

Estratto

ARCHIVIO GIURIDICO

Filippo Serafini

dal 1868

già diretto da

GIUSEPPE DALLA TORRE

Direzione

GERALDINA BONI

Ord. Università di Bologna

Comitato Direttivo

FRANCESCO BONINI
 Rettore Università
 "Lumsa"

MARIO CARAVALE
 Prof. Em. Università
 di Roma "La Sapienza"

FRANCESCO P. CASAVOLA
 Pres. Em.
 Corte Costituzionale

FRANCESCO D'AGOSTINO
 Prof. Em. Università
 di Roma "TorVergata"

GIUSEPPE DE VERGOTTINI
 Prof. Em. Università
 di Bologna

JAVIER FRANCISCO
 FERRER ORTIZ
 Cat. Universidad de Zaragoza

VITTORIO GASPARINI CASARI
 Ord. Università di
 Modena e Reggio Emilia

LUIGI LABRUNA
 Prof. Em. Università
 di Napoli "Federico II"

PASQUALE LILLO
 Ord. Università della
 "Tuscia" di Viterbo

GIOVANNI LUCHETTI
 Ord. Università
 di Bologna

FERRANDO MANTOVANI
 Prof. Em. Università
 di Firenze

PAOLO MENGOSZI
 Prof. Em. Università
 di Bologna

FRANCISCA PÉREZ MADRID
 Cat. Universitat
 de Barcelona

CARLOS PETIT CALVO
 Cat. Universidad
 de Huelva

ALBERTO ROMANO
 Prof. Em. Università
 di Roma "La Sapienza"



STEM Mucchi Editore

ARCHIVIO GIURIDICO

Filippo Serafini

dal 1868

già diretto da

GIUSEPPE DALLA TORRE

Direzione

GERALDINA BONI

Ord. Università di Bologna

Comitato Direttivo

FRANCESCO BONINI

Rettore Università
"Lumsa"

MARIO CARVALE

Prof. Em. Università
di Roma "La Sapienza"

FRANCESCO P. CASAVOLA

Pres. Em.
Corte Costituzionale

FRANCESCO D'AGOSTINO

Prof. Em. Università
di Roma "Tor Vergata"

GIUSEPPE DE VERGOTTINI

Prof. Em. Università
di Bologna

JAVIER FRANCISCO

FERRER ORTIZ
Cat. Universidad de Zaragoza

VITTORIO GASPARINI CASARI

Ord. Università di
Modena e Reggio Emilia

LUIGI LABRUNA

Prof. Em. Università
di Napoli "Federico II"

PASQUALE LILLO

Ord. Università della
"Tuscia" di Viterbo

GIOVANNI LUCHETTI

Ord. Università
di Bologna

FERRANDO MANTOVANI

Prof. Em. Università
di Firenze

PAOLO MENGOLZI

Prof. Em. Università
di Bologna

FRANCISCA PÉREZ MADRID

Cat. Universitat
de Barcelona

CARLOS PETIT CALVO

Cat. Universidad
de Huelva

ALBERTO ROMANO

Prof. Em. Università
di Roma "La Sapienza"

Anno CLIV - Fascicolo 4 2022



STEM Mucchi editore

Direzione

Geraldina Boni – Ord. Università di Bologna

Comitato Direttivo

Francesco Bonini – Rettore Università “Lumsa”; Mario Caravale – Prof. Em. Università di Roma “La Sapienza”; Francesco P. Casavola – Pres. Em. Corte Costituzionale; Francesco D’Agostino – Prof. Em. Università di Roma “Tor Vergata”; Giuseppe De Vergottini – Prof. Em. Università di Bologna; Javier Francisco Ferrer Ortiz – Cat. Universidad de Zaragoza; Vittorio Gasparini Casari – Ord. Università di Modena e Reggio Emilia; Luigi Labruna – Prof. Em. Università di Napoli “Federico II”; Pasquale Lillo – Ord. Università della “Tuscia” di Viterbo; Giovanni Luchetti – Ord. Università di Bologna; Ferrando Mantovani – Prof. Em. Università di Firenze; Paolo Mengozzi – Prof. Em. Università di Bologna; Francisca Pérez Madrid – Cat. Universitat de Barcelona; Carlos Petit Calvo – Cat. Universidad de Huelva; Alberto Romano – Prof. Em. Università di Roma “La Sapienza”

Comitato Scientifico

Enrico Al Mureden – Università di Bologna
Salvatore Amato – Università di Catania
Maria Pia Baccari – “Lumsa” di Roma
Christian Baldus – Università di Heidelberg
Michele Belletti – Università di Bologna
Michele Caianiello – Università di Bologna
Marco Cavina – Università di Bologna
Olivier Echappé – Université de Lyon 3
Luciano Eusebi – Università Cattolica del S. Cuore
Montserrat Gas-Aixendri – Universitat Internacional de Catalunya
Libero Gerosa – Facoltà di Teologia di Lugano
Herbert Kronke – Università di Heidelberg
Alessia Legnani Annichini – Università di Bologna
Francesco Morandi – Università di Sassari
Andrés Ollero – Università “Rey Juan Carlos” di Madrid
Paolo Papanti Pelletier – Università di Roma “Tor Vergata”
Otto Pfersmann – Université Paris 1 Panthéon - Sorbonne
Angelo Rinella – “Lumsa” di Roma
Giuseppe Rivetti – Università di Macerata
Gianni Santucci – Università di Bologna
Nicoletta Sarti – Università di Bologna
Carmelo Elio Tavilla – Università di Modena e Reggio Emilia

Redazione

Dott.ssa Daniela Bianchini Jesurum – Avvocato del Foro di Roma; Dott.ssa Maria Teresa Capozza – “Lumsa” di Roma; Dott. Matteo Carnì – “Lumsa” di Roma; Dott. Francesco Galluzzo – Univ. Cattolica di Milano; Prof. Manuel Ganarin – Università di Bologna; Prof. Juan José Guardia Hernández – Universitat Internacional de Catalunya; Dott. Alessandro Perego – Univ. Cattolica di Milano; Dott. Nico Tonti – Università di Bologna

Mauro G. Smioldo

LA GIURISDIZIONE NEL PRISMA DEL DIRITTO SOGGETTIVO*

*«Aprile è il più crudele di tutti i mesi. Genera
lilla dalla terra morta, mescola
memoria e desiderio, desta
radici sopite con pioggia di primavera».*
T.S. Eliot, *La terra desolata*, tr. it., Milano, 2019

SOMMARIO: 1. Motivi della ricerca e attualità della storia. – 2. Origini del monismo legislativo tra filosofie rivoluzionarie e sussulti sociali. Oltre il sistema di diritto comune. – 3. L'ideologia dietro il Codice di procedura civile del 1865-66: ovvero la giurisdizione 'al servizio del diritto soggettivo'. – 4. Il Codice di procedura civile del 1940-42: un documento complesso tra vecchi fantasmi e nuovi fervori. – 5. Costituzionalismo 'multilivello' e pluralismo: l'effettività come paradigma. – 6. Il multiforme ingegno dell'odierna giurisdizione. – 7. Ritorno al sistema di diritto comune? – 8. Ripensare la funzione giurisdizionale nello spazio aperto del diritto.

1. *Motivi della ricerca e attualità della storia*

Sospesi come siamo, a cavallo fra due epoche, con urgenza dobbiamo fermarci a riflettere per capire a che punto del guado esattamente ci troviamo e verso quale lido siamo diretti; calando il diritto e tutto l'umano che lo circonda nella lunga notte della storia, a cui guardare con la lanterna rischiarante del presente e dei problemi che esso ci pone¹.

Sebbene lo studio delle istituzioni in prospettiva storica possa rivelarsi complesso e, alle volte, spiazzante, appare infatti irrinunciabile, specialmente ove si intenda cogliere il

* Contributo sottoposto a valutazione.

¹ Sul carattere contemporaneo di ogni storia, in quanto stimolata da bisogni che si avvertono nel presente, v. B. CROCE, *La storia come pensiero e come azione*, Bari, 1938, spec. p. 5, per il quale «[i]l bisogno pratico, che è nel fondo di ogni giudizio storico, conferisce a ogni storia il carattere di "storia contemporanea", perché, per remoti e remotissimi che sembrino cronologicamente i fatti che vi entrano, essa è, in realtà, storia sempre riferita al bisogno e alla situazione presente, nella quale quei fatti propagano le loro vibrazioni».

senso del diritto: a uno stesso tempo, direzione e significato². È sotto questa luce che si colloca, pertanto, la riflessione processual-civilistica che motiva queste brevi pagine, scopo delle quali è dimostrare, con metodo storico-comparato, il grande mutamento di senso della funzione giurisdizionale, in particolare civile, in seno alla complessiva metamorfosi del sistema giuridico italiano: da statuale a extra-statale; da chiuso, in quanto essenzialmente legicentrico, ad aperto, anche a diverse fonti del diritto; da originariamente incardinato sull'individuo a caratterizzato ora da più numerosi referenti; da monistico, in una sola parola, a pluralistico.

Che questo viaggio nello 'spazio-tempo' del diritto abbia dunque inizio.

2. *Origini del monismo legislativo tra filosofie rivoluzionarie e sussulti sociali. Oltre il sistema di diritto comune*

Di una giurisdizione espressione dello Stato, *ab origine* sottoposta al potere legislativo e individualisticamente orientata, può in tutta evidenza parlarsi solo in concomitanza con la nascita e l'affermarsi dello Stato come nuova entità della scena politica europea.

Il percorso fu, naturalmente, graduale, nonché lastricato di filosofie proiettate verso la 'scoperta' del soggetto³: per questa via, collocato al centro di un mondo riscopertosi insofferente alla dimensione organicistica della vita medievale e, in parte, moderna. Con ciò si legò la concatenata insoddisfazione, in

² Per una possibile e mai scontata, ma necessaria linearità del fenomeno giuridico, v. M. TIMOTEO, *Grammatiche del diritto. In dialogo con Paolo Grossi*, Bologna, 2020, cui in generale si rimanda per apprezzare l'inestricabile nesso esistente fra la storia del diritto e la comparazione in senso stretto, se è vero che, stando a F.W. MAITLAND, *Why the History of English Law is Not Written*, in *The Collected Papers of Frederic William Maitland*, I, ed. H.A.L. FISHER, Cambridge, 1911, p. 488, «[h]istory involves comparison» e che, del pari, stando a G. GORLA, voce *Diritto comparato*, in *Enciclopedia del diritto*, XII, Milano, 1964, p. 930, n. 5, «è vero anche l'inverso», vale a dire *comparison involves history*.

³ Di derivazione sostanzialmente umanistica e rinascimentale, come il Giusnaturalismo moderno, il Razionalismo e l'Illuminismo, accomunati dal rilievo centrale attribuito al rispetto della persona umana, ulteriormente sancito attraverso il pensiero di Cartesio e, più tardi, di Immanuel Kant.

ambito giuridico, per il preesistente sistema di diritto comune⁴, quando l'ordinamento non si riduceva ancora nella legge del singolo Stato, potendo esprimersi nella ben più complessa e variegata tensione fra l'universalità del diritto romano-canonico e le specificità dei singoli diritti propri, locali o di categoria, emergenti a livello sociale e rispettosi gli uni degli altri⁵. Compiutamente, l'insoddisfazione per un tale sistema era venuta sostanziandosi nella mancanza di certezza, razionalità e uniformità di un diritto troppo vetusto e soffocante per una società in costante espansione come quella moderna, visibilmente rivolta nel senso di promuovere, anche dal punto di vista economico e finanziario, la libertà del singolo individuo.

