

RIVISTA ITALIANA
PER LE
SCIENZE GIURIDICHE

Fondata da Francesco Schupfer e Guido Fusinato

SOTTO GLI AUSPICI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
DELLA SAPIENZA - UNIVERSITÀ DI ROMA

DIRETTORE
Mario Caravale

nuova serie

10

2019



JOVENE EDITORE

Il presente fascicolo è pubblicato con contributi del Dipartimento di Scienze Giuridiche e del Dipartimento di Studi Giuridici ed Economici della Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza Università di Roma.

Direttore: Mario Caravale

Direzione e redazione: Sapienza - Università di Roma - Facoltà di Giurisprudenza - Presidenza - Piazzale Aldo Moro 5 - 00185 Roma RM

Comitato direttivo: Paolo Ridola - Enrico del Prato - Luisa Avitabile - Nicola Boccella Enzo Cannizzaro - Mario Caravale - Claudio Consolo - Andrea Di Porto - Laura Moscatti Cesare Pinelli

Comitato scientifico: Jean-Bernard Auby (Parigi) - Jurgen Basedow (Amburgo) - Luigi Capogrossi Colognesi (Roma) - Erhard Denninger (Francoforte) - Pierre-Marie Dupuy (Parigi) - Gianni Ferrara (Roma) - Yves Gaudemet (Parigi) - David Gerber (Chicago) Jane C. Ginsburg (New York) - Peter Häberle (Bayreuth) - Natalino Irti (Roma) Erik Jayme (Heidelberg) - Anne Lefebvre Teillard (Parigi) - Guillaume Leyte (Parigi) Jerome H. Reichman (Durham) - Gunther Teubner (Francoforte) - Michel Troper (Parigi) - Hanns Ullrich (Monaco, Baviera)

Redazione: Cesare Pinelli (redattore capo), Nicola Cezzi, Fulvio Costantino

Amministrazione: JOVENE EDITORE - Via Mezzocannone 109 - 80134 Napoli NA Italia
Tel. (+39) 081 552 10 19 - Fax (+39) 081 552 06 87 - website: www.jovene.it - email: info@jovene.it

Abbonamento: € 35,00

Il pagamento va effettuato direttamente all'Editore: a) con versamento sul c.c. bancario IBAN: IT62G0307502200CC8500241520 o sul c.c.p. 14015804, indicando chiaramente gli estremi dell'abbonamento; **b)** a ricezione fattura; **c)** on line collegandosi al sito dell'Editore: www.jovene.it.

Gli abbonamenti si intendono rinnovati per l'anno successivo se non disdetti con apposita segnalazione entro la scadenza.

Le comunicazioni in merito a mutamenti di indirizzo vanno indirizzate all'Editore.

I contributi pubblicati in questa Rivista potranno essere riprodotti dall'Editore su altre proprie pubblicazioni, in qualunque forma.

Direttore responsabile: Mario Caravale

ISSN 0390-6760

Registrazione presso il Tribunale di Napoli n. 51 del 18 giugno 2010.

Stampato in Italia Printed in Italy

INDICE

PROLUSIONI

- 3 CLAUDIO CONSOLO
La prolusione, nel 1954, di Antonio Segni, fra omaggio a Chiovenda e suggestioni di Carnelutti, su "L'unità del processo" come collante della comunità statale
- 13 ANTONIO SEGNI
L'unità del processo

ATTI DELLA GIORNATA DI STUDI IN ONORE DI PAOLO RIDOLA

- 37 CESARE PINELLI
Presentazione
- 39 PETER HÄBERLE
Indirizzo di saluto

RIFLESSIONI INTORNO AL METODO: COMPARAZIONE E STORIA COSTITUZIONALE

- 45 OLIVIERO DILIBERTO
Esperienza giuridica e comparazione costituzionale. Giornata di studio in onore di Paolo Ridola
- 49 DIAN SCHEFOLD
Sul contributo di Paolo Ridola al dialogo fra Italia e Germania
- 61 GUIDO ALPA
Il messaggio di Paolo Ridola agli studiosi del diritto civile
- 67 MARCO D'ALBERTI
Comparazione giuridica tra storia ed esperienza

