

Giordano Ferri

**Una lezione uruguaiana di Francesco Carnelutti.
La sintesi del suo pensiero¹**

*An Uruguayan lesson by Francesco Carnelutti.
The synthesis of his thought*

ABSTRACT: This article describes the evolution of Italian process science in the first half of the 20th century. In particular, it focuses on the thought of Francesco Carnelutti who, although trained on the scientific production of Giuseppe Chiovenda, highlights an anti-dogmatic approach in the reconstruction of procedural institutes. In reality, in Carnelutti's thought we are witnessing an integration of dogmatics with the clinic of law. Particular emphasis is given to an unpublished Uruguayan lesson by Francesco Carnelutti focused on the relationship between law and process.

KEYWORDS: law; process; anti-dogmatic approach.

SOMMARIO: 1. Un giurista poliedrico che percorre e supera il sentiero di Chiovenda - 2. *Le Istituzioni del nuovo processo civile italiano*: l'integrazione della dogmatica con la clinica del diritto - 3. Il *Trattato del processo civile italiano*: l'articolarsi del rapporto tra diritto e processo - 4. L'ospite di Eduardo J. Couture: la lezione uruguaiana del 1946 agli studenti di Montevideo.

¹ La lezione di Francesco Carnelutti, che in questa sede si pubblica, è contenuta nell'*Archivio privato* del professor Eduardo J. Couture in versione audio, archivio ordinato in formato elettronico a cura di Mario G. Losano e Oscar L. Sarlo e messo a disposizione con animo generoso da Jinés Couture e Angel Landoni dell'Università di Montevideo.

1. *Un giurista poliedrico che percorre e supera il sentiero di Chiovenda*

La poliedricità di Francesco Carnelutti è ben rappresentata dalle parole di Vittorio Emanuele Orlando nella recensione alla *Teoria generale del diritto* pubblicata dal giurista udinese nel 1940, parole riportate in ultimo da Mauro Orlandi nella voce biografica² edita nel *Dizionario biografico dei giuristi italiani*:

se fra un millennio tutte le opere della letteratura giuridica italiana contemporanea andassero perdute, e restassero i soli scritti di Francesco Carnelutti, basterebbero essi certamente per rappresentare degnamente l'attività scientifica di questo periodo storico. Basterebbero, non solo per la loro profondità, vigoria ed originalità, ma altresì per una vastità di contenuto che ben può dirsi comprenda tutto lo scibile al diritto attinente. Si tratta in verità di un ingegno che apparirebbe singolare e straordinario, anche se di tutte le doti di esso si volessero considerare soltanto l'attività multiforme e la versatilità prodigiosa, onde ha potuto estendere il suo dominio su presso che tutte quelle scienze particolari in cui lo studio del diritto è venuto distinguendosi [...] Carnelutti non è dunque un enciclopedico del diritto, nel senso di questa parola per cui all'estensione non si suole far corrispondere la profondità: al contrario, pur passando dall'uno all'altro dei campi più diversi del diritto, la sua autorità si pone subito in prima linea come di un maestro fra i maestri, che di quella singola disciplina hanno fatto l'oggetto di tutto il loro studio³.

Del resto, anche la sua carriera accademica, che lo vede impegnato in diversi insegnamenti, lo trova dapprima, nel quadriennio 1909-1912, docente di Diritto industriale presso l'Università Bocconi di Milano, cattedratico di Diritto commerciale nella Facoltà di Giurisprudenza di Catania dal 1912 al 1914, cattedratico di Procedura civile dal 1915 al 1936 all'Università di Padova ove si era laureato, cattedratico di Procedura civile e poi di Diritto penale all'Università di Milano dal 1936 al 1943, anno in cui si ritira in Svizzera per insegnare Diritto e procedura penale prima di concludere nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma chiamato alla cattedra di Procedura penale.

Certamente gli studi di diritto processuale civile rappresentano un tratto importante nella produzione scientifica di Carnelutti, almeno per due ragioni: il contesto culturale in cui matura e manifesta le sue idee secondo una nuova inquadratura dello studioso del processo civile ed una sottolineatura del ruolo della scienza giuridica processual-civilistica; il clima acceso che vi era in dottrina sulla riforma del Codice di procedura civile del 1865, che si era dapprima

² M. Orlandi, *Carnelutti, Francesco*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, diretto da I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone, M.N. Miletta, vol. I, Bologna 2013, pp. 455-459.

³ V.E. Orlando, *La teoria generale del diritto di Francesco Carnelutti*, in «Rivista Internazionale di Filosofia del diritto», 1942, pp. 289-329.

prestato in vano all'attenzione di Chiovena e di diverse Commissioni, fino alla promulgazione del codice di rito civile del 1940 voluta dal Guardasigilli Grandi e che aveva visto proprio la partecipazione attiva di Carnelutti insieme a Enrico Redenti⁴ e Piero Calamandrei⁵ e che spinse il giurista udinese, ad un solo anno di distanza, a pubblicare le *Istituzioni del nuovo processo civile italiano* come elaborazione teorica del neonato codice.

Infatti, quando Carnelutti diede avvio ai suoi primi contributi scientifici di diritto processuale civile, nei primi anni Dieci del Novecento, Giuseppe Chiovena⁶ aveva già tenuto nella Facoltà giuridica romana la prolusione su *Le forme nella difesa giudiziale del diritto* ove lanciava un nuovo prototipo di studioso del processo civile e rivendicava l'importanza della elaborazione teorica di principi necessari ad orientare l'interpretazione delle disposizioni normative.

Nella prolusione romana, pubblicata nella *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, infatti, partendo

dal presupposto che l'attuazione del diritto richiede la previsione ed il rispetto delle forme procedurali intese come endogene alla stessa tutela processuale delle situazioni giuridiche controverse, in quanto il farne a meno significa accettare l'idea che «avrebbe ragione il colombo di lagnarsi dell'aria che rallenta il suo volo, senza accorgersi che appunto quell'aria gli permette di

⁴ Per la vita e le opere cfr. C. Vellani, *Redenti Enrico*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, cit., vol. I, pp. 1665-1667.

⁵ Per la vita e le opere cfr. B. Sordi, *Calamandrei Piero*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, cit., vol. I, pp. 377-381.

⁶ Sulla vita e le opere di Chiovena, oltre a M. Meccarelli, *Giuseppe Chiovena*, in *Enciclopedia Italiana di Scienze, Lettere ed Arti. Il contributo italiano alla storia del pensiero*, VIII appendice, Roma 2012, pp. 463 ss. e M. Taruffo, *Chiovena Giuseppe*, in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII - XX secolo)*, cit., I, pp. 526-529, si vedano anche: F. Cipriani, *Scritti in onore dei patres*, Milano 2006, pp. 249 ss.; Id., *Piero Calamandrei e la procedura civile*, Napoli 2007, pp. 17-92. Più risalenti ma non meno rilevanti: F. Carnelutti, *Metodi e risultati degli studi sul processo in Italia*, in «Foro italiano», 1939, LXIV, cc. 73-83; G. Tesoriere, *Appunti per una storia della scienza del processo civile in Italia dall'unificazione ad oggi*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1972, XXVI, pp. 1318-1348; G. Tarello, *Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo. Per uno studio della genesi dottrinale e ideologica del vigente codice italiano di procedura civile*, in *Dottrine del processo civile. Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*, Bologna 1989, pp. 9-197; Id., *L'opera di Giuseppe Chiovena nel crepuscolo dello Stato liberale*, in *Dottrine del processo civile*, Bologna 1989, pp. 178 ss.; L. Montesano, «Storie» recenti su Mortara e Chiovena e sul «romanesimo» di Vittorio Scialoja «concretato» dai fascisti, in «Foro italiano», 1991, V, cc. 598-602; F. Cipriani, *Una nuova storia di processualisti*, in «Foro italiano», 1991, V, c. 602; Id., *Storie di processualisti e di oligarchi. La procedura civile nel regno d'Italia (1866-1936)*, Milano 1991, pp. 89-124; (si veda contra) L. Montesano, «Culto della personalità», «prodotti organici» e «pappagalli lusingatori» di Chiovena in un libro recente, in «Rivista di diritto processuale», 1992, pp. 284-293.

volare»⁷, il Chioventa faceva appello alla scienza giuridica perché questa avviasse uno studio razionale delle forme vigenti, laddove per razionale doveva intendersi prima di tutto la necessità che le forme giudiziali venissero disposte in modo che il popolo sentisse il più possibile la loro opportunità e il meno possibile le limitazioni alla libertà d'agire per la difesa del diritto.