L'evento nel quale il malcontento per il passato e l'ambizione per il futuro poterono esplodere fu rappresentato dalla Rivoluzione francese⁶. In essa poté infatti concretarsi una nuova idea di potere e, conseguentemente, di diritto: finalmente espressione del singolo Stato, garante nella promozione della libertà individuale.

Lo strumentario tecnico approntato per la realizzazione di questo radicale cambiamento fu offerto dalla codificazione giuridica; per la prima volta avvenuta, non casualmente, in Francia, sotto il governo di Napoleone Bonaparte, erede degli incandescenti anni della Rivoluzione. Il Codice fu quindi un nuovo modello giuridico per un nuovo modello politico; cioè un geniale «compromesso»⁷, attraverso cui abbandonare il com-

⁴ Cioè il sistema che aveva retto le sorti dell'Europa continentale per oltre settecento anni, dalla fine dell'XI all'inizio del XIX secolo, e che aveva visto interessata, all'interno della *Western Legal Tradition*, la famiglia di *civil law*, restandovi estranea quella di *common law*.

⁵ Per una più ampia analisi sulla dialettica di diritto comune e la corrispondente «relatività della vita giuridica», non potendosi qui approfondire il tema, si rinvia a P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Bari-Roma, 2017, spec. pp. 233-234.

⁶ Sulla Rivoluzione del 1789 quale fondamentale momento di «cesura» della storia, anche giuridica, europea, v. M. FIORAVANTI, *Stato e costituzione, in Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, a cura di M. FIORAVANTI, Roma-Bari, 2002, p. 3 ss.

⁷ Così V. PIANO MORTARI, voce *Codice (premessa storica)*, in *Enciclopedia del diritto*, VII, Milano, 1960, p. 232, secondo il quale i moderni Codici furono «il risultato di un compromesso politico-legislativo, compiuto per soddisfare

plicato sistema di diritto comune, senza Stato, in favore di un più semplice sistema, tutto incentrato, questo sì, sullo Stato e la sua legge.

Dalla rinnovata centralità della norma legislativa quale esclusiva fonte giuridica, derivarono il sorgere dell'onnipotenza del legislatore in ogni settore dell'ordinamento, sia sostanziale che processuale, nonché un nuovo indirizzo scientifico per l'interpretazione dell'ormai semplificato e legicentrico diritto: la Scuola francese dell'Esegesi⁸. L'inesorabile corollario, dal punto di vista del giudice che qui particolarmente interessa, fu la sua inedita sottomissione al legislatore.

Sempre rammentando l'esperienza francese, il primo Codice processuale moderno fu il *Code de procédure civile* del 1806-7, anch'esso innovativo nel modo di concepire il processo, nonostante la gradualità della sua affermazione⁹. Con il nuovo Codice di procedura, la giurisdizione di Francia diventò per la prima volta oggetto di esclusiva regolamentazione da parte dello

[...] il bisogno razionalistico di ordine e di armonia nel campo del diritto positivo, la necessità dello Stato accentrato di avere un codice uniforme per tutto il territorio statale, il desiderio illuministico di maggior rispetto per la persona umana e per le libertà individuali ed infine il sentimento nazionale che reclamava un codice composto di norme indigene e non più scritte in una lingua straniera».

⁸ Per una esposizione delle cui caratteristiche v., per tutti, G. TARELLO, *La «Scuola dell'Esegesi» e la sua diffusione in Italia*, in *Scritti per il XL della morte di P.E. Bensa*, Milano, 1969, p. 241 ss.

⁹ Ricorda N. PICARDI, voce *Processo civile (diritto moderno)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXVI, Milano, 1987, p. 113 ss., che il passaggio alla statualizzazione del processo fu sì graduale, ma assai significativo, nonché segnato fra l'altro da un mutamento linguistico e concettuale nell'uso del termine 'processo', con riguardo al quale si sarebbe arrivati a parlare, per l'appunto, non più di *iudicium*, ma di *processus*. Proprio in Francia, un momento evocativo a tal proposito fu rappresentato dall'entrata in vigore dell'*Ordonnance civile touchant la réformation de la justice*, emanata nel 1667 da Luigi XIV, e per questo nota anche come *Code Louis*; malgrado l'inappropriatezza dell'etichetta di *Code*, continuando a inserirsi nel sistema, sia pure maturo, di diritto comune, l'ordinanza in discorso si caratterizzava per il fatto di contenere norme processuali civili per la prima volta provenienti da un sovrano e destinate a trovare la medesima applicazione in tutte le corti del Regno francese, con conseguente connotazione in senso maggiormente statualistico della giurisdizione, ancorché con effetto abrogativo circoscritto alle sole incompatibili norme di diritto comune. Per tali ultimi rilievi, v. M. FIORAVANTI, *op. cit.*, p. 12.

Stato¹⁰. In questo contesto, la funzione giurisdizionale divenne potere statale – da potere extra-statale che era invece nel sistema di diritto comune – e per di più, nel disegno della *montesquieuiana* tripartizione dei poteri, marginale, come ulteriormente dimostrato dalla passività del magistrato: *bouche de la loi*, secondo l'originale definizione risalente a Montesquieu, non solo nell'interpretazione del diritto sostanziale, ma anche nella gestione della singola controversia a lui sottoposta.

Si impose così un modello di contenzioso a vocazione liberale, conforme all'ideologia borghese che aveva fatto da sfondo alla Rivoluzione e alla codificazione giuridica; quello che, emblematicamente, taluno¹¹, in letteratura, avrebbe chiamato «il processo civile del “*laissez-faire*”». La dimensione individuale dei diritti, di cui al Codice civile, sarebbe finita per congiungersi con la dimensione individuale delle tutele, di cui al Codice di procedura civile.

3. *L'ideologia dietro il Codice di procedura civile del 1865-66: ovvero la giurisdizione 'al servizio del diritto soggettivo'*

Fatta l'Italia nel 1861, fu fatto, quattro anni più tardi, nel 1865, anche il suo diritto. La strada fu, quella maestra, della codificazione; in essa trovò posto il c.p.c. del 1865-66, fra gli altri entrati allora in vigore¹².

Frettolosamente approvato nella forma del progetto a cura di Giuseppe Pisanelli, insigne giurista e già Ministro Guarda-

¹⁰ Sebbene le regole processuali preesistenti, sia compatibili che incompatibili con quelle codicistiche, furono abrogate, in realtà il distacco con l'*Ordonnance* del 1667 molto si sarebbe attenuato nella prassi, anche a causa del fatto, da più parti fin da subito riconosciuto, che il nuovo *Code* fosse considerato quasi una riproduzione dell'ordinanza, come riportato da S. SATTI, voce *Codice di procedura civile*, in *Enciclopedia del diritto*, VII, Milano, 1960, p. 280.

¹¹ Così M.R. DAMAŠKA, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, tr. it., Bologna, 1991, p. 343.

¹² Nel 1865 vennero dunque promulgati, per poi entrare in vigore l'anno seguente: il Codice civile, il Codice di procedura civile, la legge sull'ordinamento giudiziario, il Codice di commercio e il Codice di procedura penale. Solo nel 1889, si sarebbe unificato il diritto penale sostanziale, con la promulgazione del Codice liberale Zanardelli, in vigore dal 1890. Diffusamente sul tema dell'unificazione, *ex multis*, C. GHISALBERTI, *Unità nazionale e unificazione giuridica in Italia: la codificazione del diritto nel Risorgimento*, Roma-Bari, 1979.

sigilli, il nuovo Codice di rito si ispirò all'archetipo francese¹³. Fu così che anche la giurisdizione civile italiana venne costruita in maniera da tutelare i diritti individuali cuciti dalla legge intorno al soggetto di diritto¹⁴, per la valorizzazione della sua libertà. In questo senso, il Codice processuale delineò una giurisdizione 'al servizio del diritto soggettivo'¹⁵.

In un sistema come quello ottocentesco, edificato sul soggetto di diritto e i suoi diritti soggettivi, idealmente fondato sul Codice civile, la procedura ne fu mera ombra o continuazione; nel processo civile del *laissez-faire*, la libertà individuale veniva infatti notevolmente incoraggiata, non ravvisandosi quale funzione del processo la sua giusta composizione, ma bensì la promozione della libertà delle parti nel determinarsi da sé, quanto ai tempi e alle modalità di svolgimento della lite¹⁶.

¹³ Il quale era già stato oggetto di ispirazione per un cospicuo numero di Codici preunitari italiani, nonché per il previgente Codice di procedura civile sabauda, provvisoriamente esteso ai territori annessi al Regno di Sardegna, nell'ambito di quella 'unificazione a vapore' che aveva contraddistinto la fase prodromica dell'unificazione legislativa italiana. Sul carisma esercitato dal *Code* francese, v. S. SATTÀ, voce *Codice di procedura civile*, cit., p. 280; M. TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, Bologna, 1980, p. 113; F. CIPRIANI, *Il processo civile in Italia dal codice napoleonico al 1942*, ora in Id., *Ideologie e modelli del processo civile. Saggi*, Napoli, 1997, p. 8. Sulla codificazione processuale sabauda, v. più specificamente, invece, F. AIMERITO, *La codificazione della procedura civile nel Regno di Sardegna*, Milano, 2008.

¹⁴ È M. GIORGIANNI, *Il diritto privato ed i suoi attuali confini*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1961, p. 395, a notare l'influsso del Giusnaturalismo e del Razionalismo nel «concepire l'ordinamento giuridico [...] in funzione dell'individuo ed a considerarlo come l'insieme dei diritti a lui spettanti» ponendo «il "soggetto" di diritto» al centro del sistema, così integralmente «ricondotto negli schemi volontaristici del diritto privato».

¹⁵ Il richiamo è a un grande maestro del diritto: G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1933, p. 17, per il quale un processo di tal guisa è proprio «un semplice strumento a servizio del diritto soggettivo».

¹⁶ L'autonomia privata non soltanto caratterizzava il processo civile, ma addirittura lo precedeva. Lo stesso Titolo preliminare del Codice previgente era, non a caso, dedicato agli alternativi strumenti di conciliazione e arbitrato. Esso fu definito, in questo senso, da G. VACCA, *Relazione a S.M. del Ministro di Grazia e Giustizia e dei Culti in udienza del 25 giugno 1865 sul Codice di procedura civile*, in *Codice di procedura civile del Regno d'Italia, preceduto dalla relazione del Ministro Guardasigilli a Sua Maestà il Re, con l'aggiunta dell'indice alfabetico analitico delle materie*, Napoli, 1865, p. IV, «vestibolo dell'edificio processuale».