- 77 ALESSANDRA DI MARTINO
Culture costituzionali, storia e comparazione
- 107 ANGELO SCHILLACI
«Innanzi al suo mestiere di giurista sta il suo mestiere di uomo». Comparazione costituzionale ed esperienza giuridica nel pensiero di Paolo Ridola
- 129 ALESSANDRO SOMMA
Imparare dalla storia: riflessioni sul metodo del diritto comparato e sul ruolo dei suoi cultori
- 147 AUGUSTO AGUILAR CALAHORRO
Dogmática jurídica y epistemología científica: métodos de investigación en el derecho constitucional
- 199 ANDREA LONGO
Osservando la marea
- 213 MASSIMO BRUTTI
Politica, scienza del diritto, comparazione: un testo di Vittorio Emanuele Orlando
- 231 MARCO BENVENUTI
Qual è la funzione del diritto pubblico? Vittorio Emanuele Orlando e la ricerca di un mos italicus iura docendi della nostra cultura giuspubblicistica nazionale
- 257 GIOVANNA MONTELLA
Legge, potere e Stato nel processo di costruzione teorica di Paul Laband
- 267 GIANLUCA BASCHERINI
A proposito di storia e cultura costituzionale in Italia. Piero Gobetti critico dello Statuto
- 283 FRANCESCO CERRONE
L'esperienza costituzionale fra storia e comparazione (con qualche annotazione sul rapporto fra esperienza giuridica ed economica nel pensiero di Croce, Calogero e Capograssi)
- 301 FEDERICO NANIA
Habeas corpus e tecnica della "retrodatazione" nella prospettiva costituzionale inglese

LIBERTÀ E DIRITTI FONDAMENTALI

- 329 GAETANO AZZARITI
Scienza giuridica e Stato. In dialogo con Paolo Ridola

- 339 LUISA AVITABILE
Una riflessione su libertà e diritti fondamentali
- 351 ROBERTO NANIA
Sui diritti fondamentali nella vicenda evolutiva del costituzionalismo
- 369 FABRIZIO POLITI
“Principio libertà”, dignità umana e multidimensionalità delle libertà costituzionali nelle democrazie pluralistiche. La riflessione di Paolo Ridola in tema di diritti fondamentali
- 389 SALVATORE PRISCO
Linee di un ritratto intellettuale
- 405 GIORGIO REPETTO
Il diritto costituzionale europeo tra pluralismo e storia: su alcune recenti vicende in tema di diritti fondamentali
- 423 ANDERA BURATTI
Diritti fondamentali e tradizione storica: il contributo della Corte Suprema degli Stati Uniti
- 443 CLAUDIO CONSOLO
Origini e limiti del compito specificatore(-congenialmente attivo) del “formante” giurisprudenziale nel processo
- 455 ENRICO DEL PRATO
Dignità e solidarietà: spigolature di un civilista
- 467 LAURA MOSCATI
Paolo Ridola e la storia del diritto. Con un’appendice sulla libertà di stampa nell’Inghilterra del Seicento
- 485 ELISA OLIVITO
Invito a Corte, con cautela. Il processo costituzionale si apre alla società civile?
- 499 MIGUEL AZPITARTE
Los derechos fundamentales en tiempos de crisis
- 511 MARIA IRENE PAPA
La Dichiarazione universale dei diritti umani a settant’anni dalla sua adozione: alcune riflessioni alla luce della giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia
- 531 GIUSEPPE SANTORO-PASSARELLI
La Commissione di Garanzia

- 545 GIULIANA SCOGNAMIGLIO
Sulla tutela dei diritti umani nell'impresa e sul dovere di vigilanza dell'impresa capogruppo. Considerazioni a margine di un confronto fra la legislazione francese e quella italiana

RAPPRESENTANZA, ASSETTI ISTITUZIONALI E PARTITI

- 583 MASSIMO LUCIANI
Paolo Ridola e la forma di governo
- 587 MASSIMO SICLARI
Il divieto di mandato imperativo nella riflessione di Paolo Ridola
- 599 GIUSEPPE COLAVITTI
Il diritto pubblico dell'economia tra storia, dommatica e nuove tendenze centraliste. Brevi note in onore di Paolo Ridola
- 615 GIUSEPPE FILIPPETTA
Democrazia parlamentare e dignità dell'uomo
- 621 CESARE PAGOTTO
Intermediazione e disintermediazione nella funzione rappresentativa parlamentare: comunicazione e pluralismo nell'ambito degli strumenti di sindacato ispettivo
- 649 VINCENZO CERULLI IRELLI
Amministrazione, giurisdizione, legislazione (brevi spunti sui rapporti tra funzioni di governo)
- 679 TOMMASO EDOARDO FROSINI
La rappresentanza politica nella forma di governo
- 691 RENATO IBRIDO
Equilibrio fra poteri ed equilibrio di potenza negli itinerari evolutivi della forma di governo parlamentare
- 709 FULCO LANCHESTER
Mortati e la legislazione elettorale: una lezione sempre attuale
- 727 ELEONORA RINALDI
Brevi note su libero mandato e forma-partito
- 741 ELENA TASSI SCANDONE
Ordinamenti gentilizi e costituzione monarchica in Roma antica. Alcune considerazioni preliminari

