul problema dei cartelli industriali che Klein tenne al XXVII *Deutscher Juristentag*, convegno che si tenne ad Innsbruck nel 1904. Cfr. Conrad ed altri *Der Deutsche Juristentag: 1860-1994*, IV, München 1997, p. 546.

riforma giudiziaria, ha anche il merito di aver contribuito ad elaborare ulteriori importanti riforme con valenza sociale, che hanno richiesto un considerevole aumento dell'intervento dello Stato.

Wilhelm Brauneder, dell'Università di Vienna, ha, innanzitutto, descritto la grave situazione sanitaria di alcuni quartieri della Vienna alla fine del XIX secolo. Ha, quindi, ascritto a merito di Klein l'elaborazione di una legge sull'edilizia abitativa, la *Baurechtsgesetz* del 1912, che ha comportato l'intervento pubblico al fine di realizzare il risanamento dei predetti quartieri e la creazione del modello architettonico della c.d. «Città giardino», modello che ha trovato felici applicazioni anche all'estero.

Francesco A. Schurr, dell'Università del Liechtenstein, ha tratteggiato il ruolo centrale di Klein nello sviluppo del diritto societario, sia in Austria che in Europa. Egli è stato l'autore della legge sulla società a responsabilità limitata, che ha avuto grande diffusione nella pratica commerciale. Ha anche redatto una bozza di legge sulla società per azioni, che, peraltro, non è entrata in vigore. Anche nei suoi scritti Klein si è battuto per la tutela degli interessi dell'azionista di minoranza, ha affrontato anche il problema dell'abuso dell'amministratore e quello dei Cartelli industriali¹²⁶.

Luca Nogler, dell'Università di Trento, ha infine proposto un originale raffronto fra Franz Klein e Hugo Sinzheimer, che, nei rispettivi ambiti di studi, segnarono profondamente il pensiero giuridico-economico europeo tra la seconda metà del XIX e la prima metà del XX secolo. Nogler ha preso in esame tre opere di Klein, ad iniziare dal saggio *Die Lebenskraft des Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches*¹²⁷ nel quale sosteneva la necessità che il codice civile adottasse una normativa specifica sui rapporti di lavoro¹²⁸.

Nogler ne ricava la convinzione che, anche in ragione della differenza di età, fu soprattutto Klein che influenzò Sinzheimer. Successivamente Klein non mancò inoltre di sostenere anche l'azione svolta da Sinzheimer, quando quest'ultimo, ai tempi della Repubblica di Weimar, divenne uno dei principali protagonisti del giuslavorismo tedesco e, quindi, europeo.

Quanto, infine, alle controversie di lavoro, Klein, in coerenza con la sua visione statualistica della giurisdizione, non poteva essere favorevole al tentativo di sottrarre la loro cognizione al giudice ordinario. D'altra parte, lo sviluppo della legislazione in materia dei rapporti di lavoro avrebbe fatto venir meno la sfiducia del movimento sindacale nei confronti dei giudici «borghesi». Nogler annota che il destino volle che nel 1926, anno della morte di Klein, fosse emanata la legge tedesca sull'ordinamento dei tribunali del lavoro che ricondusse la giurisdizione lavoristica nell'alveo del processo civile.

6. Conclusioni

Dalle relazioni e dalle discussioni che le hanno seguite, emerge che il Convegno trentino ha confermato che Franz Klein ha svolto un ruolo centrale per la diffusione delle tendenze sociali nella nascente società industriale mitteleuropea.

Nel convegno è, però, anche emerso che l'opera di Klein va ricondotta alle correnti

¹²⁶ Cfr. nota precedente.

¹²⁷ Saggio che apre la *Festschrift zur hundertjahrfeier der Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches*, Wien 1911, pp. 1 ss.