La già accennata priorità del diritto sostanziale sulla procedura si era riflessa, inoltre, nell'asserita priorità del diritto soggettivo rispetto all'azione, attraverso la quale far valere il primo in giudizio. L'azione era quindi spesso ricostruita, nella prevalente letteratura del tempo¹⁷, come secondaria e accessoria al diritto soggettivo.

Una tale esaltazione dell'autonomia privata rispondeva però a un chiaro progetto statale di origine borghese. Perciò, se certamente, da un lato, il XIX fu il secolo dell'individualismo, dall'altro, portò altresì al consolidamento dell'autorità dello Stato. La libertà individuale – il prioritario fra i valori dell'epoca – richiedeva che fosse lo Stato, direttamente o indirettamente, a farsene garante, ancorché al paradossale esito di assolutizzare gli strumenti per provvedere alla sua protezione. È evidente la sintonia con l'ideologia liberale: individualistica e statualistica insieme¹⁸.

Dal posizionamento dell'individuo e del diritto soggettivo al centro del sistema statale, scaturirono molte altre conseguenze processuali notevoli, destinate a ripercuotersi soprattutto sulla configurazione astratta e formalistica dei riti, nonché sulla dimensione prettamente individualistica delle tute-

¹⁷ V., su tutte, le teorie di M. PESCATORE, *Sposizione compendiosa della procedura civile e criminale nelle somme sue ragioni e nel suo ordine naturale, con appendici di complemento sui temi principali di tutto il diritto giudiziario*, I, Torino, 1864, p. 121, per il quale l'azione è esattamente «un diritto accessorio ad un altro che sostiene le veci di principale» e dell'allievo L. MATTIROLI, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, I, Torino, 1902, p. 21, ove si legge che l'azione è «un diritto alla seconda potenza, cioè la qualità, propria del diritto, di potere invocare in sua tutela le garanzie giudiziarie».

¹⁸ Una volta statualizzata, la giurisdizione era divenuta potere (fra i poteri) dello Stato italiano, senza che potesse residuare alcuno spazio, in questo contesto, per una regolamentazione del processo, come pure delle sue alternative, non ricompresa e assorbita dalla onnicomprensiva legislazione statale. Questa ricostruzione sembra avvalorata, in dottrina, da M.P. GASPERINI, *Processo e strumenti di giustizia alternativa nel codice di procedura civile del 1865*, in *La codificazione nell'Italia postunitaria 1865-2015*, Camerino, 2016 (Quaderni degli Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino), spec. p. 151 ss., e p. 154, ove l'a. ricorda che la conciliazione, nonostante non fosse attività giurisdizionale, era comunque resa possibile da organi dello Stato quali erano i conciliatori e che, parimenti, la decisione emessa in arbitrato poteva acquistare rilevanza giuridica, soltanto se validata con decreto da parte dei pretori, anch'essi organi statuali.

le. Proprio qui emerge quella inscindibilità del binomio Stato-individuo, che è alla base dello stile giuridico otto-novecentesco e che, tuttavia, non avrebbe tardato a mostrare ben presto le prime crepe.

Ma entriamo subito *in medias res*. È noto che l'esperienza giuridica liberale poté riconoscere un'uguaglianza solo formale e, per conseguenza, astratta, fra gli individui¹⁹. Tramontato il sole sul diritto comune, l'Antico Regime e i molteplici privilegi a esso correlati, gli Stati ottocenteschi erano giunti a considerare tutti gli esseri umani potenzialmente uguali, così riducendo al minimo trattamenti giuridici differenziati, sia pure al costo di non intervenire per tutelare in modo effettivo chi si trovasse in una condizione di obiettivo svantaggio. Stando al c.p.c. del 1865-66, ciò si tradusse, innanzitutto, nella centralità del rito formale – o ordinario – di cognizione²⁰, cui si accompagnò, logicamente, la residualità dei riti speciali in quanto differenziati²¹. È infatti vero che, specialmente nel rito formale²², disegnato a misura dell'abbiente proprietario borghese, l'unico capace di sopportare gli elevati costi e tempi di una farragginosa giustizia civile, potevano irraggiarsi la generalità

¹⁹ Sull'astrattezza del diritto di origine liberale, v. G. SOLARI, *Diritto astratto e diritto concreto*, in *Giornale critico della filosofia italiana*, 1948, p. 51, per il quale, malgrado l'accoglimento del principio giusnaturalista per cui «nel soggetto sono le radici del diritto [...] in nessun'altra epoca come in quella giusnaturalistica trionfò l'astrattismo giuridico e fu più svalutato il diritto che scaturisce dalla vita, dalla storia».

²⁰ Scelta, questa, di derivazione politica liberale, secondo la condivisibile opinione di M. TARUFFO, *op. cit.*, p. 115.

²¹ Sul punto, E. RUSSO, *Interessi diffusi e teoria delle situazioni soggettive*, in *Vita notarile*, 1979, spec. pp. 795-796, e M. TARUFFO, *op. cit.*, p. 120 ss.

²² Ma non soltanto. Un discorso analogo può farsi anche per la tutela di esecuzione e cautelare. Per la prima, v. M. TARUFFO, *op. cit.*, spec. p. 136, per il quale «[l]a proprietà, come archetipo ed esempio principale dei diritti c.d. "assoluti", è [...] il tipo di situazione soggettiva che la disciplina dell'esecuzione nel codice del 1865 tutela in modo più intenso». Per la seconda, si consideri invece la circostanza, suffragata dall'opinione di Piero Calamandrei, che il Codice del 1865 avrebbe disciplinato espressamente solo misure cautelari tipiche, limitando il potere di cautela alle ipotesi previste *ex ante* dal legislatore, nonostante la questione restasse comunque oggetto di dibattito, come ulteriormente chiarito da F. TOMMASEO, voce *Provvedimenti di urgenza*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXVII, Milano, 1988, spec. p. 862.

e astrattezza del soggetto di diritto, in ragione del quale era stato imbastito il maestoso edificio giuridico liberale.

Anche nel caso italiano, analogamente a quello francese, la dimensione individualistica dei diritti si saldò con la dimensione individualistica delle tutele. Non soltanto perché all'art. 35 del c.p.c. del 1865-66 fu recepito il principio dispositivo²³, ma anche per il fatto più incisivo che, al comma 1° del successivo art. 36, il legislatore codificò il principio dell'interesse ad agire²⁴, circoscrivendo l'accesso alla giustizia civile nello Stato monoclasse italiano di fine XIX secolo in ottica pienamente borghese. Dal momento che il legislatore s'era astenuto dal qualificare i requisiti dell'interesse ad agire, fu l'autorevolissima dottrina coeva²⁵ a indicare generalmente quest'ultimo come: diretto, cioè di regola appartenente all'individuo in quanto soggetto privato; legittimo, ossia conforme al diritto fatto valere attraverso l'azione; e attuale, cioè esistente nel momento in cui l'azione viene esercitata. Dei tre caratteri suesposti, quello più eloquente ai nostri fini è senza dubbio il primo: oggi, requisito della personalità dell'interesse ad agire. È in esso che si rispecchia, infatti, quella dimensione monolitica delle tutele giudiziarie civili di fine '800, cui corrispondeva una legittimazione ad agire, in particolare attiva, normalmente per un diritto proprio e individuale, considerate le ancora oggi tassative deroghe in tema.

²³ Come nota M. CAPPELLETTI, *Libertà individuale e giustizia sociale nel processo civile italiano*, in Id., *Giustizia e società*, Milano, 1972, p. 32, n. 30, radicato nella tradizione giuridica occidentale, sia di *civil law*, che di *common law*.

²⁴ Sul rilievo che l'interesse ad agire assume per la materia del processo, v. la suggestiva metafora di F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, p. 408, per cui «[i]l legislatore tratta l'interesse in lite come l'idraulico tratta l'acqua corrente, della quale vuol impiegare la forza per muovere le macchine di un opificio: da un lato la regola ora stimolandone ora rattenendone la energia, come l'idraulico corregge con opere artificiali il corso del fiume ora accrescendone ora contenendone l'impeto affinché tutta la forza si sprigioni nel luogo e nel tempo migliore; dall'altra, la trasforma al fine di renderla più idonea a muovere il congegno, proprio come fa l'ingegnere che, a un certo punto, muta l'energia idraulica in elettricità», lasciando ai nostri fini intuire tutta la delicatezza di tale principio, quale congegno su cui intervenire per la corretta gestione dell'intera dinamica processuale.

²⁵ V., *ex multis*, G. PISANELLI, A. SCIALOJA, P.S. MANCINI, *Comentario del codice di procedura civile del Regno d'Italia. Legislazione, storia, dottrina e giurisprudenza*, I, Napoli, 1875, p. 255 ss., e L. MATTIROLO, *op. cit.*, p. 50 ss.

Senonché, in una prospettiva di respiro comparato, si avverte con nitore l'insufficienza di quest'ormai ristretto approccio, criticato fin dalla dottrina italiana del tempo²⁶ e in via di superamento sia nelle esperienze più saldamente ancorate all'ideologia liberale, come quelle inglese, statunitense e francese²⁷, sia in area tedesca e austriaca²⁸.

²⁶ Ancorché su sentieri d'inchiostro, v. la sognante letteratura giuridica di L. MATTIROLO, *op. cit.*, p. 30 ss., che, nel suo trattato, ampio spazio dedicò alle azioni popolari, riportando i commenti favorevoli alla loro espansione, fra cui quello di Scialoja, nonostante la cesura con la cultura liberale, ove poteva, come visto, agirsi soprattutto per un diritto proprio e non per uno che il singolo avrebbe più precisamente esercitato quale parte di una «comunità».

²⁷ Primi afflatti sociali, nel senso di una mitigazione dell'individualismo ottocentesco, possono rinvenirsi in molteplici e diversi sistemi processuali occidentali, sia di *common law* che di *civil law*. Con riguardo all'Inghilterra, si consideri come i *Judicature Acts*, tra il 1873 e il 1875, sotto il lungo regno della Regina Vittoria, avevano condotto a una fondamentale revisione del sistema giudiziario, nel segno della semplificazione processuale, oltre la visuale del mero interesse privato di parte. La riforma, segnatamente, riordinò le corti inglesi, unificando le giurisdizioni di *common law* e di *equity*, ponendo anche le basi sia per la sostituzione del sistema dei *writs* con unico *writ of summons*, tale da agevolare il singolo nella provocazione di una lite meno formalistica, che per la cristallizzazione del principio *stare decisis*, o del precedente vincolante, ai fini di una maggiore certezza del diritto. Cfr., sul punto, V. VARANO, V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale. Testo e materiali per un confronto civil law common law*, Torino, 2021, p. 270 ss., e p. 294.

Con riguardo agli Stati Uniti, si consideri invece la più limitata riforma del *Code pleading* che, durante il XIX secolo, aveva potuto semplificare, in numerosi Stati, la fase introduttiva del processo civile, valorizzando, benché timidamente, il principio di correttezza processuale tra le parti. Su questo, v. l'analisi di G.C. HAZARD, M. TARUFFO, *La giustizia civile negli Stati Uniti*, Bologna, 1993, spec. pp. 32-33.