L'EUROPA E IL FUTURO DEL COSTITUZIONALISMO

- 757 FRANCESCO RIMOLI
L'ideale europeista e il peso della storia (in margine a un saggio di Paolo Ridola)
- 771 FRANCESCO SAIITTO
Statualità e costituzione nel processo di integrazione sovranazionale. A proposito dei «due tempi» del costituzionalismo nel Novecento
- 795 FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN
Crisi sanitaria, globalizzazione e diritto costituzionale
- 813 ENRIQUE GUILLÉN LÓPEZ
Unidad y pluralismo. Algunas cuestiones problemáticas en el constitucionalismo contemporáneo
- 831 JUAN FRANCISCO SÁNCHEZ BARRILAO
El futuro del Estado constitucional
- 843 ANDREAS HARATSCH
Der entfesselte Prometheus oder Karlsruhes Spiel mit dem Feuer - Ein europäisches Drama
- 867 BENIAMINO CARAVITA DI TORITTO
Il dibattito sul futuro dell'Europa: quali politiche e quale governance per l'Unione dopo le elezioni europee del 2019 e dopo Brexit
- 897 ANGELO ANTONIO CERVATI
Lo studio comparativo del diritto costituzionale e la sua funzione educatrice

RECENSIONI

- 915 MASSIMO CACCIARI - NATALINO IRTI, *Elogio del diritto*. Con un saggio di Werner Jaeger, La nave di Teseo, Milano, 2019 (*Fulvio Costantino*)
- 921 GIANNI FERRARA, *Riflessioni sul diritto*, La scuola di Pitagora editrice, Napoli, 2019 (*Michele Prospero*)

SEZIONE BIBLIOGRAFICA

- 933 ANTONIO ANGELOSANTO
L'acquisizione del fondo librario appartenuto a Gaetano Sciascia, libero docente in diritto romano tra l'Italia e il Brasile

Sono cinquant'anni, che Giuseppe Chiovenda, in una prolusione, che è rimasta giustamente celebre, al corso di procedura civile, che iniziava allora a Bologna, pose in Italia il problema dell'autonomia del processo e del diritto di azione.

Con intuizione profonda, aderente allo specifico corso, nei secoli, della nostra vita giuridica, della quale Egli profondamente conosceva la storia, il nostro grande Maestro risolveva in termini particolari il problema dell'autonomia dell'ordinamento giuridico processuale rispetto non al solo diritto privato, ma al diritto sostanziale in genere; riconosceva il legame fra ordinamento sostanziale e processuale, mettendo questo quasi a guardia di quello con lo scopo di attuare il diritto obbiettivo sostanziale, e da ciò derivava il carattere sostitutivo, o secondario, dell'ordinamento stesso. Organo propulsore del processo civile restava nella sua costruzione, normalmente, la parte che era fornita dal potere (diritto potestativo) di azione, configurato come un diritto della parte, che aveva ragione, verso l'altra, notevole affermazione dell'autonomia e della libertà dell'individuo di fronte al potere dello stato giudice; ma col mettere gli scopi del processo al di sopra di quelli delle parti, contribuiva per questo verso a fondare una concezione unitaria dell'ordinamento processuale, dalla quale traeva Egli stesso importanti deduzioni.

Le teorie formulate allora dal Chiovenda sono state un vivo fermento nella maturazione della scuola giuridica processuale italiana, tanto che un altro nostro Maestro, F. Carnelutti, in un congresso tenuto in terra germanica, oltre due decenni dopo quella prolusione, poteva dichiarare, con fierezza giustificata, che la scienza italiana nel campo processuale aveva così arricchito gli iniziali impulsi della dottrina germanica della seconda metà del XIX secolo, che ormai si affermava non inferiore a nessun'altra scuola straniera, e aveva anzi raggiunto un rigoglio ed una originalità di idee, che la forse troppo matura dottrina processuale germanica dimostrava di non più possedere.

* Prolusione al Corso di diritto processuale civile nell'Università di Roma, tenuta il 30 marzo 1954. Sono omesse le parole di circostanza.