Si tratta di una proposta di studio razionale, attesa e penetrata nel pensiero di Carnelutti, che non ha avuto precedenti nella storia della legislazione processuale moderna, tutta tesa a guardare il profilo sostanziale della disciplina del processo.

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

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

Un aspetto formale da riconsiderarsi sulla base di una nuova concezione del rito civile più matura e più prossima ad una elaborazione teorica del processo, che vede, attraverso l'impegno del Chioventa nei suoi *Principii* e, poi, con uno stile ed un linguaggio sensibilmente diverso, l'attenzione di Carnelutti, l'influenza dogmatica di Adolf Wach e di Franz Klein⁸ nel rivendicare la funzione pubblica del giudizio in cui si esprime l'autorità dello Stato.

La scienza giuridica è considerata essenziale per comprendere, dunque, la vera identità del processo.

⁷ G. Chioventa, *Le forme nella difesa giudiziale del diritto*, in «Rivista italiana per le scienze giuridiche», 1901, p. 194.

⁸ Cfr. G. Ferri, *Studi di diritto processuale civile nella Facoltà giuridica romana tra Ottocento e Novecento*, in «Historia et ius. Rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna», 4 (2013), pp. 33-36; Id., *Tra dogmatismo e antidogmatismo. Considerazioni sugli studi processual-civilistici alla Sapienza romana*, in «Historia et ius. Rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna», 13 (2018), pp. 1-13.

Da una prospettiva meno concettuale di quella scelta da Chiovenda, che non a caso arriverà a teorizzare l'azione come diritto potestativo indipendente dal diritto sostanziale, Carnelutti, quasi al termine della sua produzione scientifica e della sua esistenza, nell'opera dedicata allo stesso Chiovenda, scriverà:

La verità è che come un solo rapporto giuridico non basta a esaurire il concetto di quello che si potrebbe chiamare il processo di diritto, cioè il processo regolato dal diritto, così in una sola potestà e in un solo diritto non si esaurisce il concetto della giurisdizione né dell'azione. Tanto la giurisdizione quanto l'azione sono una somma o meglio un sistema di potestà e di diritti soggettivi, ai quali corrispondono doveri e perfino poteri reciproci di altre persone, giudici, ausiliari, parti, difensori, terzi, che operano in vario modo nel processo. Il processo è un congegno estremamente complicato, del quale codesti uomini sono solo i singoli pezzi; il congegno non potrebbe funzionare se il loro movimento non fosse combinato da legami, i quali non sono né possono essere altro se non rapporti giuridici. Il lavoro per dipanare il groviglio di questi rapporti, analogo a quello che si fa per smontare una macchina o anche all'anatomia del corpo umano, assolutamente necessario per far passare la conoscenza del processo dallo stadio empirico alla fase scientifica, è appena cominciato. Soprattutto i giovani, i quali si accingono allo studio e all'esercizio del diritto, non debbono aver l'impressione che noi siamo molto avanti su questa strada⁹.

Dunque, anche superando l'insegnamento di Chiovenda, che per primo teorizzò in Italia il processo come rapporto giuridico sulla base della dottrina tedesca¹⁰, secondo Carnelutti oggetto dello studio della scienza giuridica devono essere i rapporti giuridici processuali perché il processo non può riassumersi in un unico rapporto giuridico ma in un groviglio di rapporti giuridici che solo attraverso un lavoro analogo a quello realizzato dai medici sul sistema nervoso del corpo umano, può portare ad un risultato più compiuto e ad un apporto utile alla difesa dei singoli interessi e alla teoria generale del diritto.

Anche per quanto riguarda il profilo sostanziale della disciplina del processo Carnelutti, nel suo impegno legislativo, supera il modello della oralità, concentrazione ed immediatezza di derivazione chiovendiana che originò il progetto di un nuovo codice nel 1919, quando la scienza giuridica elaborò un modello di processo antagonista alla «costruzione» liberale del rito civile¹¹

⁹ F. Carnelutti, *Diritto e processo*, in *Trattato del processo civile*, diretto da F. Carnelutti, vol. I, Napoli 1958, p. 36.

¹⁰ O. Bülow, *Die Lehre von den Prozesseinreden und den Prozessvoraussetzungen*, Gissen 1868, p. 3.

¹¹ La reazione al *dictum* del legislatore ottocentesco fu graduale e, prima di giungere alla impostazione scientifica di Chiovenda, seguì le affermazioni dottrinali rivolte alle scelte del legislatore unitario attraverso un esame storico degli istituti processuali (cfr. G. Saredo, *Introduzione allo studio della procedura civile e dell'ordinamento giudiziario. Prolusione letta nella R. Università di Roma, nell'inaugurazione del Corso di procedura civile il 23 novembre 1872*, in Id.,

impressa nel codice del 1865 che prevedeva una trattazione prevalentemente scritta, con sentenze interlocutorie, della causa. Se il progetto di codice di Chiovenda statuiva un modello dibattimentale di trattazione processuale che – come ben sintetizza da ultimo Claudio Consolo¹² – voleva un giudice più attivo nella direzione del processo, un suo maggiore coinvolgimento nella assunzione della prova, la lettura del dispositivo della decisione in udienza, la maggiore valorizzazione del principio della immediata valutazione delle prove, in opposizione al sistema della tipizzazione legale del loro valore prevista nel codice del 1865, il codice Grandi del 1940¹³, scritto anche da Carnelutti, può essere considerato un compromesso fra oralità e concentrazione chiovendiana e tradizione del processo scritto e formalistico: in esso si raggiunge un complessivo bilanciamento tra il ruolo attivo del giudice e la tradizionale impostazione del processo come funzione riservata alle parti; trova luogo nella nuova disciplina del processo civile il principio di «elasticità» tanto caro al giurista udinese:

Confortante è ad ogni modo che la scienza processuale in genere e la scienza italiana in specie sia riuscita ad imprimere alla opera legislativa un carattere, che permette all'Italia di figurare con onore anche in questo campo. Questo carattere non consiste, come credono i più, nella ispirazione della legge al riconoscimento degli scopi pubblici del processo, il quale riconoscimento è fuor da ogni discussione ma non costituisce alcuna nota distintiva del codice italiano dagli altri codici moderni; questo si può dire un modo di essere del processo civile europeo o forse, ormai, di tutto il mondo. Il carattere italiano del codice è un altro e si riferisce a quello, che la stessa relazione del Guardasigilli al Re chiama il principio di elasticità ed è il vero trovato del nuovo processo; così è stato denotato fin da alcuni anni fa un principio di meccanica processuale e forse di meccanica giuridica consistente

Istituzioni di procedura civile precedute dall'esposizione dell'ordinamento giudiziario italiano, Firenze 1873, pp. 11 ss.; E. Galluppi, *Teoria della opposizione del terzo come mezzo per impugnare le sentenze*, Torino 1895), un richiamo agli aspetti sociali dei fenomeni giuridici (cfr. l'approdo nella processualistica romana delle influenze del socialismo giuridico nell'opera di Carlo Lessona, per la ricca bibliografia sull'autore e sul punto in questione si rinvia a G. Ferri, *Studi di diritto processuale civile nella Facoltà giuridica romana XIX e XX secolo*, cit., pp. 18-23), un primo impulso ad elaborazioni concettuali (si pensi ad una prima dogmatica ricostruzione della teoria dell'azione operata da Vincenzo Simoncelli: cfr. V. Simoncelli, *Lezioni di diritto giudiziario dettate dal prof. Vincenzo Simoncelli nell'Università di Roma l'anno 1900-1901*, raccolte da O. Petroni, Roma 1901, pp. 40 ss.; anche sulle argomentazioni assunte da Simoncelli in tema di azione si rinvia a G. Ferri, *Studi di diritto processuale civile nella Facoltà giuridica romana XIX e XX secolo*, cit., pp. 23-26.).