Quanto alla Francia, sebbene in prospettiva giurisprudenziale, può ritenersi infine esemplificativa una sentenza della *Cassation*, datata 1832, riportata ed entusiasticamente accolta da G. PISANELLI, A. SCIALOJA, P.S. MANCINI, *op. cit.*, p. 271 ss., che riconosceva la titolarità dell'azione civile, contro l'esercizio abusivo di professione, in capo agli esercenti lesi, nell'insieme portatori di un interesse non più semplicemente individuale, ma non per questo non meritevole di protezione giurisdizionale.

²⁸ In Germania, si rivela esemplare la polemica dottrinale sull'*actio*, sorta da una critica del giovane Theodor Muther a uno scritto, datato 1856, del più celebre Bernhard Windscheid, esponente di spicco della Pandettistica tedesca, che aveva per la prima volta rotto in modo netto lo strettissimo legame fra azione e diritto soggettivo. Il riferimento è all'opera intitolata *Die Actio des römischen Civilrechts, vom Standpunkte des heutigen Rechts*, ossia

4. *Il Codice di procedura civile del 1940-42: un documento complesso tra vecchi fantasmi e nuovi fervori*

La progressiva entrata in crisi del sistema giuridico liberale e dei suoi presupposti sarebbe cresciuta smisuratamente negli anni a seguire; come è noto, di essa avrebbe profittato il regime fascista.

Prima di allora, tuttavia, nel passaggio relativamente veloce da un sistema liberale a uno invero autoritario, si scorre un momento di transizione alquanto significativo, affrescato dall'età a cavaliere fra la fine del XIX e l'inizio del XX secolo; è qui che prendono vita tutta l'inquietudine della scienza giuridica e l'incertezza del legislatore, dinanzi al collasso delle consolidate certezze di matrice ottocentesca. Emblematico il passaggio, nel piccolo mondo dell'accademia, dalla procedura civile – fino a quel momento zona buia del diritto sostanziale – al diritto processuale civile: ormai regione emancipata dell'ordinamento, per effetto di un ripensamento concettuale dell'azione, resa autonoma dal diritto soggettivo, sulle orme del magistero di Giuseppe Chiovenda²⁹. Fu così condotta an-

L'«actio» del diritto civile romano dal punto di vista del diritto odierno. Più diffusamente, anche su questi ultimi profili, v., per tutti, G. PUGLIESE, *Introduzione*, in *Polemica intorno all'«actio» di Windscheid e Muther*, a cura di G. PUGLIESE, tr. it., Firenze, 1954, spec. pp. XIII-XIV.

Considerevole, per concludere, è l'entrata in vigore, nel 1898, del Regolamento di Franz Klein, con cui la giurisdizione civile austriaca cessava di essere un problema solo privato. Approfonditamente, sulla *Sozialfunktion* della *Zivilprozessordnung* austriaca, A. CARRATTA, *La «funzione sociale» del processo civile, fra XX e XXI secolo*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2017, p. 586 ss.

²⁹ I due pilastri della cui scuola furono la concezione pubblicistica del processo e l'autonomia dell'azione rispetto al diritto soggettivo del quale, con essa, è richiesta tutela; reagendosi alla dominante concezione che vedeva nel processo un mero affare privato delle parti e, nell'azione, un aspetto del diritto soggettivo. Cruciale la prolusione bolognese sull'azione del 3 febbraio 1903, per cui rinvio direttamente a G. CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, poi in *Id.*, *Saggi di diritto processuale civile (1900-1930)*, I, Roma, 1930, *passim*. Verosimilmente influenzato da quel Klein sotto il quale era stato inaugurato, in Austria, un modo pubblicistico di guardare agli istituti del processo, Chiovenda poté scrutare nella giurisdizione uno scopo che trascendesse gli interessi delle parti private. Più in particolare, per come venne concepita, l'a-

che in Italia, tramite proprio il maestro di Premosello, la polemica sull'azione, accesasi, come già ricordato, in area tedesca.

Il problema dell'azione avrebbe agitato le grigie stanze dell'accademia italiana per tutta la prima metà del Novecento, producendo intere biblioteche e rappresentando però molto più che un *divertissement* giocato sul filo del concetto da autorevoli professori; riflettendosi esattamente in esso la crisi dell'individuo e del diritto soggettivo³⁰ o, in altre parole, l'inevitabile esaurirsi del sogno ottocentesco di poter cristallizzare la realtà sociale, tenendola fuori dalla torre d'avorio del legislatore.

La necessità di un diritto più adeguato ai tempi, nonché a una società non rigidamente circoscritta agli interessi della sola classe sociale borghese, fu abilmente sfruttata, come anticipato, dal regime fascista. La sua più grande eredità giuri-

zione, resa autonoma dal diritto soggettivo, aveva sciolto il processo dai vincoli del diritto sostanziale, sebbene, essendo strumentale a esso, non dalla necessità della sua attuazione; in tal guisa l'azione fu ricostruita quale «diritto soggettivo pubblico», ovvero «diritto potestativo per eccellenza», in qualità di «diritto mezzo», visto il suo carattere «addiettivo» o «secondario», ulteriormente dato contro l'avversario e, in definitiva, concretamente volto all'ottenimento di un provvedimento favorevole di merito, potendo spettare solo a chi avesse ragione. Per questa via, sia pure in ambito scientifico, anche il processo civile italiano cominciò a essere indirizzato verso la giusta attuazione della legge, anziché dei meri interessi privati dei contendenti, coinvolti nella singola controversia.

³⁰ Rivelatrici le parole, più che mai vive, di un altro grande maestro del diritto: P. CALAMANDREI, *La relatività del concetto di azione*, in *Rivista di diritto processuale civile*, 1939, I, p. 44, secondo il quale proprio «in quello specchio del diritto sostanziale che è il processo, è possibile cogliere nitidamente, espressa in questo irrequieto fluttuare di teorie sull'azione, la crisi dell'ordinamento giuridico [...] e di quel concetto di diritto soggettivo, che finora ne costituiva il pilastro centrale». È R. ORESTANO, voce *Azione (storia del problema)*, in *Enciclopedia del diritto*, IV, Milano, 1959, pp. 801-802, a evidenziare invece come, di qui, sarebbe derivato il riorientamento dell'asse del sistema «dal diritto soggettivo al diritto oggettivo, dal diritto privato al pubblico, dagli interessi privati a quelli collettivi, dall'individuo allo Stato, dal singolo alla società» transitandosi da una «concezione "soggettiva" del processo, in cui lo scopo primo, diretto e immediato della giurisdizione civile [...] appariva la tutela dei diritti soggettivi» a «una sua sempre maggiore "pubblicizzazione"» e, pertanto, «da una visione meramente dichiarativa della funzione giudiziaria ad una visione che tende sempre più a mettere in evidenza la sua partecipazione alla formazione di ciò che si suole chiamare comando giuridico sostanziale».

dica fu la codificazione del diritto, ove si innesta l'emanazione di un nuovo Codice di procedura civile: il c.p.c. del 1940-42, destinato a soppiantare il previgente, individualistico Codice processuale del 1865-66.

Il legislatore fascista, simulando la sensibilità sociale della propria epoca, mostrandosene in tal senso fiero interprete, sarebbe giunto a esprimere non tardi il volto più oscuro dello statualismo e del legalismo ottocenteschi, ormai sul punto di crollare sotto le proprie stesse scuri. Per un'ultima volta, la giurisdizione apparve perciò intimamente legata allo Stato, nel nome di una idolatria della legge, presto arrotolata in sé stessa: astratta com'era dalla concretezza del reale e della vita, compiuto il gravissimo e fatale errore di poter risolvere il suo scopo nella sua stessa, nuda forma.

Il Codice di rito del 1940-42, ancor oggi in vigore, benché consistentemente modificato, si configura come un documento complesso, al pari dell'epoca in cui fu concepito, discusso e approvato, nell'insieme rispondente a un chiaro motivo di propaganda dello Stato autoritario. La giurisdizione civile, espressione sempre statutale, fu quindi orientata, anche se non drammaticamente, in senso pubblicistico³¹. L'accoglimento del principio di autorità³² si ebbe, in particolare, nell'accrescimento dei poteri del giudice. Quest'ultimo era tuttavia, ancora, un mero esecutore della legge, imbrigliato agli indirizzi politici di uno Stato legicentrico, che non aveva inteso riconoscere alcuna autorità fuori di esso³³. La giurisdizione delineata dal Codice di procedura civile del 1940-42 fu quindi, in de-

³¹ Si può concordare, in questo senso, con A. PROTO PISANI, *Il codice di procedura civile del 1940 fra pubblico e privato*, in *Foro italiano*, 2000, cc. 77-78, per il quale, se da una parte, «il c.p.c. del 1865 [...] era un codice ispirato chiaramente alla prevalenza della componente privatistica rispetto a quella pubblicistica», d'altra parte, «il nuovo codice è ispirato chiaramente alla prevalenza della componente pubblicistica rispetto a quella privatistica».

³² V., in merito, D. GRANDI, *Relazione alla Maestà del Re Imperatore del Ministro Guardasigilli (Grandi), presentata nell'udienza del 28 ottobre 1940-XVIII per l'approvazione del testo del Codice di procedura civile*, pubblicata in Gazz. uff. n. 253 del 28 ottobre 1940, spec. p. 4004, e p. 4007.

³³ Così M. CAPPELLETTI, *Libertà individuale e giustizia sociale nel processo civile italiano*, cit., spec. p. 30.

finitiva, espressione di uno Stato autoritario, che non considerava più il relativo processo un libero gioco fra le parti private, cessando sia il giudice che lo Stato di esserne meri spettatori³⁴.

Molto si è scritto a proposito dell'autoritarismo o non autoritarismo del c.p.c. del 1940-42. Ciononostante, al netto della pur interessante discussione a margine³⁵, un tale Codice soprattutto si rivela, come il previgente, frutto rancido di una stagione consumata, non avendo neanche colto la dimensione sociale del fenomeno giuridico, lasciando anzi sopravvivere i difetti dell'architettura liberale, semplicemente inserendo in essa i propri valori³⁶.

³⁴ Il mutamento di clima già si avverte dalla struttura del nuovo Codice; che, a differenza del previgente, non esordiva, né allora, né pure oggi, con l'esposizione dei mezzi di risoluzione delle controversie alternativi al processo, ma con la rassegna delle norme in materia di giurisdizione statale, proprio a sottolineare i nuovi fini più rigidamente pubblicistici di uno Stato che, fin da quel momento, iniziava a intervenire attivamente nelle vicende dei privati, sottraendo loro quella esclusiva disponibilità di cui, invece, il previgente Codice del 1865-66 era stato il massimo custode. Giova, tuttavia, segnalare il mantenimento di una certa continuità con il sistema liberale delle tutele civili, confermato dalla ripresa quasi letterale delle norme di cui agli artt. 35 e 36 del c.p.c. del 1865-66, rispettivamente in tema di principio dispositivo e di interesse ad agire, ora agli artt. 99 e 100 del c.p.c. del 1940-42, con cui non si è però rimediato agli inconvenienti in punto di adeguamento delle medesime tutele ai bisogni sociali. V., su tale continuità, quanto riportato da A. LUGO, M. BERRI, *Codice di procedura civile illustrato con i lavori preparatori e con note di commento*, Milano, 1940, p. 129.