¹²⁸ Nogler analizza, inoltre, le relazioni tenute da Klein al XXX e al XXXI *Deutschen Juristentag* tenuti rispettivamente, a Danzica nel 1910 ed a Vienna nel 1912, nonché il suo articolo dal titolo *Entwicklung im Probleme des einheitlichen Arbeitsrechtes*, in "Arbeitsrecht" (1920), pp. 1 ss.

culturali del suo tempo. Sono ormai trascorsi oltre cento anni ed il pensiero di Klein è stato rivisitato periodicamente nei più diversi contesti storici. Le discussioni che si sono succedute – anche al di là degli approcci eurocentrici – hanno finito per concentrarsi soprattutto sull'estensione e sui limiti delle funzioni dello Stato, più precisamente, sui poteri di intervento dei diversi organi dello Stato a fini organizzativi, redistributivi e di sicurezza sociale, anche in riferimento alla giurisdizione.

Le riforme che sono state successivamente adottate e le polemiche che si sono sviluppate hanno assunto un andamento sinusoidale, condizionato da diversi fattori, non ultimo il ciclo economico. Con l'approssimazione inevitabile in ogni tentativo di abbozzare panorami generali, il punto di partenza può essere rappresentato dalla grande depressione del 1929. Ad essa seguì un considerevole aumento dell'interventismo statale, in particolare una rigida regolamentazione del settore finanziario, sfociata negli accordi di Bretton Woods del 1944 per la istituzione del Fondo monetario internazionale e della Banca internazionale per la ricostruzione e per lo sviluppo.

Nel secondo dopoguerra, da Lord Beveridge – che non era un socialista, ma un liberale – abbiamo, poi, ereditato il modello britannico del *Welfare State*. In diversi Stati occidentali si è, infatti, registrato un complesso lavoro di ingegneria sociale con la formazione di istituzioni di sicurezza sociale al fine di conseguire il massimo del benessere collettivo, anche e soprattutto per la tutela di coloro che appartengono alla *Volksklasse*. In questo contesto, nell'ambito processuale, hanno avuto ampia applicazione gli istituti *Access to Justice*, conosciuto anche come progetto Firenze¹²⁹, e *Legal Aid*, assistenza giudiziaria ai non abbienti¹³⁰.

Negli ultimi decenni del XX secolo il consenso in ordine all'interventismo statale iniziò, peraltro, a ridursi e le istanze sociali, proposte a suo tempo da Klein, sembravano ormai destinate a dileguarsi. Come si è già accennato nelle premesse, si sono, infatti, diffuse negli Stati occidentali politiche neoliberistiche. Emblematici possono essere considerati, negli USA, la presidenza Reagan e, nel Regno Unito, il governo Thatcher. All'insegna della libertà e dell'emancipazione dai lacci e laccioli che limitano l'iniziativa dei singoli, si sono diffuse misure di «privatizzazione» anche dei servizi pubblici e di «deregolamentazione» di interi settori, primo – ma non ultimo – il settore economico-finanziario¹³¹. «Liberalizzazione» e «deregolamentazione» sono diventati principi strategici perseguiti da tutti coloro che, in questa fase, erano al potere. Da uno Stato rigidamente strutturato si è, così, passati ad uno Stato largamente destrutturato; da uno Stato gravato da molteplici funzioni ad uno Stato «snello». La riduzione delle funzioni statali è, poi, un fenomeno che si autoalimenta: una volta decollata la cura dimagrante sono sempre minori, per lo Stato, gli stimoli ad affrontare problematiche con valenza sociale. Conseguentemente, anche il *Welfare State* è stato progressivamente ridimensionato: la sicurezza sociale può essere accresciuta solo riducendo la libertà, quando la libertà aumenta diminuisce la portata degli istituti predisposti a garantire la sicurezza sociale¹³².

¹²⁹ Cfr., per tutti, Cappelletti ed altri, *Access to Justice*, 2 vol., Milano 1978.