¹² C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Torino 2018, p. 14

¹³ Sulle caratteristiche e tipicità del codice di rito civile del 1940 appare ancora degna di nota la ricostruzione di M. Taruffo, *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, Bologna 1980, pp. 257 ss.

nell'ottenere il massimo di adattamento dello schema al fatto o, con parole meno precise, della legge al caso. Tutti i nuovi dispositivi del processo civile, dalla distinzione recisa tra giudice istruttore e giudice decidente alla libertà di forma, dalla consulenza tecnica alla liquidazione dei beni pignorati, debbono essere ricondotti a questa idea¹⁴.

La lezione uruguayana di Carnelutti risalente al 1946 e destinata agli studenti dell'Università di Montevideo costituisce la sintesi del pensiero carneluttiano volto a sottolineare l'importante ruolo della scienza giuridica processual-civilistica del Novecento in cui convergono l'impostazione di studi enucleata nelle *Istituzioni del nuovo processo civile italiano* e poi condensatasi nella sua ultima più importante opera giuridica, vale a dire il *Trattato del processo civile italiano*, il cui primo volume risale al 1958.

2. *Le Istituzioni del nuovo processo civile italiano: l'integrazione della dogmatica con la clinica del diritto*

Le *Istituzioni del nuovo processo civile italiano* seguono con due lustri di distanza le *Lezioni di diritto processuale civile*, in sette volumi, apparse a Padova tra il 1920 e il 1931. L'impostazione di studi appare sensibilmente diversa in quanto in Carnelutti quei dieci anni hanno significato anche un ripensamento delle conclusioni cui era giunta la scuola sistematica del diritto processuale che con un approccio storico-dogmatico aveva trovato in Chiovenda il fondatore e nella *Rivista di diritto processuale civile*, voluta da Chiovenda insieme a Calamandrei e allo stesso Carnelutti, il contenitore ideale delle ipostatizzazioni concettuali degli istituti processuali.

L'opera peraltro affronta la ricostruzione scientifica del diritto processuale civile all'indomani dell'entrata in vigore del nuovo codice, novità legislativa che ha visto Carnelutti impegnato in prima persona e subito ben predisposto a discutere dei problemi processuali entro i nuovi schemi tracciati dal legislatore:

Prima di tutto è cambiato, con la riforma, il dato dello studio. Dal punto di vista delle idee la novità è stata per me assai meno rilevante di quanto possa parere. Non tocca a me stabilire quanta parte dell'altrui e quanta del mio pensiero abbia nutrito l'opera legislativa; solo mi par lecito raccontare che il mettere a posto i nuovi istituti entro gli schemi del mio sistema scientifico m'è riuscito di una sorprendente facilità. Può darsi che sia un'impressione fallace; fatto sta che mi sono trovato entro il nuovo codice come a casa mia¹⁵.

¹⁴ F. Carnelutti, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, vol. I, Roma 1951, p. XXX.

¹⁵ Id., *Prefazione alla prima edizione*, in *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, vol. I, cit., p. XI.

La necessità di integrare la dogmatica con la clinica del diritto è un'idea carneluttiana finalizzata a penetrare nelle sue *Istituzioni* per formare il giurista non solo attraverso schemi teorici ma anche attraverso schemi dettati da una prassi che coglie il diritto e il processo nella loro dimensione reale e non solo concettuale. Del resto, il processo civile è percepito da Carnelutti nella sua connotazione naturale, come una sequela di fatti e di atti in quanto degli uomini, parti o difensori, chiedono qualcosa ad altri uomini, i giudici che dovranno ascoltare, osservare, ragionare, amministrare, comandare. Il rito civile pertanto è non solo un settore della realtà ma anche della attività, intesa come realtà determinata dall'azione umana. E il diritto, a cui il processo è indissolubilmente legato, non è altro che un congegno fabbricato dagli uomini per procurare la conoscenza e l'osservanza delle leggi della natura. Come tale il diritto fa parte, prima del processo, della realtà ed è tanto reale il legislatore che traduce in leggi positive le leggi della natura, «quanto il meccanico che mette insieme una macchina o il muratore che fabbrica una casa»:

Il vero è che noi operai del diritto o, se meglio piace, pensatori venuti su dalla bassa forza, mentre non nutriamo alcun dubbio sulla necessità della dogmatica, siamo altrettanto persuasi della sua insufficienza per l'educazione del giurista; per ciò chi scrive sta predicando che bisogna aver modo, il diritto e il processo, dopo di averlo sottoposto ai procedimenti dell'anatomico e del fisiologo, a chi lo studia di farglielo veder vivo e ha tentato anche lui la sua crociata non per l'abolizione ma per l'integrazione della dogmatica con la clinica del diritto¹⁶.

Chiovenda, nei suoi *Principii*, vede come destinazione costante del processo solo l'attuazione della legge e sia fondata o infondata la domanda dell'attore, la sentenza che l'accoglie o la rigetta è sempre attuazione di legge, cioè affermazione di una volontà positiva o negativa della legge tanto che il processo non serve a una parte o all'altra ma serve a chi, secondo il giudice, ha ragione:

Se per il conseguimento o pel migliore godimento di un bene garantito dalla legge, si rende necessaria l'attuazione di questa per parte degli organi dello Stato, ciò dà luogo a un processo civile: laddove il processo penale è il campo in cui si accerta la necessità d'una attività punitiva dello Stato¹⁷.

Non a caso, il fondatore della scuola sistematica del diritto processuale nella ricostruzione storica del rito civile denota che anche nei popoli primitivi il potere pubblico intervenga nella ipotesi in cui sia rimesso agli individui di provvedere con le loro forze a tutelare i propri beni tanto per regolarne le forme

¹⁶ *Ibid.*, p. XXXII.

¹⁷ G. Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, III edizione riveduta e notevolmente ampliata, Napoli 1920, pp. 63 ss.

esteriori quanto per accertare se i beni cui aspira l'attore gli siano effettivamente dovuti: significativo è il richiamo all'opera del giurista e sociologo britannico Henry James Sumner Maine che nella sua *Ancient Law*¹⁸ del 1861 volle descrivere i primitivi sistemi giuridici sotto una lente che permettesse di guardare al di là della struttura che appariva al teorico del tempo, per poi collegare tali primitivi sistemi con le realtà giuridiche moderne.

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

Chiovenda non si limitò, a dire il vero, a distinguere e separare, sulla base di un ragionamento affine agli schemi romanistici, l'azione dalla domanda, intesa come attivazione processuale volontaria del soggetto di diritto, ma scisse in modo chiaro e determinato l'azione dal diritto che si voleva tutelare e far valere in giudizio: se, in tal senso, insieme ai suoi predecessori come, ad esempio, Pasquale Saredo riconosceva un'autonomia processuale all'azione, è pur vero che mentre quest'ultimo continuava a preservare un'identità tra la forma processuale con cui far valere il diritto e la stessa situazione giuridica controversa¹⁹, Chiovenda, attraverso una operazione concettuale, disconobbe tale identità e configurò l'azione in modo indipendente non dalla volontà del soggetto di attivare o non attivare il giudizio ma più a monte dallo stesso diritto che si ritiene leso, dalla situazione giuridica bisognevole di intervento giudiziario.

La teoria di Chiovenda sull'azione fu anticipata nel palcoscenico della scienza processualistica dei primi del Novecento da Vincenzo Simoncelli che riprese la costruzione di Windscheid²⁰ il quale vedeva nell'*actio* romana la

¹⁸ H.J. Sumner Maine, *Ancient Law*, London 2005.

