

Antonio Carratta

Funzione sociale e processo civile fra XX e XXI secolo

SOMMARIO: 1. I molteplici significati del concetto di ‘funzione sociale’ del processo civile: un quadro d’insieme – 2. ‘Funzione sociale’ e concezione liberale del processo civile – 3. Alle origini del concetto: la *Sozialfunktion* del processo civile in Franz Klein – 4. Il modello processuale ispirato alla *Sozialfunktion* – 5. La *Sozialfunktion* del processo e la sua dimensione etica – 6. Premesse all’affermarsi della ‘funzione sociale’ del processo: le teorie pubblicistiche sull’azione e sul rapporto giuridico processuale – 7. La diffusione delle idee sulla *Sozialfunktion* del processo nella dottrina italiana all’inizio del XX secolo – 8. L’impostazione ‘pragmatica’: Mortara, Lessona, Redenti – 9. L’impostazione ‘sistematica’: Chiovenda – 10. La dottrina post-chiovendiana – 11. ‘Funzione sociale’ e codice di procedura civile del 1940 – 12. La riflessione sulla ‘funzione sociale’ del processo civile nella seconda metà del secolo XX: ‘tutela differenziata’ e ‘accesso alla giustizia’ – 13. La ‘funzione sociale’ del processo civile a cavallo del nuovo millennio e il corretto funzionamento dell’economia – 14. Una nuova prospettiva: la ‘funzione sociale’ del processo civile nella giurisprudenza della Corte europea di giustizia – 15. L’emergere di tendenze ‘neoprivatistiche’ tra la fine del secolo XX e l’inizio del XXI – 16. Considerazioni conclusive

1. *I molteplici significati del concetto di ‘funzione sociale’ del processo civile: un quadro d’insieme*

Nel lungo cammino che la riflessione dottrinale ha compiuto negli ultimi due secoli intorno alla ‘funzione sociale’ del processo civile possiamo individuare tre diversi significati per qualificare tale particolare funzione, ai quali corrispondono tre diverse ‘tappe’ o momenti storici nell’evoluzione intorno al tema.

Un primo significato è quello che emerge soprattutto nella fase delle origini della nozione, che viene tradizionalmente collocata sul finire del secolo XIX.

In tale contesto, nel quale molto forte appare ancora la concezione liberale-individualistica del processo civile, si parla di *funzione sociale* (o *socializzazione*) del processo in termini molto generici. Ci si riferisce, infatti,

a quella particolare concezione del processo che – nel quadro di una visione *socializzatrice* del diritto in generale – inizia a delinearasi verso gli ultimi decenni del secolo XIX e che si diffonderà e consoliderà nel corso del secolo successivo nella maggior parte delle codificazioni europee, e in base alla quale il processo civile viene visto 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 effettiva¹.

La novità di questa concezione – rispetto a quella precedente, di ascendenza liberale – sta nell'evidenziazione dell'importanza che anche per la società nel suo complesso ha la risoluzione delle controversie fra privati intorno alla tutela di diritti soggettivi individuali. In questa prima accezione, l'idea della 'funzione sociale' del processo civile non solo troverà ampia accoglienza anche presso giuristi di convinta formazione liberale, intesa come sinonimo di 'pubblicizzazione' del processo, ma costituirà la base ideologica anche per avanzare un nuovo metodo di studio del diritto processuale civile e per impostare nuove riforme della legislazione processuale esistente.

Dal punto di vista cronologico questa prima accezione di 'funzione sociale' del processo si diffonderà in Europa soprattutto nel periodo che va dalla fine del secolo XIX fino alla metà del XX. Con specifico riferimento al nostro ordinamento processuale, coinciderà con il periodo di transizione dal codice unitario del 1865 al codice del 1940.

In una seconda accezione, per 'funzione sociale' del processo civile si intende la concezione dei meccanismi processuali come strumento di promozione sociale delle classi meno abbienti, con l'obiettivo di realizzare l'«uguaglianza sostanziale»². In tale accezione la 'funzione sociale' del processo civile sta

¹ Così M. CAPPELLETTI, *Processo e ideologie*, Bologna 1969, pp. 18 ss., 163 ss. e 207 ss.; ID., *Libertà individuale e giustizia sociale nel processo civile italiano*, in ID., *Giustizia e società*, Bologna 1972, p. 23 ss.; ID., *Aspetti sociali e politici della procedura civile (Riforme e tendenze evolutive nell'Europa occidentale e orientale)*, *ibidem*, p. 48 ss.; ID., *Processo orale e processo scritto nel mondo contemporaneo*, *ibidem*, p. 145 ss., spec. p. 213; ID., *Il processo come fenomeno sociale di massa*, *ibidem*, p. 225 ss.; V. DENTI, *Processo civile e giustizia sociale*, Milano 1971, p. 69; M. TARUFFO, *L'istruzione probatoria*, in ID. (a cura di) *La prova nel processo civile*, Milano 2012, p. 112; 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. 425 ss., spec. p. 455 ss. In termini più generali, S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in «Rivista di diritto commerciale», 1967, p. 83 ss.

² V., per la dottrina italiana, M. CAPPELLETTI, *Processo orale*, cit. nt. 1, p. 214; DENTI, *Processo civile*, cit. nt. 1, p. 69; S. Chiarloni, *Diritto processuale civile e società di classi*, in

ad indicare la necessità che i sistemi processuali prevedano accorgimenti tecnici tali da consentire di venire incontro alle minori possibilità difensive delle parti socialmente più deboli. Anche questa seconda accezione – molto più innovativa della prima – emergerà sul finire del secolo XIX, in concomitanza con il diffondersi del ‘socialismo giuridico’ e della nuova fase economica e sociale della ‘seconda rivoluzione industriale’³. Ma troverà piena espansione solo nel corso del secolo successivo e soprattutto nel corso della seconda metà dello stesso, in coincidenza con l’introduzione delle nuove Costituzioni e l’affermazione del principio di ‘uguaglianza sostanziale’ ad esse legato. Per il nostro ordinamento processuale essa coinciderà con il periodo che va dall’entrata in vigore della Carta del ’48 fino alla fine degli anni ’70, e dunque con l’approvazione dello statuto dei lavoratori nel 1970 e del nuovo rito del lavoro nel 1973.

In una terza accezione, infine, si è parlato di ‘funzione sociale’ del processo civile nel senso di guardare ad esso come fattore di benessere sociale, pur nelle diverse declinazioni che quest’ultimo concetto ha assunto nel corso del tempo (dal ristabilimento della pace sociale, al miglioramento dell’economia e del mercato). In questo caso, dunque, la *socialità* del processo si orienta verso l’intera collettività, in quanto l’individuazione di strumenti processuali idonei a rendere più efficiente il sistema di giustizia civile determina anche una maggiore efficienza e funzionalità della società nel suo complesso. Si tratta di un’accezione già presente quando – sul finire del secolo XIX – comincia a diffondersi la concezione ‘sociale’ del processo civile, ma che assumerà piena e autonoma rilevanza solo negli ultimi decenni del XX secolo, in concomitanza con la crisi del *welfare state* e l’accentuarsi dell’inefficienza della giustizia civile amministrata dallo Stato. È il periodo – a cavallo fra la fine del XX e l’inizio del XXI secolo –

«Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1972, p. 733 ss.; per la dottrina tedesca, J.J. HAGEN, *Elemente einer allgemeinen Prozesslehre*, Freiburg 1972, p. 43 ss.; ID., *Die soziale Funktion des Prozesses*, in «Zeitschrift für Zivilprozess», 84 (1971), p. 385 ss.; R. WASSERMANN, *Der soziale Zivilprozess. Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat*, Neuwied, 1978, p. 68 ss.; E. SCHMIDT, *Von der Privat- zur Sozialautonomie*, in «Juristen-Zeitung», 1980, p. 153 ss., spec. p. 155 ss.; D. BRÜGGEMANN, *Judex statutor und judex investigator*, Bielefeld, 1968, p. 125 ss., p. 159 ss. e p. 179 ss.

³ R. WASSERMANN, *Der soziale Zivilprozess*, cit. nt. 2, p. 64 ss.; V. DENTI, *La giustizia civile. Lezioni introduttive*, Bologna, 1989, p. 26 ss.; P. TREPTE, *Umfang und Grenzen eines sozialen Zivilprozesses*, Frankfurt a.M.-Berlin-Bern-New York-Paris-Wien 1994, p. 36 ss.; P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, 2000, p. 13 ss.; S. RODOTÀ, *Diritti e libertà nella storia d'Italia. Conquiste e conflitti 1861-2011*, Roma, 2011, p. 3 ss.; N. PICARDI, *Le riforme processuali e sociali di Franz Klein*, in «Il giusto processo civile», 2011, p. 1067 ss. (e anche in «Historia et ius», 2 (2012), paper 16).

nel quale, in nome dell'efficienza del processo civile, per l'incidenza diretta che esso ha sull'economia, si avvieranno importanti riforme legislative nei maggiori sistemi processuali europei.

Va subito rilevato che il riconoscimento al processo civile di una 'funzione sociale' – con le necessarie puntualizzazioni già viste – comporterà l'adesione ad un particolare modello processuale, nell'ambito del quale troveremo soluzioni tecnico-processuali strettamente connesse – come vedremo – al perseguimento di tale funzione⁴. Ma queste soluzioni sempre presupporranno il pieno rispetto del c.d. principio dispositivo sostanziale o in senso proprio, in base al quale, stante la natura privatistica delle situazioni soggettive oggetto del processo civile, rientra nell'esclusiva disponibilità delle parti il potere di agire in giudizio e di determinarne l'oggetto in maniera vincolante per il giudice.

Da quanto finora detto è evidente che va considerata estranea alla riflessione sulla 'funzione sociale' del processo civile la c.d. *socialistizzazione* dello stesso⁵, cioè quella particolare utilizzazione dello strumento processuale che si è avuta, nel passato, da parte dei sistemi di tipo sovietico, nell'ambito dei quali si assistette all'abolizione del potere monopolistico della parti nell'iniziativa processuale e all'attribuzione al processo civile di una specifica funzione educativa delle masse⁶.

⁴ Per la sottolineatura del fatto che tali soluzioni tecniche non siano affatto neutre, ma nascono da una ben precisa opzione ideologica, in quanto «la tecnica senza l'ideologia è vuota, mentre l'ideologia senza la tecnica è impotente», M. TARUFFO, *Cultura e processo*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2009, p. 63 ss., spec. p. 71.

⁵ M. CAPPELLETTI, *Processo e ideologie*, cit. nt. 1, pp. 36 ss., 57 ss., 183 ss. e 215 ss.; ID., *Giustizia e società*, cit. nt. 1, p. 88 ss.; DENTI, *La giustizia civile*, cit. nt. 3, p. 35 ss.

⁶ Ed infatti, stando al 2° comma dell'art. 2 dei *Principi fondamentali di procedura civile dell'Unione delle Repubbliche Socialiste Sovietiche e delle Repubbliche Federate* del 1961, «Il processo civile deve contribuire al rafforzamento della legalità socialista, alla prevenzione delle violazioni di legge, alla educazione dei cittadini al costante adempimento delle leggi sovietiche e al rispetto dei principi della convivenza socialista» (cfr. l'edizione italiana in *Codice di Procedura Civile della Repubblica Socialista Federativa Sovietica di Russia (1964)*, in N. PICARDI – A. GIULIANI (a cura di), *Testi e documenti per la storia del processo*, Milano 2004, p. 1 ss.; M.A. GURVIĆ, *Introduzione: profili generali del processo civile sovietico*, *ivi*, p. XLV ss. In proposito v. anche P. PECORI, *Il nuovo codice di procedura civile della RSFSR*, in «Rivista di diritto processuale», 1967, p. 299 ss.; M. CAPPELLETTI, *Interrogatorio della parte e principi generali nel processo civile della Germania orientale e dell'Unione sovietica*, *ivi*, 1959, p. 39 ss.; ID., *Processo e ideologie*, cit. nt. 1, p. 82 ss.; N. PICARDI – R.L. LANTIERI, *La giustizia civile in Russia da Pietro il Grande a Kruscev*, in «Rivista di diritto processuale», 2004, p. 955 ss.

2. 'Funzione sociale' e concezione liberale del processo civile

Come già detto, è sul finire del XIX secolo che emerge un nuovo modo di guardare alla funzione del processo civile. In quel periodo, infatti, si assiste al rapido e definitivo abbandono degli orientamenti che fino a quel momento avevano dominato la riflessione dottrinale e all'emergere di nuovi e notevolmente diversi. L'abbandono, cioè, della concezione del processo civile – tradizionalmente conosciuta come liberale – secondo la quale il processo civile avrebbe la sola funzione di risolvere controversie fra privati e, per questa ragione, sarebbe da considerare un affare privato delle parti (*Sache der Parteien*).

Secondo questa impostazione esso non costituirebbe altro che un'appendice, una diretta manifestazione del diritto privato o civile, il risvolto pratico e secondario del diritto soggettivo sostanziale⁷. E dunque, siccome il diritto soggettivo sostanziale è nella piena disponibilità delle parti, parimenti deve esserlo lo strumento che l'ordinamento predispone per la sua tutela.

Ne deriva una visione prevalentemente, se non esclusivamente, individualista dello strumento processuale, dominata dal *laissez faire* delle parti, dal loro 'libero gioco' in contraddittorio (*Verhandlungsmaxime*). Come sottolinea Adolf Wach – che di questa visione è senza dubbio l'esponente più autorevole del tempo – la controversia è estranea allo Stato, è mero interesse individuale⁸ e, di conseguenza, va lasciata nel pieno dominio delle parti, sia per la sua introduzione, che per la determinazione del suo oggetto, che per la sua conduzione fino alla decisione finale del giudice⁹.

⁷ A. WACH, *Vorträge über die Reichs-Civilprozessordnung gehalten vor praktischen Juristen im Frühjahr 1879*, Bonn 18962, p. 2: «der Zweck des Processes ist die der Natur der Streitsache gemässe, gerechte Gewährung des staatlichen Rechtsschutzes. Die Natur der Streitsache ergibt die tiefgreifende Differenz des Civil- und Strafprocesses. Die Civilsache wirkt das materielle und formelle Zweiparteienverhältniss, die Interesselosigkeit des Staates und damit seines Organs, des Richters and der Streitsache, den Ausschluss der Officialmaxime, die Herrschaft der Streittheile über den Streitgegenstand, über Beginn, die Fortführung, den Schluss des Verfahrens, über seinen Inhalt, den Streitstoff».

⁸ WACH, *Vorträge*, cit. nt. 7, p. 51: «der Civilprocess ist staatliche Privatrechtspflege, die Gewährung des Rechtsschutzes für Mein und Dein. Die Streitsache ist ein dem Staate fremdes, individuelles Interesse».

⁹ WACH, *Vorträge*, cit. nt. 7, p. 53: «das ist der Inhalt der in der Rechtslehre sogenannten Verhandlungsmaxime. Sie ist der Grundsatz der staatlichen Interesselosigkeit an der Streitsache und das Processbetriebs durch die Interessenten». V. anche ID., *Handbuch des deutschen Civilprozessrechts*, I, Leipzig 1885, p. 5; R. SCHMIDT, *Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts*, Leipzig 19102, p. 382; J.W. PLANCK, *Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts*, I, Nördlingen 1887, p. 434 ss.; R. VON CANSTEIN, *Die rationellen Grundlagen des Civilprocesses*, II, Wien 1877, p. 170 ss.; G. KUTTNER, *Die privatrechtlichen*

Nell'ambito di tale concezione del processo civile, di conseguenza, la disciplina processuale deve limitarsi a regolare lo svolgimento della controversia o della lite insorta fra le parti private e a riconoscere piena libertà e autonomia alle stesse parti, in termini sostanzialmente identici a ciò che ad esse viene riconosciuto sul piano del diritto sostanziale.

Questo modo di intendere il processo civile, strettamente legato – evidentemente – alla stessa dottrina liberale dello Stato¹⁰, diede vita ad un processo di ‘tipo ideale’, nel significato weberiano del termine¹¹, vale a dire a un tipo di processo caratterizzato – fondamentalmente – dal ruolo primario delle parti e delle loro prerogative non solo nell’attivazione del processo e nella determinazione dell’oggetto della controversia, ma anche nella conduzione dello stesso¹².

Inevitabile era – nell’ambito di tale ‘tipo ideale’ di processo e in linea con la volontà di ridurre al minimo l’intervento del potere pubblico nelle vicende individuali¹³ – attribuire al giudice un ruolo ridotto al minimo

Nebenwirkungen der Zivilurteile, München 1908, p. 2 ss.; G. KLEINFELLER, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, Berlin 1925, p. 180; H. SPERL, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechtspflege*, I, 1, Wien-Leipzig 1928, p. 288 ss.; R. POLLAK, *System des österreichischen Zivilprozessrechts*, Wien 1931, p. 507. In proposito, P. BÖHM, *Der Streit um die Verhandlungsmaxime. Zum Einfluss der Verfahrenstheorie des 19. Jahrhunderts auf das gegenwärtige Prozessverständnis*, in «Jus commune», 7 (1978), p. 135 ss.

¹⁰ Dottrina che – come sottolinea N. BOBBIO, v. *Liberalismo*, in A. BIRAGHI (a cura di), *Dizionario di filosofia*, Milano 1957, p. 617 – «si appoggia sull’affermazione che esiste una legge naturale precedente e superiore allo Stato e che questa legge attribuisce diritti soggettivi, inalienabili e imprescrittibili, agli individui singoli prima del sorgere di ogni società, e quindi anche dello Stato. Di conseguenza, lo Stato, che sorge per volontà degli stessi individui, non può violare questi diritti fondamentali (e se li viola diventa dispotico), e in ciò trova i suoi limiti: anzi, deve garantirne la libera esplicazione, e in ciò trova la sua funzione, che è stata detta ‘negativa’ o di semplice ‘custode’».

¹¹ Per M. WEBER, *Il metodo delle scienze storico-sociali*, (*Gesammelte Aufsätze zur wissenschaftslehre*, Tübingen, 1922), trad. it. a cura di P. Rossi, Torino, 1958, p. 108, l’*idealtypus* è «ottenuto mediante l’accentuazione di uno o di alcuni punti di vista, e mediante la connessione di una quantità di fenomeni particolari diffusi e discreti, esistenti qui in maggiore e là in minore misura, e talvolta anche assenti, corrispondenti a quei punti di vista unilateralmente posti in luce in un quadro concettuale in sé unitario».

¹² G. TARELLO, *Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo. Per uno studio della genesi dottrinale e ideologica del vigente codice italiano di procedura civile*, in R. GUASTINI – G. REBUFFA (a cura di), *Dottrine del processo civile*, Bologna 1989, p. 9 ss., spec. p. 12.

¹³ Sottolinea G. BEDESCHI, *Storia del pensiero liberale*, Bari 1990, p. 29, che «la ferma difesa dell’antagonismo, della concorrenza, nonché della varietà e del dissenso, e la correlativa esaltazione della personalità individuale, della sua originalità, della sua intima energia creatrice, che si rafforza solo attraverso la lotta e il confronto, implicano, nei pensatori liberali, una forte diffidenza nei confronti dello Stato e la tendenza a ridurlo al minimo indispensabile sia i poteri che le funzioni».

indispensabile, di arbitro della contesa, chiamato ad assistere passivamente alla libera dialettica delle parti private e ad intervenire soltanto per sanzionare eventuali nullità o scorrettezze delle parti e per pronunciare la decisione finale¹⁴. Poiché lo Stato non aveva (non doveva avere) alcun interesse circa il modo con cui le parti decidevano di condurre il «loro» processo¹⁵, non aveva neanche interesse alla velocità e correttezza della decisione finale: la ricerca della verità dei fatti di causa – sottolinea ancora Wach – non è l'obiettivo del processo, ma solo un accidente, un risultato casuale¹⁶.

Nella seconda metà del XIX secolo era questa l'opzione ideologica dominante in materia di processo civile, la *Prozeßauffassung* del tempo, ed essa informava di sé – a partire dal codice napoleonico del 1806 – anche la legislazione processuale allora vigente nei principali ordinamenti europei¹⁷, dal c.p.c. unitario italiano del 1865¹⁸, alla Z.P.O. tedesca del

¹⁴ V., in proposito, M. TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, Bologna 1980, p. 142 ss.

¹⁵ WACH, *Vorträge*, cit. nt. 7, p. 53.

¹⁶ WACH, *Vorträge*, cit. nt. 7, p. 199: «die Feststellung der Wahrheit ist ... nicht das Ziel des Civilprocesses und kann es nicht sein. Sie ist sein erwünschtes, aber nicht verbürgtes Resultat». Rinvio, in proposito, ad A. Carratta, *Dovere di verità e completezza nel processo civile. Parte prima*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2014, p. 47 ss.

¹⁷ V., in proposito, per un'analisi approfondita G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, rist., Napoli 1960, p. 103 ss.

¹⁸ In proposito, CHIOVENDA, *Istituzioni*, cit. nt. 17, p. 101 ss.; ID., *Principii di diritto processuale civile*, rist. anastatica, Napoli 1980, p. 11 ss. e 25 ss.; ID., *Romanesimo e Germanesimo nel processo civile*, in ID., *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, rist., Milano 1993, I, p. 180 ss.; M.T. ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, I, Milano 1937, p. 84 ss.; E. FAZZALARI, v. *Codice di procedura civile*, in «Novissimo Digesto Italiano. Appendice», Torino 1980, p. 1292 ss.; TARUFFO, *La giustizia civile*, cit. nt. 14, p. 113 ss.; ID., voce *Procedura civile (codice di)*, in «Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile», XIV, Torino 1996, p. 658 ss.; C. GHISALBERTI, *La codificazione del diritto in Italia (1865-1942)*, Bari 1985, p. 73 ss.; N. PICARDI, v. *Codice di procedura civile*, in «Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile», II, Torino, 1988, p. 457 ss.; F. CIPRIANI, *Il processo civile in Italia dal Codice napoleonico al 1942*, in «Rivista di diritto processuale», 1996, p. 71 ss.; G. MONTELEONE, *Il codice di procedura civile italiano del 1865*, in N. PICARDI – A. GIULIANI (a cura di), *Il codice di procedura civile del Regno d'Italia*, Milano 2004, p. 9 ss.; ID., *Sulla Relazione di Giuseppe Pisanelli al libro I del codice di procedura civile del 1865 (Due codici a confronto)*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2000, p. 529 ss.; A. CHIZZINI, *Un "codice di regole" per un processo liberale?*, in *Pensiero e azione nella storia del processo civile. Studi*, Torino 2014², p. 67 ss. In proposito v. anche la *Relazione ministeriale al Primo Libro del Codice di procedura civile presentata in iniziativa al Senato dal Ministro Guardasigilli (Pisanelli) nella tornata del 26 novembre 1863 (n. 63)*, in S. GIANZANA, *Codice di Procedura Civile del Regno d'Italia*, Roma-Torino-Napoli 1889, p. 3 ss.

