



GIANFRANCO STANCO

*Il processo civile in Italia e la
dicotomia tra diritto pubblico e diritto privato (XIX-XX sec.)*

Sommario: 1. La rilevanza costituzionale della giurisdizione nella prospettiva liberale di Lodovico Mortara. – 2. La concezione pubblicistica del processo da Chiovenda a Calamandrei. – 3. Il codice di procedura civile del 1940: principio di autorità e funzione sociale del processo civile.

1. La rilevanza costituzionale della giurisdizione nella prospettiva liberale di Lodovico Mortara.

Secondo Massimo Meccarelli, la figura di Lodovico Mortara è emblematica per indagare sui caratteri dell'esperienza giuridica liberale italiana, con particolare riferimento alla storia dei rapporti tra diritto e giustizia, codice e giurisdizione¹. Il giurista mantovano muoveva dalla rilevanza costituzionale della giurisdizione, che consentiva di attribuire a quest'ultima un ruolo dinamico nel percorso di affermazione dello Stato liberale, dopo l'avvenuto sgretolamento della costruzione assolutistica di antico regime e l'affermazione del monopolio statale anche in materia processuale².

Alla realizzata autonomia della funzione legislativa, era necessario affiancare l'autonomia del potere giudiziario. Come organo diretto della sovranità, questo avrebbe assunto una connotazione di garanzia per l'instaurazione di un ordinamento democratico-rappresentativo, fondato sul principio della separazione dei poteri. Il suo carattere sovrano avrebbe implicato la "separazione organica" dal potere amministrativo³.

Le istanze mortariane non si concretizzarono sul versante della concezione gerarchica e burocratica della funzione giudiziaria, come dimostra anche il fallimento del suo progetto del 1919, ma le riflessioni sul tema delle garanzie della magistratura ebbero un primo punto di approdo nelle riforme Orlando del 1907-1908 e Rodinò del 1921, che estesero l'inaffidabilità ai pretori e consentirono al Consiglio Superiore della Magistratura di esercitare una certa

¹ M. MECCARELLI, *Le Corti di Cassazione nell'Italia unita. Profili sistematici e costituzionali della giurisdizione in una prospettiva comparata (1865-1923)*, Milano, 2005, 193-194.

² N. PICARDI, *Giurisdizione e sovranità. Alle origini della giurisdizione statale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 3, 685-708. Secondo G. TARELLO: «Ogni discorso sulle procedure deve prendere necessariamente le mosse dalla giurisdizione. Fintantoché la giurisdizione nel senso moderno della parola non è stata distinta dalle altre attività amministrative e dalle altre manifestazioni di esercizio del potere politico si sono manifestate tendenze alla differenziazione delle procedure [...] e a concepire le procedure come prassi di ciascun organo giudicante» (*Storia della cultura giuridica moderna*, I. *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976, 41-42).

³ M. MECCARELLI, *Lodovico Mortara*, voce dell'*Enc. it., Il Contributo italiano alla storia del Pensiero*, VIII. *Diritto*, Roma, 2012, 459 ss. Sulla partecipazione della giurisprudenza al progressivo perfezionamento del sistema giuridico, cfr. A. SPINOSA, «L'economia dei codici moderni». *Legislazione e giurisprudenza nella dottrina italiana dell'Ottocento*, in *Quaderni fiorentini*, 2011, 40, 747-780. Tra la fine dell'Ottocento e gli inizi del Novecento si affermò lo Stato amministrativo, inteso come «Stato organizzatore che costituisce una propria forma giuridica, emancipandosi da quella tradizionale dello Stato di diritto fondato sul primato della legislazione e della giurisdizione» (M. FIORAVANTI, *Stato di diritto e Stato amministrativo nell'opera giuridica di Santi Romano* [1986], in ID., *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*, I, Milano, 2001, 407-408). Circa il rapporto tra discrezionalità amministrativa e funzione giurisdizionale nel sistema di Lodovico Mortara, si rinvia a B. SORDI, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo*, Milano, 1985, 301 ss.



qual influenza sulle decisioni ministeriali circa la carriera dei magistrati, almeno fino alla controriforma fascista del 1923-25 e allo scioglimento dell'Associazione generale magistrati d'Italia⁴.

Le esperienze maturate nelle aule universitarie e dei tribunali e tra gli scranni del governo permisero al figlio del rabbino di Mantova di riflettere sui pericoli derivanti dalla burocratizzazione della magistratura e dalla dipendenza del pubblico ministero dal potere esecutivo. Nel medesimo tempo, egli si preoccupò di guardare con diffidenza alle prospettive di autogoverno che, nel nome dell'indipendenza e dell'autonomia, prospettavano nel concreto opzioni di gestione autoreferenziale del potere giurisdizionale, tanto vicine ai costumi professionali del ceto togato di antico regime, quanto lontane dalle esigenze di una società democratica, basata sull'interazione fra i tre rami della sovranità e con qualche segnale di apertura verso le donne, in favore delle quali contribuì all'abolizione dell'autorizzazione maritale⁵.

La prospettata interazione fra i tre rami della sovranità, considerando in chiave giuspositivistica l'esistenza del rapporto di dipendenza tra legge e giurisdizione, poteva funzionare soltanto se a quest'ultima si fosse riconosciuta la qualità di «confine al di là del quale non può estendersi quella che suolsi chiamare la onnipotenza della legge»⁶. Ciò equivaleva a «intendere come nella funzione giurisdizionale si contenga, e nel suo esercizio si spieghi, in vero e proprio senso, una parte della volontà sovrana, regolatrice della convivenza civile, la quale non è autonoma per modo assoluto, vale a dire, non è senza correlazione con quella contenuta nella legge, ma ne rimane tuttavia ben distinta»⁷.

Il pensiero mortariano affondava le sue radici nell'ideologia liberale e nella «sua esperienza come costituzionalista per maturare «nuove vedute nel campo del diritto processuale»⁸, che dovettero fare i conti con l'ascesa delle metodologie della scuola dei pandettisti, veicolate in Italia da Vittorio Scialoja e dal suo allievo Giuseppe Chiovenda⁹. Michele Taruffo, pur riconoscendo alcuni elementi di carattere sistematico nelle opere di Mortara, inseriva il giurista mantovano nell'ambito dell'indirizzo esegetico, mutuato dal modello francese, che, al di là dei

⁴ Cfr. F. VENTURINI, *Un «sindacato» di giudici da Giolitti a Mussolini. L'Associazione generale fra i magistrati italiani, 1909-1926*, Bologna, 1987; P. ALVAZZI DEL FRATE, *Costituzione e ordinamento giudiziario. L'istituzione del Consiglio Superiore della Magistratura*, in *Giornale di storia contemporanea*, 2004, 7, 2, 146-170; A. MENICONI, *Magistrati e ordinamento giudiziario negli anni della dittatura*, in *Lo Stato negli anni Trenta. Istituzioni e regimi fascisti in Europa*, a cura di G. MELIS, Bologna, 2008, 183-200; C. DANUSSO, *Decreti e circolari come strumenti di controllo dell'esecutivo sui magistrati: il problema dei trasferimenti ordinati d'ufficio (1848-1908)*, in *Perpetue appendici e codicilli alle leggi italiane. Le circolari ministeriali, il potere regolamentare e la politica del diritto in Italia tra Otto e Novecento*, a cura di F. COLAO – L. LACCHÈ – C. STORTI – C. VALSECCHI, Macerata, 2011, 629-667.

⁵ Cfr. A. PIZZORUSSO, *Lo Stato moderno e la giustizia nel pensiero di Lodovico Mortara* [1992], in *Foro it.*, 1993, 1, V, 25; G. VERDE, *Vero e falso sull'autogoverno dei giudici secondo Mortara*, in *Quaderni fiorentini*, 1993, 22, 690; F. GENOVESE, *L.M. guardasigilli e il "progetto" impossibile (ovvero l'utopia italiana di una magistratura di estrazione non "burocratica")*, in *Le carte e la storia*, 2004, 10, 191-200; L. LACCHÈ, «Personalmente contrario giuridicamente favorevole». La «sentenza Mortara» e il voto politico alle donne (25 luglio 1906), in *Donne e diritti. Dalla sentenza Mortara del 1906 alla prima avvocata italiana*, a cura di N. SBANO, Bologna, 2004, 99-151.

⁶ *Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile*, a cura di L. MORTARA, I, Milano, 1903, 67. «Questa idea della legge come "statica del diritto obbiettivo" affiancata dalla giurisprudenza "che ne costituisce la dinamica", implica un margine necessariamente creativo per quest'ultima, e, come è stato osservato, pone il giudice "al centro dell'esperienza". Ma si tratta al contempo di un'attività concepita ancora come svolgimento del principio di legalità attraverso la giurisdizione, molteplici correttivi sistematici vengono infatti previsti per evitare il rischio di un "esautoramento della potestà legislativa"» (M. MECCARELLI, *Diritto giurisprudenziale e autonomia del diritto nelle strategie discorsive della scienza giuridica tra Otto e Novecento*, in *Quaderni fiorentini*, 2011, 40, 727).