¹⁹ P. Saredo, *Istituzioni di procedura civile precedute dall'esposizione dell'ordinamento giudiziario italiano*, Firenze 1873, p. 181

²⁰ B. Windscheid, *Diritto delle Pandette*, trad. it. C. Fadda, P.E. Bensa, Torino 1925, I, pp. 123-124: «Per ciò che qui si è chiamato ragione, i Romani non hanno una espressione immediatamente corrispondente. Anzi può dirsi, che ad essi ne manca il concetto. Ma essi hanno un altro concetto, che ne tiene il posto. Questo concetto è quello dell'*actio*. *Actio*, nella gradazione dei suoi significati sempre più restringentesi, è: atto; dibattito (con un altro); dibattito giudiziale; dibattito giudiziale contenzioso; dibattito giudiziale contenzioso, con riferimento speciale a colui che attacca, peperò persecuzione giudiziaria, ciò che noi chiamiamo azione [Klange], persecuzione giudiziaria, azione, non concepita come fatto, ma come pertinenza giuridica. E quest'ultimo concetto, che si fa valere per indicare ciò che noi vogliamo designare, dicendo ragione. Non si può dire, che l'*actio* romana sia la nostra ragione;

domanda di difesa giudiziale di un diritto con riferimento specifico al comportamento dell'attore che, solo in forza di una *legis actio* concessa dallo Stato, dava avvio ad una vera e propria «persecuzione giudiziaria» in applicazione del principio dello *ius persecuendi in iudicio quod sibi debetur*. Al di là del fatto che l'azione fosse dunque percepita da Simoncelli come un elemento di confine tra il diritto pubblico e il diritto privato in quanto se da un lato viene attivata per porre rimedio ad un conflitto di interessi tra le parti, per dare soluzione ad una situazione giuridica controversa tra privati, dall'altro lato essa si rende idonea a tal fine solo se riconosciuta dallo Stato legislatore nel versante del diritto pubblico, per quanto concerne gli aspetti contenutistici riteneva che «il diritto di agire, l'azione, non combacia necessariamente col diritto di iniziare il giudizio, col diritto di fare una istanza; e che l'esposizione della pretesa o ragione dell'attore nel momento in cui egli promuove su di essa l'esame dell'organo di giurisdizione non è l'azione, bensì l'istanza giudiziale». Inoltre è ritenuta sufficiente per esercitare tale istanza giudiziale «l'opinione del diritto e dell'azione» che può dar luogo ad una azione pretesa e non ad una azione fondata²¹: per dare avvio all'iter processuale non occorre possedere un diritto soggettivo o averne sofferto in qualche modo la violazione ma semplicemente un diritto preteso.

Ma questa definizione di Simoncelli è solo un aspetto embrionale della successiva costruzione teorica di Chiovenda. La concezione dogmatica del processo si connette strettamente al concetto chiovendiano di azione: se il processo è visto come organismo generale di attuazione della legge e non dei singoli diritti soggettivi (delle singole obbligazioni, secondo la terminologia di Chiovenda)²², l'azione è vista come mezzo per ottenere nel processo

nel concetto di *actio* romana si comprende un elemento, che non si contiene nel nostro concetto di ragione, l'elemento del tribunale, della sua udienza e della tutela giudiziaria, della possibilità di ottenere dal giudice l'accoglimento della propria istanza. Ma è ben lungi dall'esser vero, che i Romani, quando parlano di *actio*, pensino sempre questo elemento nel suo valore specifico; in un numero straordinario di casi, nel loro concetto essa non ha altro senso, che quello d'un riconoscimento giuridico dell'istanza. Secondo un modo di concepire a loro assai comune, la possibilità di far valere in giudizio una ragione è una espressione del suo riconoscimento giuridico in genere; invece di dire: una ragione è assistita dal diritto, essi dicono: essa è assistita dal giudice. Ciò che noi diciamo ragione giuridica, pei Romani è ragione giudiziaria».

²¹ V. Simoncelli, *Lezioni di diritto giudiziario dettate dal prof. Vincenzo Simoncelli nell'Università di Roma l'anno 1900-1901, raccolte da Ottorino Petroni*, Roma 1901, p. 218.

²² Parlando di obbligazione, secondo Chiovenda, si intende ogni diritto a una prestazione, perché ogni diritto, assoluto o relativo, tendente a una prestazione (positiva o negativa), si presenta come obbligazione nel processo: cfr. G. Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, cit., p. 46. In questa prospettiva, si vede precisato che mentre la obbligazione per sé impegna l'obbligato a procurare al creditore un bene della vita mediante la propria prestazione, la

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

L'azione è, dunque, un potere che spetta al singolo di fronte all'avversario, il quale resta semplicemente ad esso soggetto (non essendo tenuto a soddisfare l'altrui pretesa ma non potendo neppure impedirlo), e che produce l'effetto giuridico dell'attuazione della legge. Per questo si configura come un bene e un diritto per sé stante. Anzi, azione ed obbligazione (nel significato che sopra si è visto) sono due diritti soggettivi che, per quanto in stretto collegamento, sono tuttavia separati e la cui unità copre la volontà concreta della legge che va sotto il nome di diritto oggettivo.

La loro distinzione, ossia il fatto che l'azione è altro dal diritto soggettivo, dall'obbligazione e soprattutto non è il mezzo per dare ad essa attuazione (ma, viceversa, per dare realizzazione alla legge), si coglie in ciò, che l'azione – come diritto autonomo – nasce e si estingue indipendentemente dall'obbligazione: «l'azione di condanna si consuma coll'emanazione della sentenza definitiva, sebbene l'obbligazione resti in vita»²³ nonché nel fatto che diversa è la norma che regola l'obbligazione (i.e. il diritto soggettivo sostanziale) e la norma che regola l'azione, la quale è assoggettata alla legge processuale.

Anche su questa separazione netta tra diritto soggettivo e azione, benché parli di azione non come diritto soggettivo privato ma come diritto soggettivo pubblico o come diritto soggettivo processuale, Carnelutti dimostra una visione più evoluta rispetto a quella di Chiovenda, anche sulla base dell'interpretazione delle norme del nuovo codice e proprio del principio della integrazione della dogmatica con la clinica del diritto.

Il giurista udinese ritiene pacifico che spetti alle parti un diritto soggettivo a carattere schiettamente processuale denominato azione secondo il quale si denota l'agire in giudizio, vale a dire lo svolgere attività per la tutela dell'interesse

volontà della legge (che trova attuazione con il processo) mira a garantire il creditore (qualora non vi sia la spontanea attuazione da parte dell'obbligato, ossia l'adempimento) «con tutti gli altri possibili mezzi» all'infuori dell'obbligazione.

²³ *Ibid.*, p. 47.

della parte mediante il processo. Riconosce, peraltro, Carnelutti lo sforzo che la scienza giuridica ha fatto per distinguere il diritto soggettivo materiale dal diritto soggettivo processuale che ha portato alla definizione di azione come diritto soggettivo rituale delle parti tanto che la distinzione tra i due diritti riguarderebbe sia il loro contenuto sia il loro soggetto passivo:

Il diritto soggettivo materiale ha per contenuto la prevalenza dell'interesse in lite e per soggetto passivo l'altra parte; il diritto soggettivo processuale ha per contenuto la prevalenza dell'interesse alla composizione della lite e per soggetto passivo il giudice o in genere quel membro dell'ufficio, al quale spetta provvedere sulla domanda²⁴.

Tuttavia, dopo aver compulsato il codice che fa presumere l'esistenza dell'azione all'art. 55 ove il legislatore ritiene che il giudice è civilmente responsabile quando senza giusto motivo rifiuta, omette o ritarda di provvedere sulle domande o istanze delle parti, perché la responsabilità per non aver provveduto suppone l'obbligo di provvedere, di provvedere a rispondere alla domanda, Carnelutti non riesce a pensare ad una domanda slegata al diritto soggettivo delle parti il cui esercizio è costituito proprio dalla domanda.

Dunque, nel pensiero di Carnelutti continua ad esistere la distinzione tra diritto e azione ma si ha l'idea che tale divario sia affievolito rispetto a quello presente in Chiovenda come se non potesse esistere ed essere concepita l'azione indipendentemente dalla asserita lesione di un diritto soggettivo²⁵.

Ovviamente l'influenza del pensiero di Chiovenda a riguardo sembra essere significativa e non fa certo ancora preludere a quello scenario di ribaltamento della costruzione teorica suddetta che avvenne definitivamente in Salvatore Satta²⁶.

²⁴ F. Carnelutti, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, cit., vol. I, p. 206.