1877¹⁹, alla codificazione giuseppina austriaca²⁰, nella quale, tuttavia, già si rinveniva una posizione rafforzata del giudice rispetto alle parti²¹.

¹⁹ *Civilprozessordnung für das Deutsche Reich* del 30 gennaio 1877, entrata in vigore il 1° ottobre 1879. In proposito, WACH, *Vorträge*, cit. nt. 7, p. 39 ss.; G. DAHLMANN, *Der Strukturwandel des deutschen Zivilprozesses im 19. Jahrhundert*, Aalen 1971, p. 17 ss.; J. DAMRAU, *Die Entwicklung einzelner Prozessmaximen seit der Reichszivilprozessordnung von 1877*, Paderborn 1975, p. 19 ss.; N. TROCKER, *Processo civile e Costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano*, Milano 1974, p. 3 ss.; C. WOLLSCHLÄGER, *Introduzione. La Zivilprozessordnung del 1877/1898*, in N. PICARDI – A. GIULIANI (a cura di), *Ordinanza della procedura civile dell'Impero Germanico 1877/1898*, Milano 2002, p. XIII ss.; P. OBERHAMMER – T. DOMEJ, *Germany, Switzerland, Austria (Ca. 1800-2003)*, in *European Traditions in Civil Procedure*, Oxford 2005, p. 103 ss. Per un quadro d'insieme sull'influenza del codice napoleonico sulla legislazione processuale europea ottocentesca v. C.H. VAN RHEE, *Introduction*, in ID., *European Traditions in Civil Procedure*, Antwerp-Oxford, 2005, p. 3 ss.; ID., *The Influence of the French Code de Procedure Civile (1806) in 19th Century Europe*, in *De la Commémoration d'un code à l'autre: 200 ans de procédure civile en France*, Paris 2006, p. 129 ss.

²⁰ *Allgemeine Gerichstordnung*, pubblicata il 1° maggio 1781 ed entrata in vigore il 1° maggio 1782. In proposito v. *Regolamento giudiziario di Giuseppe II: 1781*, in N. PICARDI – A. GIULIANI (a cura di) *Testi e documenti per la storia del processo*, Milano 1999, con prefazione di N. PICARDI, *ivi*, p. XIII ss., il quale osserva che «il Regolamento giudiziario segna – almeno parzialmente – una soluzione di continuità con la tradizione di diritto comune, secondo la quale la conduzione del processo era rimessa all'iniziativa di parte, mentre il giudice aveva poteri di dilazione, ma non di impulso e di direzione» (*ivi*, p. XXIII); *ivi*, p. XXIX ss., anche l'introduzione di W. Ogris e P. Oberhammer; v. anche TARUFFO, *La giustizia civile*, cit. nt. 14, p. 33 ss.; DENTI, *La giustizia civile*, cit. nt. 3, p. 15; F. CIPRIANI, *Nel centenario del Regolamento di Klein (Il processo civile tra libertà e autorità)*, in «Rivista di diritto processuale», 1995, p. 969 ss., spec. p. 975 ss.; C. CONSOLO, *Il duplice volto della "buona" giustizia civile tardo-asburgica e del suo rigeneratore*, in N. PICARDI – A. GIULIANI (a cura di), *Ordinanza della procedura civile di Francesco Giuseppe. 1895*, Milano 2004, p. L ss.

L'A.G.O. giuseppina ebbe anche – come noto – un lungo periodo di applicazione nella Lombardia austriaca, a partire dal 1° maggio 1786 e fino al 1796, con il titolo ufficiale di *Regolamento del processo civile per la Lombardia austriaca*: in proposito, Taruffo, *La giustizia civile*, cit. nt. 14, p. 33 ss.; ID., *Il processo civile nel Lombardo-Veneto*, in N. PICARDI – A. GIULIANI (a cura di), *Regolamento generale del processo civile pel Regno Lombardo-Veneto. 1815*, Milano 2003, p. IX ss.; N. PICARDI, *Il Regolamento giudiziario di Giuseppe II e la sua applicazione nella Lombardia austriaca*, in «Rivista di diritto processuale», 2000, p. 36 ss.

²¹ Secondo W. JELINEK, *Einflüsse des österreichischen auf andere Rechtsordnungen*, in W.J. HABSCHEID (a cura di), *Das deutsche Zivilprozessrecht und seine Ausstrahlung auf andere Rechtsordnungen*, Bielefeld 1991, p. 49, il modello processuale austriaco del 1781 si caratterizzava per questi elementi: «zwar schftlich, heimlich, von der Eventualmaxime geprägt und mittelbar, jedoch von extremer Parteiheerrschaft gekennzeichnet». Ha osservato R. SPRUNG, *Die Ausgangspositionen österreichischen Zivilprozessualistik und ihr Einfluss auf das deutsche Recht*, in «Zeitschrift für Zivilprozess», 92 (1979), p. 7, che esso appariva «einem tumultuarischen Interessensturnier, in dem die Parteien als Regisseure

È evidente che – sulla base di una simile impostazione – la ‘funzione sociale’ del processo civile, intesa come rilevanza sociale, collettiva e non solo individuale del meccanismo processuale, è molto edulcorata. Essa rimane nettamente sullo sfondo, in secondo piano rispetto alla salvaguardia degli interessi individuali (veri e propri *diritti soggettivi processuali*) delle parti in causa, e si traduce, sostanzialmente, nella consapevolezza – sempre più diffusa all’interno di tale impostazione teorica – che attraverso la tutela dei diritti soggettivi individuali il processo civile serve anche a ristabilire la pace sociale e il diritto oggettivo²².

wirkten und der Richter nur ein geduldiger Mitarbeiter war, ein Hampelmann, der sich nur bewegen durfte, wenn die Parteien ihn am Schnurchen zogen». V. anche TARELLO, *Il problema della riforma*, cit. nt. 12, p. 12; ID., *Storia della cultura giuridica moderna*, I, *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna 1976, p. 513 ss.; TARUFFO, *La giustizia civile*, cit. nt. 14, p. 35; DENTI, *La giustizia civile*, cit. nt. 3, p. 14 s.; CIPRIANI, *Nel centenario*, cit. nt. 20, p. 975 ss., il quale – a differenza di altri (TARUFFO, *La giustizia civile*, cit., p. 38; R. SPRUNG, *Le basi del diritto processuale civile austriaco*, in «Rivista di diritto processuale», 1979, p. 31) – sottolinea come si trattasse «di un processo con scarsissime libertà per le parti ...; un processo eminentemente illiberale e autoritario». È vero anche che questo modello processuale viene in parte cambiato per le controversie di minor valore (*Bagatellverfahren*) nel 1873, mediante l’adozione di un procedimento caratterizzato dall’oralità, dall’immediatezza e dalla libera valutazione delle prove (JELINEK, *Einflüsse*, cit. *supra*, p. 53).

²² V., ad es., la *Relazione Pisanelli* al c.p.c. 1865, già cit., p. 4, dove si legge: «ogni litigio eccita le sollecitudini della società sotto due aspetti: dapprima perché al litigio sia posto fine; in secondo luogo perché cessi con giustizia». V. anche, nella dottrina tedesca e austriaca, G.W. WETZEL, *System des ordentlichen Zivilprozess*, Leipzig 1878³, p. 36; WACH, *Handbuch*, cit. nt. 9, I, p. 3 ss.; SCHMIDT, *Lehrbuch*, cit. nt. 9, p. 16 ss.; J. KOHLER, *Über processrechtliche Vorträge und Creationen*, in *Gesammelte Beiträge zum Zivilprozess*, Berlin 1888, p. 127 ss., spec. p. 154; ID., *Der Prozess als Rechtsverhältnis*, Mannheim 1888, p. 17 ss.; K. HELLWIG, *Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts*, II, Leipzig 1909, p. 40 ss.; ID., *System des deutschen Zivilprozessrechts*, I, Leipzig 1912, pp. 402 s. e 438; A. HEGLER, *Beiträge zur Lehre vom prozessualen Anerkenntnis und Verzicht*, Tübingen-Leipzig 1903, p. 161; K. BINDING, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts*, I, Leipzig 1902, p. 350; W. KISCH, *Die soziale Bedeutung des Zivilprozesses*, in «Judicium» I (1928/29), p. 1 ss., spec. p. 5, che parla di «Prozess als soziale Tatsache»; K. GRÜNBERG, *Der socialpolitische Gehalt der österreichischen Civilprozessgesetzgebung*, in «Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart», XXVII (1900), p. 65 ss.; nella nostra dottrina, M. PESCATORE, *Sposizione compendiosa della procedura civile e criminale*, I, 1, Torino 1864, p. 5 ss.; L. MATTIROLI, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, I, Torino, 1902, p. 20 ss.; ID., *Istituzioni di diritto giudiziario civile italiano*, Torino, 18992, p. 161; G. SAREDO, *Introduzione allo studio della procedura civile e dell’ordinamento giudiziario. Prolusione letta nella Regia Università di Roma, nell’inaugurazione del Corso di procedura civile il 23 novembre 1872*, in ID., *Istituzioni di procedura civile precedute dall’esposizione dell’ordinamento giudiziario italiano*, Firenze 1873, p. 6 ss. e 18, dove il rilievo per cui «ogni processo è un male – un male per l’individuo, un male per la società», in quanto «tocca non solamente l’interesse privato, ma altresì l’ordine pubblico,

3. *Alle origini del concetto: la Sozialfunktion del processo civile in Franz Klein*

Come già detto, il superamento dell'idea liberale del processo civile e l'affermarsi di una visione nuova, pubblicistica e sociale, cominciano ad avviarsi nella seconda metà del XIX secolo per essere definitivamente portati a compimento nella prima metà del secolo successivo.

Essi vengono a determinarsi, in particolare, per effetto dell'influenza che esercita in quel periodo la dottrina civilprocessualistica tedesca e austriaca, presso la quale va sempre più affermandosi l'idea che il processo civile sia uno strumento di giustizia sociale ed assolva, dunque, ad una funzione non limitata alla risoluzione della controversia fra privati. Tutto ciò non accade per un mero accidente della storia. Come ha lucidamente notato Paolo Grossi, «dai primordi del Novecento in poi si riscopre la *fattualità* del diritto, perché tende ad attenuarsi sempre più il distacco fra diritto e società, che era – sul continente – nei programmi della modernità borghese». E di conseguenza, «il palcoscenico storico-giuridico si fa più movimentato, più complesso, e si attenua quella che era stata la puntigliosa riduzione di ogni rapporto giuridico a rapporto individuale»²³.

In tale rinnovata visione si va sempre più affermando l'idea che valore fondamentale della legislazione in materia di giustizia civile sia l'efficienza e la piena accessibilità al procedimento per tutti coloro che hanno bisogno di tutela giurisdizionale per la realizzazione dei propri diritti sostanziali.

Si tratta, com'è facile intuire, di un vero e proprio capovolgimento dell'ideologia liberale. Taluni hanno individuato idealmente nel 1898 la fine di tale epoca per la processualciviltistica²⁴. In quell'anno, infatti, entra in vigore la *Z.P.O.* austriaca, che Franz Klein aveva elaborato e impostato proprio sull'idea della 'funzione sociale' del processo²⁵, e che costituirà il

l'interesse sociale»; L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, I, Torino 1889, p. 1 ss.; ID., *Lo Stato moderno e la giustizia*, Torino 1885; ID., *Manuale della procedura civile*, I, Torino 1929, p. 17; V. SIMONCELLI, *Lezioni di diritto giudiziario dettate dal prof. Vincenzo Simoncelli nell'Università di Roma l'anno 1900-1901, raccolte da Ottorino Petroni*, Roma 1901, p. 213 s.; A. RISPOLI, *Il rapporto giuridico processuale di cognizione*, in «Archivio Giuridico Filippo Serafini», 84 (1910), p. 229 ss.; CHIOVENDA, *Principii*, cit. nt. 18, p. 65 s., che riprende, quasi alla lettera, le parole di A. WACH; E. REDENTI, *Il giudizio civile con pluralità di parti*, Milano 1911, p. 53 ss.; AL. ROCCO, *La sentenza civile. Studi*, Torino 1906, p. 27 ss.

²³ P. GROSSI, *Il diritto nella storia dell'unità d'Italia*, in www.lincei.it, p. 14 del testo.

²⁴ VAN RHEE, *Introduction*, cit. nt. 19, p. 10 s.; ID., *The Influence*, cit. nt. 19, p. 129 ss.

²⁵ P. OBERHAMMER-T. DOMEJ, *Germany, Switzerland, Austria (ca. 1800-2005)*, in van Rhee (ed.), *European Traditions*, cit. nt. 19, p. 118 ss.; P. BÖHM, *Die österreichischen Justizgesetze von 1885/1886*, in H. HOFMEISTER (ed.), *Kodifikation als Mittel der Politik*, Wien 1986, p. 63.

modello di riferimento per molti legislatori europei durante il ventesimo secolo, così come il codice napoleonico lo era stato per il diciannovesimo²⁶. In proposito, tuttavia, occorre intendersi.

In effetti, è proprio a Klein che viene riconosciuto il merito di aver iniziato a guardare alla controversia giudiziaria come ad un «problema sociale» (*soziale Übel*)²⁷, perché fa perdere tempo e denaro, fomenta odio e ira fra le parti litiganti e genera passioni fatali per la convivenza sociale²⁸, e di aver maturato la convinzione che le controversie costituiscano impedimenti al corretto funzionamento dell'economia e quindi vi sia la necessità che esse siano risolte nel più breve tempo possibile, senza spreco di tempo, di denaro

²⁶ VAN RHEE, *Introduction*, cit. nt. 19, p. 11.

²⁷ Su questo v., in particolare, F. KLEIN-F. ENGEL, *Der Zivilprozess Österreichs*, Mannheim-Berlin-Leipzig 1927, rist., Aalen 1970, p. 280; ID., *Pro futuro. Betrachtungen über Probleme der Zivilprozessreform in Österreich*, Leipzig 1891, p. 39. V. anche H.W. FASCHING, *Die Modernisierung des zivilrechtlichen Streitverfahrens*, in Union Internationale des Magistrats, *II° Congrès International*, La Haye 1963, p. 27 ss.; W. KRALIK, *Die Verwirklichung der Ideen Franz Kleins in der ZPO von 1895*, in H. HOFMEISTER (a cura di), *Forschungsband Franz Klein (1854-1926), Lebens und Wirken*, Wien 1988, p. 89 ss.; A. CHIZZINI, *Franz Klein e i patres della procedura civile*, in «Il giusto processo civile», 2011, p. 739 ss., spec. p. 740 s.; ID., *Franz Klein, la codificazione sociale e la procedura civile in Italia*, in *Pensiero e azione*, cit. nt. 18, p. 100 s.; M. MARINELLI, *La concezione del diritto e del processo di Franz Klein nella Vienna fin de siècle*, in «Il giusto processo civile», 2011, p. 771 ss., spec. p. 778 ss.; N. TROCKER, *La concezione del processo di Franz Klein e l'attuale evoluzione del diritto processuale civile europeo*, in «Il giusto processo civile», 2012, p. 31 ss., spec. p. 68 s.; Picardi, *Le riforme processuali*, cit. nt. 3, p. 1067 ss.

²⁸ Così SPRUNG, *Le basi del diritto*, cit. nt. 21, p. 27; v. anche PICARDI, *Le riforme processuali*, cit. nt. 3, p. 1067 ss.; W.H. RECHBERGER, *Die Ideen Franz Kleins und ihre Bedeutung für die Entwicklung des Zivilprozessrechts in Europa*, in «Ritsumeikan Law Review», 25 (2008), p. 101 ss., p. 102 ss.; Trocker, *La concezione*, cit. nt. 27, p. 44 ss.; P. BÖHM, *Parteiautonomie versus Richtermacht: Die Verantwortung für die Programmierung der Verfahrensablaufs*, in M. MARINELLI-E.M. BAJONS-P. BÖHM, *Die Aktualität der Prozess- und Sozialreform Franz Kleins*, Wien 2015, p. 149 ss., spec. p. 153 ss.; K.W. NÖRR, *Gegenwart und Zukunft in der Gedankenwelt Franz Kleins*, *ivi*, p. 18 ss. Per la critica a quest'impostazione v. CIPRIANI, *Nel centenario*, cit. nt. 20, p. 977, secondo il quale il processo non può essere considerato un «male sociale», «fonte (addirittura) di 'ferite per il corpo della società'», quanto, piuttosto, «lo strumento col quale si rende giustizia in questo mondo». «Quanto poi all'incidenza che ogni processo o la massa dei processi avrebbe sull'economia nazionale – continua Cipriani – a me sembra che le preoccupazioni di Klein siano per lo meno eccessive ... anzitutto perché il processo, non essendo un sequestro, implica solo di rado il blocco dei beni in discussione; poi perché il valore delle cause civili, di norma più che modesto, non sembra tale da incidere addirittura sull'economia nazionale; indi perché nessuno Stato è mai fallito per motivi processuali; infine perché abbiamo buone prove che, per nostra fortuna, la ricchezza di uno Stato e di un popolo non dipende dalla velocità dei processi civili».

e di attività, anche quando le stesse parti non abbiano un interesse a ciò²⁹.

Il «nocciolo» del suo ragionamento era proprio l'idea della *Sozialfunktion* del processo civile, che, evidentemente, era stata influenzata dall'insegnamento di Anton Menger e dalla sua *soziale Rechtslehre*. Certamente, l'idea kleiniana si presentava ben diversa da quella mengeriana³⁰, perché dei tre significati di 'funzione sociale' del processo civile, che sopra abbiamo individuato, essa assumeva soprattutto la prima e la terza, in misura minore la seconda, ovvero quella più innovativa e che più stava a cuore a Menger, fondata sull'obiettivo dell'uguaglianza sostanziale³¹ e della sostituzione

²⁹ V., in proposito, le riflessioni esposte in F. KLEIN, *Zeit- und Geistesströmungen im Prozesse. Vortrag gehalten in der Gehe-Stiftung zu Dresden am 9. November 1901*, Dresden 1901, ristampa Frankfurt a.M. 1958, p. 20 ss.; KLEIN – ENGEL, *Der Zivilprozess*, cit. nt. 27, p. 193 ss. e p. 202 ss. Su questo profilo del pensiero kleiniano v. soprattutto J. ESSER, *Franz Klein als Rechtssoziologie – Die Überwindung des dogmatischen Schuldenkens im Prozesswerk Franz Kleins*, in *Festschrift zur Fünfzigjahrfeier der österreichischen Zivilprozessordnung 1898-1948*, Wien 1948, p. 35 ss., spec. p. 41 ss.; F. BAUR, *Zeit- und Geistesströmungen im Prozess, einige aktuelle Bemerkungen zu dem so betitelten Vortrag von Franz Klein*, in «Juristische Blätter», 92 (1970), p. 446 ss.; FASCHING, *Die Modernisierung*, cit. nt. 27, p. 27 ss.

³⁰ Infatti, osserva DENTI, *La giustizia civile*, cit. nt. 3, p. 28: «non va trascurato che nella ideologia di Menger era presente un rigoroso socialismo di stato, che lo portava a divergere, nelle prospettive di fondo, dalla concezione di Klein, in quanto considerava la funzione del giudice e del processo come risolutori di conflitti una finzione borghese, a tutto vantaggio delle classi dominanti». In senso analogo CIPRIANI, *Nel centenario*, cit. nt. 20, p. 979, il quale conclude: «non sembra che Klein possa essere considerato un seguace di Menger, atteso che egli, rafforzando i poteri del giudice, non pensava soltanto o prevalentemente ai poveri, ma al processo *tout court*, ossia a tutti»; MARINELLI, *La concezione*, cit. nt. 27, p. 778 ss., per il quale Klein non può definirsi un *socialista*, perché era un *moderato*. Anche TROCKER, *La concezione*, cit. nt. 27, p. 68, osserva che alla base della concezione «sociale» del processo di Klein sta «il termine 'sozial', nel senso di 'gesellschaftlich' e aggiunge che esso, sul piano descrittivo, «allude al fatto che il processo è un fenomeno che riguarda la collettività (la *Gesellschaft*)», mentre, sul piano valutativo, indica la «destinazione funzionale dell'istituzione "processo" che non è (primariamente) quella di soddisfare il bisogno individuale di tutela nel singolo caso né quella di realizzare un astratto interesse pubblicistico al corretto funzionamento della giurisdizione». Secondo N. PICARDI, *Le riforme processuali e sociali*, cit., p. 1069, «certo nelle riforme kleiniane non mancarono influenze immediate del pensiero di Menger», ma l'opera di Klein «si colloca in una fase intermedia del percorso storico delineato dal suo maestro».

³¹ Secondo P. NÖRR, *Gegenwart und Zukunft in der Gedankenwelt Franz Kleins*, in MARINELLI – BAJONS – BÖHM (hrsg.), *Die Aktualität*, cit. nt. 28, p. 15 ss., spec. p. 18 ss., si possono individuare ben quattro diversi significati dell'aggettivo «sociale» utilizzati da Klein: 1) «Sozial ist zum einen gleichbedeutend mit gesellschaftlich oder gemeinschaftlich im allgemeinsten Sinn des Wortes» ('sociale' nel senso di attinente alla società o alla collettività); 2) «Sozial werden, zweitens, die Manifestationen des menschlichen Assoziationstrieb genannt, welchen Ursprungs und welcher Form auch immer» ('sociale' nel senso di manifestazione dell'associazionismo umano); 3) «Als sozial wird, drittens, die Rücksichtnahme auf die

dello Stato liberale-borghese con quello socialista o democratico-popolare (*volkstümlicher Arbeitsstaat*)³². Tuttavia, Klein condivideva con Menger la convinzione che per realizzare le nuove idee sul processo occorressero sia le modifiche legislative³³, sia il contributo della dottrina giuridica³⁴.

Due sono gli elementi sui quali l'idea della *Sozialfunktion* di Klein si basa:

- a) la convinzione che la composizione della singola controversia non sia l'unico scopo del processo civile (a differenza di quel che portava a ritenere l'idea liberale), ma essa serve anche a perseguire il benessere comune, sociale appunto (*Wohlfahrtsfunktion*);
- b) la rilevanza economica che assume per la società il contenzioso civile, e dunque la necessità che il processo civile vada guardato anche da un'angolazione economicistica e alla luce di una valutazione costi-benefici³⁵.

A dire la verità, questi due elementi erano già emersi in precedenza anche

benachteiligt-schwächeren Teile der Gesellschaft oder des Volkes bezeichnet, worin das Zurückbleiben hinter den anderen Teilen auch immer seinen Grund haben mag» ('sociale' nel senso di attenzione per le persone deboli e svantaggiate); 4) «Sozial steht schließlich für alles, was dem Gemeinwesen zugutekommt, was im Dienste des Gemeinwohls steht und zu stehen hat» ('sociale' nel senso di al servizio del bene comune).