⁷ *Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile*, a cura di L. MORTARA, cit., I, p. 68. Cfr. anche L. MORTARA, *Istituzioni di ordinamento giudiziario*, Firenze, 1890, 18-19. Secondo N. PICARDI, «la cultura giuridica continentale del XIX e del XX secolo ha considerato la giurisdizione come uno degli attributi essenziali della sovranità ed ha ricostruito un sistema giurisdizionale nettamente orientato su principi pubblicistici, basato sullo statualismo della giurisdizione e sul legalismo della procedura» (*La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, 2007, 165).

⁸ M. MECCARELLI, *Giurisdizione penale e legalità nel pensiero di Lodovico Mortara*, in *Quaderni fiorentini*, 2007, 36, 958, nota 3.

⁹ M. MECCARELLI, *Lodovico Mortara*, cit., pp. 459 ss.



contenuti di alcune riforme, come nel caso del procedimento sommario nel 1901¹⁰, non si proiettava oltre l'orizzonte della razionalizzazione della prassi, a differenza della “rivoluzione copernicana” in ambito metodologico proposta dal Chiovenda nella nota prolusione del 1903, ispirata alla dottrina tedesca di Adolf Wach¹¹.

Le ricerche di Franco Cipriani hanno posto l'attenzione circa la necessità di riflettere nuovamente sull'attualità della dottrina processualcivilistica dei cosiddetti *patres*¹², sollevando un dibattito pungente, rispetto alla dominante vicenda culturale dei “roman-germanisti”, i quali avevano inteso risolvere i problemi giuridici della società moderna e contemporanea attraverso il diritto romano, a loro dire vigente fino alla codificazione, secondo le trame del diritto comune, e, in seguito, rivitalizzato dalla pandettistica tedesca e dalle derivazioni italiane, per poi sfociare definitivamente nella riforma metodologica della “Scuola italiana del diritto” e nel codice di procedura civile del 1940¹³.

Non è questa certamente la sede per indagare a fondo sulle figure di Mortara e di Chiovenda e sul grado di incidenza delle riflessioni dei giuristi italiani post-pandettisti sul processo di affermazione dell'ideologia e della retorica “romanistica” durante il fascismo¹⁴. Ciò che qui preme sottolineare è il ruolo svolto dal Cipriani nel rivalutare il contributo dei giuristi liberali alla costruzione della scienza processualistica italiana, che ha aperto anche a prospettive di confronto con gli storici del diritto, come, per esempio, in occasione del convegno internazionale di studi su Giuseppe Pisanelli, dove, secondo la curatrice degli atti, è apparso evidente «che il rapporto tra la scienza sistematica del diritto, nella sua versione italiana di tardo ottocento e primo novecento, e quel disegno scientifico e politico preunitario – che qui vorrei definire ‘scienza italiana dell'esperienza’ – non può più essere persuasivamente inteso in termini oppositivi, alternativi, né di mera successione tra un prima e un dopo»¹⁵.

Il *Commentario del codice di procedura civile per gli Stati Sardi* del 1855-63, curato da Pisanelli, Mancini e Scialoja, ha mostrato i caratteri della dottrina giuridica italiana, realizzando un'opera ambiziosa, senza pari per struttura e ampiezza, costruita sul modello esegetico e sugli interessi pratici dei professionisti. Il codice di procedura civile del 1865, redatto dal guardasigilli Pisanelli, pur mantenendo un approccio complessivamente esegetico, ha espresso, secondo alcuni studiosi, un modello processuale, ispirato a principi liberali e garantistici, più efficiente di quello del codice del 1940, sia per struttura e funzionalità, sia per quanto riguarda la corrispondenza ai valori della Costituzione repubblicana del 1948¹⁶.

¹⁰ F. CIPRIANI, *Nel centenario della riforma del procedimento sommario*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, 3-4, 530.

¹¹ M. TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, Bologna, 1980, 167 ss.

¹² Cfr. F. CIPRIANI, *Scritti in onore dei patres*, Milano, 2006, *passim*.

¹³ Cfr. L. MONTESANO, «Storie» recenti su Mortara e Chiovenda e sul «romanesimo» di Vittorio Scialoja «concretato» dai fascisti, in *Foro it.*, 1991, 12, V, 598-602; F. CIPRIANI, *Una nuova storia di processualisti*, in *Foro it.*, 1991, 12, V, 602; G. VERDE, *Le ideologie del processo in un recente saggio*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 3, 676-687; G. MONTELEONE, *Principi e ideologie del processo civile: impressioni di un «revisionista»* [2003], in ID., *Scritti sul processo civile*, I, Roma, 2012, 247-256; S. CHIARLONI, *Il presente come storia: dai codici di procedura civile sardi alle recentissime riforme e proposte di riforma*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 447-471; G. MONTELEONE, *L'attuale dibattito sugli «orientamenti pubblicistici» del processo civile* [2005], in ID., *Scritti sul processo civile*, cit., I, 293-316.

¹⁴ Per un profilo dei due giuristi si rinvia alle voci biografiche e alla bibliografia ivi citata in G. MORTARA, *Appunti biografici su Lodovico Mortara*, in *Quaderni fiorentini*, 1990, 19, 107-113; N. PICARDI, *Mortara, Lodovico*, voce del *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII-XX secolo)*, diretto da I. BIROCCHI – E. CORTESE – A. MATTONE – M.N. MILETTI, II, Bologna, 2013, 1383-1386; M. BONI, *Il figlio del rabbino. Lodovico Mortara, storia di un ebreo ai vertici del Regno d'Italia*, Roma, 2018; M. TARUFFO, *Chiovenda, Giuseppe*, voce del *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII-XX secolo)*, diretto da I. BIROCCHI – E. CORTESE – A. MATTONE – M.N. MILETTI, cit., I, 526-529; M. MECCARELLI, *Giuseppe Chiovenda*, voce dell'Enc. it., *Il Contributo italiano alla storia del Pensiero*, VIII. Diritto, cit., 463 ss.

¹⁵ C. VANO, *Codificare, comparare, costruire la Nazione. Una nota introduttiva*, in *Giuseppe Pisanelli. Scienza del processo, cultura delle leggi e avvocatura tra periferia e nazione*, a cura di EAD., Napoli, 2005, XIX-XX.

¹⁶ Cfr. G. MONTELEONE, *Sulla relazione di Giuseppe Pisanelli al libro I del codice di procedura civile del 1865. Due codici a confronto* [2000], in ID., *Scritti sul processo civile*, cit., I, 221-232; F. CIPRIANI, *Giuseppe Pisanelli e il processo civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, 1, 54; G. MONTELEONE, *Il*



Cipriani, in particolare, ha contrapposto il primo codice di procedura civile unitario a quello del 1940, in termini di configurazione di un modello processuale costruito dal punto di vista delle parti, non del giudice. Ciò, all'epoca del Pisanelli, equivaleva a mantenere l'ideologia del codice francese di cui erano state impregnate le legislazioni preunitarie del Piemonte, del Granducato di Toscana e del Regno delle Due Sicilie, rispetto al regolamento giuseppino del Lombardo-Veneto, ispirato a forme di assolutismo illuminato¹⁷.

I contemporanei del Pisanelli non fecero mancare le loro critiche circa il regime di favore in capo all'attore, riguardo alla c.d. forma "imperfetta" della citazione. Le difficoltà del convenuto nello svolgimento di una difesa compiuta incentivavano il ricorso al rimedio delle dilazioni o ai provvedimenti preparatori e interlocutori, «che prolungano la lite e ne sovvertono l'ordine, facendo dipendere dalla volontà e dalla coscienza del giudice quell'esercizio del diritto di difesa che il precetto legislativo doveva concedere come propria ed assoluta facoltà a' contendenti»¹⁸.

L'ideologia liberale si era attrezzata per riflettere sulla materia del processo civile, originariamente circoscritta nella qualità di appendice pratica, secondaria e strumentale del diritto soggettivo sostanziale. Ciò aveva portato alla redazione di norme processuali idonee ad accompagnare lo svolgimento dialettico, libero ed autonomo delle parti private, riducendo al minimo indispensabile l'intervento del magistrato¹⁹, come lo stesso Pisanelli aveva enunciato, per esempio, riguardo al tema della citazione: «seguendo pertanto il codice di procedura francese e quei codici italiani che lo imitarono, il progetto pone in piena balia del cittadino l'esercizio del diritto di citare un altro in giudizio»²⁰.