³⁵ Sulla non estrema autorità del c.p.c. del 1940-42, *ex multis*, la coeva opinione di S. SATTA, *In difesa del codice di procedura civile*, in *Foro italiano*, 1947, spec. c. 47; per una contraria, benché recente, ma parimenti autorevole: F. CIPRIANI, *Il codice di procedura civile tra gerarchi e processualisti. Riflessioni e documenti nel cinquantenario dell'entrata in vigore*, Napoli, 1992, *passim*.

³⁶ Per suggestioni sul punto, v. N. PICARDI, *La natura del potere del giudice*, in *Ritorno al diritto: i valori della convivenza*, 2005, p. 70, ove, con sguardo ampio, l'a. nota che «fra il XVIII e la prima metà del XX secolo, in Europa continentale si era registrata, non tanto una sterilizzazione politica del giudice, quanto una sua burocratizzazione che aveva finito per omogeneizzare sostanzialmente la funzione giudiziaria con quella amministrativa» tale per cui «[l']adozione del modello gerarchico-burocratico, solidale con la cultura giu-spositivistica» aveva potuto assicurare «un'attività giurisdizionale improntata all'ideologia della fedeltà alla legge».

Ma è forse troppo facile, per noi che siamo posteri, osservare la debolezza di un'architettura del diritto come quella ottocentesca; prestatasi a una deriva autoritaria, destinata a cadere: seguendo, nella corsa verso l'oblio, lo Stato, la legge, l'individuo e tutto l'universo che dentro vi si specchiava³⁷.

5. *Costituzionalismo 'multilivello' e pluralismo: l'effettività come paradigma*

L'occasione per una sistematica rimeditazione del diritto, il cui scopo, come quello umano, era andato perduto a seguito degli orrori del secondo conflitto mondiale, si sostanziò nell'avvento di un costituzionalismo 'multilivello', coordinato a livello europeo e globale, che potesse effettivamente interpretare i bisogni e i diritti delle persone. Proprio in questa primavera, di rinnovata e fiduciosa apertura, si colloca l'entrata in vigore, il 1° gennaio 1948, della Costituzione repubblicana italiana. Con essa, l'intero ordinamento iniziò a essere trascinato in direzione di una luce audacemente innovativa, segnando il passaggio a un sistema giuridico non più eminentemente statuale e, evidentemente, legicentrico, ma extra-statuale e sociale, con ripercussioni decisive anche sul senso della giurisdizione e delle tutele civili.

In ciò sta la forza della nuova Costituzione: a dispetto del previgente Statuto albertino del 1848, sovraordinata alla legge, ossia rigida, nonché, per altro punto di vista, sorprendentemente elastica, nel condurre il sistema entro una nuova rete di relazioni tra Stati e Organizzazioni internazionali, così in grado di condividere la propria sovranità, ora non più ed esclusivamente data alla singola entità statale, come nel diritto otto-novecentesco.

³⁷ In questa desolazione spirituale si ode, ancora ai nostri giorni, l'altissima voce di G. CAPOGRASSI, *Il diritto dopo la catastrofe*, in *Jus*, 1950, p. 196, per il quale «[l]a crisi è venuta a dimostrare, con la efficacia che solo la storia dà alle dimostrazioni, la mancanza di fondamento e di principio degli ordinamenti giuridici contemporanei, la loro singolare e caratteristica vacuità, che si prestava a qualunque attentato, e poteva riempirsi delle correnti più negative, e servire agli scopi più negativi della umanità della vita».

La portata innovatrice dei nuovi principi, specialmente in materia di processo civile, nel tempo altresì valorizzata dalla giurisprudenza della neoistituita Corte costituzionale, poté caricare gli istituti giuridici di originalissime note, in cui finalmente udire le voci di una società non più monoclasse come quella borghese, sopravvissuta sotto il fascismo, ma apertamente democratica e pluriclasse³⁸. Riannodando il diritto alla società, si passò, anche in punto di giurisdizione, dal paradigma della legalità ottocentesca a quello di effettività³⁹, per tal via destinato a innervare le forme e le tecniche di tutela dei diritti, oltre che le relazioni fra le parti e il giudice, fino a incidere sopra lo stesso mestiere di giudice. Quell'invisibile leva, che per l'ordinamento è progressivamente diventata l'effettività, è la stessa che ha consentito, per esempio, tramite il coordinamento fra l'art. 24, comma 1° e il principio di uguaglianza sostanziale, di cui all'art. 3, comma 2°, della Costituzione, di concepire l'azione civile in vista non già di un puro vanto del diritto, ma di un accesso alla giustizia per tutti uguale e non limitato al proprietario borghese⁴⁰, tale altresì da modificare alla radice il rapporto dell'azione con il diritto soggettivo⁴¹.

Nessuna meraviglia, dunque, se tutto questo avrebbe portato a riscoprire il fenomeno giudiziario come intrinsecamente sociale. La giurisdizione, non più mera *iuris dictio*, ma il momento 'epifanico' della intera giuridicità.

³⁸ In questo senso, P. GROSSI, *La invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2017, p. 834.

³⁹ Per V. ANDRIOLI, *Progresso del diritto e stasi del processo*, ora in ID., *Scritti giuridici*, I, Milano, 2007, p. 61, «vivida stella» che «irradia luce su tutto il sistema», in aderenza al miglior insegnamento chiovendiano.

⁴⁰ Per un approfondimento: M. TARUFFO, *op. cit.*, p. 312.

⁴¹ In merito, N. TROCKER, *Processo e Costituzione nell'opera di Mauro Cappelletti civilprocessualista (Elementi di una moderna «teoria» del processo)*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2015, p. 442, per il quale, un diritto di azione concepito in questi termini, sulla scia delle lezioni cappelletiane, pur non finendo col creare i diritti sostanziali, richiederebbe che questi «configurati liberamente dal legislatore, siano tuttavia predisposti alla possibilità di una proficua difesa innanzi ad un giudice».

Il mutamento di paradigma fu radicale al punto da non essere prontamente avvertito⁴². La funzione giurisdizionale, ormai ascrivibile a fatica nell'impronta monolitica del precedente sistema, che la voleva ancorata alla legge statutale per la soddisfazione dei fini prefissati di volta in volta dal legislatore, non doveva più essere solo dichiarazione pura del diritto al caso concreto, ma anche e soprattutto concretizzazione del diritto sostanziale, attraverso il ricorso allo strumento processuale. La rivalutazione del momento dinamico dell'ordinamento spostò perciò nettamente il baricentro, dal momento legislativo al momento giurisdizionale; dalla legge, alla sua interpretazione; da un astratto soggetto di diritto, quale l'individuo borghese, a più concrete e differenziate figure, con la necessità di una riconsiderazione del ruolo e della portata del diritto soggettivo, nonché delle modalità della sua tutela in giudizio, secondo una tendenza di evidente matrice pluralistica, che ancora oggi si rivela vivacemente in corso.

Se nella prima metà del '900, le tutele civili risultavano volte alla tutela di un astratto soggetto di diritto, nella seconda metà del medesimo secolo, fu cruciale adeguarle al ristrutturato individuo, ridestatosi persona, di volta in volta titolare, a seconda dei casi e per effetto dei mutamenti socio-economici, di variegati interessi, non esclusivamente riconducibili all'ordine borghese. Sotto l'egida dell'uguaglianza sostanziale, in luogo dell'antiquata uguaglianza formale di età pre-costituzionale, la differenziazione del soggetto di diritto, di cui al piano sostanziale, si è così potuta riverberare sulla differen-

⁴² Né dalla dottrina, salvo poche eccezioni, fra cui quella costituita dal pensiero di Virgilio Andrioli, per cui rinvio, più in generale, nuovamente a N. TROCKER, *Processo e Costituzione nell'opera di Mauro Cappelletti civilprocessualista (Elementi di una moderna «teoria» del processo)*, cit., p. 428, n. 6, né dal legislatore processuale che, con la celebre novella del 1950 al c.p.c. del 1940-42, aveva recuperato un modello di processo civile contrassegnato dallo strapotere delle parti private, secondo dinamiche sovrapponibili a quelle plasmate dal previgente Codice liberale del 1865-66, che le sarebbero valse, negli anni, la definizione di «controriforma del processo civile», per cui si rinvia, in particolare, a M. TARUFFO, *op. cit.*, p. 301.

ziazione, la specializzazione e l'adeguatezza delle tutele, di cui al piano processuale⁴³.

La rinnovata complessità che si rinviene al livello interno del diritto si lega, come anticipato, alla complessità che in generale si manifesta al suo livello esterno, ove un ruolo di massima incidenza spetta agli ordinamenti sovranazionali. Non solo quello rappresentato dalla comunità internazionale, ma, più sensibilmente, anche gli ordinamenti europei: in senso lato, il Consiglio d'Europa, e in senso stretto, la Comunità, oggi Unione, europea. È in questo modo che il singolo Stato ha cessato di essere l'unico detentore della sovranità e della giuridicità, nel solco di un graduale percorso di condivisione del potere⁴⁴, al quale non sarebbe naturalmente rimasto estraneo quello giudiziario⁴⁵. Recuperata la sua primigenia connotazione extra-statuale, grazie a una nuova energia emancipatrice rispetto al gogo monopolizzante dello Stato e della legge, la

⁴³ Come ricorda A. CARRATTA, *Tecniche di attuazione dei diritti e principio di effettività*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2019, p. 8, il principio di effettività non si è risolto, in dottrina, nella sola garanzia dell'accesso alla giustizia, esprimendosi anche nella conformità degli strumenti processuali alla situazione tutelanda, oltre che nella ragionevole durata della tutela richiesta.

⁴⁴ Che ha avuto inizio, come noto, il 5 maggio 1949, con l'istituzione del Consiglio d'Europa e, il 18 aprile 1951, con l'istituzione dell'originaria Comunità europea del carbone e dell'acciaio, antesignana della Comunità europea, prima, e dell'odierna Unione europea, poi.

