



Francesco P. Luiso

Gli studi sulla giurisdizione di Nicola Picardi

(Intervento all'incontro organizzato dall'Accademia dei Lincei
Il 10 gennaio 2019 "In ricordo di Nicola Picardi")

§ 1. Il *Leitmotiv* degli studi sulla giurisdizione di Nicola Picardi può essere efficacemente sintetizzato parafrasando il titolo della ben nota opera di Friedrich Carl von Savigny "Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft"¹: "Vom Beruf unserer Zeit für Rechtsprechung und Rechtswissenschaft".

La ricerca di P. parte dall'idea, attualmente dominante, che fa della giurisdizione una delle funzioni fondamentali dello Stato, appartenente ad un unico e generalizzato concetto di sovranità nazionale, e si dipana storicamente per evidenziare che non sempre è stato così, che in futuro potrebbe non essere così, e che già oggi vi sono elementi che consentono di dubitare della attuale fondatezza di tale idea.

Tutto ciò si collega e si conclude con quanto N.P. scrive nell'ultima pagina del Suo lavoro: e cioè che occorre "affrontare il problema della ridefinizione della giurisdizione"²: perché in effetti occorre preliminarmente fare chiarezza sul significato delle parole utilizzate.

Della giurisdizione si può avere infatti una nozione oggettiva, come quella che la Corte cost. nella ben nota sentenza del 2001/376 riconobbe anche agli arbitri ["l'arbitrato costituisce un procedimento previsto e disciplinato dal codice di procedura civile per l'applicazione obiettiva del diritto nel caso concreto, ai fini della risoluzione di una controversia, con le garanzie di contraddittorio e di imparzialità tipiche della giurisdizione civile ordinaria"] e che lo stesso P. riconosce agli arbitri nel suo Manuale³; o invece una nozione soggettiva, cioè come attività svolta da un'organizzazione statale ben determinata – quella descritta dall'art. 102 Cost.: <<magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario>> – ovviamente allorché svolgano un'attività volta alla risoluzione delle controversie, mediante un atto che abbia gli effetti ben descritti dall'art. 2909 c.c.

Infatti, gli altri compiti che la legge affida alla magistratura ordinaria – principalmente tutela esecutiva e giurisdizione volontaria – non rientrano in alcun modo nella riserva costituzionale di cui all'art. 102 Cost.

Orbene, cadono acconce a questo proposito due acute osservazioni di N.P.: da un lato, che "all'idea di <<giudice>> è coesistente quella di organo indipendente ed imparziale: il giudice

¹ Che è appunto richiamato all'inizio della Sua opera "La giurisdizione all'alba del terzo millennio", Milano 2007.

² Op. cit., 196.

³ *Manuale del processo civile*, Milano 2013, 718



non appartiene a nessuno⁴”, tant’è che, come nota giustamente l’A., nel processo di impugnazione della sentenza (e, aggiungerei, del lodo) non sono parti dello stesso il giudice o l’arbitro che hanno emesso il provvedimento impugnato. Ciò che discende dalla necessaria indifferenza del decidente rispetto agli interessi in conflitto.

Dall’altro lato, diviene fondamentale osservare che la decisione della controversia, per essere tale, deve essere vincolante. Osserva P. che “la sentenza trae la propria forza soprattutto dall’investitura ufficiale che il giudice ha ricevuto dalla Comunità e dal fatto che egli opera quale organo della stessa⁵”. E dunque il decidente deve essere investito del potere di vincolare alle proprie decisioni anche chi – al contrario di quanto accade nell’arbitrato – a queste decisioni non ha acconsentito.

§ 2. Questa essendo la cornice, l’indagine storica di N.P. si sviluppa come un affascinante romanzo che il lettore divora appassionatamente per scoprirne la conclusione. Del resto, l’A. ci aveva viziati con questi affreschi storici, in cui il passato sembra rivivere nel presente. Basti pensare all’*incipit* de “La trascrizione delle domande giudiziali”, mediante il quale la marchesa di Conflans sembra vivere ancora nell’attualità.

Dunque, non sempre – nota N.P. – la giurisdizione è stata emanazione della sovranità dello Stato. Anzi, per lungo tempo la giurisdizione è rimasta esterna allo Stato, preesistente al potere politico. L’*ordo iudiciarius* era come la moneta, ambedue intangibili da parte del sovrano, e quindi si poneva come controllo del potere politico, perché da quest’ultimo non modificabile.