La lezione del Mortara, d'altro canto, porta a constatare come la scienza liberale, sulle orme di Bülow e Degenkolb, si fosse orientata, tra la fine del XIX e gli inizi del secolo successivo, verso una concezione pubblicistica del processo, partendo dal presupposto irrinunciabile che la funzione giurisdizionale «sia esercitata da un organo di sovranità, da un potere legittimamente costituito nello stato e circondato di quelle guarentigie che conciliano la sicura difesa del diritto individuale con l'efficace attuazione del potere di comando e di coazione con cui si protegge e si mantiene l'ordine giuridico pubblico e privato. La magistratura ordinaria è tale organo di sovranità; non lo sono invece né gli arbitri liberamente eletti dai privati, né i giudici di altri stati»²¹. La funzione giurisdizionale, quindi, al fine di conseguire lo scopo politico-sociale doveva inglobare tanto il manifestarsi del rapporto litigioso tra i soggetti

processo civile alla luce dell'art. 111 cost. [2001], in ID., *Scritti sul processo civile*, cit., I, 240-242; G. MONTELEONE, *Il codice di procedura civile italiano del 1865* [2006], in ID., *Scritti sul processo civile*, cit., I, 280-282.

¹⁷ Cfr. F. CIPRIANI, *Il processo civile in Italia dal codice napoleonico al 1942*, in ID., *Ideologie e modelli del processo civile. Saggi*, Napoli, 1997, 3-25; N. PICARDI, *Il Regolamento giudiziario di Giuseppe II e la sua applicazione nella Lombardia austriaca*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 1, 36-59; M.G. DI RENZO VILLATA, *Modèles de procédure civile en Italie du Nord au XIX^e siècle jusqu'à l'unification: des lois à la pratique*, in *Modèles français, enjeux politiques et élaboration des grands textes de procédure en Europe*, I. *Le Code de 1806 et la procédure civile en Europe. Les décrets de 1806 et la procédure du contentieux administratif en Europe*, a cura di J. HAUTEBERT – S. SOLEIL, Actes du colloque (Rennes, 9-10 novembre 2006), Paris, 2007, 101-123; A. DONDI, *Attentions et inattentions entre deux cultures du procès civil – Regards à la France du côté italien*, in *Itinéraires d'histoire de la procédure civile*, II. *Regards étrangers*, a cura di L. CADIET – S. DAUCHY – J.L. HALPÉRIN, Paris, 2020, 123-140.

¹⁸ *Commentario del codice di procedura civile del Regno d'Italia [...] redatto sul commentario del codice di procedura civile sardo dei signori Pisanelli, Scialoja e Mancini*, a cura di D. GALDI, IV, Torino, 1890, 7.

¹⁹ M. TARUFFO, *La giustizia civile*, cit., 142 ss.

²⁰ G. PISANELLI, *Progetto del codice di procedura civile del Regno d'Italia presentato in iniziativa al Senato [...] nella tornata del 26 novembre 1863, n. 63*, Torino, 1864, 57.

²¹ *Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile*, a cura di L. MORTARA, cit., II, 7. Bisogna considerare, a tal fine, il ruolo esercitato dalla cultura giuridica italiana, tra la prima metà del XIX secolo e l'unificazione italiana, circa la costruzione di un'identità nazionale fondata sulla centralità dello Stato. Cfr. P. COSTA, *Un diritto italiano? Il discorso giuridico nella formazione dello Stato nazionale*, in *Retoriche dei giuristi e costruzione dell'identità nazionale*, a cura di G. CAZZETTA, Bologna, 2013, 163-200.



privati, quanto il dispiegamento del rapporto di questi ultimi in relazione con il magistrato, in un unico e autonomo rapporto giuridico di diritto pubblico, originato dalla domanda²².

La storiografia giuridica recente ha esplorato la figura del Mortara in tutta la sua vitalità e poliedricità, spogliandolo dell'appellativo di esegeta, coniato in contrapposizione al Chiovenda, e degli altrettanto abusati epiteti legati allo scontro tra romanisti e germanisti, allo scopo di fare emergere la sua duttilità e capacità di coniugare la teoria con la prassi, grazie «a una affilata coscienza critica» e a una «buona tecnica giuridica»²³, che gli permisero di sviluppare una dottrina del processo *tout court* sulla base della simmetria tra giurisdizioni, civile e penale, in conseguenza delle molteplici esperienze maturate come avvocato, magistrato, professore universitario, direttore di riviste giuridiche, capo gabinetto, guardasigilli e presidente di commissioni per le riforme²⁴.

Paolo Grossi ha ritenuto di individuare nelle pieghe del suo *Commentario*, «fra le tante aperture assolutamente non esegetiche che in quello sono contenute»²⁵, il profilo di un diritto processuale inteso come ramo del diritto pubblico. Mortara, avendo alle spalle ampi studi costituzionalistici, si era interrogato sul ruolo della giurisdizione nello Stato moderno e le aveva assegnato il compito della «difesa del diritto obbiettivo, in virtù della quale ottengono protezione le facoltà soggettive al medesimo conformi»²⁶. Questo orientamento applicato all'ambito penale, come Marco Miletta ha avuto modo di osservare, portava a considerare il processo come «conflitto» tra il diritto soggettivo dello Stato alla «coercizione» e la «condizione personale del delinquente» avente «tutti i requisiti esteriori di un diritto subbiettivo a lui garantito dalla legge». Da qui il corollario: per irrogare la pena, che colpiva il reo «nel patrimonio, nella reputazione, nella libertà, perfino nella vita secondo alcune legislazioni», lo Stato era obbligato a «provocare» la garanzia giurisdizionale²⁷.

2. La concezione pubblicistica del processo da Chiovenda a Calamandrei.

Nel ricordare Chiovenda, Virgilio Andrioli ha posto in rilievo come il maestro, agli esordi degli studi in campo processuale, si fosse trovato dinanzi a una materia scarsamente esplorata dal punto di vista dell'indagine storica e della sistemazione dei concetti fondamentali, secondo le più avanzate teorie elaborate dalla letteratura germanica: «il merito di aver debellato il facilium imperante spetta al Mortara, l'onore e l'onere di aver ricostruito nell'interno della breccia vittoriosamente aperta debbono attribuirsi interamente al Chiovenda»²⁸.

²² *Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile*, a cura di L. MORTARA, cit., II, 536. Sulla centralità del ruolo del giudice, cfr. V. SGROI, *Intervento su «Lo Stato moderno e la giustizia» di Lodovico Mortara*, in *Quaderni fiorentini*, 1993, 22, 683.

²³ Cfr. P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico, 1860-1950*, Milano, 2000, 66.

²⁴ Per un'analisi complessiva dei protagonisti della dottrina processualcivilistica tra il XIX e il XX secolo, cfr. I. BIROCCHI, *La scuola processualcivilistica nella cultura giuridica italiana: gli esordi (1885-1910)*, in *Itinéraires d'histoire de la procédure civile*, II. *Regards étrangers*, a cura di L. CADIET – S. DAUCHY – J.L. HALPÉRIN, cit., 95-122; A. CARRATTA, *La scienza del processo civile in Italia all'inizio del XXI secolo*, in *Tutela giurisdizionale e giusto processo. Scritti in memoria di Franco Cipriani*, III, Napoli, 2020, 2063-2086. Oltre ad evidenziare l'importanza del *Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile*, circa il tema dell'identità tra giurisdizione civile e penale a cavaliere dei secoli XIX e XX, M. MILETTI ha sottolineato la successiva influenza esercitata dalle teorie del Mortara sulla dottrina processualpenalistica (*Un processo per la terza Italia. Il codice di procedura penale del 1913*, I. *L'attesa*, Milano, 2013, 344; 465-466).

²⁵ P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., 66.

²⁶ *Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile*, a cura di L. MORTARA, cit., I, 17.

²⁷ M.N. MILETTI, *La pena nel processo. Giurisdizionalizzazione dell'esecuzione nella penalistica dell'Italia liberale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2017, 4, 32.

²⁸ V. ANDRIOLI, *Ricordo di Giuseppe Chiovenda*, in *Foro it.*, 2007, 11, V, 257.



La vicenda intellettuale del giurista di Premosello si caratterizzò per la saldatura del problema del metodo, di cui offrì le basi alla scienza processualciviltistica italiana, con le esigenze di riforma della giustizia civile tardo-liberale²⁹. Egli dovette confrontarsi con i due modelli allora imperanti. Il primo era il modello del processo napoleonico-liberale, fatto proprio dal codice italiano del 1865 e, con varianti, dal regolamento germanico del 1879, che affidava alle parti «la signoria sui tempi del processo». Il secondo, quello austriaco della riforma di Franz Klein del 1898, era definito da Giovanni Tarello «autoritario ad impulso e a disposizione del giudice»³⁰, influenzato, come era, dalle teorie del Menger, circa la necessità di favorire il principio direttivo del giudice su quello dispositivo delle parti, in chiave statualistica, per sopperire, ai fini della giustizia sociale, alle carenze di mezzi processuali del contendente economicamente più debole³¹.