⁴⁵ Il riferimento corre alle giurisdizioni europee. In particolare, la Corte di Giustizia, creata nel 1951 dal Trattato di Parigi, istitutivo dell'allora Comunità europea del carbone e dell'acciaio, e la Corte europea dei diritti dell'uomo, creata nel 1959 dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nel quadro del Consiglio d'Europa; il cui peso complessivo, specie con riguardo all'Unione europea, si sarebbe negli anni incrementato, traendo la propria legittimazione dal testo della Costituzione e dalla giurisprudenza della Corte costituzionale italiana (come attestato dalla sentenza 'Granital', la n. 170 del 1984, attraverso cui la Consulta, nel dialogo a distanza con la Corte di Giustizia, sarebbe giunta a ritenere prevalente, in caso di incompatibilità, la norma sovranazionale su quella interna). Sull'evoluzione della giurisdizione dell'Unione europea, v., ampiamente, P. BIAVATI, *Diritto processuale dell'Unione europea*, Milano, 2015, p. 1 ss., considerando *a latere* anche il graduale incremento della cooperazione giudiziaria civile, nel senso di un ravvicinamento delle normative nazionali, per cui si rinvia, più in generale, a *Regole europee e giustizia civile*, a cura di P. BIAVATI, M.A. LUPOLI, Bologna, 2017.

giurisdizione è tornata ad acquistare un ruolo centrale nella definizione del giuridico. Tanto la realtà del Consiglio d'Europa, quanto quella dell'allora Comunità, oggi Unione, europea, sempre e fin da subito si sono infatti contraddistinte per garantire l'effettività e lo sviluppo dei rispettivi ordinamenti per via giurisdizionale, alla luce di uno stile analogo a quello esistente in *common law*⁴⁶. Ciò appare confermato dalla ricostruzione del diritto di azione, quale principio-diritto a una tutela giurisdizionale effettiva, secondo una effettività che ha carattere rimediale, mirando a incentivare se non proprio esattamente la creazione in sede giudiziaria del diritto sostanziale, almeno la non indifferenza della singola corte in ordine alle modalità della sua protezione. È risaputo che il relativo quadro normativo, di cui agli artt. 6 e 13, Cedu, da un lato, e agli artt. 19, Tue, e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, dall'altro, costituisca pertanto il pregevole esito di un lungo cammino giurisprudenziale, che comprova la centralità delle giurisdizioni sovranazionali nella estrazione dei principi a loro fondamento⁴⁷.

6. *Il multiforme ingegno dell'odierna giurisdizione*

È in prospettiva del costituzionalismo 'multilivello' che la giurisdizione civile non è più orientata alla passiva tutela di un diritto soggettivo *ex ante* sancito dalla legge; ciò dal momento che, in un mondo dinamico, qual è certamente quello contemporaneo, si richiede un diritto altrettanto dinamico che, anche con il ricorso a strumenti processuali flessibili, possa promuovere lo sviluppo di nuovi diritti e nuove posizioni giuridiche, scaturenti dalle fenditure di una società permeata da continui cambiamenti.

⁴⁶ Per un approfondimento in tal senso, v. N. TROCKER, «Civil law» e «Common law» nella formazione del diritto processuale europeo, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2007, p. 453 ss., e pp. 455-456.

⁴⁷ Per una puntuale esposizione del quale si rimanda a N. TROCKER, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ed il processo civile*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2002, p. 1171 ss.; cfr., per questi stessi profili, D. DALFINO, *Accesso alla giustizia, principio di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale*, *ivi*, 2014, p. 914 ss.

Il momento a cominciare dal quale questa nuova 'officina' del diritto viene aperta non può che rinvenirsi negli effervescenti anni '70, nella cornice delle trasformazioni sociali che, dalla fine degli anni '60, vengono reclamate a gran voce nelle piazze di tutto il mondo. È in questo contesto che mutano e si rinnovano il senso della giurisdizione e delle tutele civili, solcate da un ruolo del giudice destinato a espandersi⁴⁸, dalla rinnovata freschezza della scienza giuridica⁴⁹ e, sia pure in modo sporadico, da un più concreto approccio del legislatore alle riforme processuali⁵⁰.

Si parlava, appena sopra, di nuovi diritti. Si rivela essenziale, in proposito, capire in cosa consista la relativa novità e quali implicazioni abbia avuto sul profondo mutamento di senso della giurisdizione civile. Nuovi diritti non sono, infatti, come può superficialmente apparire, soltanto i nuovi diritti soggettivi individuali, sollecitati per via giurisdizionale, anziché preconfezionati nei calchi dei Codici, con riguardo ai quali verrebbe invero da chiedersi se possa ancora parlarsi di di-

⁴⁸ Iniziando a intravedersi, nel ricorso al giudice, l'occasione per un assorbimento delle tensioni sociali, nonché per una redistribuzione della ricchezza, con conseguente mutamento della sua figura, da 'bocca della legge', come nel sistema otto-novecentesco del diritto, a mediatore consapevole dei conflitti. Per suggestioni in merito a una possibile funzione 'promozionale' del diritto processuale, in ossequio al disegno costituzionale, v. L. ZANUTTIGH, *La tutela di interessi collettivi (a proposito di un recente convegno)*, in *Foro italiano*, 1975, c. 71 ss.

⁴⁹ In generale sensibile a indagini non più esageratamente tecniche e formali del fenomeno giuridico, ma anche empiriche, sociologiche e comparate. Si pensi agli studi oltreoceano di *Law and...* (come *Law and Economics*, *Law and Society*, *Law and Literature...*) e ai *Critical Legal Studies*. Con essi, il diritto usciva finalmente dal suo isolamento. Testimone di quegli anni di sperimentazione è, per la materia processuale, l'ambizioso progetto comparato in sei volumi, dal titolo *Access to Justice*, svoltosi sotto la supervisione di Mauro Cappelletti, per una più completa esposizione del quale si rinvia integralmente proprio a *Access to Justice*, ed. M. CAPPELLETTI, Milano-Alphen aan den Rijn, 1978-1979.

⁵⁰ Come avvalorato dalla riforma del settore lavoristico, dispiegatasi fra il 1970, quando entrò in vigore lo Statuto dei Lavoratori – il cui art. 28 ha, per la prima volta, introdotto un meccanismo di tutela per un interesse autenticamente collettivo, per la repressione, in particolare, della condotta antisindacale del datore di lavoro – e il 1973, anno in cui fu emanata la l. n. 533 dell'11 agosto 1973, che ha riformato la giustizia individuale del lavoro.

ritti soggettivi, ma anche e soprattutto situazioni sostanziali decisamente nuove, diverse dai suesposti e controversi diritti, poiché suscettibili di protezione collettiva e diffusa. Paradigmatiche si rivelano, nel primo caso, le vicende dell'art. 700 del c.p.c., e nel secondo, quelle delle azioni di tutela degli interessi collettivi e diffusi; vicende accomunate da una logica rimediabile che, nel segno del paradigma di effettività, ha potuto aprire, nell'ordinamento italiano, a una giurisdizione 'dal multiforme ingegno': che, in quanto tale, con astuzia si muove fra le insidie della riscoperta complessità giuridica, stante la riconosciuta inadeguatezza di un'impalcatura processuale limitata a garantire unicamente la passiva tutela del diritto soggettivo calato *ab alto* dal legislatore.

Non è casuale, innanzitutto, che il principio di effettività abbia trovato una felice espressione nella giurisdizione cautelare. Come è noto, l'art. 700 costituì, fin già appunto dagli anni '70, un'innovazione di rilievo del Codice processuale del 1940-42 rispetto al previgente. Misura atipica e residuale, poiché destinata a rilevare solo sussidiariamente, quando non sia possibile tutelare il diritto cautelando con altra misura cautelare tipica, il provvedimento d'urgenza ha paradossalmente ottenuto indiscussa centralità nel sistema giudiziario. L'art. 700 ha, infatti, consentito di soddisfare le nuove esigenze di tutela del secolo⁵¹, non ancora assorbite nei testi dei Codici e, per questo, non suscettibili di protezione attraverso il ricorso a strumenti cautelari tipici, previsti invece per consolidati diritti e per consolidati interessi. Norma di spirito anglo-americano, forse la più anglo-americana del diritto processuale civile italiano, per la straordinaria capacità di non separare nettamente la forma dalla sostanza, impiegando anzi la prima

⁵¹ Principalmente, le esigenze retrostanti ai nuovi 'diritti di libertà', fra cui quei diritti della personalità (come il diritto alla riservatezza, all'identità personale, all'onore), che hanno potuto fare ingresso nell'ordinamento italiano, stando ad A. PROTO PISANI, *I provvedimenti di urgenza ex art. 700 c.p.c. (anni settanta)*, in *Foro italiano*, 2012, c. 170, proprio attraverso il provvedimento d'urgenza, in questo senso «asse portante del sistema di tutela dei diritti di libertà».

per agevolare la seconda nel suo divenire⁵², l'art. 700 ha reso e tuttora rende il processo civile quasi uno strumento cosciente, orgogliosamente immischiato nelle faccende umane⁵³.

Ancor più dirompente è tuttavia il tema dell'azionabilità degli interessi collettivi e diffusi, ben oltre la dimensione individuale del diritto soggettivo, tramite i quali ovviare alle storture di una società a capitalismo avanzato, segnata dalla difficoltà del singolo individuo di fronteggiare da solo le grandi multinazionali. Malgrado una comune base super-individuale, gli interessi collettivi si distinguono nitidamente e in prima approssimazione dai diffusi, poiché, mentre i primi appartengono a organizzazioni di individui (associazioni, comitati, ordini professionali o partiti politici, *et cetera*), i secondi risultano invece adespoti, in quanto non appartenenti a formazioni sociali precostituite, ma bensì alla società civile in generale considerata. A venir meno, comunque e in entrambi i casi, è il soggetto di diritto di derivazione giusnaturalistica – unita-

⁵² Il provvedimento d'urgenza inverte, infatti, la tradizionale dinamica *civilian* moderna, per la quale esiste prima il diritto e poi il rimedio. Sembra di potersi scorgere una prima conferma, in questo senso, in A. DI MAJO, *Forme e tecniche di tutela*, in *Foro italiano*, 1989, spec. cc. 136-137, ove l'a. afferma che, con la tutela d'urgenza, «anche i nostri ordinamenti hanno sperimentato quel metodo secondo cui “il rimedio può precedere il diritto”».

⁵³ Le ragioni del mai sopito successo dell'art. 700, il cui impiego è riccamente cresciuto, come dimostrato dall'ispessimento della giurisprudenza evocata da L. QUERZOLA, sub art. 700, in *Commentario breve al codice di procedura civile*, a cura di F. CARPI, M. TARUFFO, Padova, 2018, spec. p. 2767 ss., sembrano dovute a diversi fattori di stretta tecnica del diritto, fra cui certamente: la sommaria cognizione e il ruolo dinamico del giudice, di incoraggiamento per la salvaguardia di situazioni che, a un più esteso esame, potrebbero non essere giudicate meritevoli di protezione; la speditezza della procedura, ossia il procedimento cautelare uniforme, di cui agli artt. 669-*bis* ss. del c.p.c., introdotti con la l. n. 353 del 26 novembre 1990, la stessa che aveva segnato il ritorno delle preclusioni nel processo, dopo la già accennata novella del 1950; l'indeterminatezza del comando giudiziario, che si può sostanziare in un ordine eterogeneo, ancorché il più idoneo ad anticipare provvisoriamente gli effetti della decisione finale di merito, come si ricava dal testo stesso della norma riformata, vista anche la modifica all'art. 669-*octies* del c.p.c., per opera della l. n. 80 del 14 maggio 2005, nota per aver previsto la c.d. strumentalità attenuata fra il provvedimento cautelare e quello di merito, quando, in specifico, il primo sia di segno anticipatorio, come è generalmente nel caso del provvedimento d'urgenza *ex art.* 700.

rio e astratto – in funzione del quale era stato originariamente codificato il diritto e istituito il relativo sistema liberale ottocentesco. Non c'è più spazio, in altre parole, per un cittadino di etichetta borghese, titolare di diritti soggettivi costruiti su sua misura, emergendo piuttosto una nuova effigie di individuo che, concretamente, si riscopre, fra gli altri: lavoratore, consumatore, utente⁵⁴. Se ciò, a livello sostanziale, si traduce nel declino del diritto soggettivo quale posizione giuridica di riferimento del sistema, processualmente, non può che comportare una pronosticabile e crescente espansione del novero di azioni di classe, collettive e popolari⁵⁵, come è dato evincersi, in ottica interna, dalla riforma italiana dell'azione di classe nel 2021 entrata in vigore⁵⁶ e, in ottica comparata, dalla continua fioritura, nel tempo, di numerosi modelli per la protezione di questi nuovi interessi⁵⁷.