²⁵ *Ibid.*, p. 207. Spingerebbe ad una visione progredita rispetto a quella chiovendiana del rapporto tra diritto e azione la stessa classificazione delle azioni riconducibili non ad un diritto unico ma ad una categoria di diritti. Si avrebbero dunque: l'azione cognitiva; l'azione cognitiva principale accessoria; l'azione cognitiva ordinaria o privilegiata; l'azione esecutiva; l'azione di espropriazione; l'azione esecutiva principale o accessoria; l'azione esecutiva ordinaria o privilegiata; l'azione cautelare; l'azione possessoria; l'azione volontaria.

²⁶ Cfr. G. Ferri, *Tra dogmatismo e antidogmatismo. Considerazioni sugli studi processual-civilistici alla Sapienza romana*, cit., pp. 4 ss. Si veda più segnatamente S. Satta, *Azione*, in *Enciclopedia del diritto*, IV, Milano 1959, pp. 653-659. La voce enciclopedica «Azione», condivisa con Riccardo Orestano, riflette gli approdi di un più maturo e innovativo metodo storico che non tarda ad inserirsi nel vivace, e già avviato, dibattito che animava i maggiori interpreti della dottrina processual-civilistica del tempo. Ampio spazio è riservato dal romanista all'evoluzione del pensiero di Salvatore Satta, in quanto scaturita da una lunga e approfondita esperienza concreta del diritto, anziché da una pura impostazione speculativa. Se in primo tempo – secondo Orestano – Satta aveva sostenuto la tesi che l'azione processuale non sarebbe stato

3. Il Trattato del processo civile italiano: *l'articolarsi del rapporto tra diritto e processo*

Diritto e processo del 1958 che apre, con un vero e proprio volume, il *Trattato del processo civile italiano* fondato e diretto da Carnelutti, vale a giustificare il ricorso della scienza giuridica alla dogmatica, intesa non più come mera astrazione di concetti giuridici, ma come lavoro di calcolo che il giurista opera sulla base delle leggi concrete che regolano i rapporti tra gli individui. Una valutazione di un nuovo modo di concepire la dogmatica piuttosto che una rivalutazione della stessa appare dunque il messaggio che il giurista udinese vuole imprimere a questo lavoro di *équipe* di cui lo stesso direttore teme fin dall'inizio, ma non lo arresta nell'ultimare l'opera, problemi di risultato legati alla diversa formazione degli autori:

Ma il lavoro collettivo pone il formidabile problema della *versio in unum*. Una somma di monografie, purtroppo, non basta a fare un trattato. Si rischia sempre, più o meno, di cadere nello scandalo della torre di Babele. Certo la collaborazione integra le forze e supplisce alle deficienze di ciascuno; ma il passivo di questo attivo è il pericolo della sconnessione se non della contraddizione²⁷.

La dogmatica è percepita come ricerca dei principi intesi come radici nascoste che il giurista deve scavare per trarre fuori. Questo spiega il nesso tra la dogmatica e il sistema:

Per costruire bisogna collegare. Le norme sono come i mattoni, che debbono essere legati con la calce per farne un edificio. I principi saltano fuori scrutando quello che c'è tra norma e norma. Vuol dire che i principi sono le leggi delle leggi²⁸.

altro che la forma necessaria di esercizio dell'azione, dunque un mero fatto, e che alla base di esso vi sarebbe stato il diritto soggettivo a cui l'azione sarebbe stata indissolubilmente legata condividendone la natura sostanziale, per poi successivamente rovesciare il suo punto di vista ritenendo che l'azione non è un diritto, ma è il diritto stesso che si concreta nell'azione, non avendo altro contenuto che l'azione, non essendo altro che azione, in una riflessione più matura aveva criticato sia l'idea unitaria dell'azione e della sua autonomia, sia la riduzione ad unità sostanziale dei termini diritto-azione. Questa critica viene fondata sull'analisi del rapporto tra soggetto e ordinamento giuridico, tra azione e ordinamento giuridico. Satta infatti afferma che «l'azione non può essere intesa se non in una integrale visione dell'ordinamento giuridico, della quale costituisce il momento centrale ed essenziale, perché è solo per essa che si può parlare di giuridicità dell'ordinamento». Il rapporto tra soggetto e ordinamento è tale per cui l'azione non può essere definita né come diritto né come potere «ma come effettivo e concreto postulare l'ordinamento giuridico in proprio favore, in definitiva come fatto».

²⁷ F. Carnelutti, *Diritto e processo*, in *Trattato del processo civile*, Napoli 1958, p. VI.

²⁸ *Ibid.*, p. IX. Che la dogmatica consiste in una sistemazione di concetti Carnelutti lo aveva

Le leggi sono quel tanto dell'ordine che l'intelletto umano riesce ad afferrare e l'ordine è il principio basilare:

Il principio, al singolare, il quale *vertit in unum* le diversità; ma che, proprio per quella limitazione, si rivela solo nella diversità: perciò l'ordine si risolve in una molteplicità di leggi. Ora, poiché le leggi sono il modo, attraverso il quale si scopre il principio, non tanto è possibile quanto è utile chiamarle principi; derivazioni dal principio, in una parola. Così la natura delle leggi si pone a fuoco, e nello stesso tempo meglio si distinguono dalle leggi giuridiche le leggi naturali del diritto. Al fondo questa ricerca dei principi è piuttosto che ricerca del come, ricerca del perché il processo civile è quello che è. In questo senso la dogmatica ha anzitutto un compito introduttivo; verrà poi, con i singoli tomi dedicati ai singoli istituti del processo, quella esposizione del come, attraverso la quale il Trattato avrà il suo svolgimento²⁹.

La scienza giuridica è, dunque, volta non a costruire principi su cui devono impiantarsi le leggi ma desumere i principi dalle leggi stesse e in questo si concretizza la nuova idea di dogmatica.

Questa idea si sostanzia fin da subito nella critica alla tesi avanzata da Giuseppe Suppiej secondo la quale «ordinamento giuridico» significa ordinamento «che è diritto» confondendo l'aggettivo con il sostantivo³⁰. Essendo la parola giuridico un aggettivo, secondo Carnelutti, non può equivalere al sostantivo ma deve riferirsi ad un concetto diverso e per sapere cosa sia il diritto si deve dunque scoprire in che cosa l'ordinamento giuridico differisce dall'ordinamento non giuridico. Ogni ordinamento è costituito di norme o regole e ogni ordinamento si risolve in una istituzione: da questo deriva che la concezione normativa come la concezione istituzionale del diritto sono punti di vista utili per chiarire l'idea dell'ordinamento ma non sufficienti a definire la sua giuridicità. La giuridicità dell'ordinamento si ha collegando l'idea del diritto con quella del dovere perché nel dovere si coglie il *prius* del diritto e, dunque, un ordinamento è giuridico in quanto costituisce doveri. Il dovere a sua volta è un carattere necessario ma non sufficiente della giuridicità perché vi è una differenza tra dovere giuridico e dovere morale: il dovere morale procede dalla libertà; il dovere giuridico procede dal potere³¹. Il carattere necessario per

intuito fin dai primi studi di teoria generale (cfr. Id., *Scienza del diritto*, in *Discorsi intorno al diritto*, Padova 1937, pp. 71 ss.); ma all'epoca non aveva ancora approfondito il significato di concetto e quale ne fosse il rapporto con il giudizio (cfr. Id., *Meditazioni*, vol. I, Roma 1942, p. 63; Id., *Dialoghi con Francesco*, Roma 1947, pp. 169 ss., pp. 417 ss.; Id., *Nuove riflessioni sul giudizio giuridico*, in «Rivista di diritto processuale», I (1956), p. 81).

²⁹ Id., *Diritto e processo*, cit., p. IX.

³⁰ G. Suppiej, *Preliminari a una dottrina del diritto*, in «Rivista italiana per le scienze giuridiche», 1955-1956, p. 478.

³¹ Sul punto ancor più rilevanti gli studi di F. Carnelutti, *Morale e diritto*, in *Discorsi intorno al*

la definizione del diritto, per Carnelutti, è la combinazione del dovere e del potere, combinazione che avviene nel comando e che pertanto qualifica l'ordinamento giuridico come ordinamento imperativo.