La dottrina liberale italiana, ancorata ideologicamente al diritto vigente, si era appoggiata alla trattazione «commentaristica», secondo lo spirito dell'esegesi francese della scuola piemontese oppure secondo il filtro della secolare tradizione culturale napoletana e toscana³². I successivi elementi di innovazione, individuati da Tarello, si ebbero per effetto delle teorie formulate da giuristi di diversa estrazione. A Lessona e Castellari, tra gli altri, è attribuito il pregio dell'immissione nella procedura della riflessione storica, che consentiva di sottoporre il codice vigente a un più attento vaglio critico nella misura di una «storiografia dogmatico-pandettistica». A Manfredini, Simoncelli e, soprattutto, Mortara è assegnato, invece, il merito di aver introdotto in Italia elementi di costruzione sistematica del processo, considerato nella qualità di rapporto giuridico unico di diritto pubblico tra parti e giudice, secondo una matrice della giurisdizione e dell'azione, adattabile ai principi del codice di procedura civile del 1865, che era legata in Europa alla dottrina di Bülow e alle teorie di Gerber e Laband sui diritti soggettivi pubblici³³. A Mortara si devono importanti riforme parziali, rispetto a un modello del processo civile che non era stato superato dopo il fallimento dei progetti Orlando del 1908-1909, dei quali il nostro è considerato l'ispiratore³⁴. Nell'intento di razionalizzare e semplificare le forme del procedimento, i risultati concreti dell'azione mortariana sono evidenti nella disciplina del procedimento per decreto ingiuntivo, nella riforma del procedimento per deliberazione di sentenze straniere e nella stesura del regolamento processuale per le controversie presso i tribunali delle acque³⁵.

Chiovenda incominciò a volgere lo sguardo, con spirito critico di analisi, sia verso il processo liberale germanico e le teorie di Wach, che contrapponevano a Bülow due diversi rapporti nel processo, quello tra le parti e quello tra queste ultime e il giudice, distinguendo tra interesse giuridico ad agire, disciplinato dal diritto processuale, e diritto soggettivo, disciplinato dal diritto privato sostanziale³⁶, sia verso la nuova codificazione processuale austriaca del Klein³⁷. Questa, secondo Tarello, produsse nuove forme di ammodernamento che sancirono il passaggio dalle strutture di un illuminismo burocratico e paternalistico a quelle di un socialismo, tuttavia, altrettanto burocratico e paternalistico. In regime di continuità, fu mantenuto il principio di impulso ma, nell'introdurre l'oralità e la pubblicità e nell'abolire la prova legale, al giudice fu attribuita una posizione dominante sui mezzi di prova e sui

²⁹ M. MECCARELLI, *Giuseppe Chiovenda*, cit., 463 ss.

³⁰ 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* [1977], in ID., *Dottrine del processo civile. Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*, a cura di R. GUASTINI – G. REBUFFA, Bologna, 1989, 16-17.

³¹ Ivi, 18-19. Per un'analisi complessiva, cfr. N. PICARDI, *Le riforme processuali e sociali di Franz Klein*, in *Historia et ius*, 2012, 2, paper 16, 1-28.

³² G. MONTELEONE, *Il «codice per lo regno delle due sicilie» ed il suo influsso sul primo codice di procedura civile italiano* [2005], in ID., *Scritti sul processo civile*, cit., I, 283 ss.

³³ G. TARELLO, *Il problema della riforma processuale*, cit., 46-51.

³⁴ B. CAVALLONE, «Preferisco il cattivo processo attuale» (*Chiovenda, Mortara e il «progetto Orlando»*), in *Riv. dir. proc.*, 1988, 4, 1048-1065.

³⁵ F. CIPRIANI, *Storie di processualisti e di oligarchi. La procedura civile nel Regno d'Italia*, Milano, 1991, 212.

³⁶ G. TARELLO, *Il problema della riforma processuale*, cit., 41.

³⁷ G. TARELLO, *L'opera di Giuseppe Chiovenda nel crepuscolo dello Stato liberale* [1973], in ID., *Dottrine del processo civile*, cit., 126-127.



tempi processuali, con caratteristiche sconosciute alla tradizione europea del processo liberale³⁸. Lo Stato, riportando le parole del Klein, si assumeva, tramite il giudice, «fin dal principio la responsabilità dell'andamento del processo [...] per una individuazione rapida della verità». Non più burattino nelle mani dei privati, il giudice era il direttore del processo, «istituto di diritto pubblico», e «rappresentante del bene comune», che garantiva «i più alti valori sociali»³⁹.

Chiovenda fu affascinato dallo spirito di riforma in Germania e Austria e, combinando i diversi principi ispiratori, liberali e autoritari, mise al centro della sua riflessione tanto il ruolo della scienza giuridica, secondo l'impostazione proveniente dalla dottrina germanica della seconda metà dell'Ottocento, quanto l'influenza del diritto processuale romano, come termometro valoriale per definire i caratteri del buon processo e legittimare, per il suo tramite, l'affermazione di una tradizione tipicamente italiana⁴⁰.

Sul primo aspetto, Meccarelli ha segnalato l'assenza in Chiovenda di una circuitazione creativa tra diritto e giustizia. L'attività ermeneutica del giudice non acquisiva una valenza creativa, neppure in sede di "adattamento storico" della legge tramite l'interpretazione. Il giudice, come giurisperito, forniva il proprio contributo all'interpretazione, ma il suo compito principale consisteva nell'attuazione della legge secondo criteri orientati dalla dottrina⁴¹. In altri termini Chiovenda, facendo coesistere dogmatica e legalismo, mostrava, secondo Grossi, di preferire un'interpretazione simile a quella esplorata dai maestri del diritto comune: «la legge come fondamento, rispetto formale della legge, ma superamento sostanziale della legge se ce n'è bisogno. Superamento tacito, latente, discretissimo»⁴².

Sul secondo versante, invece, il concetto di rapporto processuale, derivato dalla scienza germanica, era collegato dal Chiovenda al modello di *judicium* romano, ma tenendo conto del primato dello Stato e della legge. Scopo del processo era l'attuazione della legge. L'azione assumeva, in modo autonomo, la funzione pubblica di mettere in moto il meccanismo di attuazione della volontà dello Stato, distinta dalla domanda e dal diritto che si intendeva tutelare e far valere in giudizio. In tal guisa, il giurista distingueva la tradizione latina da quella germanica, dove, a suo dire, la prima «vide nell'azione specialmente questa direzione contro l'avversario e ne fece, come noi facciamo, un diritto privato quando privato è l'interesse», mentre la seconda «pose mente piuttosto al rapporto verso lo Stato». La sentenza, in ultimo, si sostanziava in un atto di volontà dello Stato «che si afferma conforme alla volontà già dichiarata in astratto»⁴³.

Secondo Andrioli, uno dei principali sforzi del Chiovenda fu quello di condurre l'inadeguato procedimento disciplinato dal codice del 1865 sui binari della costituenda scienza processuale italiana, che, avvalendosi di considerazioni dogmatiche, storiche e comparatistiche, si era prodigata nel veicolare «l'idea che nel processo lo Stato esercita una funzione pubblica e che il giudice non dirime litigi, come un qualsiasi paciere, ma attua la legge»⁴⁴. Da qui emergeva una connotazione della funzione pubblica e sociale del processo, che si sforzava di tenere insieme alcuni elementi della riflessione kleiniana con altri aspetti propri dell'impostazione liberale, con richiami illuministici a Bentham circa la razionalità e certezza del diritto per via legislativa⁴⁵: «coll'idea che l'amministrazione della giustizia sia una funzione della sovranità, si viene formando lentamente la convinzione che il giudice come organo dello Stato non debba assistere passivamente alla lite, per pronunciare alla fine una sentenza, come l'automa eccitato dal

³⁸ Ivi, 131-135.

³⁹ F. CIPRIANI, *Nel centenario del regolamento di Klein (Il processo civile tra libertà e autorità)*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, 4, 973.

⁴⁰ G. TARELLO, *L'opera di Giuseppe Chiovenda*, cit., pp. 141-144.

⁴¹ M. MECCARELLI, *La giustizia civile*, voce dell'*Enc. it., Il Contributo italiano alla storia del Pensiero*, VIII. *Diritto*, cit., 451-458.

⁴² P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., 91.

⁴³ Cfr. V. ANDRIOLI, *Ricordo di Giuseppe Chiovenda*, cit., 258.

⁴⁴ Ivi, 259.