⁵⁴ Cfr. F. DENOZZA, *La frammentazione del soggetto nel pensiero giuridico tardo-liberale*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 2014, spec. p. 30, n. 42, ove l'a. individua nell'esistenza di soggetti deboli e forti il presupposto di fatto per la costruzione di normative speciali, attraverso cui garantire il rispetto dei molteplici diritti a questi soggetti riconosciuti nei diversi contesti in cui si trovano a operare.

⁵⁵ Per una primitiva distinzione fra le tre tipologie di azioni giudiziarie civili, basti in questa sede rilevare che: le azioni di classe sono quelle preordinate alla tutela di diritti individuali con-divisi da più soggetti; collettive sono le azioni per la tutela di interessi appartenenti collettivamente a uno stesso gruppo o a una stessa organizzazione di individui, come quella per la repressione della condotta antisindacale del datore di lavoro (di cui al già citato art. 28 dello Statuto dei Lavoratori); si definiscono popolari, invece, quelle azioni, oggi in ascesa, alquanto adeguate alla protezione di interessi diffusi, la titolarità dei quali è arduo ricondurre con precisione a quel soggetto o a quel gruppo.

⁵⁶ Cioè la l. n. 31 del 12 aprile 2019, recante disposizioni in materia di azione di classe, pubblicata in Gazz. uff. n. 92 del 18 aprile 2019 (serie gen.).

⁵⁷ Per una illustrazione dei quali, non possibile, né a ogni modo prioritaria in questa sede, animata da spirito necessariamente sintetico, si rinvia a V. ANSANELLI, in A. DONDI, V. ANSANELLI, P. COMOGLIO, *Processi civili in evoluzione. Una prospettiva comparata*, Milano, 2018, p. 341 ss., per il quale «[n]on esiste probabilmente ambito del processo civile tanto elaborato e oggetto di dibattito come quello dell'estensione della tutela a gruppi di soggetti».

7. Ritorno al sistema di diritto comune?

Quanto finora esposto mette in luce la rinverdità centralità della funzione giurisdizionale, nel complessivo assetto del diritto. Tuttavia, si assiste oggi anche a un'ulteriore tendenza: ossia il depotenziamento del processo statale, sovente delegato in favore di mezzi di risoluzione delle controversie a esso alternativi⁵⁸.

Potrebbe sembrare di essere al cospetto di due opposte tendenze, l'ultima delle quali, se non correttamente contestualizzata, tale da presagire addirittura l'abolizione del processo civile, per come tradizionalmente concepito. Eppure, esse appaiono in realtà perfettamente compatibili, avuto riguardo alla già menzionata rivalutazione del momento dinamico del diritto, di cui il momento propriamente processuale costituisce solo uno dei molteplici aspetti. Sembra, quindi, che la giurisdizione stia diffondendosi, quasi fosse un fluido, lungo la superficie del diritto; potenziata, poiché non più rigorosamente sottomessa alla funzione legislativa dello Stato, nonché del pari depotenziata, avendo lo Stato cessato di essere l'esclusivo protagonista dell'attuale scena politica e giuridica. Sono ormai molti, infatti, i centri di potere, anche privati, che aspirano all'esercizio della giurisdizione, secondo connotati progres-

⁵⁸ Ne è sintomatica la questione della compressione del diritto di azione, alla quale si riduce l'approccio del legislatore processuale italiano degli ultimi anni, al fine di incentivare la ragionevole durata del processo. Giova segnalare, sul punto, l'assai rappresentativa novità dell'ultima riforma della giustizia civile (di cui al d.lgs. n. 149 del 10 ottobre 2022, in attuazione della l. n. 206 del 26 novembre 2021, recante delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie, nonché in materia di esecuzione forzata); v., perciò, l'art. 3, comma 12°, lett. a), numero 1 del d.lgs. n. 149 del 10 ottobre 2022, pubblicato in Gazz. uff. n. 243 del 17 ottobre 2022 (suppl. ord. n. 38/L, serie gen.), nella parte in cui modifica l'art. 163 del c.p.c. che, ai sensi del nuovo numero 3-bis, del 3° comma, prevede ora, fra i contenuti dell'atto di citazione, l'indicazione dell'assolvimento degli oneri di procedibilità della domanda giudiziale, ampliati dalla medesima riforma.

sivamente assimilabili alla funzione giurisdizionale propriamente statutale⁵⁹.

Stante la citata ‘condizione liquida’ della contemporanea giurisdizione, verrebbe da chiedersi se il sistema giuridico italiano, anche processuale, stia disponendosi entro un paradigma che ricorda quello di diritto comune⁶⁰: lo stesso che aveva determinato, durante la lunga stagione dell’*Ancien Régime*, l’esigenza della codificazione. Se si assume quale parametro di riferimento la nuova complessità dell’ordinamento, che si configura in particolare come ‘molteplicità’ – dei centri di potere, delle fonti del diritto, dei fori giurisdizionali, delle situazioni giuridiche e degli interessi tutelandi, nonché delle forme e delle tecniche di tutela dei medesimi – la risposta potrebbe essere facilmente affermativa. Oggi non vi è infatti più, come nell’assetto post-rivoluzionario del diritto, una monolitica impronta: uno Stato, il quale solo è autorizzato a esercitare potere sul suo territorio; un’unica o centrale fonte del diritto quale la legge; una funzione giurisdizionale eminentemente statutale come la sola rilevante e inoltre recessiva alla funzione legislativa; un prevalente ordine di diritti e interessi quali erano quelli individualistici di taglio borghese; e una formalistica giustizia civile sopra di essi ricamata. Tanto è vero che la stessa unitarietà del soggetto di diritto è da più parti messa in crisi, quasi a preannunciarne la dissoluzione e, in quest’ottica, l’avvento di diverse soggettività oltre l’individuo; alla stregua di una logica, per il carattere reicentrico e organicistico, pressappoco medievale⁶¹. In numero crescente sono, quindi, le en-

⁵⁹ Si consideri, per esempio, la tendenziale equiparazione del giudice privato al giudice statutale, ora estrinsecantesi anche nel generale riconoscimento dei poteri cautelari dell’arbitro interno, ai sensi della già citata riforma della giustizia civile del 2022. V., dunque, l’art. 3, comma 52°, lett. b) e c) del d.lgs. n. 149 del 10 ottobre 2022, pubblicato in Gazz. uff. n. 243 del 17 ottobre 2022 (suppl. ord. n. 38/L, serie gen.), nella parte in cui modifica l’art. 818 e introduce gli artt. 818-*bis* e 818-*ter* nel riformato c.p.c.

⁶⁰ Sulla rivitalizzazione dell’odierna giurisdizione, in base a meccanismi simili a quelli di diritto comune, v. N. PICARDI, *La natura del potere del giudice*, cit., pp. 60-61; nello stesso senso, M. FIORAVANTI, *op. cit.*, p. 32.

⁶¹ Quando doveva ancora svilupparsi la grande filosofia razionalista, culminata nella già ricordata ‘scoperta’ del soggetto, sulle tracce di Cartesio e di Kant, amaramente risoltasi, come visto, nel dominio autoritario dello Stato.

tità diverse dall'individuo e dalle collettività di persone, candidate a vedersi riconosciuto il suggello della giuridicità, nella prospettiva di una crescente spersonalizzazione del soggetto di diritto, dei suoi tradizionali attributi e, non molto più tardi, delle sue tutele. È questo il caso delle 'nuove soggettività', fra le quali un ruolo decisivo, poiché in tutto il mondo in aumento, spetta a quelle ambientali⁶².

Come nell'età precedente all'avvento dei Codici, galleggiamo dunque in una società oltre lo Stato⁶³ e l'individuo, che può così recuperare la portata dinamica, fluida e sociale del giuridico.

8. *Ripensare la funzione giurisdizionale nello spazio aperto del diritto*

È a cominciare dal titolo di quest'ultimo paragrafo che ci si avvia alle conclusioni di questo viaggio, da considerare però esattamente un punto di partenza, piuttosto che un pun-

Per una panoramica d'insieme più spiccatamente filosofica, v. G. SOLARI, *op. cit.*, p. 56, nella parte in cui l'a. afferma come «Kant aveva posto le condizioni formali che rendevano possibile la concretezza del diritto; ma questo appariva un prodotto avulso e distratto dalla sua fonte produttiva. I soggetti del diritto erano considerati nella loro astratta singolarità; i loro rapporti erano concepiti esterni, meccanici, coattivi, unificati solo formalmente in un volere comune» e p. 61, ove l'a. puntualizza che sarebbe stato Hegel a «rompere colla tradizione secolare che poneva al centro della speculazione e dell'azione l'individuo per affermare non contro di esso, ma sopra di esso l'esistenza reale e sostanziale dello spirito etico-sociale che si dispiega nel tempo e si concreta progressivamente in forme e situazioni rispetto alle quali l'individuo e il suo diritto sono astrazioni, o, come Hegel esplicitamente afferma (§ 156 agg. *Fil. d. diritto*), mere accidentalità».

⁶² Ci si riferisce al movimento trasversale e di estensione transnazionale, che vuol riconoscere, anche attraverso il giudiziario, diritti in capo alla natura e agli enti naturali (*rights of nature*), al dichiarato fine di una più efficace tutela ambientale; il che è notevole se si valuta che proprio l'ambiente sia una materia, con riguardo alla cui regolazione storicamente si avverte l'esigenza di superare la tradizionale dinamica insieme statualistica e individualistica in discorso.

⁶³ O forse la società è il nuovo Stato? Per suggestioni in tal senso, v. A. BIXIO, *Dalla sovranità dello Stato alla società come stato*, in *Sociologia: Rivista Quadrimestrale di Scienze Storiche e Sociali*, Roma, 2017, *passim*.

to d'arrivo. Ripensare la funzione giurisdizionale significa, innanzitutto e in via preliminare, superare la geometria ottonecentesca dell'assetto giuridico, secondo la quale è il diritto pubblico tipicamente statale a tracciare i confini del diritto privato; poiché, se per un verso, il diritto pubblico è ormai condiviso fra differenti entità tutte dotate, sia pur a diverse gradazioni, di sovranità, per altro verso, l'autonomia privata si impone essa stessa quale centro di potere, destinato a sfuggire al rigoroso controllo delle istituzioni pubbliche. Ripensare la giurisdizione significa ulteriormente, per logica conseguenza, domandarsi se essa possa continuare a concepirsi, *sic et simpliciter*, potere di essenziale prerogativa statale, soltanto consistente nel dire il diritto, anziché pure nel partecipare allo svolgimento della sua creazione.