³² A. MENDER, *Lo Stato socialista*, trad. it. di O. Lerda Olberg, Torino 1905, p. 220 ss. Del resto, l'appellativo di 'giurista socialista' era stato attribuito a Menger in senso dispregiativo da F. Engels e K. Kautsky in un famoso articolo (dal titolo, appunto, *Juristen-Sozialismus*) del 1887 (nel n. 2) sulla rivista «Die Neue Zeit» (ora in K. MARX-F. ENGELS, *Werke*, XXI, Berlin 1962, p. 491 ss.), per sottolineare che la concezione giuridica del socialismo era una versione fragile del socialismo. La formula «socialismo giuridico» si deve – come noto – ad A. LORIA, *Socialismo giuridico*, in *La scienza del diritto privato*, A. I, fasc. IX, settembre 1893, p. 419 ss., dove la puntualizzazione che gli aderenti a questa nuova 'scuola' «si propongono di ottenere cogli scritti e coll'opera una modificazione del diritto, la quale faccia ragione alle esigenze legittime dei volghi poveri e li tragga a meno sconsolati destini». Sulla posizione notevolmente critica nei confronti del «socialismo giuridico» che ebbero i marxisti v. V. GERRATANA, *Antonio Labriola di fronte al socialismo giuridico*, in «Quaderni fiorentini», n. 3-4 (1974-1975), I, Milano 1975, p. 55 ss.; G. ORRÙ, *'Idealismo' e 'realismo' nel Socialismo giuridico di Menger*, *ivi*, p. 183 ss.; S. CASSESE, *Socialismo giuridico e «diritto operatio»*. *La critica di Sergio Panunzio al Socialismo giuridico*, *ivi*, p. 495 ss.

³³ MENDER, *Lo Stato socialista*, cit. nt. 32, p. 278.

³⁴ A. MENDER, *Über die sozialen Aufgaben der Rechtswissenschaft*, Wien-Leipzig 1895, p. 6, dove si legge: «Die Aufgabe der legislativ-politischen Jurisprudenz besteht ... darin, den überlieferten Rechtsstoff mit den Zuständen der Gegenwart zu vergleichen und daraus zu schließen, welche Änderungen desselben in der Zukunft notwendig erscheinen».

³⁵ Sulla continuità delle riforme kleiniane rispetto alla tradizione ed in particolare alle riforme «giuseppine» si sofferma SPRUNG, *Le basi del diritto*, cit. nt. 21, p. 24 s.; ID., *Die Ausgangspositionen*, cit. nt. 21, p. 7 s.; ma v. anche CIPRIANI, *Nel centenario*, cit. nt. 20, p. 975; P. BÖHM, *Zu den rechtstheoretischen Grundlagen der Rechtspolitik Franz Kleins*, in *Forschungsband Franz Klein*, p. 191 ss.; CHIZZINI, *Franz Klein*, cit. nt. 27, p. 103 ss.

presso la dottrina austriaca, come ha ben evidenziato Rainer Sprung³⁶. In particolare, Franz von Zeiller, il padre del codice civile austriaco del 1811, aveva già esplicitato la *Wohlfahrtsfunktion* del processo in uno scritto del 1808³⁷. Mentre, quanto all'opportunità di guardare al processo civile anche dal punto di vista economico, questo era un punto già evidenziato dallo stesso Menger nei suoi scritti³⁸.

Il merito di Klein, dunque, non è di aver evidenziato questi due elementi, ma di aver fatto per la prima volta di questi due aspetti le basi di un nuovo modello processuale, trasfuso, poi, nel nuovo codice di procedura civile austriaco del 1895. La disciplina del processo civile austriaco, infatti, senza dubbio alcuno «è stata la prima fra quelle relative agli ordinamenti processuali moderni a basarsi effettivamente sul fatto che il processo è fenomeno sociale di massa e che deve essere regolamentato quale istituto di benessere»³⁹.

4. *Il modello processuale ispirato alla Sozialfunktion*

Ciò che più interessa in questa sede, tuttavia, è il modello processuale al quale si ispira Klein al fine di consentire il perseguimento della *Sozialfunktion*. Sarà a questo modello, infatti, che la dottrina processualcivile guarderà anche in futuro quando intenderà riaffermare o riproporre – anche in tempi recenti – la concezione sociale del processo, sia pure nel senso ampio sopra richiamato.

Nel biennio 1890-1891 il *Privatdozent* Franz Klein espone le sue idee sul processo civile in una serie di articoli, «brillanti e pioneristici»⁴⁰, pubblicati sul *Juristen Blätter*, poi raccolti successivamente nella sua opera più famosa (*Pro futuro. Betrachtungen über Probleme der Civilprozessreform in*

³⁶ SPRUNG, *Le basi del diritto*, cit. nt. 21, p. 32, per il quale il lavoro di Franz von Zeiller «costituisce il primo spiraglio di un pensiero che viene ad acquistare piena rilevanza soltanto dopo il 1890 nell'opera di codificazione di Franz Klein».

³⁷ F. VON ZEILLER, *Grundsätze über die Haupteigenschaften einer Civil-Gerichtsordnung*, in *Jährlicher Beytrag zur Gesetzkunde und Rechtswissenschaft in den Oesterreichischen Erbstaaten*, 1808, n. 3, p. 133 ss.

³⁸ A. MENDER, *Lo Stato socialista*, cit., p. 262, che, di conseguenza, criticava l'idea di K. Marx che il diritto sia da considerare una "iperstruttura", un "epifenomeno" della sottostante struttura economica.

³⁹ Così ancora SPRUNG, *Le basi del diritto*, cit. nt. 21, p. 38; v. anche H.W. FASCHING, *Die Weiterentwicklung des österreichischen Zivilprozessrechts im Lichte der Ideen Franz Klein*, in HOFMEISTER, *Forschungsband Franz Klein*, cit. nt. 27, p. 101 s. Per una diversa conclusione CIPRIANI, *Nel centenario*, cit. nt. 20., p. 977 ss.

⁴⁰ Così si esprime TROCKER, *La concezione*, cit. nt. 27, p. 31.

Österreich)⁴¹. Scritti nei quali stigmatizza i mali del sistema processuale austriaco del tempo e individua gli strumenti tecnici per migliorarlo. Lo scopo dichiarato era di individuare regole processuali che consentissero uno svolgimento del processo veloce ed economico, basato sui fatti come accaduti nella realtà (vale a dire sulla ‘verità sostanziale’, contrapposta alla ‘verità formale’, la verità come indicata dalle parti). Di qui l’esaltazione dei principi di immediatezza, oralità, pubblicità e libero convincimento del giudice (*Prinzipien der Unmittelbarkeit, Mündlichkeit, Öffentlichkeit und freien Beweiswürdigung*)⁴².

Per raggiungere un simile ambizioso obiettivo i formalismi processuali dovevano essere superati e al giudice doveva essere riconosciuto un ruolo attivo e preponderante nella conduzione e nell’organizzazione dell’attività processuale⁴³.

Ma quali sono le soluzioni tecniche che Klein propone nella ricostruzione del nuovo modello processuale?

Possiamo ricondurle a quattro profili fondamentali.

Anzitutto, l’articolazione del processo in due fasi, una preparatoria scritta e una principale orale, che dovrebbe svolgersi, ove possibile, in un’unica udienza. Vi è, in ciò, il fondamento del famoso principio di oralità poi ripreso da noi da Chiovenda e cioè l’idea che la trattazione del processo, per essere realmente celere, deve svolgersi in maniera orale e in pubblica udienza, attraverso un contatto diretto fra giudice e parti. Ovviamente perché quest’obiettivo venga raggiunto è indispensabile che la fase preparatoria (scritta) riesca a definire al meglio la fissazione del *quod decidendum* e del *quod probandum* e comunque si abbia una prima fondamentale udienza nella quale il giudice, in collaborazione con le parti, definisce il materiale di causa.

Collegata a questo primo profilo è, poi, l’applicazione del principio di preclusione, vale a dire del principio per cui determinate attività processuali non

⁴¹ F. KLEIN, *Pro futuro. Betrachtungen über Probleme der Civilprozessreform in Österreich*, Wien-Leipzig 1891. In proposito v. anche P. CALAMANDREI, *L’opera di Francesco Klein e il processo civile austriaco*, in «Rivista di diritto processuale», 1925, p. 80 ss.; F. MENESTRINA, *Francesco Klein, ivi*, 1926, p. 270 ss.

⁴² KRALIK, *Die Verwirklichung*, cit. nt. 27, p. 89 ss.

⁴³ G. SEMERARO, *Il processo civile austriaco ed il suo funzionamento*, in «Rivista di diritto pubblico», 1914, p. 513 ss.; R. STÜRNER, *Das deutsche Zivilprozessrecht und seine Ausstrahlung auf andere Rechtsordnungen – von Deutschland aus gesehen*, in HABSCHIED (a cura di), *Das deutsche Zivilprozessrecht*, cit. nt. 21, p. 19. V. anche SPRUNG, *Le basi del diritto*, cit. nt. 21, p. 24 ss.; J. KÖNIG, *La ZPO austriaca dopo la riforma del 1893*, in «Rivista di diritto processuale», p. 712 ss.; VAN RHEE, *Introduction*, cit. nt. 19, p. 3 ss.; RECHBERGER, *Die Ideen Franz Kleins*, cit. nt. 28, p. 102 ss.

possono più essere compiute dopo che sia scaduto il termine fissato per esse⁴⁴.

In effetti, il principio di preclusione, già elaborato da von Bülow⁴⁵, viene utilizzato in questo contesto come ‘espediente’, al quale il legislatore processuale ricorre «al fine di rendere certo, ordinato e sollecito» il cammino del processo e la «certezza delle situazioni processuali»⁴⁶. In base a tale ‘espediente’, dunque, il mancato esercizio di una determinata attività processuale ad opera delle parti entro un termine stabilito o il compimento di attività incompatibili con la prima determina la perdita del potere di compiere tale attività⁴⁷. L’unica possibilità che le parti hanno, una volta che siano decadute dal potere processuale, è la c.d. rimessione in termini, concessa solo laddove la decadenza sia dipesa da cause no imputabili alla volontà della stessa parte.

Sempre nell’ottica del consolidamento della *Sozialfunktion* del processo civile si pone l’ampliamento dei poteri (anche istruttori) del giudice della singola causa, nel quale si individua l’«organo statale, a servizio del diritto, del bene comune e della pace sociale»⁴⁸. Al giudice, quindi, va riconosciuto non solo il potere di direzione materiale del processo, ma anche ampi poteri istruttori e – soprattutto – il potere di formarsi il proprio convincimento sulla base della libera valutazione delle risultanze probatorie (principio del c.d. libero convincimento del giudice), senza alcun vincolo derivante dalle c.d. prove legali. In altri termini, va di pari passo con la concezione della

⁴⁴ F. KLEIN, *Die schuldhaftige Parteihandlung. Eine Untersuchung aus dem Civilprocessrechte*, Wien 1885, pp. 42 ss. e 145 ss.

⁴⁵ O. VON BÜLOW, *Civilprocessualische Fiktionen und Wahrheiten*, in «Archiv für civilistische Praxis», 62 (1879), p. 1 ss., spec. p. 59 ss.

⁴⁶ A. ATTARDI, voce *Preclusione (principio di)*, in «Enciclopedia del diritto», XXXIV, Milano 1985, p. 893 ss., spec. p. 896.

⁴⁷ Ed esattamente rileverà ATTARDI, voce *Preclusione*, cit. nt. 46, p. 903, che, intesa nei termini in cui l’intendeva Chiovena, la preclusione diventa sinonimo di «decadenza» e serve «a cogliere e a contrassegnare un fenomeno di portata generale quando si presenti nel processo», senza che questo ne giustifichi una diversa (ed autonoma) qualificazione, «a meno che non si ritenga – ed allora in via generale – che si debbano configurare (o costruire) istituti diversi in relazione alle finalità che uno stesso fatto giuridico possa raggiungere nei vari campi del diritto: idea questa che ovviamente non può essere condivisa». In proposito v. anche G. TESORIERE, *Contributo allo studio delle preclusioni nel processo civile*, Padova 1983, p. 72 ss. D’altra parte – rileva ancora Attardi (*ivi*, p. 909) – anche in ambito strettamente processuale «il principio di preclusione non sarebbe riferibile all’intero campo nel quale si abbiano preclusioni, operando solo se – dalla previsione di una preclusione – discenda per le parti l’onere di cumulare le possibili deduzioni per l’accoglimento o il rigetto della domanda». Per un esame più approfondito sull’argomento mi sia consentito rinviare ad A. CARRATTA, *Il fondamento del principio di preclusione nel processo civile*, in L. MARAFIOTI – R. DEL COCO (a cura di), *Il principio di preclusione nel processo penale (Atti del Convegno. Teramo, 16 giugno 2011)*, Torino 2012, p. 9 ss.

⁴⁸ KLEIN, *Zeit- und Geistesströmungen*, cit. nt. 29, p. 18 ss. In proposito v. anche F. BAUR, *Potere giudiziale e formalismo processuale civile*, in «Rivista di diritto processuale», p. 1689 ss.

‘funzione sociale’ del processo civile anche la convinzione che il processo deve tendere a produrre decisioni giuste e fondate sull’accertamento tendenzialmente veritiero dei fatti di causa e quindi deve essere configurato in modo da consentire di raggiungere un tale obiettivo⁴⁹.

Infine, strettamente connessa alla *Sozialfunktion* del processo è l’accentuazione della dimensione etica del processo, che nella riflessione kleiniana assume un’importanza centrale.

5. *La Sozialfunktion del processo e la sua dimensione etica*

Con particolare riferimento alla dimensione etica del processo, il pensiero di Klein è fortemente influenzato dall’idea che una delle cause dell’eccessiva durata del processo sia da rinvenire nel comportamento non corretto delle parti e dei loro difensori. Non a caso il suo *Habilitationschrift* del 1885 era dedicato proprio al problema degli atti processuali di parte ‘colpevoli’⁵⁰ ed in esso ampio spazio veniva dedicato proprio al tema della menzogna nel processo (*Lüge im Prozesse*) ed alla storia delle sue sanzioni⁵¹. Egli era convinto, di conseguenza, che il successo della riforma del processo civile dipendesse proprio dalla prevenzione dei comportamenti processuali delle parti non corretti⁵².

Si comprende bene, perciò, l’importanza che assume – nell’ambito del modello processuale ‘sociale’ – il principio di collaborazione fra le parti, da cui scaturisce anche l’obbligo di informazione reciproca⁵³. In proposito,

⁴⁹ TARUFFO, *L’istruzione probatoria*, cit. nt. 1, p. 111 ss.

⁵⁰ KLEIN, *Die schuldhaftige*, cit. nt. 44, p. 145 ss., sulla quale v. anche la recensione di R. VON CANSTEIN, in *Zeitschrift für deutschen Civilprozess*, 1886, p. 523 ss., spec. p. 527 (dove si legge: «*Fleiss und guten Willen hat, sich ein so undankbares Thema, wie es die schuldhaftige Parteihandlung ist, gewählt hat*»).

⁵¹ KLEIN, *Die schuldhaftige*, cit. nt. 44, p. 107 ss.

⁵² OSSERVA KLEIN, *Pro futuro*, cit. nt. 41, p. 31: «*Zum attachment, der Personalhaft wegen contempt of court, die nach englischem Rechte auch in Civilsachen ... verhängt werden kann, dazu sind wir noch lange nicht reif. Wie die Erfahrung zeigt, übersteigen schon die Geldstrafen unserer Gerichtsordnungen das Maß dessen, was unsere Weichherzigkeit und Wehleidigkeit an strengen Proceßpflichten zu ertragen vermag*». In proposito v. anche H. SCHIMA, *Die österreichische Zivilprozessordnung im Lichte neuerer Prozesstheorie*, in *Festschrift zur Fünfzigjahrfeier der österreichischen Zivilprozessordnung 1898-1948*, cit., p. 250 ss.; KRALIK, *Die Verwirklichung*, cit. nt. 27, p. 89 ss.; P. OBERHAMMER, *Richtermacht, Wahrheitspflicht und Parteienvertretung*, in W. KRALIK – W.H. RECHBERGER (a cura di), *Konfliktvermeidung und Konfliktregelung. Veröffentlichungen des Ludwig-Boltzmann-Institutes für Rechtsvorsorge und Urkundenwesen*, XII, Vienna, 1993, p. 31 ss., spec. p. 47 ss.

⁵³ KLEIN, *Pro futuro*, cit. nt. 41, p. 36 ss.

l'attenzione di Klein è al processo civile inglese e agli strumenti di *discovery*, dai quali scaturisce un generale dovere di informazione e di rivelazione (*disclosure*) di ciascuna parte nei confronti dell'altra e un severo apparato di sanzioni. Così come – in altra direzione – il principio di collaborazione fra parti e giudice nella formazione del materiale di causa (*Kooperationsmaxime*), e ciò al fine di far emergere l'effettiva verità dei fatti rilevanti per la decisione⁵⁴.

Parimenti si comprende la ragione per cui – al fine di rendere più cogente il dovere delle parti di comportarsi *correttamente* in giudizio – venga prevista l'introduzione nella disciplina del processo anche del «dovere di verità» delle parti rispetto alle loro allegazioni, nel quadro di una sostanziale 'rigenerazione' delle situazioni soggettive nel contesto processuale⁵⁵.

Non si può dire, tuttavia, che la 'lotta' contro la menzogna processuale sia una novità del pensiero kleiniano e della sua idea del processo. Si tratta solo della presa d'atto della necessità che il *divieto di menzogna* processuale venga rafforzato trasformandolo in *positivo dovere di verità*⁵⁶.

⁵⁴ KLEIN, *Pro futuro*, cit. nt. 41, p. 24 ss.; ID., *Vorlesungen über die Praxis des Civilprocesses*, Wien 1900, p. 96 s. In proposito v. anche BÖHM, *Parteiautonomie*, cit. nt. 28, p. 158 s.; TROCKER, *La concezione*, cit. nt. 27, p. 48 ss.; RECHBERGER, *Die Ideen*, cit. nt. 28, p. 103 s.

⁵⁵ Infatti, di «gründliche Regeneration auch des subjektiven Momentes in den Rechtspflege bei Parteien, Parteienvertretern und Gericht anschliesst» parla BÖHM, *Zu den rechtstheoretischen Grundlagen*, cit. nt. 35, p. 191 ss.; v. anche ID., *Der Streit um die Verhandlungsmaxime. Zum Einfluss der Verfahrenstheorie des 19. Jahrhunderts auf das gegenwärtige Prozessverständnis*, in «Jus Commune», 7 (1978), p. 136 ss., spec. p. 152 ss.

⁵⁶ Parlando della menzogna nel processo, Klein osserva – attraverso un'ampia analisi storica – come il divieto di menzogna nel processo (*Lügenverbot*) costituisca una componente costante nello sviluppo della legislazione processuale austriaca e che, di conseguenza, la codificazione giuseppina del 1781, nel prevedere una serie di conseguenze per la parte che avesse agito o resistito in giudizio «con manifesta ingiustizia o per mera petulanza» si poneva in perfetta continuità con il passato. Nel § 409 dell'*A.G.O.* si legge: «Quando al Giudice risulterà dall'Attitazione della causa, oppure dall'interposto Appello, o Revisione, che una Parte, o l'altra abbia agito con manifesta ingiustizia, o per mera petulanza, egli dovrà condannare la Parte colpevole, ed il Patrocinatore di essa in pena pecuniaria, o corporale a misura delle circostanze». Sui doveri delle parti nelle allegazioni fattuali v., in particolare, i §§ 3 e 5 dell'*A.G.O.* V. anche il § 11, dove si legge che «Le circostanze di fatto espone dall'una delle Parti a suo favore, alle quali l'avversario non avrà contraddetto espressamente, e particolarmente nell'atto susseguente, si avranno per vere nella definizione della causa». Identiche previsioni si ritrovano nella *Westgalizische Gerichtsordnung* del 1797. KLEIN, *Die schuldhaftige*, cit. nt. 44, p. 108 s., osserva che in entrambe le Ordinanze si ritrova il divieto di menzogna nel processo e si riconosce il dovere di verità delle parti, al punto che il diritto processuale austriaco potrebbe rappresentare il modello di riferimento delle future riforme («beide Gerichtsordnungen verbietet Lüge, anerkennen die Wahrheitspflicht der Parteien als Rechtspflicht ... Das österreichische Processrecht konnte hierin das Muster jeder künftigen Rechtsbildung abgeben»). In precedenza, nello stesso senso, e cioè che il divieto di menzogna, presente nell'*A.G.O.* giuseppina, andasse interpretato come «dovere giuridico di verità» anche

Sebbene – sul versante opposto – non manchino autorevoli prese di posizione decisamente contrarie al riconoscimento giuridico del dovere di verità⁵⁷, a cominciare da quella di Adolf Wach, il quale – sul presupposto che scopo del processo non è l'accertamento della verità (materiale), essendo questo un risultato certamente desiderabile, ma meramente casuale⁵⁸ – stigmatizza le opinioni contrarie⁵⁹. E sebbene auspichi il superamento del «falso

A. MENGER, *Die Lehre von den Streitparteien im österreichischen Civilprozess*, in «Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart», VII (1880), p. 647 ss., spec. p. 653 s. A proposito del tema della buona fede processuale, v. anche K. SCHNEIDER, *Treu und Glauben im Zivilprozesse und der Streit über die Prozessleitung. Ein Beitrag zur Beantwortung der Prozessleitungsfrage*, München 1903, p. 7 ss.; ID., *Die Lüge im Zivilprozesse*, in «Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozessrecht», I (1909), p. 393 ss., spec. p. 408 ss.; e l'ampio saggio di K.H. GÖRRES, *Über das Verschulden im Prozesse (Culpa in processu)*, in «Zeitschrift für deutschen Zivilprozess», 34 (1905), p. 1 ss.; sul tema v. già, nella dottrina austriaca, J. Trutter, *Bona fides im Civilprozesse. Ein Beitrag zur Lehre von der Herstellung der Urtheilsgrundlage*, München 1892, spec. p. 73 ss.

⁵⁷ Sebbene nella dottrina di ispirazione liberale non si neghi il dovere morale per le parti di comportarsi correttamente in giudizio: v., in particolare, G. SPINDLER, *Die Wahrheitspflicht im Zivilprozess*, Hamburg 1927, p. 14; H. TITZE, *Die Wahrheitspflicht im Zivilprozess, in Festschrift für F. Schlegelberger zum 60. Geburtstag*, Berlin 1936, p. 165; E. WILDERMUTH, *Die Wahrheitspflicht der Parteien im Zivilprozess*, Düsseldorf 1938, p. 34; G. WÜRZER, *Die Lüge im Prozesse*, in «Zeitschrift für Zivilprozess», 48 (1920), p. 463 ss., spec. p. 464; E. HEINITZ, *Richtertag und Anwaltstag*, in «Deutsche Juristen-Zeitschrift», 1913, c. 993 ss., spec. c. 995. Rinvio, in argomento, a CARRATTA, *Dovere di verità*, cit. nt. 16, p. 47 ss.