⁴⁵ V. DENTI, *Chiovenda e le riforme del processo civile*, in *Foro it.*, 1988, V, 347-355.



peso della moneta cadente emette un dolce o un biglietto d'ingresso: ma debba partecipare alla lite come forza viva ed attiva»⁴⁶.

Andrea Proto Pisani, riflettendo da una prospettiva privilegiata come allievo di Andrioli e nel commentare gli ampi stralci tratti dalla prolusione bolognese del 1903 sull'*Azione nel sistema dei diritti*, ha posto l'attenzione sulle capacità del Chiovenda di sapersi destreggiare su temi di forte interesse scientifico, vertenti sui rapporti tra pubblico e privato e tra autorità e libertà⁴⁷. Ciò che rimane attuale nel sistema chiovendiano riguarda il tema della tutela giurisdizionale dei diritti e il riferimento alla durata del processo che non deve andare a danno dell'attore⁴⁸. Quest'ultimo principio, applicabile a tutti i rami della giurisdizione, è rinvenibile nella sentenza della Corte cost., 28 giugno 1985, n. 190, relatore Andrioli⁴⁹.

Cipriani non ha disconosciuto l'indubbia influenza esercitata dal Chiovenda sulla scienza processualistica e sulla legislazione italiana del XX secolo, ma ha cercato di correggere il tiro circa i reali meriti e le numerose strumentalizzazioni del suo pensiero. Nel seguire questo orientamento, il giurista barese si è avvalso delle riflessioni di Salvatore Satta⁵⁰, pervenendo alla seguente conclusione: «dalle idee riformatrici di Chiovenda è stato preso il peggio, o meglio quello che non c'era assolutamente, e cioè l'autoritarismo dello Stato e del giudice, estraneo a ogni celebrazione del diritto, e con essa inconciliabile»⁵¹.

Non si intende qui ripercorrere le tappe di note e furibonde polemiche dottrinali. Basterà richiamare l'attenzione su alcuni elementi, che sono stati oggetto di considerazione da parte della storiografia giuridica recente. Il primo dato sui cui riflettere è che il sistema e il progetto di riforma chiovendiano del 1919 hanno pochi elementi di contatto con l'ideologia del codice di procedura civile del 1940, evidenziandosi durante il fascismo in tutt'altro clima politico e culturale⁵². Al riguardo, Vittorio Denti ha finanche escluso che la *Rivista di diritto processuale civile*, fondata da Chiovenda e Carnelutti nel 1924, abbia contribuito all'affermazione di una certa concezione pubblicistica del processo civile, contestata dal Satta nella prolusione padovana del 1936⁵³.

Il secondo concetto da rimarcare è che Chiovenda maturò le sue riflessioni non solo sulla base delle trattazioni della scuola germanica, ma anche assorbendo ed elaborando alcuni temi abbozzati dai processualisti e intellettuali liberali, piemontesi e napoletani *in primis*, come quelli relativi all'utilizzo della locuzione diritto procesuale civile, in sostituzione della procedura civile, e alla definizione di una teoria dell'azione, rispetto alla quale egli ebbe il merito di fornire una sistemazione concettuale⁵⁴. Italo Birocchi ha offerto un'analisi convincente dell'atteggiamento della dottrina processualciviltistica rispetto alle varie teorie e correnti di pensiero circolanti in Italia: «Nel diritto processuale civile si assiste a un vivacissimo dibattito che spesso si presentava come discussione sulla penetrazione

⁴⁶ G. CHIOVENDA, *Le riforme processuali e le correnti del pensiero moderno* [1907], in ID., *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, I, rist., Milano, 1993, 385, nota 114.

⁴⁷ Per un inquadramento generale sul tema tra Otto e Novecento, cfr. B. SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna, 2020, 97 ss.; 139 ss.

⁴⁸ A. PROTO PISANI, *La tutela giurisdizionale dei diritti nel sistema di Giuseppe Chiovenda*, in *Foro it.*, 2002, 4, V, 127-128. Cfr. anche ID., *Ricordando Giuseppe Chiovenda: le note alla «Azione nel sistema dei diritti» del 1903*, in *Foro it.*, 2003, 3, V, 61.

⁴⁹ Corte cost., 28 giugno 1985, n. 190, in *Foro it.*, 1985, 7-8, I, 1881-1888, con nota di A. PROTO PISANI.

⁵⁰ S. SATTA, *Giuseppe Chiovenda nel venticinquesimo anniversario della morte*, in ID., *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Padova, 1968, ried., Nuoro, 2004, 376-382.

⁵¹ F. CIPRIANI, *Giuseppe Chiovenda tra Salvatore Satta e Virgilio Andrioli*, in *Foro it.*, 2002, 4, V, 134.

⁵² Per qualche spunto di analisi, cfr. E. FAZZALARI, *Chiovenda e il sistema di diritto processuale civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, 2, 288-298; F. CIPRIANI, *Alle origini del progetto Chiovenda (I verbali del terzo gruppo dell'ottava sezione della prima sottocommissione della c.d. 'Commissione per il dopoguerra')*, in *Giusto proc. civ.*, 2008, 3, 757-777; V. ANSANELLI, *Alle radici del progetto Chiovenda – Fra modernismo processuale e... adversary system*, in *Giusto proc. civ.*, 2019, 2, 387-411.

⁵³ V. DENTI – M. TARUFFO, *La Rivista di diritto processuale civile*, in *Quaderni fiorentini*, 1987, 16, 635.

⁵⁴ S. SATTA, *Dalla procedura civile al diritto processuale civile* [1964], in ID., *Soliloqui e colloqui*, cit., 115-126.



del germanesimo o quale contrasto tra indirizzo pragmatico e modello romano, ma che in realtà riguardava la definizione di giurisdizione, la natura del processo, il ruolo delle parti e del giudice. [...] E la direttrice pubblicistica del processo, l'idea dell'astrattezza dell'azione rispetto al diritto sostanziale e molte delle soluzioni proposte (non delle ideologie sottostanti) erano comuni ai protagonisti della disciplina, che nell'intensa palestra di interventi andavano ripensando le regole sul rapporto tra giustizia e Stato di diritto»⁵⁵.

Dopo i vari progetti di riforma elaborati da Chiovenda (1919), Mortara (1923), Carnelutti (1926) e Redenti (1933), i cui contenuti sono stati raccolti e studiati in un importante volume di qualche decennio fa⁵⁶, si pervenne al nuovo codice del 1940, che, a dispetto dei molti illustri padri putativi, prendeva origine dal progetto del guardasigilli Solmi e scaturiva dalle sapienti abilità di tecnica processuale di Piero Calamandrei⁵⁷. La cornice della costituzione materiale fascista, all'interno della quale maturò il nuovo codice di procedura civile, si caratterizzò, secondo gli studi di Orazio Abbamonte, per una concentrazione di poteri nelle mani del duce, sommo interprete della legge, tale che «politica e diritto s'incontrassero in lui in una stretta che rendeva praticamente inservibili le categorie distintive faticosamente portate avanti dalla tradizione liberale»⁵⁸. Al di là di qualsivoglia considerazione sui fattori di continuità tra regime liberale e fascismo⁵⁹, quest'ultimo puntò a incrinare il tradizionale sistema delle fonti per affermare una rivoluzione «che molto puntava sulla disponibilità del diritto a farsi carico della novità politica»⁶⁰.

Il fondo individualistico della tutela della proprietà privata, originato nell'orizzonte valoriale della società borghese, non fu particolarmente indebolito dal nuovo corso dell'idealismo statalista, anche per effetto dell'azione della Cassazione⁶¹. La sintesi del rapporto fra autorità e libertà trovò, invece, la sua nuova agibilità nel riconoscimento di quest'ultima soltanto agli individui che accoglievano come conveniente, oppure inevitabile, i fondamenti dello Stato fascista⁶². I giuristi dotarono il regime dello strumentario tecnico per applicare «alla funzione del penale un'idea di dominio nella quale non c'è spazio per il disaccordo, per le differenze, per la difformità. Il disaccordo equivale al tradimento, la differenza incute spavento e induce aggressione, la difformità è intollerabile e suscita impulsi di occultamento o di soppressione»⁶³. Dentro questo orizzonte ideologico, che prendeva in considerazione le discriminanti politiche, culturali e di classe, maturò la legislazione penale contro gli avversari politici del 1926 e contro gli italiani di religione ebraica del 1938⁶⁴, trattati come nemici da annientare sulla base del concetto «che allo

⁵⁵ I. BIROCCHI, *La fase attardata in cui è rimasto il codice civile italiano. Una felix culpa per la scienza giuridica degli anni Dieci del Novecento. Il giurista come intellettuale*, in *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, 2017, 112, 461.