Distinguendo così il diritto dall'ordinamento e considerando il diritto come ciò che qualifica l'ordinamento, il giurista udinese definisce concretamente il diritto come «il metodo per mettere ordine tra gli uomini mediante il comando»³². Su questa definizione di diritto inteso come metodo nasce e si sviluppa la definizione altrettanto concreta di processo:

Processo, da procedere, nel significato originario, non vuol dire altro che svolgimento; qualche cosa che opera nel tempo. E metodo, a sua volta, significa cammino verso una meta. Metodo e processo esprimono dunque la medesima idea, con diverso riferimento al luogo o al tempo. In questo senso, dire che il diritto è un processo non sarebbe punto un errore.

Ma per processo i giuristi intendono non uno svolgimento qualunque, bensì quella sequela di atti, che si svolgono ordinariamente dai giudici nei tribunali. Processo, in altre parole, si adopera dai giuristi in vece di giudizio; e non di qualunque giudizio, ma di quel giudizio, il quale si compie, secondo determinate regole e con particolari solennità, per accertare e punire un reato oppure per decidere una lite. Il processo è dunque, grosso modo, a sua volta, un metodo per giudicare gli uomini³³.

Altro approccio antidogmatico è nello studio dei rapporti tra diritto e processo che significa per Carnelutti stabilire come il processo serve al diritto inteso oggettivamente³⁴ e come il diritto serve al processo. La scelta di questo studio avviene nell'ambito del processo civile di cognizione perché in esso si sono elaborati il maggior numero di concetti e si sono scoperti il maggior numero dei principi dei quali si serve la scienza moderna del diritto processuale. Il metodo – e questo il punto da sottolineare in questa sede – non è quello sistematico ma quello storico:

Mi sembra che seguire, in certa guisa, l'ordine storico piuttosto che l'ordine logico sua un punto di vista assai utile per capire come si sono formati i concetti e come si sono scoperti i principi, con i quali la conoscenza del processo civile è diventata una scienza e potrà in avvenire portare anche più meritamente questo nome. Mi pare che la ricerca possa riuscire più agevole e penetrante liberandola da ogni

diritto, vol. II, Padova 1953, pp. 31 ss. e Id., *Arte del diritto*, Padova 1949, pp. 101 ss.

³² F. Carnelutti, *Diritto e processo*, cit., p. 2.

³³ *Ibid.*, p. 3.

³⁴ La formula diritto e processo era una formula già usata nell'Ottocento e nel Novecento ma attribuendo al termine diritto il significato di diritto soggettivo: così A.S. Schultze, *Privatrecht und Prozess in ihrer Wechselbeziehung*, Freiburg und Tübingen 1883; J. Binder, *Prozess und Recht*, Leipzig 1927; E. Fazzalari, *Note in tema di diritto e processo*, Napoli 1957.

troppo rigorosa esigenza sistematica e lasciandola scorrere sul filo della storia. Non è certo una storia delle dottrine quella che sto facendo; piuttosto una ricognizione delle vie, attraverso le quali siamo riusciti e meglio potremo riuscire a dipanare una matassa assai imbrogliata³⁵.

L'ordine di questa trattazione non sistematica riguarda in primo luogo le forze che operano nel processo e che si possono sintetizzare con la formula della giurisdizione e dell'azione³⁶; in secondo luogo gli strumenti con i quali esse operano e sono le prove e le norme³⁷; in terzo luogo lo svolgimento dell'operazione che prende il nome di procedimento vale a dire il collegamento causale del complesso di atti che si svolgono per l'adempimento della legge³⁸; infine il giudicato con cui si chiude il processo civile di cognizione e che si sostanzia in ciò che il giudice deve riconoscere alle parti al fine di assicurarne la civile convivenza³⁹.

Particolare rilievo concreto viene attribuito al problema della imparzialità del giudice che viene fatta rientrare da Carnelutti nelle cause del valore logico del giudicato in quanto il magistrato giudicante dovrebbe conoscere gli atti di causa solo attraverso quanto trasmesso dalle parti e quanto evidenziato dalle prove: un meccanismo che consiste nel fornire al giudice un'informazione parziale come garanzia della sua valutazione al fine di privarlo, come riteneva Friedrich Stein, del suo «sapere privato»⁴⁰ sui fatti del processo⁴¹. Al tradizionale principio di equidistanza del giudice dalle parti, principio assolutamente ipostatizzato, il giurista udinese invece nutre, sul piano di una percezione concreta, molte perplessità, le stesse che nella lezione del 1946, tenuta presso l'Università di Montevideo, verserà sul processo di Norimberga:

Queste però sono cose tanto facili da dire quanto, purtroppo, difficili da mettere in pratica. Basta riflettere che essere imparziali significa non essere parte; ma il giudice, poiché non è se non un uomo, non può non essere parte. Ciò vuol dire, in termini meno astratti, un individuo con le sue simpatie e le sue antipatie, le sue relazioni, i suoi interessi, infine con quel suo misterioso modo di essere che sono le predilezioni. Pretendere la imparzialità del giudice è pertanto qualcosa come cercare la quadratura del circolo. Bisognerebbe far vivere il giudice sotto una campana di vetro; e forse non basterebbe ancora; o, peggio, non gioverebbe, perché gli farebbe perdere l'umanità, cioè, prima di tutto, la comprensione, che

³⁵ F. Carnelutti, *Diritto e processo*, cit., p. 69.

³⁶ *Ibid.*, pp. 70 ss.

³⁷ *Ibid.*, pp. 96 ss.

³⁸ *Ibid.*, pp. 142 ss.

³⁹ *Ibid.*, pp. 254 ss.

⁴⁰ F. Stein, *Das private Wissen des Richters*, Leipzig 1893.

⁴¹ F. Carnelutti, *Diritto e processo*, cit., p. 256.

viene dal saper vivere la vita degli altri⁴².

4. *L'ospite di Eduardo J. Couture: la lezione uruguaiana del 1946 agli studenti di Montevideo*

Gli studi sulla vita, la produzione scientifica, il carteggio e la biblioteca di Eduardo J. Couture, un processualista uruguaiano antidogmatico della prima metà del Novecento che ebbe significativi rapporti, specie nel periodo delle leggi razziali, con giuristi europei e italiani come Renato Treves, Enrico Tullio Liebman, Tullio Ascarelli, Giorgio Del Vecchio, Piero Calamandrei⁴³, hanno fatto emergere dal suo archivio privato la registrazione della lezione che Carnelutti, ospite di Couture, tenne nel 1946 agli studenti dell'Università di Montevideo. L'affiatamento che Mario Losano riconosce tra Couture e Calamandrei è lo stesso che si può tratteggiare tra la personalità scientifica del processualista uruguayano e quella di Carnelutti: «Il loro affiatamento derivava anche dal comune atteggiamento contrario a ogni dogmatismo nella scienza e ad ogni dittatura in politica. In particolare, a Couture era estraneo il formalismo giuridico, cui preferiva una concezione vitale e culturale del diritto»⁴⁴.

La lezione, che sembra vicina al genere delle prolusioni non per linguaggio quanto piuttosto per la diversità dei temi toccati e per la capacità di sintesi del pensiero complessivo dell'autore, si incentra prevalentemente sul rapporto tra diritto e processo che costituisce il punto di arrivo di un lungo cammino (già percorso nelle *Istituzioni* e che poi riprese nel primo volume del *Trattato del processo civile italiano*) del quale Carnelutti sottolinea l'importanza di ricostruire l'iter storico nonché etimologico. Alle origini, almeno per quanto riguarda il pensiero latino, non si parlava di processo ma di *iudicium*, come avevano messo in evidenza storici del diritto più o meno coevi al giurista udinese come Leopold Wenger⁴⁵, Vittorio Scialoja⁴⁶, Vincenzo Arangio Ruiz⁴⁷, Carlo Gioffredi⁴⁸. Chiamandosi *ius* quello che viene definito in età moderna diritto, è sottolineata

⁴² *Ibid.*, p. 74.