¹³⁰ Denti, *L'evoluzione del 'Legal Aid' nel mondo contemporaneo* (1977), in *Per un progetto per la giustizia civile*, dello stesso A., Bologna 1982, pp. 133 ss.; Trocker, *Assistenza legale e giustizia civile*, Milano 1979; Cipriani, *Il patrocinio dei non abbienti in Italia*, in "Scritti dell'Andro" I, Bari 1994, pp. 57 ss. e, in edizione spagnola, *La defensa del pobre en el proceso civil. La experiencia italiana*, Lima 2002, pp. 13 ss., nonché Scarselli, *Il nuovo patrocinio a spese dello Stato nei processi civili ed amministrativi*, in "Nuove Leggi Civili Commentate" 2003.

¹³¹ Cfr., per tutti, Bauman, *Postmodernity and its Discontents*, op. cit., p. 44.

¹³² Bauman, *Living Borrowed Time. Conversations with Citlali Rovirosa-Mandrazzo*, Cambridge 2010, trad. it., *Vite che non possiamo permetterci*, Roma - Bari 2011, pp. 33-34 (le successive citazioni vanno riferite alla versione

Lo Stato neoliberale non può, o non vuole, garantire la sicurezza sociale e, come abbiamo accennato, il *Welfare State* rischia così di rimanere derubricato da cultura dei diritti, a cultura della carità verso coloro che appartengono alla c.d. *Unterklasse*, che vivono cioè ai margini della comunità.

Fra XX e XXI secolo sono state, peraltro, registrate gravi crisi economico-finanziarie le cui cause sono state individuate, per lo più, in una scarsa regolamentazione dei meccanismi finanziari da parte degli Stati. Dalla *deregulation* si è, così, iniziato a ritornare alla *regulation*, ma, come si vedrà, con modalità e caratteristiche tutte particolari.

Innanzitutto, quando la crisi investe istituti che operano nei mercati globalizzati¹³³, di solito, constatiamo che gli stessi Stati sono costretti ad intervenire per operare salvataggi forzati. Altre volte la crisi riguarda i rapporti fra Stati e cittadini di altri Stati in tema di investimenti¹³⁴. Indubbiamente i casi più gravi sono, comunque, rappresentati dal *default* di Stati o di gruppi di Stati. A questo proposito assistiamo ad operazioni di salvataggi degli stessi Stati «sovrani». In ipotesi del genere sorgono tutta una serie problemi impegnativi: chi opera il salvataggio, con quali modalità e condizioni si procede e, soprattutto, chi stabilisce tali condizioni?

Paradigmatica può essere considerata a questo proposito la grave crisi che, alla fine del secolo scorso, ha colpito gli Stati dell'America latina, con conseguente stagnazione economica ed incontrollabile processo inflazionistico. Determinante è stato l'intervento del Fondo Monetario Internazionale, della Banca Mondiale e del Dipartimento del Tesoro USA. Supportati da uno studio dell'economista nordamericano John Williamson dell'*International Institut for Economy*, i tecnocrati delle istituzioni finanziarie internazionali e del governo nordamericano hanno subordinato gli aiuti, ritenuti necessari per un aggiustamento macroeconomico, all'esecuzione di impegnativi interventi da parte degli stessi Stati in difficoltà, che sono stati spinti ad adottare tutta una serie di misure economiche a tutela del mercato globale¹³⁵. Da parte sua, la Banca Mondiale¹³⁶ ha anche imposto ai predetti Stati riforme del sistema giudiziario, sempre nell'interesse del mercato e a difesa della proprietà. Tali misure sono state, in larga parte, adottate dagli Stati latino-americani e soprattutto dal Brasile nel quale ha acquistato consensi il già accennato orientamento neoliberale, in una sua articolazione particolare¹³⁷.

Quanto al loro contenuto, gli interventi di natura economica hanno spaziato dalle classiche privatizzazioni e deregolamentazioni a specifiche normative di determinati

italiana).