⁵⁶ *I progetti di riforma del processo civile (1866-1935)*, a cura di G. TARZIA – B. CAVALLONE, Milano, 1989. Sul pensiero di Carnelutti cfr. G. CHIODI, *Francesco Carnelutti (1879-1965)*, in *Law and the Christian Tradition in Italy: The Legacy of the Great Jurists*, a cura di O. CONDORELLI – R. DOMINGO, London-New York, 2020, 391-406.

⁵⁷ Cfr. F. CIPRIANI, *Il Codice di procedura civile tra gerarchi e processualisti: riflessioni e documenti nel cinquantenario dell'entrata in vigore*, Napoli, 1992, 38 ss.; G. MONTELEONE, *Domenico Viti ed il concetto di azione, ovvero l'eredità scientifica di Giuseppe Chiovenda* [1997], in ID., *Scritti sul processo civile*, cit., I, 185-205.

⁵⁸ O. ABBAMONTE, *Fra tradizione ed autorità: la formazione giurisprudenziale del diritto durante il ventennio fascista*, in *Quaderni fiorentini*, 2011, 40, 871.

⁵⁹ S. CASSESE, *Lo Stato fascista*, Bologna, 2010, 13-15.

⁶⁰ O. ABBAMONTE, *Fra tradizione ed autorità*, cit., 890.

⁶¹ O. ABBAMONTE, *La politica invisibile. Corte di Cassazione e magistratura durante il Fascismo*, Milano, 2003, 29.

⁶² G. LEIBHOLZ, *Il diritto costituzionale fascista*, Napoli, 2007, 34.

⁶³ M. SBRICCOLI, *Le mani nella pasta e gli occhi al cielo. La penalistica italiana negli anni del fascismo*, in *Quaderni fiorentini*, 1999, 28, 822.

⁶⁴ Cfr. G. ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Roma-Bari, 2000, 270 ss.; G. SPECIALE, *Giudici e razza nell'Italia fascista*, Torino, 2007; E. DE CRISTOFARO, *Codice della persecuzione. I giuristi e il razzismo nei regimi nazista e fascista*, Torino, 2008; *Il diritto di fronte all'infamia nel diritto. A 70 anni dalle leggi razziali*, a cura di L. GARLATI – T. VETTOR, Milano, 2009; S. GENTILE, *Le leggi razziali: scienza giuridica, norme, circolari*, Milano, 2010; A. MAZZACANE, *Il diritto fascista e la persecuzione degli ebrei*, in *Studi storici*, 2011, 52, 93-125.



stato, senza limitazione legale alcuna, sia conferita ogni discrezionale decisione sugli ambiti di libertà dei cittadini e sulla 'compatibilità' dei loro comportamenti»⁶⁵.

Per quanto riguarda la formulazione della nuova disciplina del processo civile, appaiono necessarie le premesse generali fornite da Proto Pisani: mentre «il diritto oggetto del processo è normalmente soggetto all'autonomia privata, alla libertà del privato in ordine all'esercizio o no del diritto, lo strumento processo stante la sua natura pubblica può essere variamente disciplinato dal legislatore a seconda del diverso punto di equilibrio volta a volta individuato tra la componente privatistica e la componente pubblicistica del processo: di qui la storia dei processi succedutisi nel tempo, di qui il sempre attuale problema della riforma del processo»⁶⁶.

Nel codice di procedura civile del 1865 aveva prevalso la componente individualistica, definita dal protagonismo delle parti in merito al *thema decidendum* e al *thema probandum*. In epoca tardo-liberale, la scienza processualciviltistica si era esercitata nel tentativo di ribaltare, in chiave pubblicistica, il fulcro del sistema processuale civile, teorizzando l'attribuzione al giudice di poteri di collaborazione, più o meno ampi, con le parti. Grossi attribuisce, poi, a Chiovenda l'orientamento di un «un diritto processuale civile che non è più soltanto procedura, che ormai si affianca vigoroso accanto al diritto sostanziale con una perfetta autonomia di fondazioni; costruisce un processo civile in una dimensione nettamente pubblicistica con il giudice al suo centro come personaggio dominante, e l'azione come potere giuridico affermato contro l'avversario e 'consistente nel potere di produrre di fronte a questo l'effetto giuridico della attuazione della legge'»⁶⁷. Secondo Proto Pisani i presupposti pubblicistici, in tema di azione e giurisdizione, apparivano in funzione strumentale circa la tutela dei diritti dei privati, il rispetto della libertà dell'attore e il diritto di difesa dei terzi, anche se le istanze riformistiche proposte dal Chiovenda, in nome della celerità dei processi, finivano per ampliare i poteri discrezionali del giudice⁶⁸.

I fallimenti dei vari progetti di riforma in età tardo-liberale consentirono di preservare l'ideologia del codice del 1865, costruita intorno al concetto del privato che chiede giustizia. Con il nuovo codice del 1940, invece, incominciò ad emergere la problematica dei rapporti tra le garanzie delle parti e i poteri del giudice. Rimase salvo il principio della domanda, ma perse la sua centralità, in favore della disciplina della giurisdizione e della competenza, che implicava la costruzione del processo civile dal punto di vista del giudice e della sua ampia sfera di discrezionalità, in una cornice di affermazione del principio di autorità nel governo di ogni fenomeno sociale⁶⁹.

3. Il codice di procedura civile del 1940: principio di autorità e funzione sociale del processo civile.

Il discorso storiografico sul codice di procedura civile del 1940, entrato in vigore nel 1942, è stato condizionato per decenni dalla sovraesposizione della riflessione chiovendiana, che fu tanto strumentalizzata dagli ispiratori della normativa per nobilitare una riforma al servizio dell'ideologia del regime, quanto utilizzata dalle generazioni immediatamente successive alla sua caduta per legittimarne la bontà tecnico-giuridica e, quindi, la sopravvivenza anche nella nuova stagione repubblicana. La dottrina italiana, direttamente o indirettamente coinvolta nell'elaborazione della normativa del 1940, preferì arroccarsi sul fronte della difesa a tutti i costi del codice,

⁶⁵ M. SBRICCOLI, *Le mani nella pasta*, cit., 823. Il regime, avendo come punto di riferimento la giuspubblicistica otto-novecentesca, aveva ridefinito le caratteristiche del rapporto fra individuo e Stato. Cfr. P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, IV. *L'età dei totalitarismi e della democrazia*, Roma-Bari, 2001, 251.

⁶⁶ A. PROTO PISANI, *Il codice di procedura civile del 1940 fra pubblico e privato: una continuità nella cultura processualciviltistica rotta con cinquanta anni di ritardo*, in *Quaderni fiorentini*, 1999, 28, 714.

⁶⁷ P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., 89.

⁶⁸ A. PROTO PISANI, *Il codice di procedura civile*, cit., 723.

⁶⁹ Ivi, 725 ss.



appoggiandosi al concetto dell'apoliticità dei *modus procedendi*, a differenza del mondo forense, che da subito aveva evidenziato i problemi di ordine pratico, rispetto ai carichi pendenti, e i difetti di autoritarismo nelle more del passaggio dall'impulso di parte a quello del giudice⁷⁰. Per la scienza processualcivile il codice, nonostante tutto, era da considerare il punto di approdo di istanze riformistiche che, da Mortara a Chiovenda, passando per Calamandrei e Segni, si erano concentrate sulla rilevanza del carattere pubblico della funzione giurisdizionale, come punto centrale del percorso di ammodernamento dell'ordinamento giuridico italiano, secondo criteri analoghi a quelli delle più avanzate esperienze europee⁷¹.

I giuristi italiani, che furono impegnati nello sforzo codicistico, rinunciarono, per convinzione o per mancanza di coraggio, a considerare come l'ideologia sottostante al codice si inserisse, comunque, in un contesto politico-istituzionale di involuzione autoritaria e liberticida, poco conciliante con le premesse costituzionali dell'ordinamento liberale entro il quale si erano formati i tanto celebrati maestri. Fra i tanti esempi possibili, si evidenziano i seguenti: l'epurazione dei non allineati, *in primis* quella del primo presidente e del procuratore generale della Corte di cassazione di Roma, Lodovico Mortara e Raffaele De Notaristefani, in occasione dell'unificazione delle Cassazioni⁷²; i corsi di formazione e aggiornamento per magistrati degli anni Trenta, ai fini della preparazione fascista; la Relazione del ministro Grandi circa la legge sull'ordinamento giudiziario del 1941, dove si precisava l'obiettivo di superare il modello della separazione dei poteri e improntare la funzione giudicante alle direttive generali del governo relative all'esercizio di ogni funzione pubblica⁷³.