⁴³ Sul punto illuminanti le pagine di M. Losano, *Tra Uruguay e Italia: Couture e Calamandrei, due giuristi democratici nell'epoca delle dittature europee*, in M.R. Polotto, T. Keiser, T. Duve, *Derecho privado y modernización. América Latina y Europa en la primera mitad del siglo XX*, Frankfurt 2015, pp. 275-311.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 287.

⁴⁵ L. Wenger, *Istituzioni di procedura civile romana*, trad. R. Orestano, Milano 1938.

⁴⁶ V. Scialoja, *Corso di istituzioni di diritto romano*, Roma 1912, pp. 515 ss.

⁴⁷ V. Arangio Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli 1934, pp. 107 ss.

⁴⁸ C. Gioffredi, *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, Roma 1955.

la stretta parentela semantica tra *ius* e *iudicium* e il problema della precedenza dell'uno o dell'altro concetto. Sulla base della struttura delle parole verrebbe sul piano logico prima lo *ius* e poi il *iudicium* che è composto non a caso con il verbo *dicere* e con il sostantivo *ius*. Tuttavia, per Carnelutti il rapporto tra *ius* e *iudicium* è lo stesso che intercorre tra il pensiero e la parola: un rapporto circolare essendo *iudicium* incarnazione di *ius* e non esistendo il diritto se non incarnato. Al giudizio è poi strettamente legata la giustizia: il giudizio serve a stabilire ciò che è giusto; *iustum* è ciò che risponde allo *ius*. A sua volta la giustizia è strettamente legata al *suum* nella formula triadica *honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere* ove il primo e il secondo dei termini si risolvono nel terzo: non vive onestamente senza ledere alcun altro chi non attribuisce a ciascuno il suo. A sua volta il *suum* è strettamente legato al valore: ciascuno deve avere secondo quanto vale, cioè quanto merita di avere. Il *iudicium*, dunque, serve a stabilire il valore del soggetto e così a conseguire o almeno a perseguire la giustizia: è giusto che ciascuno abbia il suo, cioè quello che merita di avere e per questo *ius* e *iustum* sono due aspetti della medesima cosa in quanto il mio diritto è ciò che spetta al soggetto secondo giustizia.

Diritto e processo⁴⁹

Ho pensato che dopo avervi parlato del metodo, giovasse che io cerchi di indagare con voi quel tema dei rapporti tra processo e diritto che in fondo rappresenta la evoluzione della mia vita di giurista perché, come voi sapete, io ho cominciato come uno studioso del diritto processuale e, se non mi inganno, sono conosciuto nell'America Latina e particolarmente da voi, come suole che si suole chiamare, un processualista; poi man mano ampliando le mie ricerche e oggi non dico di meritare ma confesso di aspirare al titolo non più di processualista ma di giurista.

Che cosa significa questa evoluzione o in altri termini quali sono i rapporti tra il diritto e il processo o in altri termini ancora, termini propri della scienza moderna, come si concepisce il diritto processuale di fronte al diritto in genere? E, quindi, particolarmente di fronte a quel diritto che per essere non processuale si chiama diritto materiale?

Cerchiamo di riannodare questa lezione alla lezione precedente. Voi ricordate che in principio io vi ho richiamato a una nozione empirica del diritto. Vi ho detto, ricordatevi giovani, che il diritto è la realtà della vita considerato in un certo aspetto: vi ho detto quando pensate al diritto pensate ai legislatori che formano le leggi, ai giudici che formano le sentenze, ai negozianti che formano i contratti, ai moribondi che formano i testamenti e via dicendo.

Se voi tenete presente questa definizione superficiale empirica voi siete tentati di dedurre che i rapporti tra diritto e processo o se vi piace tra diritto in generale e quella specie di diritto che voi studenti siete già abituati a chiamare diritto processuale sono rapporti dal tutto alla parte: il processo sarebbe qualche cosa che tiene una nozione, no diciamo meglio, una figura di parte rispetto al diritto. È così e non è così!

Bisogna prima di tutto ricordare che se oggi il fenomeno processuale rappresenta una parte del complesso dei fenomeni giuridici che vedremo subito come si differenzi dagli altri, non sempre è stato così. È bene prima di tutto di fermare la nostra attenzione sui caratteri esteriori, sempre empiricamente rilevati, del fenomeno processuale in confronto al fenomeno giuridico in genere. Questi caratteri si possono considerare sotto due aspetti: sotto l'aspetto della funzione e sotto quello della struttura.

L'amico Couture, nella sua esposizione preliminare così lusinghiera, ha richiamato questa distinzione fondamentale che fa parte del mio metodo tra funzione e struttura. Se voi considerate dal punto di vista della struttura ciò che si fa nel processo, per esempio ciò che si fa nel tribunale in confronto a ciò che si fa nel parlamento vedrete che vi è questa diversità che nel parlamento si fa del diritto in generale e nel tribunale o nella corte si fa del diritto in

⁴⁹ Si tratta evidentemente di una lezione svolta nell'ambito di un ciclo di lezioni che Couture ha affidato a Carnelutti. Infatti il giurista italiano in apertura dice: «Il titolo di questa mia seconda lezione - meglio che il titolo, il progetto - l'argomento è stato scelto con particolare riguardo a quella che poteva essere la utilità della mia comunicazione con voi che purtroppo non per voi ma per me si esaurisce nel giro di tre ore». L'argomento, visto il primo tema trattato, fa presumere al rapporto tra diritto e processo.

particolare. Se mi permettete, io mi valgo di una delle mie solite metafore le quali agevoleranno la comprensione del concetto: in parlamento si fabbrica il diritto in serie invece nei tribunali si fabbrica il diritto caso per caso. La differenza è quella stessa, che non è lusinghiero per il parlamento, che tra le scarpe fatte che si vedono nella vetrina e le scarpe fabbricate su misura; questo è il carattere esteriore funzionale.

Vi è un carattere strutturale sul quale è pure bene fermarci un momento e meditare. Non c'è dubbio. Io non so se avrò il tempo e il modo in questa o nella ventura lezione di parlarne. In ogni modo è bene che fin da adesso voi fermiate l'attenzione su quello che sto per dire. Non c'è dubbio che il diritto è fatto per le parti. I consumatori di questo prodotto che si chiama il diritto, quelli in altre parole, e permettetemi di ritornare sul volgarissimo paragone, che debbono calzare le scarpe sono le parti, senonché voi vedete, e questo si richiama in fondo alla differenza di funzione, che in parlamento le parti non compariscono, sono quelle che qualche volta godono e il più delle volte soffrono di quello che nel parlamento si fa ma sono occulte, mentre davanti ai giudici le parti tengono una posizione di primo piano. Il che mi permette di dire – con una formula della quale il significato potrete comprendere più tardi – che il diritto, in quella che io chiamo la officina processuale o giudiziaria, si fa in collaborazione delle parti, mentre invece in quell'altra che si può chiamare la officina legislativa o se volete anche, dato un regime democratico, parlamentare, il diritto si fa senza questa collaborazione.

Ora quello che mi preme di dirvi è che se oggi voi vedete che il diritto si fa in uno o nell'altro modo una volta non era così, una volta, mi riferisco alle origini del diritto, perché badate che il problema dei rapporti tra diritto e processo è il problema della origine del diritto!

Questo vuol dire che al principio il diritto non era che processuale o in altri termini che non vi era altro modo di formazione del diritto che non sia stato il processo. Mi direte voi prove di questa affermazione che il diritto nasce come processo o che in altri termini il processo è la matrice del diritto: una quantità! È una indagine storica che noi facciamo. Se si tratta del diritto nella forma che noi conosciamo di più, nella forma più antica, in quella che perciò crediamo molti essere la sola forma del diritto, bisogna naturalmente scrutare nelle ombre non tanto della storia quanto della preistoria. E direte voi sono indagini difficili da fare perché noi non riusciamo più a cogliere con la esperienza o meglio con la osservazione diretta l'uomo in quella condizione originaria in cui il diritto è cominciato a formarsi. Noi siamo in cospetto di un diritto formato ed è difficilissimo risalire alle origini.