¹³³ Ferrarese, *Mercati e globalizzazione. Gli incerti cammini del diritto*, in "Pol. Dr.", (1998), pp. 407 ss. e id., *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti fra Stati e mercati*, Bologna 2000.

¹³⁴ Basti tener presente la vicenda dei *bond* argentini. In tema cfr., da ultimo, la decisione parziale del 4 agosto 2011, nel caso Beccaria ed altri c. Repubblica Argentina, del *Tribunale arbitrale ICSID*, istituito con la *Convenzione di Washington del 1965* per la soluzione delle controversie in materia di investimenti fra Stati e cittadini di altri Stati. Sugli arbitrati ICSID cfr. Schreuer, *The ICSID Convention. A Commentary*, II ed., Cambridge 2009, nonché, nel quadro della proliferazione delle giurisdizioni internazionali, Picardi, *La crisi del monopolio statale della giurisdizione e la proliferazione delle Corti*, relazione al XXVIII Convegno di Verona 2009 dell' "Associazione italiana Studiosi del Processo Civile", Bologna 2011, p. 26.

¹³⁵ Bandeira, *As políticas neoliberais e a crisi da America do Sul*, in "Revista Brasileira de Política Internacional", II, p. 135.

¹³⁶ Con il *Documento Técnico n. 319: O setor judiciário na América Latina e no Caribe, elemento para reforma* cfr., per tutti, Nunes, *Processo jurisdiccional democrático*, op. cit., pp. 161 ss. ed ivi ulteriori riferimenti.

¹³⁷ Cfr., *retro*, § 4 e nota 110.

settori, specialmente finanziari e bancari¹³⁸. Le misure di carattere finanziario, in quanto imposte¹³⁹ dai tecnocrati della Banca Mondiale, non potevano, non essere dettate a tutela degli interessi economici e politici del mercato e di chi li controlla¹⁴⁰. E' stato promosso, in altri termini, un ampliamento dell'intervento giudiziario, ma non a fini di controllo dei meccanismi economici e politici; non nel quadro di quel modello sociale del processo, a suo tempo proposto da Klein. Si è provveduto sostanzialmente ad evitare, da un lato, rischi e responsabilità dei soggetti economici, dall'altro, ogni incertezza negli orientamenti giurisdizionali, incertezza che avrebbe potuto generare una bassa utilizzazione degli investimenti a lungo termine sul mercato finanziario¹⁴¹. Conseguentemente, in Brasile, ci si è appropriati del discorso dell'interventismo giudiziale, ma per snaturarlo ed utilizzarlo in un'ottica di mera efficienza quantitativa¹⁴². Ne è risultato così rafforzato il già ricordato orientamento neoliberale, che è stato centrato soprattutto sulla «standardizzazione» delle sentenze¹⁴³.

In sostanza le misure, sia di ordine economico che di natura giuridica, che sono state adottate in America latina, sono state presentate, furtivamente, come regole moderne, tecniche ed apolitiche. In realtà, esse hanno costituito il «cavallo di Troia»¹⁴⁴ utilizzato dai tecnocrati delle istituzioni finanziarie, inter o transnazionali, per acquistare potere in nome e per conto del mercato.

La crisi degli Stati latino-americani non è, però, un caso isolato. Non è oggi forse l'Europa – ed anche l'Italia – in situazione analoga? Le strategie per tentare i salvataggi degli Stati europei in crisi appaiono sostanzialmente le stesse. Particolarmente rilevante è la circostanza che condizioni e modalità per porre rimedio alla crisi vengono assunte, non solo e non tanto dall'Unione Europea, quanto, in ultima istanza, dalla Banca Centrale Europea, e quindi, ancora una volta, a livello tecnico finanziario.

Pur consapevole dei rischi cui si incorre in ogni tentativo di fissare fenomeni tuttora in evoluzione, la situazione attuale, a mio avviso, sembrerebbe caratterizzarsi nella rottura dei rapporti fra *Stato, diritto* ed *economia*; rapporti che sembravano ormai consolidati.