È in questa demolizione dei confini tra diritto e società, diritto pubblico e diritto privato, diritto e territorialità, ora anche tra diritto reale e diritto virtuale, che occorre ripensare la funzione giurisdizionale, il suo significato, la sua direzione; compito, questo, non facile, vista la storica importanza del tema in rilievo, colta nel nuovo millennio da quella dottrina che ha condivisibilmente ritenuto esistere una «vocazione del nostro tempo per la giurisdizione»⁶⁴. Questa, la sfida delicatissima che l'ordinamento rivolge al giurista e che quest'ultimo deve raccogliere, non comportandosi solamente da 'fisico teorico' del fenomeno giuridico, alla ricerca della teoria che più puntualmente spieghi i massimi sistemi della propria scienza, come pure troppo a lungo è avvenuto, ma anche da 'medico' della società, che con amorevole cura a essa si dedica. Non disdegnando, in questo senso, nemmeno la ricerca di percorsi scomodi, a prima vista oscuri e forse insidiosi, ma di rinnovamento mite ed equilibrato; percorsi che solo la conoscenza del passato, proprio perché indirizzata al futuro, potrà illuminare nel presente.

Sono, infatti, le vicende storiche, lette con gli occhi della contemporaneità e il coraggio verso l'avvenire, che ci raccon-

⁶⁴ Così N. PICARDI, *La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2004, p. 41 ss.

tano del passaggio da un metodo legalistico⁶⁵, a uno, invece, di effettività, per il quale è mutato il senso della funzione giurisdizionale e delle tutele civili nell'ordinamento italiano. Come lo Stato liberale di diritto si era potuto legittimare elevando l'individuo, con i suoi diritti soggettivi, a fondamento di un sistema giuridico legicentrico e chiuso, dove la giurisdizione era stata ridotta a mero braccio servente della legislazione interna, così oggi Stato, individuo e legge hanno perduto l'originaria centralità: al punto da rendere utile porre la domanda se il Codice, anche processuale, in quanto 'modello di eternità' di un assetto statutale e individualistico insieme⁶⁶, potrà realmente continuare a essere la principale fonte di provenienza del giuridico.

Il diritto soggettivo e la dimensione individualistica delle tutele, cardini, il primo, del diritto sostanziale e la seconda, del diritto processuale otto-novecenteschi, non avevano tardato a rivelarsi puramente funzionali alla strategia borghese, finendo inghiottiti da uno Stato che li aveva infine traditi. È perciò sorto un sistema costituzionale di globale estensione che – a più livelli, interno ed esterni – ha promesso e promette, tuttora, di ricondurre il diritto ai bisogni concreti della so-

⁶⁵ Sulla crisi della legalità come «segno di una crisi più radicale che investe l'intero paradigma giuridico da cui essa è germinata», v. il contributo di M. VOGLIOTTI, voce *Legalità*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, VI, Milano, 2013, spec. p. 373 e pp. 431-432, ove si legge che «il problema fondamentale della nuova legalità (e del nuovo paradigma giuridico di cui è espressione) non è più assicurare la qualità delle sostanze normative, in linea con l'ontologia oggettualistica moderna, ma garantire la qualità delle relazioni della rete del diritto e di coloro che sono chiamati a tesserle, secondo l'ontologia relazionale del nuovo paradigma», oltrepassando «l'ideale moderno della perfezione della legge», in favore di un'idea che punta invece a conquistare la «perfezione delle relazioni» e dei rispettivi interlocutori.

⁶⁶ Su questo, v. M. GIORGIANNI, *op. cit.*, p. 395, per il quale, il Codice, «cristallizzando un certo schema dell'ordinamento giuridico [...] crea la illusione della sua validità eterna»: quella stessa illusione che si coniuga con l'astutezza del sistema statutale otto-novecentesco dei diritti soggettivi, i quali, come ancora una volta ha ricordato G. SOLARI, *op. cit.*, p. 53, a causa dell'astutezza di prekantiana derivazione, erano finiti «per inserirsi in un ordine economico o morale prestabilito e immutabile».

cietà, così facendo, dell'odierna giurisdizione, un formidabile banco di prova per le grandi sfide del XXI secolo⁶⁷.

Per tutto quanto sopra visto, già da oggi dobbiamo dunque comprendere in che modo tutelare le soggettività emergenti; mutare altresì il nostro concetto di giurisdizione, capendo se spalancare o meno le porte – e semmai fin quanto – a una giurisdizione civile universale, dal momento che i bisogni di tutela e le situazioni giuridiche sempre più trascendono, come si è dimostrato, sia lo Stato, che l'individuo. Limpidamente si dispiega, quindi, all'orizzonte la sfida a cui il giurista contemporaneo è chiamato: quella eterna, dell'equilibrio, fra le molteplici istanze che si agitano nella complessità dell'agone giuridico odierno, senza precludere all'ordinamento la forza che potrebbe derivargli da una giustizia civile consapevole della sua centralità nella vita giuridica, né lasciarsi, tuttavia, da essa sopraffare. La storia, disvelandoci il diritto essenzialmente quale strumento di potere, si fa ambasciatrice di un monito fortissimo: che non si è mai al riparo da derive autoritarie, neanche quando il diritto appaia protetto come una robusta fortezza. Abbandonato il metodo legalistico, risoltosi nella tirannia della legalità, dell'individuo e dello Stato, residua infatti, pur sempre, il rischio di un'eventuale tirannia dell'effettività, della società e delle forze economiche che prevalentemente vi operano.

Non saranno allora leggi, Costituzioni o trattati a salvarci, ma l'umanità in essi ritrovata.

⁶⁷ Un ambito in cui la funzione giurisdizionale civile, in tutto il pianeta, accresce le sue potenzialità è rappresentato da *climate change litigation* e *biodiversity litigation*: contenziosi ambientali, specificamente volti alla tutela del clima e della biodiversità, che impiegano gli strumenti processuali per sensibilizzare le istituzioni pubbliche e private sulla questione ambientale e, in tal guisa, tentare di migliorare gli sforzi per il contrasto al *climate change*. Recentemente, si è assistito in Italia all'avvio di una prima causa di questo genere, incardinata presso il Tribunale di Roma e diretta contro lo Stato, dal nome altisonante di 'Giudizio Universale'.

MAURO G. SMIROLDO, La giurisdizione nel prisma del diritto soggettivo

Questo saggio indaga, con metodo storico-comparato, la profonda metamorfosi della giurisdizione civile italiana, in relazione alla sua funzione di tutela dei diritti soggettivi. Pertanto, propone anche di ripensare il concetto di giurisdizione, per poter più efficacemente rispondere alle esigenze sociali della nuova epoca del diritto.

Parole chiave: giurisdizione, diritto soggettivo, pluralismo giuridico, accesso alla giustizia, ruolo del giudice.

MAURO G. SMIROLDO, The jurisdiction through the prism of subjective right

This essay examines, with a comparative-historical method, the profound metamorphosis of the italian civil jurisdiction, in relation to its function of protecting subjective rights. Therefore, it also proposes rethinking the concept of jurisdiction, in order to respond more effectively to social needs of the new legal era.

Key words: jurisdiction, subjective right, legal pluralism, access to justice, role of the judge.

INDICE DEL FASCICOLO 4 2022

Miscellanea

Vittorio Gasparini Casari, Mitologie giuridiche.
La rappresentanza politica..... 853

Sergio F. Aumenta, Il concetto di «Istituzione curiale»
nella Cost. apost. di riforma della Curia Romana *Praedicate*
Evangelium 879

Andrea Favaro, Prolegomeni pontaniani nella scoperta
della moderna *prudentia (iuris)* 897

Francesca Scotti, Il conflitto fra esigenze familiari e commerciali
in una disposizione testamentaria dell'ultima età repubblicana:
appunti per un approccio interdisciplinare 919

Mario Zito, Antonio Pugliese, L'ultimo volto dell'interdittiva
antimafia: una nuova forma di *compliance* amministrativa 967

Marco Molinari, *Ubi est peculii nomen, ibi semper nodus*
vel scrupulus aliquis. La Parafrasi greca delle Istituzioni
di Giustiniano e la definizione di peculio nel commento
antecessoriale di PT. 4, 7, 4c 1001

Mauro G. Smiroldo, La giurisdizione nel prisma del diritto
soggettivo..... 1045

Fatti e giudizi

Antonino Mantineo, Un Maestro per le giovani generazioni
di studiosi di diritto ecclesiastico e di diritto ecclesiale, che si
pongono domande più che offrire risposte (*a proposito della*
raccolta di saggi Lo spirito del diritto ecclesiale. Scritti scelti
di Rinaldo Bertolino, a cura di R. Mazzola, I. Zuanazzi, M.C.
Ruscazio, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2022)..... 1077

Recensioni 1089

Finito di stampare
nel mese di dicembre del 2022

ARCHIVIO GIURIDICO *Filippo Serafini*

Periodico Fondato nel 1868

Pubblicazione trimestrale

Caratteristica dell'*Archivio giuridico* è stata, sin dall'inizio, quella di essere visto in Italia e all'estero, come un autorevole e qualificato punto di riferimento sui progressi della dottrina giuridica italiana in una visione che, pur non rifuggendo dalla specializzazione in sé, ne evita peraltro ogni eccesso.

I Collaboratori sono pregati di inviare i loro contributi via e-mail (scritti in formato.doc). Ogni lavoro dovrà essere corredato di: Nome, Cognome, Qualifica accademica, Indirizzo postale, Indirizzo e-mail, Numero di telefono (è gradito anche un numero di cellulare). Ogni articolo dovrà essere corredato di un titolo in lingua inglese e un riassunto in lingua italiana e inglese di non più di 200 parole specificando: scopo, metodologia, risultati e conclusioni; e di almeno tre parole chiave in lingua italiana e inglese. Gli articoli, salvo casi eccezionali non potranno superare le 32 pagine (intendendosi già impaginate nel formato della rivista, ovvero circa 16 cartelle in formato A4 corrispondenti a 88.000 battute spazi e note inclusi). Le opinioni esposte negli articoli impegnano solo i rispettivi Autori.

La Rivista adotta la procedura di revisione *double-blind peer review*.

I contributi pubblicati sono indicizzati nelle seguenti banche dati nazionali ed internazionali: Articoli italiani di periodici accademici (AIDA); Catalogo italiano dei Periodici (ACNP); DoGi Dottrina Giuridica; ESSPER Associazione periodici italiani di economia, scienze social e storia; Google Scholar; IBZ online International bibliography of periodical literature in the humanities and social sciences; SCOPUS.

La casa editrice fornirà, ai rispettivi Autori, estratto degli articoli in formato pdf. Possono altresì essere forniti fascicoli cartacei degli 'estratti', a pagamento. Chi fosse interessato è pregato di richiedere preventivo di spesa a: **info@muccheditore.it**.

Recensioni e segnalazioni bibliografiche: gli Autori ed Editori di pubblicazioni giuridiche sono pregati di mandare un esemplare di ogni volume alla Redazione dell'*Archivio giuridico Filippo Serafini*. Sarà gradito un foglio di accompagnamento con i dati bibliografici, classificazione, sommario, etc. La Direzione della Rivista si riserva di recensire le opere che, a suo insindacabile giudizio, risulteranno di maggior interesse.