⁵⁸ WACH, *Vorträge*, cit. nt. 7, p. 199: «die Feststellung der Wahrheit ist ... nicht das Ziel des Civilprocesses und kann es nicht sein. Sie ist sein erwünschtes, aber nicht verbürgtes Resultat»; solo nei processi inquisitori l'accertamento della «verità materiale» costituisce lo scopo del processo («Die materielle Wahrheit ist als Prozesszweck nur denkbar in einem Officialverfahren, in einem Prozesse, der zur erschöpfenden Rekonstruktion des Thatbestandes nicht nur die Handhabe bietet, sondern die "freie Forschungsmaxime" als amtliche Verpflichtung der staatlichen Organe aufstellt»); nei processi improntati al principio dispositivo, invece, la sentenza deve essere fondata solo su ciò che allegano e provano in giudizio («Der civilprocessualische Beweis ist Parteienbeweis; die Parteien liefern dem Richter das Beweismaterial (*iudici fit probatio*), wie sie die Beweisthemata in ihren Behauptungen liefern. Der Beweis untersteht der Verhandlungsmaxime und dem Zweiparteienverhältniss. Aus jener folgt, dass die Vollständigkeit der Urtheilsgrundlage nicht verbürgt ist, aus diesem folgt die Vertheilung der Beweislast und der Beweise mit allen ihren hochwichtigen, die amtliche Feststellung des wahren Sachverhaltes ausschließenden Eigenthümlichkeiten»: *ivi*, p. 202-203). Per una posizione sostanzialmente identica circa il problema dell'accertamento della verità dei fatti come risultato meramente eventuale del processo v. anche O. VON BÜLOW, *Das Geständnisrecht. Ein Beitrag zur Allgemeinen Theorie der Rechtshandlungen*, Freiburg-Leipzig-Tübingen 1899, p. 245; M. PAGENSTECHE, *Zur Lehre von der materielles Rechtskraft*, Berlin 1905, p. 179 ss. e p. 217.

⁵⁹ A. WACH, *Grundfragen und Reform des Zivilprozesses*, Berlin, 1914, p. 28 ss.: «Solche [die Wahrheitspflicht] wird behauptet. Aber es beste ht dem Richter gegenüber wie keine

formalismo» nelle attività processuali, anche a prezzo di un ridimensionamento del principio dispositivo in sede probatoria (*Verhandlungsmaxime*)⁶⁰, aggiunge anche che una disposizione che imponesse il dovere di verità alle parti si sarebbe posta comunque in contrasto proprio con il principio dispositivo, con la signoria delle parti sul processo⁶¹, con l'essenza più profonda del processo civile⁶².

6. Premesse all'affermarsi della 'funzione sociale' del processo: le teorie pubblicistiche sull'azione e sul rapporto giuridico processuale

Ovviamente, il percorso che porterà dal codice liberale-napoleonico del

Erscheinungs-, so keine Aussage- noch Wahrheitspflicht; dem Gegner gegenüber zwar Erklärungs-, aber nicht Wahrheitspflicht» (p. 31); ne deriva che «Die Wahrheitspflicht der Partei ist eine freie Erfindung ideologischer oder phraseologischer Theorie» (p. 32). V. anche dello stesso A. WACH, *Defensionspflicht und Klagerecht*, in «Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart», VI (1879), p. 515 ss., spec. p. 547; ID., *Die Mündlichkeit in österreichischen Civilprocess-Entwurf*, Wien, 1895, p. 17 ss. In termini non dissimili R. SCHMIDT, *Über Hellwigs Schrift "Die Lüge im Prozess"*, in «Deutsche Juristen-Zeitung», 1909, c. 39 ss., in chiara polemica con quanto aveva scritto K. HELLWIG, *Die Lüge im Prozess*, in «Die Woche», 40 (1908), p. 1715 ss.; in proposito v. la replica di K. HELLWIG, *Die Lüge im Prozesse*, in «Deutsche Juristen-Zeitung», n. 3 (1909), c. 137 s. Sulla polemica v. anche K. BINDING, *Die Wahrheitspflicht im Prozesse*, in «Deutsche Juristen-Zeitung», n. 3 (1909), c. 162 s.; G. ZANI, *La mala fede nel processo civile*, Roma 1931, p. 152 ss. Per le «riserve» che Wach manifestava nei confronti del codice kleiniano (e delle idee del suo autore) v. F. MENESTRINA, voce *Adolf Wach*, in «Novissimo Digesto italiano», XX, Torino 1975, p. 1074; C. CONSOLO, *Il duplice volto della "buona" giustizia civile tardoasburgica e del suo rigeneratore*, in *Ordinanza della procedura civile di Francesco Giuseppe. 1895*, in N. PICARDI – A. GIULIANI (a cura di), Testi e documenti per la storia del processo, Milano 2004, p. XXXVII ss., spec. p. XLVII. Nei confronti del modello kleiniano v. anche lo scetticismo di F. STEIN, *Die Reform des Zivilprozesses*, in *Der Zivilprozess, Rechtslehre, Rechtsvergleich, Gesetzesreform*, Mannheim 1922, p. 55 ss.

⁶⁰ WACH, *Grundfragen und Reform*, cit. nt. 59, p. 1 ss., p. 14 ss. e p. 17 ss.; su cui v. anche la recensione di P. CALAMANDREI, *Questioni fondamentali e riforma del processo civile*, in «Il diritto commerciale», 1914, p. 507 ss., ora in ID., *Opere giuridiche*, a cura di M. Cappelletti, I, Napoli, 1965, p. 55 ss., da cui si cita.

⁶¹ WACH, *Vorträge*, cit. nt. 7, p. 39 ss., dove la determinazione del principio dispositivo «nur negativ ...: kein Processbeginn ohne Parteiantrag, keine Processfortsetzung wider Parteivillen, keine Octroyirung processuale oder materieller Vortheile, keine Officialbeschaffung von Processstoff».

⁶² WACH, *Grundfragen und Reform*, cit. nt. 59, p. 31 ss.: «Und die Zivilpartei sollte rechtlich verpflichtet sein, um der Wahrheit ... willen als Zeuge in eigner Sache gegen ihr eigenes Fleisch zu wüthen? Wer das behauptet, ermangelt der tieferen Einsicht in das Wesen des Zivilprozesses» (p. 35). Rinvio, ancora, a CARRATTA, *Dovere di verità*, cit. nt. 16, p. 47 ss.

1806 alla *Z.P.O.* austriaca del 1895, e dunque al primo codice ‘sociale’, verrà favorito dall’emergere, nel corso della prima metà del XIX secolo e soprattutto nella dottrina tedesca, delle teorie pubblicistiche sull’azione e sul rapporto giuridico processuale, che costituiscono senza dubbio i «pinnacoli gotici di astratta costruzione»⁶³ intorno ai quali si sarebbe sviluppata la riflessione dottrinale di quegli anni e avrebbero preso corpo la trasformazione della ‘procedura civile’ in ‘diritto processuale civile’, con la conseguente evoluzione dello studioso di questa materia da «bracciante della giurisprudenza»⁶⁴ a sofisticato architetto di un compiuto sistema processuale.

Non bisogna dimenticare, infatti, che prima di arrivare alla compiuta elaborazione di Klein sulla *Sozialfunktion* del processo civile vi era già stata, nel 1856-1857, la famosa polemica Windscheid-Muther sulla natura dell’azione⁶⁵. Si era già affermata, cioè, l’idea che l’*actio* non potesse più essere intesa come ‘pretesa’ (*Anspruch*) nei confronti dell’obbligato rispetto al diritto fatto valere in giudizio, ma come diritto soggettivo pubblico nei confronti dello Stato che deve concedere la tutela giuridica del diritto soggettivo privato violato.

Di conseguenza, partendo dalla nota formula di Celso, si era già arrivati a ritenere che l’azione potesse essere ricostruita – in quanto ‘espressione’ e non ‘emanazione’ dello *jus civile*⁶⁶ – come vero e proprio diritto, sia

⁶³ Per usare la bella immagine di P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico (1860-1950)*, Milano, 2000, p. 42.

⁶⁴ Per riprendere un’espressione di Carlo Lessona riportata da F. CIPRIANI, *Storie di processualisti e di oligarchi. La procedura civile nel Regno d’Italia (1866-1936)*, Milano 1991, p. 47.

⁶⁵ G. PUGLIESE, *Introduzione a Windscheid-Muther, Polemica intorno all’actio*, trad. it. E. HEINITZ – G. PUGLIESE (a cura di), Firenze 1954, p. XXX ss.; nello stesso volume v. anche la traduzione di B. WINDSCHEID, *Die Actio des römischen Civilrechts, vom Standpunkte des heutigen Rechts*, Düsseldorf 1856; ID., *Die actio – Abwehr gegen Dr. Theodor Muther*, Düsseldorf 1857; T. MUTHER, *Zur Lehre von der Römischen Actio, dem heutigen Klagrecht, der Litiskontestation und der Singularsuccession in Obligationen*, Erlangen 1857.

⁶⁶ «Die Actio ist anstatt des Rechtes; sie ist nicht ein Ausfluss des Rechtes»: così B. WINDSCHEID, *Die Actio des römischen Civilrechts*, cit. nt. 65, p. 4, che prosegue: «man kann eine Actio haben, ohne ein Recht zu haben, und keine Actio, wenn Einem ein Recht zusteht». V. anche M. WŁASSAK, *Actio*, in A. PAULY – G. WISSOWA, *Real-Encyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*, I, Stuttgart, 1893, c. 303 ss.; H. DEGENKOLB, *Einlassungszwang und Urteilsnorm. Beiträge zur materiellen Theorie der Klagen insbesondere der Anerkennungsklagen*, Leipzig 1877, rist. Aalen, 1969, p. 5 s.; ID., *Die Lehre vom Prozessrechtsverhältniss*, in «Archiv für civilistische Praxis», 103 (1908), p. 385 ss., il quale riprende la definizione del processo come «öffentlich-rechtlichen Prozessverhältniss» già elaborata da OSKAR VON BÜLOW, *Die Lehre von den Prozesseinreden und Prozessvoraussetzungen*, Giessen 1868, p. 2 ss.; ID., *Die neue Prozessrechtswissenschaft und das System des Civilprozessrechts. Betrachtungen aus Anlass von Richard Schmidt*

pure di natura sussidiaria, in quanto tendente all'attuazione di un altro diritto⁶⁷, un «diritto alla difesa processuale» (*Recht auf zivilprozessualen Schutz*)⁶⁸ di natura pubblicistica, distinto dall'«oggetto materiale» della controversia (*materielle Streitgegenstandstheorien*)⁶⁹.

Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts, in «Zeitschrift für Zivilprozess», 27 (1900), p. 201 ss., spec. p. 202-204; su questa ricostruzione del fenomeno processuale v. anche WACH, *Handbuch*, cit. nt. 9, I, p. 35 ss. e p. 39 ss., e poi, come noto, CHIOVENDA, *Principii*, cit. nt. 18, p. 845 ss.; ID., *Istituzioni*, cit. nt. 17, I, p. 47 ss.; ID., *Rapporto giuridico processuale e litispendenza*, in *Saggi di diritto processuale*, cit. nt. 18, p. 375 ss.; ID., *Del sistema degli studi del processo civile*, *ivi*, I, p. 227 ss.; E. BETTI, *Diritto processuale italiano*, Roma 1936, p. 100 ss.; A. SEGNI, *Alcuni orientamenti della dottrina processuale germanica*, in «Rivista di diritto commerciale», 1941, I, p. 74 ss. Su questa teorizzazione v. anche M. RICCA BARBERIS, *Due concetti infelici: «negozio» e «rapporto processuale»*, in «Rivista di diritto processuale», 1930, II, p. 191 ss.; ID., *Progresso e regresso intorno ai concetti di negozio e rapporto processuale*, *ivi*, 1931, I, p. 170; S. SATTÀ, *Gli orientamenti pubblicistici della scienza del processo*, in «Rivista di diritto processuale», 1937, I, p. 32 ss.; L.P. COMOGLIO, *La garanzia costituzionale dell'azione*, Padova 1970, p. 48 ss.; M. TARUFFO, *Sistema e funzione del processo civile nel pensiero di Giuseppe Chiovenda*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1986, p. 1133 ss.

⁶⁷ CHIOVENDA, *Principii*, cit. nt. 18, p. 29 ss.; su questo fenomeno di «separazione», ormai considerato un dato indiscutibile nell'ambito della tradizione giuridica continentale, v. anche W. HENCKEL, *Prozessrecht und materielles Recht*, Göttingen 1970, p. 5 ss.; W. ZÖLLNER, *Materielles Recht und Prozessrecht*, in «Archiv für civilistische Praxis», 190 (1990), p. 471 ss., spec. p. 473. Lo stesso Chiovenda rileverà che «questo concetto dell'autonomia dell'azione, se fu messo in evidenza dalle polemiche sull'*actio*, fu però dal Wach utilizzato e sviluppato, prima come caposaldo del suo trattato ..., indi come argomento della monografia sull'azione di accertamento» (*Adolfo Wach*, in *Saggi di diritto processuale*, cit. nt. 18, I, p. 265). Anche MENESTRINA, *Adolf Wach*, cit. nt. 59, p. 1074 ss., osserva che egli «portò definitivamente lo studio del problema processuale su una base di diritto pubblico, con piena affermazione dell'autonomia del processo di fronte al diritto soggettivo che ne forma l'oggetto».

⁶⁸ Così A. WACH, *Der Feststellungsanspruch. Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsschutzanspruch*, in *Festgabe der Leipziger Juristenfakultät für Bernard Windscheid zum 22.12.1888*, Leipzig 1888, p. 73 ss. Non a caso F. MENESTRINA, *Adolf Wach*, cit. nt. 59, p. 1074, sottolineerà che proprio A. Wach «portò definitivamente lo studio del problema processuale su una base di diritto pubblico, con piena affermazione dell'autonomia del processo di fronte al diritto soggettivo che ne forma l'oggetto». In argomento v. anche A. PEKELIS, voce *Azione (teoria moderna)*, in «Novissimo Digesto italiano», II, Torino 1968, p. 29 ss., spec. p. 38; la voce pubblicata nel 1968 è la stessa già pubblicata da Pekelis nel «Nuovo Digesto italiano» nel 1937.

⁶⁹ Alla base della ricostruzione di WINDSCHEID, *Die Actio*, cit. Nt. 66, p. 5 ss.; sulla stessa lunghezza d'onda F. LENT, *Die Gesetzekonzurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozess*, Leipzig, 1916, rist., Aalen 1970, p. 9 ss.; ID., *Streitgegenstand und Rechtskraft*, in *Scritti giuridici in memoria di P. Calamandrei*, II, Padova 1958, p. 315 ss., spec. p. 323, per il quale «Gegenstand der Entscheidung und Rechtskraft ist ein bestimmtes konkretes materielles Recht»; A. BLOMEYER, *Zum Urteilgegenstand im Leistungsprozess*, in *Festschrift*

In altri termini, si era già avviato il processo di netta distinzione fra «pretesa» (*Anspruch*), come potere giuridico sostanziale ad ottenere mediante il giudizio il compimento dell'atto o l'omissione prescritti dalla norma sostanziale, e *actio* in senso processuale (o potere processuale di agire)⁷⁰ ovvero potere di «perseguire per modo di dire e non per modo di fare»⁷¹, e dunque non identificabile con il diritto soggettivo sostanziale: l'*humus* ideale per la definitiva separazione scientifica fra «diritto sostanziale» e «processuale» e la riconduzione di quest'ultimo, pur nell'«intreccio continuo dell'interesse generale e dell'interesse individuale», agli ambiti del «diritto pubblico»⁷².

E a valle di questa riflessione si era anche avuta l'elaborazione, sempre da parte della dottrina tedesca, della nozione di *rapporto giuridico processuale*, sebbene si registrasse – come noto – una netta contrapposizione fra chi vedeva nel processo un rapporto giuridico pubblico originato dalla domanda giudiziale e concluso dalla sentenza (O. von Bülow) e chi, invece, era convinto che alla base del processo vi siano due rapporti giuridici, quello delle parti fra di loro e quello fra le parti e il giudice (A. Wach). Una simile impostazione,

für F. Lent, München-Berlin 1957, p. 43 ss., spec. p. 51 ss.; più di recente, per la *neuere materiellrechtliche Theorien*, A. GEORGIADES, *Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozessrecht*, München 1967, p. 163 ss. e p. 247 ss.; W. HENCKEL, *Parteilehre und Streitgegenstand*, Heidelberg 1961, p. 272 ss.; P. ARENS, *Zur Anspruchskonkurrenz bei mehreren Haftungsgründen*, in «Archiv für civilistische Praxis», 1970, p. 392 ss.; B. RIMMELSPACHER, *Materiellrechtlicher Anspruch und Streitgegenstandsprobleme*, Gottingen 1970, p. 16 ss. e p. 168 ss.

⁷⁰ Ancora WINDSCHEID, *Die Actio*, cit. nt. 66, p. 6: «Die Actio ist also anstatt des Anspruches». In proposito v. anche B. BIONDI, *Diritto e processo nella legislazione giustiniana*, in *Conferenze per il XV centenario delle Pandette*, Milano 1931, p. 135 ss. e A. PEKELIS, voce *Azione (teoria moderna)*, cit., p. 33.

⁷¹ Così PEKELIS, voce *Azione (teoria moderna)*, cit. nt. 68, p. 33: «ad un certo momento, l'energico e potente agire del singolo, la sua *actio* diventa *nihil aliud quam* (ed è quel processo di trasformazione che potrebbe spiegare questa forma polemica della definizione celsiana), nient'altro che *ius «iudicio» perseguendi*, la possibilità di perseguire a mezzo del giudice, cioè un perseguire per modo di dire e non per modo di fare».

⁷² CHIOVENDA, *Istituzioni*, cit. nt. 17, I, p. 102; in proposito v. anche F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova 1936, p. 216, dove la netta affermazione per cui «il processo civile non si fa mai nell'interesse delle parti», in quanto «l'interesse delle parti è un mezzo per il quale lo scopo pubblico del processo si attua»; ma v. anche R. ORESTANO, voce *Azione*, in «Enciclopedia del diritto», IV, Milano 1959, p. 785 ss., il quale evidenzia come proprio in questo periodo «l'elaborazione del *diritto privato*, inteso come sistema dei diritti soggettivi, e quella del *diritto pubblico*, inteso come l'insieme delle norme di organizzazione dell'ordinamento politico, cominciarono ad andare ciascuna per la propria strada, facendo capo a fondazioni diverse, l'una basandosi sugli attributi *originari* della persona, l'altra sugli attributi *originari* dello Stato e della sovranità»; A. PROTO PISANI, *Il codice di procedura civile del 1940 fra pubblico e privato: una continuità nella cultura processualcivilistica rotta con cinquanta anni di ritardo*, in «Quaderni fiorentini», 28 (1999), I, p. 713 ss.

oltre a offrire una valida base per il riconoscimento della funzione strumentale del processo, aveva influito anche sugli studiosi di ascendenza liberale, che arrivarono a riconoscere, accanto all'interesse individualistico della tutela del diritto soggettivo, anche quello pubblicistico all'attuazione del diritto obiettivo come scopo del processo⁷³.

7. La diffusione delle idee sulla Sozialfunktion del processo nella dottrina italiana all'inizio del XX secolo

È indubbio che le idee sulla 'funzione sociale' del processo civile, elaborate da Klein in Austria, ebbero molta influenza in Europa per un lungo periodo di tempo. Dapprima, l'influenza più significativa si ebbe in Germania⁷⁴.

Presto, però, l'influenza si estese anche al resto d'Europa: dai Paesi Bassi, alla Scandinavia, alla Grecia. E, ovviamente, anche all'Italia, dove la dottrina presto si interessò alle nuove idee e al nuovo modello processuale, talvolta indirettamente, per il tramite della dottrina tedesca⁷⁵.

In Italia, infatti, fra la fine del XIX e l'inizio del XX secolo, si registra una forte reazione alla idee sul processo civile fino ad allora prevalenti e di derivazione francese e un'adesione sempre più convinta in parte alle idee di derivazione germanica sul rapporto giuridico processuale e in parte a quelle kleiniane sulla *Sozialfunktion* del processo. Come è stato autorevolmente rilevato, sul finire del XIX secolo la processualistica italiana aveva di fronte a sé due serie alternative. O rinunciare «a un suo ruolo autonomo, a un suo coinvolgimento nella dinamica evolutiva dell'ordinamento giuridico»⁷⁶ e adagiarsi nella «misera condizione»⁷⁷ della scuola esegetica,

⁷³ PEKELIS, voce *Azione (teoria moderna)*, cit. nt. 68, p. 32.

⁷⁴ V., in proposito, SPRUNG, *Die Ausgangspositionen*, cit. nt. 21, p. 7 ss.; J. DAMRAU, *Der Einfluss der Ideen Franz Kleins auf den deutschen Zivilprozess*, in HOFMEISTER, *Forschungsband Franz Klein*, cit. nt. 27, p. 157 ss., spec. p. 166 ss.; JELINEK, *Einflüsse*, cit. nt. 21, p. 56 ss.; P. GOTTWALD, *Die österreichische Zivilprozessordnung aus deutscher Sicht*, in P.G. MAYR (a cura di), *100 Jahre österreichische Zivilprozessgesetze*, Wien 1998, p. 179 ss.; RECHBERGER, *Die Ideen*, cit. nt. 28, p. 104 ss.

⁷⁵ S. CHIARLONI, *Civil Justice and its Paradoxes: An Italian Perspective*, in A. ZUCKERMAN – S. CHIARLONI – P. GOTTWALD, *Civil Justice in Crisis: Comparative Perspectives of Civil Procedure*, Oxford 1999, p. 263 ss., spec. p. 265 s.; M. CAPPELLETTI – J. PERILLO, *Civil Procedure in Italy*, The Hague 1965, p. 174 s.

⁷⁶ Così GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit. nt. 63, p. 7, con riferimento all'atteggiamento psicologico del giurista esegetico.

⁷⁷ Così si esprime, a proposito della scuola esegetica, G. CHIOVENDA, *Lodovico Mortara*, in «Rivista di diritto processuale», 1937, I, p. 100.

che aveva il suo massimo esponente nella figura di Luigi Mattiolo, ma che annoverava personalità come Borsari, Ricci, Gargiulo e Cuzzi, e nell'ambito della quale «la Francia era, in linea di scienza giuridica, la nostra fornitrice esclusiva»⁷⁸. Oppure, «scrollata[si] di dosso il pesante fardello dell'esegesi»⁷⁹, aprirsi alle novità che venivano dalla processual-pandettistica tedesca, nonostante che «per gli italiani di quelle generazioni valeva il mortificante ostacolo candidamente confessato dai glossatori: *graecum est, non legitur*» e «le opere dei tedeschi erano tesori nascosti»⁸⁰.