Ai tempi di Klein, il presupposto era rappresentato dallo *Stato sovrano*: lo Stato era fonte prima, unica ed ultima del *diritto* e trovava solo in se stesso la propria legittimazione. Conseguentemente, lo Stato rivendicava il monopolio sia della *legislazione* che della *giurisdizione*, attraverso le quali orientava e controllava anche l'economia. E' per questo che Klein riteneva che ai giuristi dovesse essere impartita un'istruzione anche su basi

¹³⁸ Per la loro enumerazione in 10 punti cfr. Bandeira, *As politicos neoliberais e a crisi da America do Sul*, op. cit., p. 131, il quale ricollega tali misure alle proposte di Williamson.

¹³⁹ Taruffo, *Dimensioni transculturali della giustizia civile*, in *Sui confini, scritti sulla giustizia civile* dello stesso A., Bologna 2002, p. 25 ha già parlato di «imposizione di modelli giuridici da parte dei soggetti economici dominanti» (cfr. anche p. 27).

¹⁴⁰ Nunes, *Processo jurisdiccional democratico*, op. cit., p. 159.

¹⁴¹ Bacha, Arida e Resende, *Credit, interest, and jurisdiccional uncertainty: coniectures on the case of Braxil*, Rio de Janeiro 2004, p. 5.

¹⁴² Nunes, *Processo jurisdiccional*, op. cit., pp. 163 ss.

¹⁴³ A partire da decisioni rese in alcuni casi, si è, infatti, ritenuto possibile fissare “standard interpretativi”. Si è stabilito, quindi, che tutti gli altri casi simili saranno giudicati sulla base del *precedente*, senza considerare le loro specificità. Il Consiglio Nazionale di Giustizia ha, inoltre, fissato le c.d. *mete di produttività* ed ha collocato, nel suo sito, un “processometro” con l'indice di produttività dei singoli tribunali (cfr. Picardi e Nunes, *O código de processo civil brasileiro*, op. cit., § 9 n. 96).

¹⁴⁴ Ribeiro, *As politicas neoliberais e a degração da democracia: a subordinação do poder político ao poder economico*, op. cit., p. 130.

economiche¹⁴⁵ e che allo Stato spettasse la regolamentazione legislativa e/o giurisprudenziale dei problemi economici.

Oggi è in discussione lo stesso presupposto da cui muoveva Klein: la *sovranità statale*¹⁴⁶. Forse anticipata, certamente confermata, dalle prassi che si sono venute formando nelle crisi degli Stati latino-americani ed ora anche europei, assistiamo – nell’età della globalizzazione – all’esistenza di Stati privi di potere e di poteri liberi dagli Stati. Gli Stati ed il loro potere sono chiusi in definiti ambiti territoriali. L’economia si è, invece, sciolta dal vincolo territoriale e le sue regole – anonime ed impersonali – sono *a-topiche*, non conoscono cioè frontiere e si espandono nel mondo globalizzato¹⁴⁷. Usando un linguaggio immaginifico, si è parlato di Stati che oggi continuano ad agire su scala locale come meri «commissariati di polizia incaricati di mantenere legge ed ordine» o, addirittura, come «pattumiere ed impianti deputati allo smaltimento e al riciclaggio di rischi e problemi generati su scala globale»¹⁴⁸. In altri termini, ci troviamo in presenza non solo di «Stati deboli» ma, più propriamente, di Stati eterodiretti, di Stati meri esecutori di misure dettate da tecnici inter o sovranazionali, nell’interesse del mercato globale.

Il tramonto della sovranità statale non può non riflettersi sul *diritto*. Il rapporto fra Stato e diritto, del resto, non è un problema concettuale, ma soltanto un problema storico. L’esperienza medioevale ci ha mostrato un «diritto senza Stato»¹⁴⁹. L’esperienza attuale ci suggerisce un diritto che si forma e si estende «oltre lo Stato»¹⁵⁰. Nella crisi del monopolio statale della legislazione e della giurisdizione¹⁵¹ non è più lo Stato che orienta e controlla l’economia; è l’economia globalizzata, ed i suoi tecnocrati, che condizionano gli Stati. Ci troviamo in presenza di una forma di «policentrismo giuridico»¹⁵².