Ma voi sapete che anche la storia come la fisica non si serve soltanto della esperienza ma anche del ragionamento. Chi di voi non conosce la differenza che corre tra la fisica sperimentale e la fisica matematica? E chi di voi non sa quale aiuto la fisica matematica presta alla fisica sperimentale? Dove non arrivano i nostri occhi arriva il nostro ragionamento! Badate che queste sono parole che si possono prendere alla lettera!

Voi sapete che adesso si parla di astronomia, una volta si parlava di fisica celeste. La fisica celeste ha cominciato nelle sue osservazioni ad aiutarsi con il cannocchiale ma dove il cannocchiale non arrivava è arrivata la luce del ragionamento: un bel giorno un astronomo ha detto bah là la stella non si vede ancora ma si vedrà, ci deve essere perché il contegno di altre

stelle che io vedo è tale che non può spiegarsi senza la esistenza di un astro ancora invisibile! Questi sono i prodigi della fisica matematica e potete pensare all'ebbrezza che deve aver provato l'astronomo il giorno in cui un cannocchiale più perfezionato gli ha permesso di sorprendere Nettuno che era già stato battezzato in quella precisa posizione, che era stata individuata prima per il miracolo del calcolo.

Beh l'aiuto della ragione non è mica soltanto proprio dei fisici anche noi abbiamo... l'uomo incivile noi arriviamo poco ad osservarlo, sapete che c'è un ramo della scienza giuridica che si è sviluppato particolarmente in Germania e che i tedeschi hanno battezzato etnologia o etnografia che vorrebbe studiare il sorgere del diritto presso quei popoli che si trovano ora in uno stato inferiore di civiltà, così da poter immaginarsi che siano nella condizione dell'uomo preistorico.

I risultati dell'etnografia non sono stati eccellenti, non sono da trascurare ma non sono stati eccellenti, piuttosto la glottologia ci può aiutare! Anche la glottologia è una scienza sperimentale, anche la glottologia con la osservazione fa quello che può, anche la glottologia potrebbe e dovrebbe domandare aiuto non dico alla matematica ma al ragionamento. Per esempio i glottologi non hanno scoperto ancora la parentela che unisce queste due parole della lingua latina. Ricordatevi quello che vi ho detto ieri l'altro studiate il latino voi che siete neolatini, ius e iungo: ius vuol dire diritto, iungo vuol dire unisco.

Badate, il miracolo della intuizione musicale donde sorge il linguaggio è scoperto non tanto da questa innegabile parentela quanto dall'altra tra ius e iugum, giogo – non so come voi in spagnolo lo chiamate – il giogo che si impone ai bovi. Non c'è dubbio che anche lo iugum come il diritto grava sulla gente, ma grava perché si impone il giogo ai bovi per unirli, il giogo non è fatto per un bue solo, il giogo è fatto per due, il giogo è fatto perché i due, dei quali uno tirerebbe a sinistra e l'altro tirerebbe a destra, le parti, ricordatevi bene, tirino dritti vale a dire siano uniti. Vi ho detto queste parole perché voi possiate assaporare il miracolo della parola da una parte e il contributo meraviglioso che potrebbe dare alla glottologia!

Ma non era precisamente sulla parentela tra ius e iungo o tra ius e iugum, non ignota ai romanisti, che io volevo richiamarvi, ma alla parentela tra ius e iudicium, iudex. Quello che oggi alla tedesca si chiama processo una volta alla latina si chiamava giudizio; in Italia noi parlavamo non di diritto processuale ma di diritto giudiziario.

La figura centrale del giudizio è il giudice e il giudice, torniamo ancora al latino – se ci fosse in mezzo di voi qualcuno il quale stenta a seguirmi ne sarei contento perché sentirà il bisogno di fare da se e quindi di studiarlo il latino! – è quello che ius dicit, vale a dire che dice il diritto. E siccome il diritto si forma dicendo, perché si forma con le parole, è la stessa indagine del linguaggio, la quale vi dimostra che il diritto si è formato per mezzo del iudex cioè del giudice, che è l'organo formatore del diritto.

Vedremo qualche cosa subito del diritto romano quale ci dà la conferma storica e, quindi, empirica di questa verità.

Ma mi urge il bisogno di richiamarvi intorno a quella che è non la osservazione del passato ma del presente perché non è mica vero che le origini del diritto si perdano nella caligine della

storia o della preistoria. Meglio ancora, questo è vero del diritto interindividuale o se vogliamo del diritto singolare, ma un torto dei giuristi è quello di credere – anzi non si può neanche dire torto dei giuristi ormai – che il piano degli individui sia il solo in cui opera il diritto. La verità è che il diritto opera in un altro, anzi in due altri piani o deve operare; non vi è soltanto diritto tra gli individui i quali sono aggiogati dal diritto perché non si facciano la guerra, vi è anche il diritto che tenta di aggiogare i popoli perché non si facciano la guerra e questo si chiama diritto internazionale. E vi è un terzo piano su cui richiamo subito la vostra attenzione e davanti al quale è inutile cercar di chiudere gli occhi come fanno i gatti quando credono di poter non esser veduti in questo modo! C'è un terzo piano del diritto, perché non si fanno la guerra soltanto gli uomini, ricordatevi che l'omicidio e il furto non sono che episodi di guerra tra gli individui, non si fanno la guerra soltanto i popoli, ricordatevi che la guerra non è altro che una serie di furti e di omicidi, ma si fanno la guerra anche le classi o le categorie: lo sciopero e la serrata sono niente altro che forme di guerra i quali quando la civiltà sarà sviluppata dovranno cessare ed essere sostituite (anche quelli!) dalla parola serena e imparziale del giudice. I piani del diritto sono tre. Diritto tra gli individui: diritto interindividuale. Diritto tra i popoli: diritto internazionale. Diritto tra le classi: diritto intersindacale.

Ma dopo questa parentesi lasciamo quest'ultimo e volgiamoci al diritto internazionale. È un errore di credere che il diritto internazionale sia già un diritto. È quello che con una frase classica romana si direbbe una spes iuris, vale a dire una speranza di diritto, è un feto non ancora un uomo nato vivo e vitale e noi assistiamo da decine d'anni, per non dire da secoli, a questi laboriosi tentativi di nascita del diritto i quali purtroppo si sono finora conclusi – e Dio voglia che non siamo in presenza di un altro fenomeno analogo! – non in parti vitali ma in aborti. Il penultimo degli aborti ha avuto luogo a Ginevra, Società delle Nazioni. Ebbene che cosa abbiamo veduto noi a Ginevra? Perché è abortito il diritto? Che cosa era in fondo o che cosa voleva essere la Società delle Nazioni? Niente altro che un collegio di giudici i quali avrebbero dovuto evitare la guerra: Ginevra aveva un torto, il quale io qui debbo sfiorare appena perché il tempo mi manca, capovolgendo la logica del fenomeno aveva fatto precedere il processo civile al processo penale, perché ricordatevi che, per escludere la guerra prima di tutto, occorre punire la guerra e in secondo luogo occorre sostituire alla guerra, come mezzo di soddisfazione del bisogno degli individui e di composizione dei loro conflitti di interessi, un diverso dispositivo o meccanismo che è praticamente il contratto. Non si può proibire ad un uomo di rubare se non gli si permette di comprare: si deve punire l'uomo che ruba e si deve d'altra parte costringere l'uomo che ha venduto a consegnare la cosa e l'uomo che ha comprato a pagare il prezzo.

Ora la nostra tormentosa vita di uomini e particolarmente di europei ha questo di buono che ci permette di assistere alla formazione del diritto internazionale dalla nascita del diritto internazionale. Il fenomeno più imponente sotto questo aspetto prende il nome tragico di Norimberga. A Norimberga noi vediamo il primo tentativo serio di far nascere il diritto internazionale il quale è tentativo di castigare un popolo e non soltanto un individuo: si castiga un popolo castigando gli individui – si capisce – come si castiga una società commerciale

castigando coloro i quali ne costituiscono i gestori! Ma castigare un popolo il quale ha commesso il delitto di fare o provocare la guerra! Il diritto internazionale sta nascendo probabilmente male e perché nasce male perché l'essenza del giudice è l'imparzialità, il giudice deve essere super partes e noi a Norimberga abbiamo veduto una parte che giudica l'altra.