Nella scelta fra queste due alternative e nel prevalere della seconda l'incidenza di Chiovenda fu decisiva. Egli, «*dominus* incontrastato della procedura civile italiana»⁸¹, che – come sottolineerà Carnelutti – «non fu, purtroppo, ma avrebbe voluto e dovuto essere il Klein italiano»⁸², nei suoi scritti del tempo guarda con molto favore alla nuova *Z.P.O.* austriaca e all'impostazione che la sorreggeva⁸³. Ed anzi – lo noterà Giovanni Tarello molto tempo dopo – «in Italia la fortuna della riforma austriaca si identifica con l'opera di Giuseppe Chiovenda e con la fortuna di quest'ultima»⁸⁴.

In proposito, un punto merita di essere opportunamente chiarito. Spesso si sostiene, infatti, che il superamento della scuola esegetica alla nuova scuola processualciviltistica avvenga esclusivamente sul piano metodologico: dall'esegesi si passa all'esame funzionale degli istituti processuali

⁷⁸ F. CARNELUTTI, *Scuola italiana del processo*, in «Rivista di diritto processuale», 1947, I, p. 238; ma v. già ID., *Metodi e risultati degli studi sul processo in Italia*, in «Il Foro italiano», 1939, IV, p. 73 ss., dove – dopo aver distinto fra periodo «esegetico» e periodo «sistemico», con riferimento a quest'ultimo individua due fasi: una prima, nell'ambito della quale vengono elaborate «alcune teorie particolari», come quella di Carlo Lessona sulle prove e di Lodovico Mortara sulla giurisdizione; e una seconda fase, quella di Chiovenda, che introduce in Italia per la prima volta i «grandi problemi della scienza del processo: l'autonomia dell'azione, il valore della cosa giudicata, la natura della sentenza, la concezione del processo come rapporto tra soggetti».

⁷⁹ GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit. nt. 63., p. 12.

⁸⁰ CARNELUTTI, *Scuola italiana*, cit. nt. 78, p. 238. V. anche AL. ROCCO, *La scienza del diritto privato in Italia negli ultimi cinquant'anni*, in «Rivista di diritto commerciale», 1911, p. 303; più di recente G. TARELLO, *L'opera di Giuseppe Chiovenda nel crepuscolo dello Stato liberale*, in *Dottrine del processo civile*, cit. nt. 12, p. 119 ss.; ID., *La "scuola dell'esegesi" e la sua diffusione in Italia*, in *Scritti per il XL della morte di P. E. Bensa*, Milano 1969, p. 274 ss.

⁸¹ Così, con riferimento a Chiovenda, CIPRIANI, *Storie di processualisti*, cit. nt. 64, p. 3.

⁸² F. CARNELUTTI, *Addio Chiovenda*, in «Rivista di diritto processuale», 1948, I, p. 121.

⁸³ V. B. KÖNIG, *Die österreichische Zivilprozessordnung und das Königreich Italien*, in «Juristische Blätter», 1981, p. 587; in precedenza, N. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *La influencia de Wach y de Klein sobre Chiovenda*, in «Revista de Derecho Procesal», Buenos Aires, 1947, I, p. 389 ss.

⁸⁴ TARELLO, *Il problema della riforma*, cit. nt. 12, p. 23.

e poi alla ricostruzione sistematica. In realtà, la novità del metodo è una diretta conseguenza del nuovo modo di guardare al processo e di esaltarne la funzione pubblicistico-sociale, nella acquisita consapevolezza che «nei rapporti tra la parte e il giudice si ripresenta il più vasto problema dei rapporti tra il cittadino e lo Stato»⁸⁵.

Circa, poi, il modo con cui la dottrina del tempo reagisce all'impostazione puramente liberale sul processo civile, spingendo per una 'curvatura' pubblicistica e sociale della stessa, possiamo distinguere due atteggiamenti diversi.

Un primo atteggiamento, di ascendenza più *pragmatica*, guarda all'affermazione dell'impostazione pubblicistica del processo civile nell'ottica di una migliore affermazione della giustizia sostanziale e non formale fra le parti e al superamento, in sede processuale, delle loro disuguaglianze economiche e sociali. In esso possiamo ricomprendere Mortara, Lessona e – soprattutto con riferimento agli scritti giovanili – Redenti. In questo caso l'attenzione si rivolge solo ad alcuni aspetti del modello processuale ispirato alla 'funzione sociale' e, più in particolare, al ruolo del giudice all'interno del processo con specifico riferimento alle controversie che riguardino le classi sociali dei non abbienti o comunque più deboli.

Il secondo atteggiamento, invece, di ascendenza più *sistematica*, valorizza soprattutto la funzione pubblicistica e sociale del processo civile nell'ottica della costruzione di un modello ideale di processo che possa sostituire quello di tipo liberale, nell'ambito del quale, tuttavia, flebile e di facciata appare il riferimento al perseguimento dell'uguaglianza sostanziale. Ciò nella convinzione – molto forte in un'epoca, come quella degli inizi del XIX secolo, di accentuato individualismo – che non possa essere attribuito al giudice e al processo civile il compito di contribuire a risolvere determinati problemi sociali, né che le questioni sociali possano influenzare la disciplina processuale⁸⁶.

⁸⁵ Così P. CALAMANDREI, *Lodovico Mortara*, in ID., *Studi sul processo civile*, Padova 1947, V, p. 211, secondo il quale «il merito della nuova scuola processualistica non è stato tanto quello di aver abbandonato per la ricostruzione degli istituti quel metodo esegetico, che può aver tuttora, e potrà avere nell'avvenire, la sua funzione, quanto quello di aver illuminato un aspetto del diritto processuale che la scuola esegetica aveva del tutto trascurato, cioè l'aspetto di ordine pubblico e, si potrebbe dire, di ordine costituzionale, che si scopre in tutte le norme del processo».

⁸⁶ Significativo, al riguardo, quanto scrive U. CAO, *Esigenze sociali e individualismo nel processo civile*, in *Scritti giuridici per G. Chironi*, Torino 1915, p. 41 ss., spec. p. 72, dove anche la significativa invocazione «restiamo fedeli al principio della libertà!». Osserva M. CAPPELLETTI, *Libertà individuale e giustizia sociale nel processo civile italiano*, in ID., *Giustizia e società*, cit. nt. 1, p. 38, in nota 48, che «l'ingenuità dell'impostazione del Cao

Ed è l'impostazione – di cui vi è traccia anche in qualche processualista 'minore' di ascendenza accentuatamente liberale⁸⁷ – che caratterizza soprattutto l'opera di Chiovenda, poi seguita dalla maggioranza della processualciviltistica di quei decenni e dei decenni successivi. In questo caso, effettivamente, l'attenzione è rivolta all'intero modello processuale kleiniano e l'obiettivo è l'adozione di tale modello – mediante una complessiva riforma del c.p.c. del 1865 – come modello utilizzabile per tutte le controversie.

8. L'impostazione 'pragmatica': Mortara, Lessona, Redenti

Come già detto, ancor prima che Chiovenda comparisse da protagonista sulla scena della processualistica italiana, le tendenze ad una ricostruzione 'sociale' e 'pubblicistica' del processo civile erano già emerse, seguendo percorsi ben diversi da quelli della trasposizione o dell'«assorbimento» (per dirla con Satta)⁸⁸ dei risultati raggiunti dalla dottrina tedesca e prodotti dagli insegnamenti di Klein.

Ci si riferisce, anzitutto, alla ricostruzione del processo civile che Lodovico Mortara aveva offerto sia nei suoi *Principi di procedura civile*⁸⁹, che nel primo volume del *Commentario* dedicato interamente all'esposizione della «teoria e sistema della giurisdizione civile»⁹⁰.

Mortara, che – come osservò Calamandrei – allo studio del processo civile era arrivato «non saltandovi dal diritto privato, ma scendendovi dal diritto costituzionale»⁹¹, aveva già espresso le sue idee a favore del perseguimento dell'uguaglianza sostanziale nella prolusione pisana del gennaio 1889, significativamente intitolata *La lotta per l'uguaglianza*. In quella sede, infatti, egli aveva già rilevato che «l'uguaglianza di diritto non contiene l'uguaglianza di fatto. Anzi il principio della uguaglianza di diritto non

sembra oggi quasi risibile, se non fosse per il fatto che la sua invocazione ... aveva già allora troppo smaccato sapore di giustificazione del privilegio».

⁸⁷ V., in particolare, U. CAO, *Esigenze sociali*, cit. nt. 86, p. 42 ss.; ID., *Per la riforma del processo civile. Ricerche di sistema e tentativi di applicazione*, Cagliari, 1912, p. 35 ss., dove anche ampie critiche alla riforma austriaca del 1898. In proposito v. anche G. MONTELEONE, *Ricordo di Umberto Cao*, in «Il giusto processo civile», 2007, p. 931 ss.

⁸⁸ S. SATTA, *Diritto processuale civile*, in «Enciclopedia del diritto», XII, Milano 1964, p. 1100 ss., spec. p. 1102.

⁸⁹ L. MORTARA, *Principi di procedura civile*, Firenze 1890.

⁹⁰ L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, I, Torino 1889.

⁹¹ CALAMANDREI, *Lodovico Mortara*, cit. nt. 85, p. 214, il quale aggiunge che Mortara cercò nel processo «non lo strumento per far vincere le cause ai litiganti, ma il mezzo per attuare lo scopo più augusto dello Stato di diritto, che è la giustizia».

ha valore pratico se non in quanto suppone le disuguaglianze di fatto che nell'ordine di natura sono inevitabili. Ma l'uguaglianza di diritto applicata ad uno stato di disuguaglianza di fatto stabilisce una necessaria *tendenza* alla diminuzione di quest'ultima ed una necessaria *aspirazione* al suo totale cancellamento⁹². Di conseguenza, «l'uguaglianza di diritto degli uomini non è ... una utopia, ma un fatto reale»⁹³, da cui «vedremo esserne scaturita la nozione dello Stato non più come fine a sé stesso, ma come strumento al fine della società, che è poi quello dell'individuo»⁹⁴. Idee, queste, che come si vedrà – sulla base dell'espressa costituzionalizzazione di tale principio nell'art. 3 della Carta costituzionale del 1948 – saranno riprese e rilanciate, intorno agli anni '70 del XX secolo, dai sostenitori della tesi della 'funzione sociale' del processo civile come strumento di realizzazione della giustizia sostanziale.

Di conseguenza, scopo della giurisdizione non è altro che «la difesa del diritto obbiettivo, in virtù della quale ottengono protezione le facoltà soggettive al medesimo conformi», mentre «non è corretto il dire, come pur si suole da molti, che la difesa di queste facoltà, cioè dei diritti subbiettivi, è il suo scopo unico o per lo meno principale»⁹⁵.

Sulla base di queste premesse, Mortara arriva a ripensare il processo civile in una chiave squisitamente 'pubblicistica' e 'sociale': dall'azione al rapporto giuridico processuale di diritto pubblico, avulso dal rapporto sostanziale, al ruolo del giudice chiamato ad applicare la norma giuridica al caso concreto. Ed è significativo, in proposito, il parallelismo che è stato avanzato (da Tarello)⁹⁶ fra l'impostazione di Mortara e alcuni orientamenti, in particolare di von Bülow, che nello stesso torno di tempo andavano diffondendosi nella dottrina tedesca, parallelismo probabilmente giustificato dal fatto che entrambi si rifacevano – sia pure per strade diverse – alla

⁹² L. MORTARA, *La lotta per l'uguaglianza. Prolusione al Corso di Diritto costituzionale fatto per incarico nell'Università di Pisa* (14 gennaio 1889), in «Quaderni fiorentini», 19 (1990), p. 145 ss., spec. p. 160 (corsivi nel testo). Per un'impostazione non dissimile v. U. FERRONE, *Il processo civile moderno (Fondamento, progresso, civiltà)*, Santa Maria Capua Vetere 1912, p. 43 ss., sul quale v. anche la recensione di K. SCHNEIDER, in «Zeitschrift für deutschen Zivilprozess», 43 (1913), p. 147 ss.

⁹³ MORTARA, *La lotta*, cit. nt. 92, p. 160.

⁹⁴ *Ivi*, p. 161.

⁹⁵ MORTARA, *Commentario*, cit. nt. 90, I, p. 17; v. anche ID., *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, IV, Torino 1908, p. 168 s., dove la riaffermazione che il fine istituzionale del processo si rinviene nella «conservazione o difesa del diritto obbiettivo nell'occasione e con lo scopo immediato pratico di dichiarare e reintegrare il diritto subbiettivo di un litigante»; ID., *Manuale della procedura civile*, I, Torino 1929, p. 17.

⁹⁶ TARELLO, *Il problema della riforma*, cit. nt. 12, p. 50 ss.

teoria dei diritti soggettivi pubblici di Gerber e Laband⁹⁷. E dunque, a ben riflettere e senza la necessità di riproporre la sterile discussione sulla più esatta collocazione di Mortara come ultimo esponente della scuola esegetica o come primo di quella sistematica⁹⁸, per una strada diversa da quella che poi seguirà Chiovenda era già entrata nella riflessione della nostra dottrina sul processo civile l'idea che in esso vi sia ben più della sola difesa dei diritti soggettivi privati.

Lungo il medesimo percorso si muove anche il suo allievo Carlo Lessona, che espone le sue idee in proposito nella prolusione romana *I doveri sociali del diritto giudiziario civile* del 1897⁹⁹, chiaramente ispirata alle idee del socialismo giuridico, che, tuttavia, nell'ambito della processualistica italiana ebbe pochi seguaci¹⁰⁰, sebbene anche in Italia in quegli anni circolavano le opere di Menger¹⁰¹.

Nella prolusione del 1897 egli si lamenta del fatto che la processualciviltà del tempo «come non ha approfittato dei nuovi metodi di ricerca storica e positiva, così non ha posto mente ai suoi doveri sociali»¹⁰²;

⁹⁷ Così TARELLO, *Il problema della riforma*, cit. nt. 12, p. 51.

⁹⁸ CALAMANDREI, *Lodovico Mortara*, cit. nt. 85, p. 211 ss.; CARNELUTTI, *Scuola italiana*, cit. nt. 78, p. 233 ss.; S. SATTA, *Attualità di Lodovico Mortara*, in ID., *Soliloqui e colloqui di un giurista*, cit., p. 459 ss.; TARELLO, *Il problema della riforma*, cit. nt. 12, p. 50 ss.; F. CIPRIANI, *Le 'poche cose' e la lunga vita di Lodovico Mortara*, in «Quaderni fiorentini», 19 (1990), p. 85 ss.; V. DENTI, *Lodovico Mortara*, in *Giornata Lincea in ricordo di Lodovico Mortara*, Roma 1998, p. 9 ss.; GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit. nt. 63, p. 61 ss.; N. PICARDI, *Lodovico Mortara nel centenario del suo giuramento in Cassazione*, in «Rivista di diritto processuale», 2003, p. 354 ss.

⁹⁹ C. LESSONA, *I doveri sociali del diritto giudiziario*, Torino 1897. In proposito v. TARUFFO, *La giustizia civile*, cit. nt. 14, p. 185; CIPRIANI, *Storie di processualisti*, cit. nt. 64, p. 98 ss.; ID., *Le peripezie di Carlo Lessona tra Mortara, Chiovenda e Calamandrei*, in «Rivista di diritto processuale», 1991, p. 754 ss. (poi in ID., *Scritti in onore dei patres*, Milano 2006, p. 145 ss.); M. SBRICCOLI, *Elementi per una bibliografia del socialismo giuridico italiano*, in «Quaderni fiorentini», 3-4 (1976), p. 873, spec. p. 1023; P. CALAMANDREI, voce *Carlo Lessona*, in «Enciclopedia italiana», XX, Roma, 1933, p. 970.

¹⁰⁰ Così TARUFFO, *La giustizia civile*, cit. nt. 14, p. 186, che richiama, oltre all'opera di C. Lessona, MORTARA, *Lo Stato moderno*, cit. nt. 22 e ID., *Sui progetti di riforma dei processi civili*, Mantova, 1886; inoltre lo scritto successivo sulla riforma dei collegi probivirali, *Per la riforma della legge sui probiviri*, in «Giurisprudenza italiana», 1904, c. 29 ss. ed E. REDENTI, *Sulla funzione delle magistrature industriali*, Introduzione al *Massimario della giurisprudenza dei probiviri*, Roma 1906, ora in ID., *Scritti e discorsi di mezzo secolo*, II, Milano 1962, p. 577 ss. (da cui si cita).

¹⁰¹ Va ricordato, infatti, che nel 1894 viene tradotto in Italia (a cura di G. OBEROSLER) *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen* con il titolo *Il diritto civile e il proletariato. Studio critico sul progetto di un codice civile per l'impero germanico* (Torino 1894) e nel 1905, invece, l'opera *Neue Staatslehre* col titolo *Lo Stato socialista*, già cit.

¹⁰² LESSONA, *I doveri*, cit. nt. 99, p. 2.

quindi, esamina i difetti del processo civile allora vigente nei confronti delle classi meno abbienti¹⁰³, denunciando come «l'esercizio di molti, troppi diritti è impedito da quelle che mitemente si chiamano convenienze sociali e che con cruda verità devono chiamarsi ingiustizie sociali»¹⁰⁴ e individuando appositi «rimedi contro l'inferiorità di un litigante proposti nel giudizio»¹⁰⁵. Tra i rimedi indicati vi è anche il ricorso alla giurisdizione d'equità dei probiviri per le controversie individuali di lavoro¹⁰⁶, che gli appare da subito come lo strumento più adatto non solo per sopperire alla disuguaglianza sostanziale fra le parti¹⁰⁷, ma anche per consentire l'adattamento dell'ordinamento giuridico alle trasformazioni sociali¹⁰⁸.

La medesima impostazione pragmatica o «empirica» (per riprendere le parole di Caprioli)¹⁰⁹ si rinviene nei lavori giovanili che Enrico Redenti¹¹⁰ – prima dell'«incontro decisivo» con Chioyenda¹¹¹ – dedica allo studio della giurisdizione probivirale e del processo davanti ad essa applicabile¹¹². Qui, infatti, Redenti rileva come «alle controversie in materia di contratto di lavoro, controversie di limitato valore, in cui una e una sola delle parti è normalmente ignorante e senza mezzi, è effettivamente inadeguato il processo civile ordinario, così favorevole alla parte più facoltosa, lento,

¹⁰³ *Ivi*, p. 75 ss.

¹⁰⁴ *Ivi*, p. 12.

¹⁰⁵ *Ivi*, p. 32 ss.

¹⁰⁶ *Ivi*, p. 52.

¹⁰⁷ V. anche GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit. nt. 63, p. 46, in nota 30, e p. 101.

¹⁰⁸ C. LESSONA, *La giurisdizione dei probiviri rispetto al contratto collettivo di lavoro*, in «Rivista di diritto commerciale», 1903, I, p. 224 ss., dove parla anche di «giurisprudenza formatrice del diritto nuovo» (p. 230); v. anche ID., *Codice dei probiviri. Legge e regolamento sui probiviri nell'industria ... commentati coi lavori preparatori, con la legislazione, la dottrina e la giurisprudenza*, Firenze, 1894.

¹⁰⁹ S. CAPRIOLI, *Redenti giurista empirico*, in E. REDENTI, *Massimario della giurisprudenza dei probiviri* (1906), rist., Torino 1992, p. 3 ss.

¹¹⁰ REDENTI, *Sulla funzione*, cit. nt. 100, p. 577 ss. In proposito v. anche T. CARNACINI, *La vita e le opere di Enrico Redenti*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1964, p. 1 ss.; E. GRASSO, *Metodo giuridico e scienza del processo nel pensiero di Enrico Redenti*, *ivi*, 1985, p. 24 ss.; U. ROMAGNOLI, *Enrico Redenti: un giurista liberla-democratico e il diritto del lavoro*, *ibidem*, p. 49 ss.; ID., *Giuristi del lavoro. Percorsi italiani di politica del diritto*, 2009, p. 26 ss.; GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit. nt. 63, p. 101, in nota 126; CIPRIANI, *Scritti in onore dei patres*, cit. nt. 99, p. 327 ss.

¹¹¹ Così CARNACINI, *La vita e le opere*, cit. nt. 110, p. 6. V. anche CIPRIANI, *Scritti in onore dei patres*, cit. nt. 99, p. 329 ss., secondo il quale «è evidente che Chioyenda e Redenti erano i due processualisti della grande e celebre scuola di Vittorio Scialoja».

¹¹² V. anche A. PROTO PISANI, *Il «rito speciale» previsto dalla L. 15 giugno 1893 n. 295*, in *Giornata lincea in ricordo di Enrico Redenti: il diritto del lavoro ai suoi primordi*, Roma 1995, p. 68 ss.

fatalmente aperto alle interminabili questioni *de jure apicibus*, appesantito ancor più dal sistema dei gravami». E lo è ancor più inadeguato per il fatto che – osserva ancora Redenti – «la prova dei fatti e la dimostrazione del diritto riescono in questa sede [nel rito ordinario] irraggiungibili per essa (che, di solito, perché oppressa, è attrice), per ciò che il contratto di lavoro è sempre sprovvisto di prove precostituite, spesso di qualsiasi prova ed è di solito rudimentale e non trova nel diritto scritto alcun regolamento speciale; mentre il giudice togato dall'altra parte è di solito digiuno di ogni nozione tecnica e di ogni conoscenza dell'ambiente»¹¹³. E dunque, quanto mai opportuna gli appare la previsione (contenuta nell'art. 38 della legge sui probiviri del 1893, la n. 295) che introdusse – per la prima volta nell'ordinamento processuale e con specifico riferimento alle controversie in materia di rapporti di lavoro – ampi poteri istruttori al giudice, riconoscendogli la possibilità «ove lo ritenga necessario, [di] ordinare la esibizione di libretti di lavoro, di libri di maestranza, di registri o altri documenti, sentire i testimoni proposti dalle parti o chiamarne d'ufficio, interrogare persone pratiche della materia controversa e, ove occorra, procedere a qualche verifica sul luogo». Un'anticipazione di quel che avverrà nel 1973 con la riforma del processo del lavoro e la nuova formulazione dell'art. 421 c.p.c.

9. *L'impostazione «sistemica»: Chiovenda*

Diversa, invece, la strada seguita da Chiovenda e poi dai chiovendiani per superare l'impostazione individualistico-liberale e per affermare quella pubblicistico-sociale.

Anzitutto, egli è convinto della «grande importanza politico-sociale del processo» e del fatto che esso «è il campo in cui si rappresenta una delle scene più agitate e complesse della vita sociale»¹¹⁴. Ciò per varie ragioni: «per la funzione ch'esso ha di accertare e attuare la volontà della legge, per la molteplicità dei bisogni a cui provvede, a favore di individui d'ogni classe sociale; per gli interessi sopra cui passa, spianando la via della giustizia;

¹¹³ REDENTI, *Sulla funzione*, cit. nt. 100, p. 618.