D’altra parte, le vicende che si sono susseguite nel corso dell’ultimo secolo dimostrano che l’intervento degli Stati non è stato sempre necessariamente funzionale a riforme con valenza sociale. Come si è, infatti, constatato – soprattutto in epoche recenti – gli Stati, a volte, sono intervenuti nell’ottica dei differenti orientamenti neoliberali, per realizzare alcune loro specifiche istanze.

L’aumento dei poteri del giudice non è, infine, inevitabilmente collegato all’interventismo legislativo e/o amministrativo dello Stato. Già si è avuto occasione di sottolineare che si tratta di un fenomeno non necessariamente legato allo Stato assoluto e

¹⁴⁵ Klein, *Die Mittel zur Wirtschaftlichen Ausbildung der Juristen*, in Friedlaender (cur.), *Franz Klein Reden*, op. cit., I, pp. 423 ss.

¹⁴⁶ Mac Cormick, *Questioning Sovereignty, Law, State, and Nation in the European Commonwealth*, Oxford 1999, trad. it. di Torre, Bologna 2003, spec. pp. 43 ss., nonché, nella letteratura italiana, cfr., per tutti, Jemolo, *La crisi dello Stato moderno*, con prefazione di Irti e introduzione di Margiotta Broglio, Bari 1991, spec. pp. 41 ss.; Luciani, *L’antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in “Riv. dr. cost.”, (1996), pp. 124 ss. e, da ultimo, Irti, *Tramonto della sovranità e diffusione del potere* (2009), nel volume dello stesso A., *Diritto senza verità*, Roma - Bari 2011, pp. 108 ss. e 112 ss.

¹⁴⁷ Irti, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, nuova ed., Roma - Bari 2006; Id., *Tramonto della sovranità e diffusione del potere*, op. cit., pp. 111 e 118.

¹⁴⁸ Bauman, *Living Borrowed Time*, op. cit., p. 62.

¹⁴⁹ P. Grossi, *Un diritto senza Stato. La nozione di autonomia come fondamento della costituzione giuridica medievale* (1996), nel volume *Assolutismo giuridico e diritto privato*, cit. e, da ultimo, sempre dello stesso A., *L’Europa del diritto* (2007), Roma Bari 2009, pp. 11 ss., spec. p. 15.

¹⁵⁰ S. Cassese, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino 2009, pp. 137 ss.

¹⁵¹ Picardi, *La crisi del monopolio statale della giurisdizione*, op. cit., pp. 20 ss. e 33 ss.

¹⁵² Pensabene Lioni (cur.), *Tutela dei diritti e policentrismo giuridico tra rivendicazioni regionalistiche e dinamiche dell’integrazione comunitaria*, Torino 2008, spec. il saggio dello stesso curatore a pp. 50 ss.

che non rappresenta un indice sicuro di giustizia autoritaria¹⁵³. Come Fritz Baur¹⁵⁴ ha già osservato, nelle epoche di rifiuto dell'autorità dello Stato o, comunque, di scetticismo verso qualsiasi forma di intervento statale, si accentua l'«appello al giudice», necessariamente ricollegato all'autonomia della giurisdizione¹⁵⁵.

¹⁵³ Cfr., *retro*, § 4 e n. 123.

¹⁵⁴ Baur, *Il processo e le correnti culturali contemporanee*, op. cit., pp. 260-261.

¹⁵⁵ Picardi, *La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione*, in "Riv. trim. dr. proc. civ.", (2004), pp. 41 ss. e in *Studi in onore di G. Tarzia*, I, Milano 2005, pp. 179 ss.