Questa situazione si è evoluta lentamente nel sistema di *common law*, mentre, nell’Europa continentale, ha avuto una brusca accelerazione con la rivoluzione francese, anche e soprattutto a causa dell’avversione illuministica per il sistema giudiziario precedentemente esistente.

La riconduzione del diritto sostanziale e di quello processuale nell’alveo della sovranità dello Stato non ha tuttavia fatto venir meno le esigenze cui in precedenza dava risposta l’autonomia della *iurisdictio* – intesa nel senso lato con cui la intendeva Bartolo, e cioè comprendente anche la posizione delle regole⁶ – dal potere politico.

Ecco dunque che lo Stato moderno, novello Leviatano, si autolimita come Stato di diritto⁷, creando un *corpus* di magistrati autonomi e indipendenti, soggetti solo alla legge, ed equidistanti dagli interessi in conflitto.

§ 3. Non vi è dubbio, come sottolinea N.P., che la statualità della giurisdizione è entrata in crisi vuoi per il sopraggiungere delle giurisdizioni sovranazionali, vuoi per il riconoscimento di forme non giurisdizionali di risoluzione delle controversie che producono gli stessi effetti dell’art. 2909 c.c.

⁴ Op. cit., 188

⁵ Op. cit., 195

⁶ Op. cit., 87.

⁷ Op. cit., 159.



Tuttavia giustamente P. rileva che “la giurisdizione oggi sembra, quindi, configurarsi come potere indipendente, diffuso e professionale⁸”. In effetti, anche nell’era delle codificazioni, l’apporto della dottrina e della giurisprudenza non è mai venuto meno. Se è consueto dire che la *common law* è *judge made*, è altrettanto vero che il diritto tedesco nel massimo del suo splendore è stato un *Professorenrecht*. E la dottrina francese dell’800, dal canto suo, ha spaziato per tutta l’Europa ed anche fuori di essa, in tutti i paesi di *civil law*, che poi sono la grande maggioranza posto che – sia consentito questo inciso – la *common law* non è mai stata recepita volontariamente in alcuno Stato.

Oggi spesso si lamenta l’eccessiva invadenza e creatività della giurisprudenza. Io non credo che i giudici si arroghino poteri che loro non spettano, finché rimangono negli stessi confini che ha la dottrina.

Talvolta, per la latitanza del legislatore, sono costretti a percorrere sentieri estranei alla scienza giuridica. Si prenda, ad es., il caso del danno non patrimoniale.

Corte Costituzionale 16/10/2014 n. 235 ha esaminato la questione di costituzionalità dell’art. 139 del codice delle assicurazioni – che disciplina il danno non patrimoniale per lesioni di lieve entità – sotto diversi profili. A noi interessa quello con cui si denunciava che tale norma non consente l’”integrale” risarcimento del danno.

Ebbene, la Corte ha superato la questione affermando che: *Il controllo di costituzionalità del meccanismo tabellare di risarcimento del danno biologico introdotto dal censurato art. 139 cod. ass. - per il profilo del prospettato **vulnus al diritto all'integralità del risarcimento del danno alla persona** - va, quindi, condotto non già assumendo **quel diritto come valore assoluto e intangibile**, bensì verificando la ragionevolezza del suo bilanciamento con altri valori, che sia eventualmente alla base della disciplina censurata.*

Il problema però sta a monte: quand’è che il risarcimento al danno alla persona è <<integrale>>? come si quantifica un danno non patrimoniale? Per trasformare un’entità (non patrimoniale) in un’altra entità (patrimoniale) occorre un criterio di conversione.

Per trasformare il volume in peso, il criterio di conversione è che un cm cubo di acqua equivale ad un grammo.

Ma quale criterio di conversione uso per stabilire in termini monetari la perdita del dito di una mano, o la morte di un genitore?

È chiaro che qui necessita un intervento del legislatore: il diritto niente può di fronte a problemi di questo genere.

⁸ Op. cit., 189.



Judicium

IL PROCESSO CIVILE IN ITALIA E IN EUROPA


**Pacini
Giuridica**