¹¹⁴ G. CHIOVENDA, *Le riforme processuali e le correnti del pensiero moderno* (1907), in ID., *Saggi di diritto processuale*, cit. nt. 18, I, p. 379 ss., spec. p. 380. Chiovenda tiene anche a puntualizzare (p. 379, in nota) che con questo lavoro, che riproduce il testo della conferenza tenuta presso il *Circolo giuridico* di Napoli l'11 marzo 1906, «iniziò la propaganda da me condotta nell'ultimo quarto di secolo per la riforma del processo civile italiano sulla base dell'oralità, dell'immediatezza e della concentrazione».

per la lotta di pensiero che in esso si svolge; per il rapporto fra il potere pubblico e i cittadini che in esso vive».

Quanto al codice del 1865, esso gli appare fin da subito «un prodotto artificioso, un lavoro di mosaico», che risente troppo dell'influenza francese¹¹⁵ e troppo arretrato rispetto alla legge processuale tedesca, ma soprattutto a quella austriaca, che «ci stupisce – osserva Chiovena – per la novità e l'arditezza dei suoi principi»¹¹⁶. E riprendendo alcune delle idee di Klein trasfuse nella *Z.P.O.* austriaca del 1895, sottolinea che «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 peso della moneta cadente emette un dolce o un biglietto d'ingresso: ma debba partecipare alla lite come forza viva ed attiva»¹¹⁷. Vale a dire – aggiunge – che «lo Stato è interessato, non all'oggetto della lite, ma al modo in cui questa si svolge»¹¹⁸. Questo nuovo modo di guardare al processo – osserva ancora – impone «non solo una riforma politica del processo, ma una riforma del modo politico di considerarlo»¹¹⁹.

Si è rilevato, tuttavia, che quando Chiovena parla della funzione 'pubblica' o 'sociale' del processo ne dà una connotazione che non coincide con quella kleiniana, ma si avvicina di più a quella pure presente – come abbiamo visto – nell'impostazione liberale. E, sebbene si rinvenga nei suoi scritti l'accenno a connessioni fra processo e problemi sociali, spesso si tratta di semplici, generici accenni¹²⁰.

¹¹⁵ CHIOVENDA, *Le riforme processuali*, cit. nt. 114, p. 381.

¹¹⁶ *Ivi*, p. 382. Il giudizio critico sul c.p.c. del 1865 si ritrova anche nel suo, *Lo stato attuale del processo civile in Italia ed il progetto Orlando di riforme processuali*, in ID., *Saggi di diritto processuale*, cit. nt. 18, I, p. 395 ss. Tuttavia, nel senso che questi giudizi negativi non fossero fondati v., più di recente, B. CAVALLONE, "Preferisco il cattivo processo attuale" (*Chiovena, Mortara e il progetto Orlando*), in «Rivista di diritto processuale», 1988, p. 1059 ss.; CIPRIANI, *Storie di processualisti*, cit. nt. 64, p. 125 ss.; MONTELEONE, *Il codice di procedura*, cit. nt. 18, p. 9 ss.

¹¹⁷ CHIOVENDA, *Le riforme processuali*, cit. nt. 114, p. 385.

¹¹⁸ *Ivi*, p. 385.

¹¹⁹ *Ibidem*.

¹²⁰ V., ad es., CHIOVENDA, *Le riforme processuali*, cit. nt. 114, pp. 380 e 390. Sottolineano come l'apertura di Chiovena verso i problemi sociali del processo fosse modesta DENTI, *Processo civile*, cit. nt. 1, p. 14, il quale, sebbene rilevi che «Chiovena si dimostrava aperto verso quelle correnti che avevano trovato la loro maggiore espressione nell'opera del Menger», aggiunge anche che occorre chiedersi «perché i problemi impostati da Chiovena nel 1906 siano rimasti senza seguito nella scienza processualistica posteriore e, in primo luogo, nella produzione scientifica dello stesso» (p. 16); M. TARUFFO, *Sistema*

In effetti, sebbene talvolta si ritrovino nei suoi scritti accenni alla concezione sociale del processo inteso come strumento a sostegno dei più deboli, l'accusa di un'apertura di facciata ai problemi sociali del processo civile non sembra del tutto infondata, soprattutto se si guarda alle sue proposte di riforma. Egli registra che si è avuta una «fioritura di scritti propugnanti la riforma sociale del processo, sul tono dato da quell'Antonio Menger, ch'è mancato ultimamente in Roma, alla scienza di cui era decoro»¹²¹ ed avverte che in questa materia «sono facili gli entusiasmi». E guardando «freddamente e imparzialmente le questioni», rileva che, anzitutto, c'è un problema di «esagerazione delle tasse giudiziarie» da rimediare¹²². Ma soprattutto che «i problemi processuali s'impennano intorno a un punto fondamentale; al rapporto fra l'iniziativa del giudice e l'iniziativa delle parti». Da questo punto di vista, non esita a sottolineare che «la lite può diventare più o meno accessibile all'uomo debole ed incolto, secondo che il giudice ha mezzi maggiori o minori di venire in suo aiuto, di illuminarlo su quanto egli può fare per sua difesa, di correggerne gli errori»¹²³ e che «qui è la chiave delle riforme processuali, il segreto dell'adattamento del processo ai bisogni sociali: questo è il sommo problema che divide la dottrina moderna, e le moderne legislazioni»¹²⁴.

Senonché, nell'esaminare il distacco del processo civile del tempo da questi obiettivi, si chiede: «come si comporta il processo civile riguardo agli umili, ai diseredati?». Osservando che la sola risposta del legislatore del tempo è stata l'istituzione delle giurie dei probiviri, delle quali, come abbiamo visto, si era occupato anche Lessona, ma aggiungendo che, sebbene si sia voluto ravvisare la ragion d'essere di questo istituto nella specialità

e funzione, cit. nt. 66, p. 1155 ss., dove il rilievo che «i riferimenti alle connessioni tra processo e problemi sociali [da parte di Chiovenda] sono generici ed affrettati, quando non sono puramente retorici». In proposito v. anche CIPRIANI, *Storie di processualisti*, cit. nt. 64, p. 137; TARELLO, *Il problema della riforma*, cit. nt. 12, p. 50 ss., secondo il quale al fondo delle affermazioni di Chiovenda formulate nella conferenza del 1906 non vi sarebbe un'«apertura sociale», quanto, piuttosto, l'«espressione» e il «fiancheggiamento» di «istanze autoritarie da un lato, di ingombrante concettualismo dall'altro lato». Va anche osservato, tuttavia, che secondo lo stesso Tarello «la tendenza che aveva avuto nel Menger e nel Klein i più noti rappresentanti era, oltre che (e forse ancor più che) socialista, statalistica; e all'aspetto statalistico di quella tendenza dottrinale – sempre secondo Tarello – ... si riferiva esclusivamente ... il Chiovenda, in una operazione che voleva essere soprattutto di interpretazione storico-sistematica in funzione di una scelta politica che il teorico del processo voleva affidata ai giuristi e compiuta dai giuristi» (*ivi*, p. 78).

¹²¹ Così CHIOVENDA, *Le riforme processuali*, cit. nt. 114, p. 390.

¹²² *Ibidem*.

¹²³ *Ibidem*.

¹²⁴ *Ibidem*.

dei rapporti di lavoro, «la sua vera ragion d'essere è la sfiducia della classe operaia nei giudici e nei giudizi borghesi»¹²⁵. Del resto, che la soluzione adottata per il procedimento speciale davanti ai probiviri, nell'ambito del quale – come abbiamo visto – venivano riconosciuti ampi poteri anche istruttori al giudice, costituisca per Chiovenda un modello al quale ispirarsi per la riforma generale anche del processo ordinario, emerge dalla considerazione espressa nei *Principii* secondo la quale la legge del 1893 «ha cercato di ottenere un processo veramente *orale* con la conseguente concentrazione di attività»¹²⁶.

Chiovenda espone in numerosi scritti, e soprattutto nei suoi *Principii di diritto processuale civile*, i principi ai quali dovrebbe ispirarsi il nuovo processo civile moderno, e cioè i principi dell'oralità, della concentrazione e della immediatezza. Ma si sforza anche di elaborare, nel *Progetto* del 1919, lo schema di un processo che desse attuazione ai principi teorizzati, capace, perciò, di dare vita ad «una riforma radicale» del processo civile¹²⁷ ad una giustizia «rapida, pronta ed economica», sotto la direzione e l'impulso dell'organo giurisdizionale¹²⁸. Punto centrale del suo *Progetto*, infatti, è l'attuazione di un processo orale, concentrato e immediato, caratterizzato dall'attribuzione al giudice di una «posizione centrale d'organo pubblico *interessato a rendere giustizia nel modo migliore e più pronto possibile*»¹²⁹ e di ampi poteri sia di direzione che istruttori. In particolare, nell'art. 29 del suo *Progetto*, rubricato «Poteri dell'autorità giudiziaria» si ammette che il giudice possa «disporre quanto è necessario per chiarire la verità dei fatti e per assicurare alla causa una decisione conforme a giustizia», ma si aggiunge anche che egli «deve mantenere l'uguaglianza delle parti e vegliare perché l'istruzione

¹²⁵ *Ivi*, p. 378.

¹²⁶ CHIOVENDA, *Principii*, cit. nt. 18, p. 718, dove (a p. 1326, in nota 1) aggiunge anche che «questo procedimento costituisce ormai un 'tipo' a cui il nostro legislatore si è riferito nell'istituire nuove giurisdizioni speciali». In proposito v. anche G. TESORIERE, *Appunti per una storia della scienza del processo civile in Italia dall'unificazione ad oggi (I)*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1972, p. 1318 ss.; CAVALLONE, «Preferisco il cattivo processo attuale», cit. nt. 116, p. 1059, in nota 25.

¹²⁷ G. CHIOVENDA, *La riforma del procedimento civile*, in *Saggi di diritto processuale*, cit. nt. 18, III, p. 307.

¹²⁸ *Ivi*, p. 320.

¹²⁹ Così G. CHIOVENDA, *Relazione sul progetto di riforma del procedimento elaborato dalla Commissione per il dopo guerra*, in ID., *Saggi di diritto processuale*, cit. nt. 18, II, p. 1 ss., spec. p. 38 (il corsivo è nel testo). Qui si legge anche: «occorre dunque assicurare al giudice una posizione che lo renda partecipe attivo nel rapporto processuale e munirlo dell'autorità necessaria per esercitarvi la sua funzione. Conviene che il giudice sia posto in grado di dirigere convenientemente la lite, e di condurla verso la sua definizione colla maggiore celerità compatibile con una retta decisione» (*ivi*, p. 39).

della causa sia il più possibile celere ed economica»¹³⁰.

Per meglio comprendere ciò conviene prendere le mosse dal dibattito, che proprio in quel periodo si anima, intorno all'influenza sul processo civile moderno dell'«idea romana» del processo, dibattito il cui avvio tradizionalmente viene fatto risalire – come noto – alla prolusione parmense di Chiovena del 1901¹³¹.

Il dibattito si nutre degli studi in argomento della dottrina tedesca (von Bülow, Briegleb, Bethmann-Hollweg, Wlassak, Wenger e, ovviamente, Wach, allievo di Briegleb) e degli insegnamenti di questa sulla necessità di ritornare al processo romano ed a quello medievale italiano, del quale vengono esaltati l'oralità e la semplificazione, particolarmente emergenti nei procedimenti sommari¹³², per superare le storture e le incrociature legate al formalismo della processualistica canonistica e germanistica dell'età comune.

Centrale, nella ricostruzione dell'«idea romana» del processo e delle sue basi concettuali, è la ricorrente sottolineatura del suo caposaldo: la

¹³⁰ *Progetto di riforma del procedimento civile*, in *Saggi di diritto processuale*, cit. nt. 18, II, p. 113 ss., spec. p. 124.

¹³¹ *Romanesimo e germanesimo*, cit. nt. 18, p. 181 ss. Le idee espresse nella prolusione parmense sono poi riprese, in seguito, in *Sulla influenza delle idee romane nella formazione dei processi civili moderni*, in *Saggi di diritto processuale*, cit. nt. 18, III, p. 95 ss.; e in *L'idea romana nel processo civile moderno*, *ibidem*, p. 77 ss. In proposito v. anche B. BIONDI, *Intorno alla romanità del processo civile moderno*, in «*Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*», XLII (1935), p. 356 ss. (ora in *Id.*, *Scritti giuridici*, II, Milano 1965, p. 368 ss.), il quale osserva: «sta di fatto che tutta la letteratura processualistica, dalla Glossa fino alla soglia delle moderne codificazioni, si fonda e ricorda sempre testi del *Corpus juris*; certo vengono generalizzati, intesi male, talvolta anche travisati; ma si procede sempre dai testi romani»; ed ancora (*ivi*, p. 413): «l'indagine conduce sempre verso lo stesso risultato: il processo comune e moderno nella sua impostazione e nei suoi istituti fondamentali è una derivazione diretta dal processo romano, sempreché con ciò intendiamo riferirci non al processo formulare, ma a quel processo *extra ordinem* che si conclude ed assesta legislativamente nel *Corpus juris*». V. anche, nella dottrina tedesca del tempo, R. SCHOTT, *Römischer Zivilprozess und moderne Prozesswissenschaft*, München 1904, p. 7 ss. Sull'influenza del germanesimo nell'Italia di fine '800, v. G. CIANFEROTTI, *Germanesimo e Università in Italia alla fine dell'800. Il caso Camerino*, in «*Studi senesi*», III ser., XXXVIII (1988), p. 327 ss.; *Id.*, *Università e scienza giuridica nell'Italia unita*, in I. PORCIANI (a cura di), *Università e scienza nazionale*, Napoli 2001, p. 19 ss.

¹³² V., in particolare, dapprima H. K. BRIEGLER, *Einleitung in die Theorie der summarischen Prozesse*, Leipzig 1859, p. 169 ss. e p. 375 ss.; *Id.*, *Summatim cognoscere*, Erlangen 1843; successivamente A. WACH, *Der Arrestprozess in seiner geschichtlichen Entwicklung*, I. *Der italienische Arrestprozess*, (Leipzig 1868), rist., Aalen, 1973, p. 143 ss. Lungo la stessa traiettoria, da noi, G. CHIOVENA, *Le forme nella difesa giudiziale del diritto*, in *Id.*, *Saggi di diritto processuale*, cit. nt. 18, I, p. 353 ss., spec. p. 363 ss.; *Id.*, *Azioni sommarie. La sentenza di condanna con riserva*, *ivi*, p. 121 ss., spec. p. 131 ss.

centralità del ruolo del giudice nella direzione dello svolgimento del giudizio, soprattutto nel processo giustiniano, nel quale la sostituzione della «difesa pubblica» o «sociale» dei diritti a quella «privata», «sempre incerta e insufficiente»¹³³, giunge definitivamente a compimento.

Il giudice, nell'ambito di un processo incentrato sul contatto diretto e immediato con le parti, non può assumere una funzione meramente passiva, ma deve avere poteri di direzione della trattazione.

E questa fondamentale impostazione relativa al processo civile romano non avrebbe potuto non avere la sua rilevanza anche nella riflessione intorno alla 'romanità' del processo civile moderno, dove proprio in quegli anni si consolida la convinzione che anche nel sistema processuale moderno non sia sufficiente avere un giudice che partecipa solo formalmente allo svolgimento del processo (*formelle Prozessleitung*), ma che ci sia la necessità, anche al fine di far coincidere la verità processuale con quella materiale, che egli partecipi alla formazione del materiale di causa (dell'«istituto giuridico» oggetto della controversia) mediante la cooperazione con le parti (*materielle Prozessleitung*), con la conseguente sostituzione dell'*Offizialmaxime* al *Parteidispositionsmaxime*¹³⁴.

Impostazione, questa, pienamente in linea con quella di Klein, che, come abbiamo visto, arriva alle medesime conclusioni partendo dall'esaltazione della 'funzione sociale'.

Ed in effetti proprio sull'oralità e sull'accrescimento dei poteri del giudice imposterà, come noto, il suo 'apostolato'¹³⁵ Chiovenda, chiaramente influenzato in questo proprio dalla legislazione processuale austriaca di Klein¹³⁶: «il rinnovato concetto della giurisdizione come funzione dello

¹³³ V. SCIALOJA, *Procedura civile romana. Esercizio e difesa dei diritti*, a cura di A. Giannini, Roma 1936, p. 51 in nota 1.

¹³⁴ CHIOVENDA, *Romanesimo e germanesimo*, cit. nt. 18, p. 181 ss.; ID., *Le forme nella difesa*, cit. nt. 132, p. 354 ss. Le tesi chiovendiane sull'oralità vennero poi riprese e rilanciate da A. COSTA, *Oralità e scrittura nel processo civile*, Imola 1917, p. 8 ss.; A. SEGNI, *La legislazione processuale di guerra e la riforma del processo civile*, in ID., *Scritti giuridici*, Torino 1965, I, p. 272 ss.; ID., *I tribunali del lavoro in Italia*, ivi, p. 451 ss.; ID., *Osservazioni sul progetto preliminare del Codice di procedura civile*, ivi, p. 356 ss.; ID., *Procedimento civile*, in «Nuovo Digesto italiano», X, Torino 1939, p. 539 ss.; P. CALAMANDREI, *Oralità nel processo*, ivi, p. 178 ss.; ID., *Le controversie del lavoro e l'oralità*, in «Il Foro italiano», 1934, IV, c. 130 ss.; ID., *Sul progetto preliminare Solmi. Relazione della Facoltà di Giurisprudenza di Firenze, stesa dall'autore il 28 luglio 1937*, in ID., *Studi sul processo civile*, cit. nt. 85, p. 103 ss.

¹³⁵ Così si esprime P. CALAMANDREI, *Note introduttive allo studio del Progetto Carnelutti*, in *Studi sul processo*, cit. nt. 85, IV, p. 90.

¹³⁶ Ancora TARELLO, voce *Giuseppe Chiovenda*, in «Dizionario biografico degli italiani», XXV, Roma, 1975, p. 34 ss.

Stato, – rileverà – restituisc[e] al giudice nel processo moderno una posizione centrale di organo pubblico interessato a rendere giustizia nel modo migliore e più pronto possibile»¹³⁷. Ed anzi – osserverà criticamente Giovanni Tarello – «in Italia la propaganda per il processo austriaco e per il potere direttivo del giudice inizia, per opera del Chiovenda, prima che in Germania; comincia, inoltre, come operazione dottrinale, comincia paludata da vecchi abiti sistematici e dogmatici, e sotto un provinciale mantello di romanesimo ritrovato: in Italia il processo austriaco è propagandato, insomma, come aulico e romano realizzarsi nel sistema della perfezione dottrinale [...]. In un certo senso si può dire che, sin da questo momento, la tendenza autoritaria in Italia, sia che si riferisse al modello austriaco sia che restasse nel solco della dottrina germanica dell'età bismarckiana, optò per l'accentuazione dell'autorità della legge e l'individuazione nella legge dell'autorità dello Stato»¹³⁸.

In realtà, era questa l'unica strada per conciliare la nuova impostazione pubblicistico-sociale con la tradizione liberale. La prospettiva del potenziamento dei poteri del giudice si muove, comunque, nella visione del giudice applicatore o attuatore della legge. Lo stesso Chiovenda, infatti, sottolinea la pericolosità di «alcune più recenti dottrine che si ispirano al principio della maggior libertà del giudicante (così detta scuola di diritto *libero*): e che questa libertà esagerano fino al potere di correzione della legge»¹³⁹.

10. *La dottrina post-chiovendiana*

Gli insegnamenti chiovendiani, che pure furono accolti solo in parte nel codice del 1940¹⁴⁰, non mancarono di influenzare gli orientamenti dottrinali del primo trentennio del secolo XX. Ed anzi – osserverà Calamandrei – in tutti i processualisti contemporanei era riconoscibile «l'orientamento sistematico che risale a Chiovenda»¹⁴¹, sebbene molte

¹³⁷ Così CHIOVENDA, *Istituzioni*, cit. nt. 17, p. 398 s.; v. anche ID., *Principii*, cit. nt. 18, p. 686.

¹³⁸ TARELLO, *Giuseppe Chiovenda*, cit. nt. 136, p. 35 s.

¹³⁹ CHIOVENDA, *Principii*, cit. nt. 18, p. 75.

¹⁴⁰ E.T. LIEBMAN, *Storiografia giuridica «manipolata»*, in «Rivista di diritto processuale», 1974, p. 100 ss., spec. p. 116 ss.; DENTI, *Processo civile*, cit. nt. 1, p. 130 ss.; ID., *Chiovenda e le riforme del processo civile*, in «Il Foro italiano», 1988, V, c. 347 ss.

¹⁴¹ P. CALAMANDREI, *Gli studi di diritto processuale in Italia negli ultimi trenta anni*, in ID., *Studi sul processo*, cit. nt. 85, V, p. 302; v. anche, nello stesso senso, E.T. LIEBMAN, *Storiografia giuridica manipolata*, cit. nt. 140, p. 100 ss. Per l'influenza della concezione chiovendiana sulla dottrina e la legislazione successive v. DENTI, *Processo civile*, cit. nt.

erano le riserve sulle sue proposte di riforma, emerse dal *Progetto* del 1919.

In effetti, la sostanziale assimilazione fra ‘funzione sociale’ del processo e sua connotazione pubblicistica (azione, rapporto giuridico processuale, scopo del processo, ruolo del giudice), che abbiamo visto emergere dall’impostazione sistematica chiovendiana si ritrova in gran parte della dottrina processualciviltistica del tempo (Betti, Carnelutti, Calamandrei, Segni, Galgano) e permeerà di sé anche la seconda generazione della processualciviltistica moderna (Cristofolini, Liebman, Allorio, Andrioli, Garbagnati)¹⁴².

In questa sede è sufficiente limitarsi ad alcuni esempi molto significativi.

Si pensi, ad es., ad Emilio Betti, il quale, pure, nelle sue *Notazioni autobiografiche* annoterà di aver frequentato per un mese, fra dicembre 1916 e gennaio 1917, «la biblioteca di Chiovena, in via Brunetti, 47» e che esso «fu un mese di ascesi dedicata allo studio di Briegleb e di altri autori introvabili (F. Klein, Bülow)»¹⁴³.

Ebbene, si legge nel suo *Diritto processuale civile italiano* che il processo civile è «l’istituto destinato all’attuazione della legge per opera degli organi giurisdizionali in ordine a un concreto interesse che si pretende da esso protetto» e la «legge», della cui attuazione nel processo si tratta, altro non è «se non il diritto obbiettivo»¹⁴⁴. E la questione se il processo civile serva all’attuazione del diritto in senso oggettivo o, piuttosto, alla difesa dei diritti soggettivi, secondo Betti è una questione che «non ha quella decisiva importanza che le si è voluta attribuire», perché «l’interesse delle parti non è che un mezzo, mercé il quale si raggiunge la finalità del processo, in quanto l’interesse privato in conflitto è messo a profitto quale congegno propulsore per soddisfare l’interesse pubblico all’attuazione della legge per la composizione del conflitto». Concludendo che il dare ragione a chi ce l’abbia dal punto di vista del diritto sostanziale «non è un interesse privato delle parti, ma un interesse pubblico della società intera»¹⁴⁵. Né, d’altro canto, si può trascurare il fatto che pienamente coincidente con un’impostazione sociale e pubblicistica si presenta – sempre in Betti – la ricostruzione in chiave sanzionatoria della stessa funzione giurisdizionale¹⁴⁶. Vale a dire la ricostruzione secondo

1, p. 13 s. e p. 123 ss.; TROCKER, *Processo civile e Costituzione*, cit. nt. 19, p. 31 ss.; G. TESORIERE, *Appunti per una storia della scienza del processo civile in Italia dall’unificazione ad oggi (II)*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1972, p. 1576 ss.