Gli annunciati benefici, verso una maggiore efficienza e rapidità dello strumento processuale, scontarono in prima battuta i problemi derivanti dall'ingresso dell'Italia nel conflitto bellico. Negli anni successivi, al di là di qualsivoglia considerazione sulla genesi e natura del modello autoritario e sull'opportunità della sua conservazione in età repubblicana, il codice del 1940 ha dimostrato di essere vitale, ma non in grado di risolvere i problemi della lentezza della giustizia civile in un contesto di differente sviluppo istituzionale e di forte crescita economica nel dopoguerra. Il principio della monocraticità, introdotto in Italia nel 1912 e abbandonato soltanto due anni dopo tra furibonde polemiche, aveva trovato il suo spazio nel nuovo codice, non più per mere ragioni di ordine finanziario, ma come strumento idoneo ad attuare un processo semplice e celere, organizzato intorno alla figura del giudice istruttore, *dominus* dell'intero procedimento rispetto ai poteri del collegio e ai diritti delle parti. Come ha dimostrato Viviana Battaglia, l'introduzione del giudice unico finì per conseguire effetti opposti o, comunque, non risolutivi, tanto da necessitare interventi correttivi fin dal 1950⁷⁴.

Non bisogna disconoscere la complessità delle vicende che portarono alla stesura di un codice esplicitamente ritenuto come l'espressione di un popolo e di un regime, secondo il testo della Relazione al re⁷⁵, al quale avevano prestato la loro opera i più autorevoli studiosi del processo civile⁷⁶. La Relazione escludeva che si trattasse di un codice dottrinario, da attribuire a una data scuola. Capovolgendo questo dato, dopo la guerra e la caduta del regime, illustri esponenti della scienza processualcivile italiana, mossi da granitiche convinzioni o da opportunistiche

⁷⁰ F. CIPRIANI, *Gli avvocati italiani e l'«esperienza fallita» (il codice processuale civile 1942)*, in *Rass. for.*, 1997, 1, 179-202.

⁷¹ A. PROTO PISANI, *Il codice di procedura civile*, cit., 727 ss.

⁷² I. BIROCCHI, *Il giurista intellettuale e il regime*, in *I giuristi e il fascino del regime (1918-1925)*, a cura di ID. – L. LOSCHIAVO, Roma, 2015, 59.

⁷³ P. SARACENO, *Le «epurazioni» della magistratura in Italia*, in *Clio*, 1993, 3, 507-523.

⁷⁴ V. BATTAGLIA, *Effetti dell'introduzione del giudice unico in tribunale*, in *Giusto proc. civ.*, 2008, 4, 1073.

⁷⁵ *Codice di procedura civile con la relazione al Re*, a cura di F. CIPRIANI – G. IMPAGNATIELLO, Bari, 2007, 278 ss.

⁷⁶ Cfr. F. CIPRIANI, *Ricordo di Francesco Carnelutti nel quarantesimo anniversario della scomparsa*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 1253-1268; ID., *Alla scoperta di Enrico Redenti (e alle radici del codice di procedura civile)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 1, 75-125; ID., *Piero Calamandrei e il codice di procedura civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2006, 3, 155-185.



finalità autoassolutorie, si arroccarono nella difesa delle ragioni del codice e del giudice istruttore, nonostante le aspre critiche provenienti soprattutto dal mondo dell'avvocatura⁷⁷.

Studi recenti confermano la collaborazione decisiva di Piero Calamandrei nelle attività del guardasigilli Dino Grandi, che portarono alla stesura della Relazione al re e alla preparazione del codice del 1940 e del nuovo ordinamento giudiziario nell'anno successivo. Al netto delle note polemiche storiografiche e dottrinali in materia⁷⁸, è pacifico che Calamandrei ebbe il merito di neutralizzare gli aspetti più impervi dell'autoritarismo di Pietro de Francisci e del progetto Solmi⁷⁹, riordinato dal Conforti, sottolineando l'obbedienza del giudice alla legge, il rispetto dei limiti della domanda delle parti e il giudizio *secundum alligata et probata*⁸⁰, all'interno di un processo civile costruito dal punto di vista del giudice che amministra la giustizia⁸¹.

Resta, in ogni modo, la contraddizione di una generazione di formidabili studiosi del processo civile che aveva contribuito a forgiare un codice autoritario, separando la scienza giuridica dalla storia come monade a sé stante rispetto a una visione della legalità a tutti i costi e a una necessità puramente tecnica del diritto⁸², idonea alla dissimulazione ma non curante delle conseguenze politiche di certe interpretazioni asservite alla funzionalizzazione pubblica di «tutta la disciplina giuridica dell'attività, anche privata dei cittadini»⁸³. Ciononostante, accanto alla salvaguardia della tecnicità del codice⁸⁴, Calamandrei contribuì nel dopoguerra all'affermazione della formula della «transitorietà» del regime, al fine di legittimare nella nuova stagione politica⁸⁵ «un indirizzo di democratizzazione 'moderata' (non della società, ma) della scienza giuridica» e dei suoi migliori risultati⁸⁶.

⁷⁷ F. CIPRIANI, *Francesco Carnelutti tra il giudice delegato e il giudice istruttore*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, 2, 543-551. Nel dopoguerra il fascismo fu rappresentato come un accidente della storia da risolversi con l'invito a riannodare i fili della tradizione, diversificando i giuristi dagli apologeti. Cfr. I. STOLZI, *Il secolo nuovo: giuristi e tradizioni nell'Italia del ventennio*, in *Quaderni fiorentini*, 2020, 49, 302.

⁷⁸ Cfr. M. TARUFFO, *Per la chiarezza di idee su alcuni aspetti del processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 2, 723 ss.; F. CIPRIANI, *Una nuova interpretazione di Calamandrei*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, 3, 947-959.

⁷⁹ C. LANZA, *La «realtà di Pietro de Francisci»*, in *I giuristi e il fascino del regime (1918-1925)*, a cura di I. BIROCCHI – L. LOSCHIAVO, cit., 215-236; M. LUCCHESI, *«Fedele seguace del PNF almeno dal novembre del 1920»*. A proposito dell'iscrizione di Arrigo Solmi al Partito fascista, in *I giuristi e il fascino del regime (1918-1925)*, a cura di I. BIROCCHI – L. LOSCHIAVO, cit., 237-265.

⁸⁰ Sulla flessibilità del brocardo, da riferire a una fenomenologia processuale ampia, iscritta nella prassi e testimoniata dalla riflessione dei giuristi, cfr. A. PANZAROLA, *Index secundum allegata et probata (partium) iudicare debet: a proposito di un antico brocardo e di una recente interpretazione*, in *Historia et ius*, 2019, paper 16, 1-27.

⁸¹ F. CIPRIANI, *Piero Calamandrei e la procedura civile. Miti leggende interpretazioni documenti*, Napoli, 2009, 118.

⁸² P. GROSSI, *Storicità versus prevedibilità: sui caratteri di un diritto pos-moderno* [2018], in ID., *Oltre la legalità*, Roma-Bari, 2020, 92. Cfr. anche F. COLAO, *«Le leggi sono leggi»*. Legalità, giustizia e politica nell'Italia di Piero Calamandrei, in *Giornale di storia costituzionale*, 2018, 1, 177-196; G. CHIODI, *Costruire una nuova legalità: il diritto delle obbligazioni nel dibattito degli anni Trenta*, in *La costruzione della 'legalità' fascista negli anni Trenta*, a cura di I. BIROCCHI – G. CHIODI – M. GRONDONA, Roma, 2020, 201-260.

⁸³ Così si esprimeva Mario Bracci nel 1937, dovendo formulare per conto della Facoltà giuridica di Siena le osservazioni sul Progetto preliminare «Solmi». Cfr. G. CIANFEROTTI, *Ufficio del giurista nello Stato autoritario ed ermeneutica della reticenza. Mario Bracci e Piero Calamandrei: dalle giurisdizioni d'equità della Grande guerra al codice di procedura civile del 1940*, in *Quaderni fiorentini*, 2008, 37, 271-272.

⁸⁴ F. CIPRIANI, *Piero Calamandrei e la procedura civile*, cit., doc. 42 (*Studio legale del Prof. Avv. Piero Calamandrei*), 5 giugno 1943, 395-396.

⁸⁵ F. CIPRIANI, *Piero Calamandrei maestro di liberalismo processuale (1946-1956)*, in *Rass. for.*, 2007, 1, 407. Per un profilo del grande giurista fiorentino, cfr. G. PUGLIESE, *Piero Calamandrei giurista storico*, in *Piero Calamandrei. Ventidue saggi su un grande maestro*, a cura di P. BARILE, Milano, 1990, 3-30; R. ROMANELLI, *Il giudizio storico di Piero Calamandrei sul fascismo e la nascita della nuova democrazia repubblicana*, in **Piero Calamandrei e la costruzione dello Stato democratico, 1944-1948**, a cura di S. MERLINI, Roma-Bari, 2007, 27-55; B. SORDI, *Calamandrei, Piero*, voce del *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII-XX secolo)*, diretto da I. BIROCCHI – E. CORTESE – A. MATTONE – M.N. MILETTI, cit., I, 377-381; D. LUONGO, *La Cassazione civile di Calamandrei cento anni dopo: spunti storico-giuridici*, in *Rivista di Storia del Diritto Italiano*, 2020, 2, 279-331.