¹⁴² Per questa conclusione v. anche G. TARELLO, *Francesco Carnelutti ed il progetto del 1926*, in *Dottrine del processo civile*, cit. nt. 12, p. 219, in nota 10; PROTO PISANI, *Il codice di procedura*, cit. nt. 72, p. 724.

¹⁴³ E. BETTI, *Notazioni autobiografiche*, rist. a cura di E. Mura, Padova 2014, p. 18.

¹⁴⁴ E. BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1936², p. 4.

¹⁴⁵ *Ivi*, p. 5.

¹⁴⁶ *Ivi*, p. 7 ss.; ID., *Ragione e azione*, in «Rivista di diritto processuale», 1932, I, p. 205 ss.

cui la funzione giurisdizionale si incentrerebbe sull'applicazione della sanzione prevista dall'ordinamento per la violazione della norma sostanziale: solo attraverso l'intervento dello Stato e dei suoi organi giurisdizionali «il processo dà efficace garanzia di comporre la lite o di superare la resistenza opposta dal privato al privato, e così di raggiungere la sua finalità: portare, cioè, all'accertamento vincolante o alla forzata realizzazione del rapporto giuridico»¹⁴⁷.

Oppure, si pensi alla concezione del processo seguita da Piero Calamandrei, che presenta numerose affinità con quella di Chiovenda, sia laddove sottolinea che la concezione pubblicistica del processo rappresenta una conquista della moderna scienza processualistica¹⁴⁸, sia laddove – parlando del «carattere sociale» del processo civile – osserva come con ciò «si vuol intendere l'antitesi di quella concezione strettamente individualistica che riduceva il processo a una accanita lotta di egoismi»¹⁴⁹ e la necessità che sia «praticamente operativo e garantito in ogni causa quel principio di uguaglianza delle parti che nel vecchio processo rimaneva assai spesso una enunciazione puramente teorica»¹⁵⁰.

O ancora, si pensi a Francesco Carnelutti, il quale, sebbene non condivide l'insistenza chiovendiana sul principio di oralità e ritenga opportuno individuare la funzione del processo – invece che nella chiovendiana applicazione del diritto al caso concreto – nell'eliminazione della lite fra privati (intesa come «contrasto effettivo di interessi regolati dal diritto») ¹⁵¹, riconosce comunque la rilevanza pubblicistico-sociale del processo ¹⁵²,

¹⁴⁷ BETTI, *Diritto processuale*, cit. nt. 144, p. 13.

¹⁴⁸ P. CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Padova 1943², p. 167 ss. In proposito v. anche S. SATTA, *Interpretazione di Calamandrei*, in *Soliloqui*, cit. nt. 98, p. 481.

¹⁴⁹ CALAMANDREI, *Istituzioni*, cit. nt. 148, I, p. 224.

¹⁵⁰ Così CALAMANDREI, *ivi*, p. 222, parlando del «carattere sociale del nuovo processo».

¹⁵¹ Così l'art. 87 del suo *Progetto di codice di procedura civile presentato alla Sottocommissione reale per la riforma del codice di procedura civile*, Padova, 1926, ma anche in «Rivista di diritto processuale civile», 1926, I, p. 1 ss. In proposito v. anche le considerazioni critiche di P. CALAMANDREI, *Il concetto di "lite" nel pensiero di Francesco Carnelutti*, in «Rivista di diritto processuale civile», 1929, I, p. 3 ss. e p. 89 ss.

Peraltro, nel senso che il Progetto della Sottocommissione fosse opera anche di Mortara, v. A. SRAFFA, *Recensione a Codice di procedura civile*, in «Rivista di diritto commerciale», 1926, I, p. 481; R. ORIANI, *La perpetuatio iurisdictionis*, in «Il Foro italiano», 1989, V, c. 37.

¹⁵² V., in particolare, a proposito della natura pubblicistica del processo, F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova 1936, p. 72 ss. E difatti, rispondendo a Calamandrei, Carnelutti osserva che, riferendosi alla composizione della «lite», nell'individuare lo scopo del processo, non intendeva assegnare al processo «lo scopo di comporre la lite in modo pur che sia, ma di ottenere la giusta composizione» (così F. CARNELUTTI, *Impressioni sul Congresso internazionale di diritto processuale civile*, in «Rivista di diritto

la funzione della giurisdizione come strumento di composizione della «lite»¹⁵³, il ruolo «strumentale» dei privati ai fini del raggiungimento degli obiettivi pubblici («non il processo serve ai litiganti, ma i litiganti servono al processo»)¹⁵⁴ e quindi l'esigenza che in esso venga attribuita una posizione di supremazia al giudice sia nella direzione materiale del processo, sia in materia di prove (come chiaramente emerge anche dal suo *Progetto* del 1926)¹⁵⁵. E questo, nonostante che sia del tutto estranea alla sua impostazione l'idea della funzione ausiliaria del giudice nei confronti del litigante socialmente debole.

L'unica voce 'fuori dal coro' in quel contesto è quella di Salvatore Satta, il quale già nella prolusione padovana del 1936, significativamente intitolata *Orientamenti pubblicistici della scienza del processo*¹⁵⁶, e poi in altri scritti successivi, stigmatizza proprio questi orientamenti e torna ad individuare nell'interesse della parte e quindi nell'interesse privatistico l'elemento essenziale del processo civile e nel «dar ragione a chi l'ha» il «solo scopo» del processo «da che mondo è mondo»¹⁵⁷. Attirandosi, così, l'accusa di Carnelutti di «nudismo processuale»¹⁵⁸ per aver cercato di liberarsi di ogni concetto ricevuto e quella di Cristofolini di «nostalgia ritardataria»¹⁵⁹.

processuale», 1950, I, p. 345). Invece, nel senso che l'adozione del concetto di «lite», al posto di quello di azione, comporti necessariamente «un ampliamento del potere delle parti e una restrizione del ruolo del giudice», TARUFFO, *La giustizia civile*, cit. nt. 14, p. 187. In proposito v. anche E. ALLORIO, *Il processo civile nel pensiero di F. Carnelutti*, in *Sulla dottrina della giurisdizione e del giudicato e altri studi*, II, Milano 1957, p. 595 ss.; E. FAZZALARI, *L'opera scientifica di Francesco Carnelutti*, in «Rivista di diritto processuale», 1967, p. 202 ss.

¹⁵³ F. CARNELUTTI, *Lineamenti della riforma del processo civile di cognizione*, in «Rivista di diritto processuale civile», 1929, I, p. 3 ss., ripubblicato in ID., *Studi di diritto processuale civile*, Padova 1939, p. 333 ss.

¹⁵⁴ Così F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, II, Padova 1920, p. 142. In proposito v. anche F. CIPRIANI, *Francesco Carnelutti e la procedura civile*, in «Il giusto processo civile», 2010, p. 326 ss.

¹⁵⁵ Dove, peraltro, all'art. 28 compare anche il dovere delle parti «di affermare al giudice i fatti secondo la verità».

¹⁵⁶ S. SATTA, *Orientamenti pubblicistici della scienza del processo*, in «Rivista di diritto processuale civile», 1937, I, p. 32 ss.

¹⁵⁷ Così S. SATTA, *Storia e «pubblicizzazione» del processo*, in «Rivista di diritto commerciale», 1939, I, p. 43 ss.; v. anche ID., *Orientamenti e disorientamenti nella scienza del processo*, in *Foro it.*, 1937, IV, c. 276 ss.; ID., *La tutela del diritto nel processo*, in «Rivista di diritto processuale», 1951, p. 20 ss.

¹⁵⁸ F. CARNELUTTI, *Recensione a Salvatore Satta, L'esecuzione forzata*, in «Rivista di diritto processuale civile», 1937, I, p. 201.

¹⁵⁹ G. CRISTOFOLINI, *A proposito di indirizzi nella scienza del processo*, in «Rivista di diritto processuale civile», 1937, I, p. 105 ss.; v. anche ID., *Contro i disorientamenti della scienza del processo, ivi*, p. 282 ss.

Al di là della posizione isolata di Satta, comunque, non v'è dubbio che – come ha osservato Andrea Proto Pisani – «il sistema e il progetto di riforma di Chiovenda esercitarono una grande influenza sulla dottrina formata dagli anni venti in poi» e che «se si vanno a rileggere le annate della Rivista di diritto processuale dal 1924 in poi, o le monografie dei giovani Liebman, Costa, Andrioli, Carnacini, Allorio, Micheli, Garbagnati ecc. l'impostazione pubblicistica di Chiovenda (e portata sino all'esasperazione nella versione accolta da Carnelutti) costituisce l'asse portante di tutti gli scritti dell'epoca»¹⁶⁰.

Prima di proseguire, tuttavia, una puntualizzazione s'impone. L'affermarsi dell'idea di funzione pubblicistico-sociale del processo civile, nel senso chiovendiano del concetto, non va fraintesa. Che il passaggio dalla visione liberale del processo civile a quella pubblicistico-sociale intervenuto sul finire del XIX secolo abbia favorito la «svolta pubblicistica» del successivo codice del 1940 è indubbio. Non altrettanto indubbio è che questo abbia determinato anche una svolta 'autoritaria' nel nostro modello processuale, in linea con l'ideologia del regime fascista, come, invece, sostenuto anche autorevolmente da alcuni¹⁶¹.

Come ha ben osservato Paolo Grossi, «il momento storico che corre tra le due guerre mondiali, un tempo abbastanza ridotto di circa venti trenta anni, soltanto per un analista superficiale può essere identificato col regime fascista»¹⁶². Certamente, «il fascismo ci fu con la sua arroganza e con la costruzione di un sistema autoritario di potere», ma in quel periodo viene a maturazione «un grande movimento, che ha cominciato a percorrere società e cultura almeno dai primi anni del secolo». Viene a maturazione «una grande crisi»: «è in crisi l'edificio monoclasse dello

¹⁶⁰ PROTO PISANI, *Il codice di procedura*, cit. nt. 72, p. 724.

¹⁶¹ TARELLO, *Il problema della riforma*, cit. nt. 12, p. 9 ss.; F. CIPRIANI, *Il codice di procedura civile tra gerarchi e processualisti*, Napoli 1992, *passim*; ID., *Il processo civile nello Stato democratico*, in ID., *Il processo civile e lo Stato democratico*, Napoli 2006, p. 5 ss.; ID., *Pietro de Francisci e la procedura civile*, *ivi*, p. 245 ss.; ID., *Dalla svolta autoritaria di de Francisci al codice Grandi*, in ID., *Piero Calamandrei e la procedura civile. Miti, leggende, interpretazioni, documenti*, Napoli 2007, p. 90 ss.; G. MONTELEONE, *Principi e ideologia nel processo civile: impressioni di un «revisionista»*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2003, p. 575 ss.; ID., *Sulla Relazione di G Pisanelli*, cit. nt. 18, p. 529 ss.; A. CHIZZINI, *Correnti del pensiero moderno e poteri del giudice civile nel pensiero di Piero Calamandrei: tre variazioni sul tema*, in ID., *Pensiero e azione*, cit. nt. 18, p. 155 ss., spec. p. 158, in nota 51.

¹⁶² P. GROSSI, *Pagina introduttiva*, in *Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica*, in «Quaderni fiorentini», 28 (1999), I, p. 2.

Stato borghese, è in crisi il diritto edificato in funzione di quello Stato, è in crisi l'ideario giuridico intelligentemente ma artificiosamente apparecchiato a suo supporto»¹⁶³.

Solo ignorando quest'aspetto si può vedere nell'affermarsi della concezione pubblicistico-sociale del processo civile nel periodo fra le due guerre una sorta di anticipazione della «svolta» autoritaria.

Emblematica, da un tale punto di vista, è la differente posizione che la processualciviltà italiana assume nei confronti dell'ideologia autoritaria rispetto a quella tedesca. Infatti, intorno agli anni '30 in Germania si diffondono orientamenti che mirano ad attuare l'ideologia nazista anche nell'ambito del processo civile, proponendo, in un primo momento, l'azzeramento dei diritti delle parti a vantaggio dello strapotere del giudice, quale espressione dello Stato nel processo¹⁶⁴, e, in un secondo momento, ad una sorta di 'amministrativizzazione' del processo civile, a risolverlo in una forma di giurisdizione volontaria¹⁶⁵. In Italia, invece, i maggiori esponenti della dottrina italiana si oppongono recisamente all'importazione di queste teorie¹⁶⁶, tenendo ferma un'impostazione di tipo non autoritario.

¹⁶³ Sono ancora parole di GROSSI, *ivi*, p. 2.

¹⁶⁴ V., in proposito, P. BÖHM, *Processo civile e ideologia nello Stato nazionalsocialista*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2004, p. 621 ss.

¹⁶⁵ V., in questo senso, A. BAUMBACH, *Zivilprozess und freiwillige Gerichtsbarkeit*, in «Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht», 1938, p. 583 ss., il quale propose l'abolizione del processo civile contenzioso e la riconduzione di esso alla giurisdizione volontaria, e quindi ad un'attività giudiziale di tipo amministrativo, nell'ottica della visione del processo come strumento teso a ristabilire, mediante l'intervento del giudice, ordine e pace (*Ordner und Schlichter ihrer Uneingkeit*). V. anche TROCKER, *Processo civile e Costituzione*, cit. nt. 19, p. 64 ss.; P. BÖHM, *Zivilprozess und Ideologie im nationalsozialistischen Staat*, in U. DAVY – H. FUCHS – H. HOFMEISTER – J. MARTEL – I. REITER (hrsg.), *Nationalsozialismus und Recht. Rechtssetzung und Rechtswissenschaft in Österreich unter der Herrschaft des Nationalsozialismus*, Wien, 1990, p. 149 ss., spec. p. 157 ss.

¹⁶⁶ V., infatti, con riferimento alla proposta di Baumbach, P. CALAMANDREI, *Abolizione del processo civile?*, in «Rivista di diritto processuale civile», 1938, I, p. 336 ss.; ID., *La crisi del processo civile in Germania*, *ivi*, 1938, I, 130 ss.; 1939, I, p. 293 ss.; 1942, I, p. 279 ss.; v. anche E. ALLORIO, *Giustizia e processo nel momento presente*, *ivi*, 1939, I, p. 220 ss., spec. p. 230, in nota 1; ID., *Ufficio del giurista nello Stato autoritario*, in «Jus», 1942, p. 274 ss., poi in ID., *Problemi di diritto*, III. *La vita e la scienza del diritto in Italia e in Europa e altri studi*, Milano, 1957, p. 163 ss.; A. SEGNI, *Alcuni orientamenti della dottrina processualistica germanica*, in «Rivista di diritto commerciale», 1941, p. 77 ss. e in ID., *Scritti giuridici*, I, p. 196 ss.; M. D'AMELIO, *La vocazione del secolo XX alla codificazione*, in «Nuova Antologia», 1937, fasc. marzo-aprile, p. 164 ss.

11. 'Funzione sociale' e codice di procedura civile del 1940

In questo clima culturale, nel quale è ormai matura e diffusa la concezione pubblicistico-sociale del processo civile, nasce il codice del 1940, il quale – a differenza del precedente codice del 1865 – è impostato chiaramente alla nuova concezione¹⁶⁷, ma con molte soluzioni di compromesso, che lo allontanano sia dal *Progetto* chiovendiano¹⁶⁸, sia dal modello 'sociale' elaborato da Klein.

Un primo compromesso riguarda la posizione del giudice.

La *Relazione* che l'accompagna, sottolinea a più riprese – al di là degli enunciati celebrativi al regime fascista – la sostituzione del 'principio di autorità' a quello di libertà¹⁶⁹. L'accoglimento della concezione pubblicistico-sociale del processo fa risultare del tutto inadeguato un sistema nel quale «il giudice assista spettatore impassibile, e talvolta impotente quasi fosse un arbitro in un campo ginnastico che si limita a segnare i punti»¹⁷⁰. Di conseguenza, «il giudice anche nel processo civile dev'essere in ogni caso fornito dei poteri indispensabili per amministrare la giustizia in modo attivo, rapido e sicuro»¹⁷¹. Nonostante queste affermazioni, però, il codice procede alla «istituzione del giudice istruttore, al quale è affidata l'istruzione della causa e la direzione del processo, sebbene l'organo decidente non sia lui ma il collegio. Ciò che, inevitabilmente comporta una negazione di fatto dei principi chiovendiani dell'oralità, immediatezza e concentrazione»¹⁷².

Anche i suoi poteri istruttori vengono accresciuti, ma il principio generale resta quello della disponibilità delle prove in capo alle parti (art. 115). E ancora: viene affermato il principio del libero convincimento o «prudente apprezzamento» del giudice, ma questo vale «salvo che la legge disponga altrimenti» (e cioè, salve le ipotesi di prova legale) (art. 116).

¹⁶⁷ TARUFFO, *La giustizia civile*, cit. nt. 14, p. 113 ss. e p. 253 ss.; A. PROTO PISANI, *Appunti sulla giustizia civile*, Bari 1982, p. 23 ss.; ID., *Il codice di procedura civile del 1940 tra pubblico e privato*, in *Foro it.*, 2000, V, c. 73 ss.; ID., *Il codice di procedura*, cit. nt. 72, p. 720 ss.

¹⁶⁸ Sebbene nella *Relazione al c.p.c.* ci si riferisce alla «scuola sistematica fondata da Giuseppe Chiovenda» come a un modello di riferimento. In proposito, nel senso della dubbia attribuibilità della paternità chiovendiana del codice v. anche TARUFFO, *La giustizia civile*, cit. nt. 14, p. 285; F. CIPRIANI, *Piero Calamandrei e la procedura civile*, Napoli, 2009, p. 89 ss., il quale parla – a proposito del codice del 1940 – di «leggenda del Codice chiovendiano».

¹⁶⁹ *Relazione*, n. 16.

¹⁷⁰ *Relazione*, n. 12.

¹⁷¹ *Relazione*, n. 12.

¹⁷² V. anche A. PROTO PISANI, *I modelli di fase preparatoria dei processi a cognizione piena in Italia dal 1940 al 2006*, in «Il Foro italiano», 2006, V, c. 375 s.

Un'ulteriore soluzione compromissoria si ritrova nell'applicazione del principio di preclusione. Infatti, sebbene venga introdotto un sistema di preclusioni rigido di limitazione delle attività allegative e probatorie delle parti alla fase iniziale e preparatoria del processo (poi superato dalla successiva riforma del 1950), si ammette anche che tali preclusioni siano superabili nel corso del giudizio di primo grado e anche in appello a discrezione del giudice.

E la medesima impostazione compromissoria si ritrova nelle scelte che attengono alla dimensione etica del processo. È vero, infatti, che viene introdotto per le parti e i loro difensori il dovere di comportarsi «secondo lealtà e probità» (art. 88), ma non v'è traccia né del dovere di collaborazione, né di quello di verità (soggettiva). Senza considerare, peraltro, che per la violazione del dovere di cui all'art. 88 viene prevista la sola incidenza sulle spese processuali.

D'altro canto, anche la sottolineatura del 'carattere sociale' del nuovo codice, che pure si ritrova nella *Relazione* (n. 18), si risolve nell'obiettivo di «avvicinamento della giustizia al popolo» e di «rendere il processo civile più popolare, cioè più vicino e più accessibile anche alle persone umili e non abbienti, a danno delle quali ricadono principalmente i costosi tecnicismi delle procedure troppo complicate». Senza che, però, nel codice si individuino misure specifiche finalizzate all'affermazione dell'uguaglianza sostanziale fra le parti.

12. *La riflessione sulla 'funzione sociale' del processo civile nella seconda metà del secolo XX: 'tutela differenziata' e 'accesso alla giustizia'*

Alla caduta del regime fascista non poteva non porsi il problema della sopravvivenza del codice del 1940. Si apre, infatti, un ampio dibattito che vede la dottrina processualciviltistica compattamente schierata a favore della salvaguardia del codice, in quanto frutto di soluzioni tecniche che poco avevano a che fare con l'ideologia fascista e che, invece, molto risentivano degli insegnamenti chiovendiani e della sua concezione pubblicistico-sociale del processo. Di conseguenza, sebbene nel 1950 viene approvata una riforma del codice del 1940, che attenua la rigidità – più apparente che reale, come abbiamo visto – del sistema delle preclusioni al quale si era ispirato quest'ultimo, il modello processuale di riferimento continua ad essere quello originario¹⁷³.

¹⁷³ A. PROTO PISANI, *Il processo civile di cognizione a trent'anni dal codice (Un bilancio e una proposta)*, in «Rivista di diritto processuale», 1972, p. 35 ss.

Anche la dottrina processualcivilistica, tuttavia, non poteva non risentire della discussione che, a partire dagli anni '60, si apre nel dibattito dei giuristi circa il più corretto metodo scientifico da seguire nell'approccio alla legislazione codicistica precedente alla Carta del '48 e all'affermarsi, nel secondo dopoguerra, del nuovo costituzionalismo novecentesco. È l'epoca – come noto – dell'affermarsi dello 'stato sociale di diritto' o *welfare state*, che mira a soppiantare il vecchio ideale ottocentesco dello Stato di diritto liberale-individualistico.

La concezione emergente da questo fondamentale sviluppo storico è che il vecchio ideale liberale dell'uguaglianza deve trasformarsi da istanza ad un'uguaglianza meramente formale in istanza ad un'uguaglianza sostanziale, come esplicitamente affermato dal 2° comma dell'art. 3 della nostra Carta costituzionale. Impostazione, questa, che inevitabilmente doveva manifestare i suoi effetti anche sul modello di processo civile da seguire¹⁷⁴. Questo sviluppo, infatti, comporta inevitabilmente «il passaggio dalla concezione del diritto e della giustizia come “mantenimento dell'ordine sociale”, a una concezione dinamica del diritto e della giustizia come postulazione di “mutamento sociale”»¹⁷⁵. Si rileva, in proposito, non solo che la legislazione processuale debba aprirsi alle istanze sociali, ma anche – sulla scia di una riflessione più ampia e di una netta contrapposizione al c.d. neopositivismo giuridico¹⁷⁶ – che l'analisi giuridica in generale, e quella processuale in particolare, non possa essere immune da considerazioni di politica del diritto, fortemente sollecitate dai principi fondamentali della Carta costituzionale¹⁷⁷.

Per lungo tempo ignorata (soprattutto dalla dottrina processualcivilistica), la Costituzione sollecita, in una parte consistente della civilprocessualistica italiana, un nuovo modo di intendere la 'funzione sociale' del processo, più vicina alla seconda delle accezioni alle quali abbiamo fatto riferimento all'inizio, che sarebbe approdato, intorno agli anni '70 del XX secolo, al «nuovo verbo» della *tutela giurisdizionale differenziata*. Si va diffondendo la convinzione, cioè, che il principio di uguaglianza sostanziale dell'art. 3,

¹⁷⁴ V., in maniera riassuntiva, M. CAPPELLETTI, *Appunti per una fenomenologia della giustizia nel XX secolo*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1978, p. 1381 ss., spec. p. 1420 ss. Il testo costituisce un'anticipazione parziale della voce *Giustizia* per l'*Enciclopedia del Novecento* dell'Istituto della Enciclopedia Italiana Treccani.

¹⁷⁵ CAPPELLETTI, *ivi*, p. 1422 s.

¹⁷⁶ V., in particolare, S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, cit. nt. 1, p. 83 ss.; G.B. FERRI, *Antiformalismo, democrazia, codice civile*, in «Rivista di diritto commerciale», 1968, I, p. 347 ss., spec. p. 372 ss.

¹⁷⁷ V., ancora, CAPPELLETTI, *Appunti per una fenomenologia*, cit. nt. 174, p. 1420 ss.; v. anche PROTO PISANI, *Il processo civile*, cit. nt. 173, p. 45 ss.

2° comma, Cost. e quello di effettività della tutela giurisdizionale, ricavabile dall'art. 24, 1° comma, Cost., non solo tollerino, ma addirittura impongano al legislatore ordinario il ricorso a forme di 'tutela differenziata', adattate alle peculiarità sostanziali delle situazioni giuridiche tutelate¹⁷⁸. La finalità della 'tutela differenziata' è proprio quella di favorire il concretizzarsi del principio di effettività della tutela giurisdizionale e di evitare che determinati interessi, stante la loro particolare natura, siano irreparabilmente pregiudicati se costretti ad attendere i tempi (anche fisiologici) dell'ordinario processo a cognizione piena ed esauriente.

Sulla base di questa impostazione ideologica si spiega, in primo luogo, la scelta di prevedere riti speciali sommari con l'introduzione dello statuto dei lavoratori (l. n. 300 del 1970), diretti a favorire l'accelerazione della tutela giurisdizionale di quelle situazioni sostanziali che, per la loro particolare natura non tollerano i tempi anche fisiologici della processo ordinario di cognizione (e si pensi, in proposito, alla fondamentale norma dell'art. 28 dello statuto dei lavoratori sul procedimento di repressione della condotta antisindacale).

In secondo luogo, si spiega sempre alla luce della medesima impostazione ideologica anche la scelta di approvare una riforma integrale del rito del lavoro nel 1973 (l. n. 533), improntandolo al modello chiovendiano dell'oralità, della concentrazione e dell'immediatezza e – soprattutto – al riconoscimento di una posizione del giudice ben diversa da quella del rito ordinario (e basti considerare, in proposito, la previsione degli ampi poteri istruttori del giudice di cui all'art. 421, 2° comma, c.p.c.) e alla previsione di varie disposizioni processuali che tendono a compensare la situazione sfavorevole in cui generalmente si trova la parte socialmente ed economicamente

¹⁷⁸ A. PROTO PISANI, *Tutela giurisdizionale differenziata e nuovo processo del lavoro*, in «Il Foro italiano», 1973, V, c. 205 ss., per il quale la tutela c.d. differenziata serve ad assicurare «tutela giurisdizionale (effettiva) ad una serie di situazioni di vantaggio nuove a livello di diritto sostanziale». V. anche ID., *Note minime sulla c.d. tutela giurisdizionale differenziata*, in «Diritto e giurisprudenza», 1978, p. 534 ss.; ID., *Sulla tutela giurisdizionale differenziata*, in «Rivista di diritto processuale», 1979, p. 536 ss.; ID., *Ancora sulla c. d. tutela giurisdizionale differenziata*, in «Diritto e giurisprudenza» 1980, p. 751 ss.; L. MONTESANO, *Luci ed ombre in leggi e proposte di "tutela differenziata" nel processo civile*, in «Rivista di diritto processuale», 1979, p. 592 ss. Per l'identico problema con riferimento al processo amministrativo, cfr. M. NIGRO, *Trasformazioni dell'amministrazione e tutela giurisdizionale differenziata*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1980, p. 3 ss.; più recentemente S. MENCHINI, *Processo amministrativo e tutele giurisdizionali differenziate*, in «Diritto processuale amministrativo», 1999, p. 921 ss.; in senso critico, invece, G. ROMEO, *Effettività della giustizia amministrativa: principio o mito?*, *ivi*, 2004, p. 653 ss., spec. p. 677 ss.

più debole, ossia il lavoratore. Sull'esempio del processo del lavoro anche altri settori specifici del contenzioso civile, nei quali emerge una evidente disparità socio-economica fra le parti del processo vengono sottoposti alla medesima disciplina processuale prevista per le controversie individuali di lavoro. È quel che accade per le controversie agrarie e per quelle locatizie.

In terzo luogo, si spiega sempre alla luce della valorizzazione della dimensione costituzionale del principio di uguaglianza sostanziale fra le parti del processo l'apertura di una parte autorevole della dottrina italiana verso i problemi sociali e politici della giustizia civile in generale. Sono di questi anni, infatti, libri come *Giustizia e società* di Mauro Cappelletti, che viene pubblicato nel 1972, e *Processo civile e giustizia sociale* di Vittorio Denti del 1971. In essi la concezione del processo civile come strumento di giustizia sociale viene orientata nella duplice direzione dell'analisi delle conseguenze negative che un'impostazione formalistica, accentuatamente liberale, della giustizia civile produce soprattutto per le classi meno abbienti e della necessità di realizzare riforme più incisive e più ampie, sulla scia degli insegnamenti kleiniani, che vengono nuovamente riproposti. Strettamente legato a questa linea ideologica e alla rivitalizzazione della dimensione sociale del processo, quale strumento di realizzazione del principio di uguaglianza sostanziale, è anche il movimento, tendenzialmente di portata mondiale, del c.d. *Accesso alla giustizia* (*Access to justice*)¹⁷⁹, inteso a rendere effettivi i nuovi 'diritti sociali' derivati dalle nuove Costituzioni e dalle Carte internazionali dei diritti dell'uomo, attraverso interventi di politica del diritto miranti ad attuare in tutti gli ordinamenti processuali contemporanei forme più efficaci:

- a) di assistenza giudiziaria per i non abbienti;
- b) di tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi (come quelli dei consumatori o quelli attinenti alla protezione contro l'inquinamento dell'ambiente) riguardanti collettività o gruppi non organizzati o difficilmente organizzabili;
- c) di risoluzione alternativa delle controversie (*Alternative Dispute Resolution*) che realizzino forme di giustizia «coesistenziale»¹⁸⁰ basata sulla conciliazione la mediazione e su criteri di equità sociale distributiva.

¹⁷⁹ M. CAPPELLETTI (ed.), *The Florence access-to-justice project*, 4 voll., Milano-Alphen aan den Rijn, 1978-1979; ID. (a cura di), *Access to justice and the Welfare State*, Alphen aan den Rijn-Bruxelles-Stuttgart-Firenze, 1981; ID.-B. GARTH-N. TROCKER, *Access to justice*, in «Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht», XL (1976), p. 669 ss.

¹⁸⁰ M. CAPPELLETTI, *Appunti su conciliatore e conciliazione*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1981, p. 49 ss., spec. p. 56 ss.; ID., *Giudici laici*, in «Rivista di diritto processuale», 1979, p. 698 ss., spec. p. 707 ss.

13. *La 'funzione sociale' del processo civile a cavallo del nuovo millennio e il corretto funzionamento dell'economia*

La tendenza alla riaffermazione della funzione del processo civile quale strumento di abbattimento delle diseguaglianze sociali e l'esaltazione della sua dimensione 'egualitaria' è destinata ad esaurirsi con la crisi del *welfare state* degli anni '80 del XX secolo e con la conseguente riduzione dell'interventismo statale al fine di assicurare il benessere sociale. Piuttosto, il diffondersi di politiche neoliberiste negli ultimi decenni del XX secolo e la conseguente riduzione degli investimenti statali anche nel settore della giustizia civile avrebbero spostato l'attenzione del legislatore verso la necessità di rendere più efficiente il funzionamento del processo civile. In questo periodo va rafforzandosi, di conseguenza, la terza accezione del concetto di 'funzione sociale' del processo che abbiamo evidenziato all'inizio del nostro discorso, e cioè quella che – già nel pensiero di Klein e di Menger – individua nel processo civile un fattore di corretto funzionamento dell'economia della società.

Si spiegano in questo modo i numerosi e incisivi interventi riformatori che hanno interessato proprio sul finire del XX secolo molti ordinamenti processuali europei. È significativo il fatto che tali interventi riformatori rispondono tutti a tendenze uniformi e ben precise, orientate sostanzialmente ad adeguare il processo civile al modello ispirato alla 'funzione sociale' e caratterizzate dall'accentuazione del ruolo del giudice nella direzione materiale del processo, dal rafforzamento del sistema di preclusioni, dall'implementazione di modalità di collaborazione fra giudice e parti, dall'introduzione di meccanismi diretti ad evitare forme di 'abuso processuale' e dunque a rafforzare la dimensione etica del processo. È il caso soprattutto della riforma inglese del 1998, di quella spagnola del 2000, di quella tedesca del 2001 e di quelle francesi attuate fra il 2002 e il 2007. In parte, ma con minore incisività, è anche il caso dei numerosi interventi riformatori che hanno riguardato negli stessi anni il nostro processo civile.

Peraltro, nella stessa direzione 'efficientista' sembra porsi anche la Corte europea dei diritti dell'uomo, sia con la copiosa giurisprudenza sanzionatoria dell' 'irragionevole durata' dei processi, sia con la tendenza, manifestata in più occasioni, a porre in stretto legame il diritto ad una 'ragionevole durata' del processo e il ruolo attivo del giudice nella direzione del percorso processuale e ad evidenziare che la rimessione alle parti dell'iniziativa processuale non esime gli Stati dall'obbligo di grantire una durata 'ragionevole' predisponendo adeguati poteri del giudice funzionali a tale obiettivo.

14. *Una nuova prospettiva: la 'funzione sociale' del processo civile nella giurisprudenza della Corte europea di giustizia*

Invece, una prospettiva del tutto nuova di interpretazione della 'funzione sociale' del processo civile, sempre legata, se si vuole, all'idea dello stretto collegamento fra efficienza del processo e corretto funzionamento dell'economia, è emersa e si va sempre più rafforzando per effetto della giurisprudenza della Corte europea di giustizia e della sua incidenza sulla disciplina processuale interna agli Stati membri. Il riferimento, evidentemente, è alla tendenza della Corte sovranazionale ad intervenire in maniera sempre più incisiva sulla disciplina processuale interna agli Stati membri per adeguarla in via interpretativa alla tutela dei diritti di origine comunitaria e in questo modo rendere effettive le libertà fondamentali del Trattato dell'Unione¹⁸¹.

La Corte ha chiarito, infatti, che l'autonomia degli Stati nazionali in materia processuale, riconosciuta dal Trattato U.E., non è affatto incondizionata¹⁸²: essa sussiste intatta, invero, sino a che rispetti determinati criteri, o limiti, elaborati dalla stessa Corte nella sua giurisprudenza.

In altri termini, l'esercizio da parte degli Stati membri dell'autonomia processuale è stato modulato, attraverso gli orientamenti forniti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia in sede di sindacato dei mezzi processuali nazionali, in modo da renderlo funzionale al generale scopo di garantire effettività alle libertà fondamentali e alle disposizioni europee che le concretizzano, secondo un rapporto di sostanziale sussidiarietà. L'autonomia processuale è divenuta così uno «spazio lasciato alla disciplina processuale interna entro gli *standards* o i correttivi di derivazione comunitaria»¹⁸³.

Questi 'correttivi' entrano in azione nei confronti del diritto processuale interno attraverso l'attività giudiziale: o della Corte di giustizia, per mezzo del rinvio pregiudiziale, o dei giudici interni, per mezzo della disapplicazione o dell'interpretazione conformatrice della norma processuale interna in contrasto con i principi di derivazione europea. Ciò con l'evidente finalità

¹⁸¹ Su questa prospettiva evolutiva rinvio ad A. CARRATTA, *Libertà fondamentali del Trattato dell'Unione europea e processo civile*, in «Rivista di diritto processuale», 2015, p. 1400 ss.

¹⁸² Corte giust. UE, 16 dicembre 1976, *Rewe*, in «Raccolta della giurisprudenza della Corte di giustizia» 1976, 1989 ss. e tutta la giurisprudenza successiva a tale pronuncia. Da ultimo Corte giust. UE, 14 marzo 2013, *Aziz*, in www.curia.europa.eu.

¹⁸³ S. AMADEO, *Norme comunitarie, posizioni giuridiche soggettive e giudizi interni*, Milano 2002, p. 311.

di evitare che l'autonomia degli Stati in materia processuale ostacoli la realizzazione degli obiettivi posti dal Trattato dell'Unione. Ebbene, lo strumento che la Corte ha utilizzato per raggiungere tali obiettivi riprende ancora una volta l'idea centrale del modello processuale ispirato alla 'funzione sociale', e cioè il riconoscimento di una posizione rafforzata del giudice all'interno del processo.

Basti pensare, in proposito, alla giurisprudenza della Corte europea favorevole a riconoscere in capo al giudice nazionale (ed a prescindere da quanto previsto dalla legislazione interna) un pressoché generale potere di rilevanza d'ufficio della nullità di clausole contrattuali in violazione dei diritti attribuiti ai consumatori dalla legislazione europea. O a quella che – sempre in tema di tutela dei consumatori – ha ritenuto in contrasto con l'effettività della tutela giurisdizionale la norma processuale interna che neghi al giudice la possibilità di procedere ad un'istruttoria d'ufficio per accertare la natura abusiva della clausola contrattuale¹⁸⁴.

15. L'emergere di tendenze 'neoprivatistiche' sul finire del secolo XX

Per completezza del discorso, infine, non può non accennarsi in questa sede ad alcune tendenze emerse sul finire del secolo XX soprattutto presso la dottrina italiana, ma non solo, che sono state efficacemente definite come «neoprivatistiche»¹⁸⁵, perché finalizzate a riaffermare l'idea 'privatistico-liberale' del processo ed a stigmatizzare come 'autoritaria' qualsiasi soluzione diretta al rafforzamento dei poteri del giudice¹⁸⁶.

¹⁸⁴ Per i necessari richiami rinvio ancora a CARRATTA, *Libertà fondamentali*, cit. nt. 181, p. 1401 ss.

¹⁸⁵ J.C. BARBOSA MOREIRA, *O neoprivatismo no proceso civil*, in «Revista Iberoamericana de Derecho Procesal», 2005, n. 7, p. 13 ss.; poi ID., *El neoprivatismo en el proceso civil*, in J. MONTERO AROCA (coord.), *Proceso civil e ideologia: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Valencia 2006, p. 199 ss. Su queste tendenze v., sempre in senso critico, E. OTEIZA, *El juez ante la tensión entre libertad y igualdad*, in «Revista de Derecho Procesal», 2002, num. extraordinario, p. 220 ss.; J. PARRA QUIJANO, *Racionalidad e ideologia en las pruebas de oficio*, Bogotá 2004, p. 9 ss., p. 15 ss. e p. 51 ss.

¹⁸⁶ V., in particolare, CIPRIANI, *Nel centenario*, cit. nt. 20, p. 969 ss.; ID., *Il processo civile italiano tra efficienza e garanzie*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2002, p. 1243 ss.; ID., *Il processo civile tra vecchie ideologie e nuovi slogan*, in «Rivista di diritto processuale», 2003, p. 455 ss.; ID., *L'autoritarismo processuale e le prove documentali*, in «Il giusto processo civile», 2007, p. 289 ss., spec. p. 293 ss.

Nella medesima direzione anche J. MONTERO AROCA, *La Ley de Enjuiciamiento Civil española y la oralidad*, in *Atti della XVII Giornata Ibero-americana di Diritto processuale*, II, San José 2000, p. 285 ss.; ID., *El proceso civil llamado "social" como instrumento de "justicia"*

In effetti si tratta di posizioni che sono rimaste molto isolate e che non sono riuscite nell'obiettivo che le animava, e cioè quello di superare l'impostazione ormai dominante sulla natura pubblicistica del processo civile e sulla sua 'funzione sociale' e di riaffermare la vecchia impostazione liberale del processo come «cosa delle parti». Ciò non toglie, peraltro, che queste tendenze abbiano avuto, in un particolare momento storico del nostro Paese, ripercussioni (sia pure limitate) anche sul piano legislativo, se si pensa al modello che era alla base del c.d. processo societario, introdotto nel 2004, ma soppresso – dopo ripetuti interventi della Corte costituzionale – nel 2009, il quale sembrava ispirarsi proprio alla convinzione che il giudice dovesse assumere nel processo una posizione assolutamente residuale rispetto a quella delle parti.

Del resto, la più attenta dottrina si è impegnata a dimostrare come non esista alcuna reale connessione fra l'attribuzione al giudice di più incisivi poteri direttivi e istruttori e l'adesione all'ideologia autoritaria e come non sussista parimenti alcuna connessione – al contrario – fra la supremazia nel processo delle parti e l'adesione all'ideologia democratica o comunque non autoritaria. E a riprova di ciò sta la circostanza che – come abbiamo visto – fra le tendenze in atto in molti degli ordinamenti processuali senz'altro predominante è quella di munire il giudice di più incisivi poteri istruttori, oltre che di maggiori poteri di direzione materiale del processo. Come è stato sottolineato – da Michele Taruffo – «l'aspetto più rilevante di questo fenomeno è che esso si manifesta in ordinamenti che sono indiscutibilmente democratici, e che sono rimasti democratici anche dopo aver conferito al giudice autonomi poteri di iniziativa istruttoria, con riforme che risalgono soprattutto alla seconda metà del secolo XX»¹⁸⁷.

autoritaria, in «Revista Iberoamericana de Derecho Procesal», 2004, n. 7, p. 15 ss. e in «Rivista di diritto processuale», 2004, p. 552 ss., con il titolo *Il processo civile «sociale» come strumento di giustizia autoritaria*, e con *Postilla* di G. VERDE, *ivi*, p. 580 ss.; ID., *I principi politici del nuovo processo civile spagnolo*, trad. it. di V. Brattelli e N. Magrino, Napoli, 2002, p. 58 ss. e p. 108 ss. (su questo v., criticamente, G. VERDE, *Le ideologie del processo in un recente saggio*, in «Rivista di diritto processuale», 2002, p. 676 ss.).

¹⁸⁷ M. TARUFFO, *Sub art. 115*, in A. CARRATTA-M. TARUFFO, *Poteri del giudice*, in *Comm. c.p.c.*, diretto da S. Chiarloni, Bologna, 2011, p. 447 ss.; ID., *Per una rilettura dell'art. 115 c.p.c.*, in *La disponibilità della tutela giurisdizionale (cinquant'anni dopo)*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2011, p. 101 ss., spec. p. 123. V. anche ID., *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2006, p. 453 ss.; ID., *L'istruzione probatoria*, cit. nt. 1, p. 111 ss.; ID., *Procedura civile (codice di)*, cit. nt. 18, p. 663 ss. in senso analogo N. PICARDI, voce *Codice di procedura civile (linee delle riforme)*, in «Enciclopedia del diritto», Agg. II, Milano, 1998, p. 219; P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, 2010, p. 244 ss.

16. *Considerazioni conclusive*

Come è emerso dalle pagine che precedono, la valorizzazione della ‘funzione sociale’ del processo civile non solo ha comportato un decisivo mutamento nella concezione dell’istituto processuale, ma ha anche contribuito a cambiare lo stesso metodo di studio del diritto processuale civile. Un mutamento radicale, che inevitabilmente ha portato all’affacciarsi di un modo nuovo di guardare ad esso e al disgelarsi di quei «fiori di ghiaccio», che – come notava sarcasticamente Musil nel suo *Uomo senza qualità* – «nascono così rigogliosi nelle teste dei sapienti di diritto»¹⁸⁸. Questo metodo nuovo, infatti, ha portato a riconoscere che – per citare Klein – «lo squallido, arido, trascurato fenomeno della procedura civile, è invece intimamente legato ai grandi movimenti spirituali dei popoli, e che le sue svariate manifestazioni rappresentano documenti fra i più importanti della cultura umana»¹⁸⁹ e che – per riprendere le parole che Chioventa utilizza richiamando Jhering e la sua *Lotta pel diritto* – il processo civile non costituisce altro che il campo in cui si realizza una delle scene «più agitate e complesse della vita sociale»¹⁹⁰. È stata, questa, la conseguenza più immediata dell’irrompere della ‘socialità’ nella riflessione intorno al processo: come il diritto, anche il processo «non galleggia più, alto, al di sopra della società, ma vi si mescola perennemente, tendendo a registrare le istanze che dal basso si originano, circolano, reclamano accoglimento a livello ufficiale»¹⁹¹.

E tuttavia, non possono essere trascurati i punti deboli di questo nuovo approccio: da un lato, l’esaltazione del ruolo che può rivestire – nel correggere alcune storture, inefficienze o vere e proprie diseguaglianze sociali – lo strumento processuale e, dall’altro lato, l’ingenuità di ritenere che ciò possa avvenire semplicemente privilegiando alcune scelte processuali tecniche (a cominciare dall’accentuazione dei poteri del giudice) rispetto ad altre. L’esperienza del passato insegna che ciò costituisce solo una parte del più complesso problema dei rapporti fra fenomeno giuridico e realtà sociale e del loro difficile governo.

¹⁸⁸ R. MUSIL, *L’uomo senza qualità* (*Der Mann ohne Eigeneschaften*), trad. di A. Rho e introduzione di C. Cases, Einaudi, Torino 1957, ripubblicato nella collana *I meridiani*, Mondadori, Milano 1998, p. 1877.

¹⁸⁹ KLEIN, *Zeit- und Geistesströmungen*, cit. nt. 29, p. 8, nella traduzione di M. CAPPELLETTI, *Aspetti sociali e politici della procedura civile*, cit. nt. 1, p. 104.

¹⁹⁰ CHIOVENDA, *Le riforme processuali*, cit. nt. 114, p. 380.

¹⁹¹ GROSSI, *Il diritto nella storia*, cit. nt. 23, p. 18, il quale aggiunge: «il diritto novecentesco recupera in fattualità, e si segnala nuovamente per la sua carnalità; mescolandosi con la società, che è fatta non di individui isolati e isolabili ma di nessi, di relazioni, di vincolazioni, recupera in socialità recando in sé una linea di tendenza valorizzante dimensioni prima rimosse, il ‘sociale’ e soprattutto il ‘collettivo’».