⁸⁶ P. CAPPELLINI, *Il fascismo invisibile. Una ipotesi di esperimento storiografico sui rapporti tra codificazione civile e regime*, in *Quaderni fiorentini*, 1999, 28, 235.



Rispetto all'orientamento favorevole all'abolizione dei "codici mussoliniani", Nicola Picardi ha fatto notare come Calamandrei si fosse adoperato per sostenere la tesi dell'appropriazione da parte del regime di opere altrui, che non andavano demonizzate per il periodo storico di elaborazione, ma tutelate per gli effetti benefici al pari di iniziative analogamente vantaggiose, come quelle relative al piano di elettrificazione varato nei medesimi anni sulle linee ferroviarie. In realtà, il codice di procedura civile era stato ufficialmente considerato come «strumento per realizzare quella che la parola del Duce ha indicato come meta della Rivoluzione fascista: una più alta giustizia sociale», sulla base dell'istituzione del giudice istruttore e della previsione di un sistema di preclusioni. Non solo, quindi, il codice si mostrava come cimelio della più alta propaganda della cultura giuridica e politica fascista, ma presentava pure difetti di natura tecnica negli elementi di novità introdotti, sacrificando sotto l'imperativo della rapidità della procedura, tutta avviluppata nella sua fase iniziale, lo svolgersi del principio del contraddittorio⁸⁷.

Lo scontro fra processualisti e avvocati, questi ultimi favorevoli al ritorno del vecchio procedimento sommario, produsse nell'immediato l'istituzione, in successione, di due commissioni affidate a magistrati, che escludono la pregiudiziale fascista del codice, ma concordarono sulla necessità di procedere a degli interventi correttivi confluiti, poi, in progetti di riforma fallimentari. Calamandrei, nel frattempo, era stato eletto alla presidenza del Consiglio Nazionale Forense, riuscendo a mitigare l'iniziale ostracismo dell'avvocatura e a indirizzare il dibattito verso una modifica del codice, nota come "controriforma" del 1951. Nel ridurre il ruolo del giudice istruttore, rispetto ai poteri di controllo del collegio, e nell'intervenire sulle preclusioni, questa produsse un ridimensionamento del carattere pubblicistico e della funzione sociale del processo civile⁸⁸ che, nel cammino dal 1865 al 1940, si era andato affermando come «fenomeno o istituto che riguarda l'intera collettività e non solo le singole parti, in quanto è interesse della collettività che attraverso il processo si arrivi ad una tutela giurisdizionale dei diritti in maniera giusta, efficiente ed effettiva»⁸⁹.

Piero Calamandrei aveva sviluppato una concezione positivista del diritto sulla base della tradizione illuministica e risorgimentale. Egli aveva maturato, pertanto, la convinzione che il giurista dovesse ricoprire il ruolo di «strumento di legalità e al fianco del legislatore a offrirgli i suoi supporti tecnici»⁹⁰. In questi termini egli aveva inteso la sua partecipazione alla stesura del codice di procedura civile. Il "ripensamento" degli anni Cinquanta non compromise il fondamento del suo pensiero, che legava indissolubilmente la legalità alla libertà, alla giustizia e all'uguaglianza. Il diretto coinvolgimento nei lavori dell'Assemblea Costituente gli permise, nondimeno, di affinare alcune intuizioni, passando dal principio di legalità *tout court* allo «Stato di diritto come Stato di legalità», in cui «la legalità è rinsanguata e resa moralmente legittima dal clima libertario e democratico sottostante, dove, da garanzia formale com'è nella tradizione liberale che Calamandrei ha sempre fatto sua, si sostanzializza, assume uno spessore squisitamente politico-sociale»⁹¹. Le trasformazioni sociali ed economiche avevano messo in crisi la figura del giurista come scienziato puro e neutrale di fronte alla volontà autoritaria della legge, facendo emergere la "funzione della

⁸⁷ N. PICARDI, *Il diritto processuale civile in Italia nell'età dei codici*, in *Lezioni di Storia delle codificazioni e delle costituzioni*, a cura di M. ASCHERI, Torino, 2008, 222.

⁸⁸ Ivi, pp. 223-224.

⁸⁹ A. CARRATTA, *Funzione sociale e processo civile tra XX e XXI secolo*, in *La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI secolo*, Atti dell'incontro di studio (Roma, 9 ottobre 2015), a cura di F. MACARIO – M.N. MILETTI, Roma, 2017, 88. Antonio Carratta distingue tre momenti della "funzione sociale" del processo. Oltre a quello summenzionato, ne individua un secondo, tra il 1948 e il 1973, come strumento di promozione e tutela delle parti più deboli, in ottemperanza al principio di uguaglianza sostanziale, e un terzo, tra la fine del XX secolo e gli inizi del XXI, come fattore di benessere sociale, tra crisi del *welfare state* e inefficienza della giustizia civile degli Stati (ivi, 87-90).

⁹⁰ P. GROSSI, *Stile fiorentino. Gli studi giuridici nella Firenze italiana, 1859-1950*, Milano, 1986, 157, nota 75.

⁹¹ Ivi, 161.



giurisprudenza” in un orizzonte più ampio di quello proposto dal legalismo post-illuminista, tramite l’immersione nella “incandescenza del magma storico”, vale a dire nei nuovi valori giuridici incorporati dalla Costituzione⁹².

La novella del 1951 ha caratterizzato i tratti del processo civile fino agli anni Novanta, lasciando irrisolto uno dei nodi fondamentali della storiografia processuale, che oscilla fra il sostrato ideologico del codice di procedura civile del 1940, con il suo radicamento romanistico-pubblicistico-pandettistico⁹³, e la collocazione postbellica nel sistema valoriale repubblicano, sempre più influenzato dall’egemonia transatlantica «se non certo delle figure e degli istituti, indubbiamente degli “stili” di ragionamento e soluzione dei problemi processuali dei cultori della *common law*»⁹⁴.

Equilibrate e condivisibili appaiono le riflessioni del Picardi, che si fanno proprie a mo’ di conclusione: «il codice è certamente nato come genuina espressione dell’ideologia dello Stato fascista, e, quindi, ha un’impronta autoritaria; i giudici – soprattutto dopo la Costituzione e la “controriforma” del 1951 – hanno, però, applicato il codice, provvedendo, per lo più, alla tutela sostanziale delle parti in stretta posizione di terzietà e di imparzialità e nel pieno rispetto del principio dispositivo, senza privilegiare i diritti e gli interessi dello Stato. In altri termini, il giudice civile, nella seconda metà del XX secolo non ha operato quale strumento di “restaurazione del principio di autorità”⁹⁵».

⁹² P. GROSSI, *Lungo l’itinerario di Piero Calamandrei*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 3, 865-886. Cfr. anche E. CHELI, *Diritto, processo e giustizia nel pensiero di Piero Calamandrei*, in *Rivista AIC*, 2015, 3, 3-4.

⁹³ Sulla metamorfosi della cultura giuridica italiana, dal “modello francese” al “modello tedesco”, fino al c.d. *Italian style*, in termini di autonomia e scelte originali, cfr. L. LACCHÈ, *Sulla vocazione del giurista italiano. Scienza giuridica, canone eclettico e Italian style tra '800 e '900*, in *Rivista italiana per le Scienze giuridiche*, 2015, 233-268. Sulla cultura processualciviltistica italiana e sugli sviluppi della disciplina in ambito universitario, cfr. A. PANZAROLA, *L’insegnamento del diritto processuale civile tra continuità e innovazione*, in *Giusto proc. civ.*, 2020, 2, 641-666.

⁹⁴ C. CONSOLO, *Ascendenze tra gli stili e i sistemi di diritto processuale civile nel XX secolo e ragioni della loro tutt’ora difficile «osmosi»*, in *Rivista italiana per le Scienze giuridiche*, 2015, 129.

⁹⁵ N. PICARDI, *Il diritto processuale*, cit., 223. Secondo B. SASSANI, «il codice del 1940 ha il grande merito di lasciare sfolgorare e permettere lo sviluppo di quell’impianto concettuale che fa la civiltà della giustizia civile e marca indelebilmente i suoi cultori che in esso si riconoscono, il *common core of civil justice system*. Non è il codice del 1940 che lo crea – Chiovenda dà voce ai suoi principi» (*Il codice di procedura civile e il mito della riforma perenne*, in www.judicium.it, 23 gennaio 2013, 3).