La teoria del Chiovenda inserì nella polemica, che si svolgeva nella dottrina germanica, tra i sostenitori del diritto del vincitore alla tutela giuridica e del diritto astratto di agirne, un elemento nuovo colla concezione del diritto di azione, come diritto fra le parti ma autonomo dal diritto sostanziale, che derivò dalla impossibilità di concepire un diritto contro lo Stato all'esercizio di una sua funzione¹.

¹ La teoria del sommo Maestro italiano, del quale piangiamo ancora la scomparsa e al quale questa prolusione intende essere un tenue omaggio da parte di un modesto discepolo, chiamato all'alto onore di salire sulla cattedra che fu Sua, ha il merito di aver avvertito e fatto avvertire la impossibilità logica di un diritto alla sentenza come diritto verso lo Stato.

La soggezione dell'avversario al diritto (potestativo) di azione non è però che una conseguenza della soggezione delle parti (vincitore e non) al potere dello Stato-giudice, e però si ritorna anche con la teoria del Chiovenda sempre al diritto del cittadino verso lo Stato ad ottenere un provvedimento giurisdizionale.

Questo diritto parrebbe, nel nostro diritto positivo, essere attribuito al cittadino dall'art. 24 della Costituzione, ma il testo di questa norma (meramente programmatica) non fa che constatare la possibilità di agire presupposta dalla esistenza e dalla organizzazione di una funzione giurisdizionale, possibilità che i sostenitori del concreto diritto di agire (verso lo stato o verso la parte) distinguevano dal diritto di azione. La Costituzione (cfr. MORTATI, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, 2^a ed., 1952; 521 e ss.; vedi però CERETTI, *Diritto Costituzionale Italiano*, 3^a ed., 1954, 258-259; LIEBMAN, *Studi per Carnelutti*, vol. II, 446) vieta che la facoltà di agire in giudizio-concessa dall'ordinamento processuale, venga ristretta; ma non si può dire che conceda un diritto processuale o un diritto della personalità: tutela contro ogni restrizione, che il legislatore potrebbe apportarvi, quella facoltà o possibilità di agire, che è il fatto al quale (nel campo del processo civile) è normalmente condizionato l'esercizio concreto della giurisdizione, possibilità che è ammessa dalle norme della legge processuale.

Questa possibilità di agire costituisce diritto verso lo Stato giudice?

Sia che lo si concepisca come diritto di esigere un provvedimento giurisdizionale dallo Stato obbligato, o come un diritto potestativo verso lo Stato, sottoposto all'effetto che consegue al verificarsi delle condizioni perché esso Stato eserciti le sue funzioni giurisdizionali (in altre parole considerare lo Stato soggetto al potere del cittadino di porre le condizioni perché (lo Stato) emetta un provvedimento giurisdizionale) la maggiore difficoltà ad accettare questo concetto proviene dalla natura della funzione statale, che non consente di vederla concepita come tenuta verso il (o soggetta all'atto del) cittadino.

Il Carnelutti, con logico ardimento, ha tratto tutte le deduzioni dalla teoria del diritto astratto di agire, considerando l'esercizio dell'azione verso lo Stato come esercizio di una pubblica funzione (*Sistema*, I, 214-365, 891-893; vedi però ZANOBINI, *L'esercizio privato*, Milano, 1920, 63) e il giudice, come persona fisica, obbligato verso la parte a prestare l'attività giurisdizionale (*Istituzioni*, 2^a ed., I, 206, 207).

A parte la formulazione, vi è in questa considerazione una profonda ed esatta intuizione: che non si può ammettere un diritto soggettivo del cittadino verso lo Stato ad esplicare un'attività che è funzione dello Stato esercitare.

Ma questo nuovo elemento toglie ogni fondamento alla dottrina di un diritto di azione verso lo Stato, tanto che, conscio di questa insuperabile difficoltà, un nostro insigne giurista portò alle estreme

Ha poca importanza concepire questo diritto come astratto o concreto; l'esercizio della funzione giurisdizionale civile è sì condizionato (normalmente) ad un atto di parte, ma questo avviene per la quasi impossibilità materiale della ricerca di ufficio dei casi nei quali la funzione dovrebbe esplicarsi, e il principio subisce subito eccezioni dove l'impossibilità cessa (chiamata in causa di terzi *iussu iudicis*; casi di processi inquisitori; sentenza favorevole al convenuto contumace).

Potrebbe anche ammetterei (vedi ROSENBERG, *Lehrbuch der deutschen Zivilprozessrechts*, 6^a ed., 1954, 410) che vi siano dei casi di diritti subiettivi pubblici verso lo stato che esercita una pubblica funzione; ma particolare è la funzione dello Stato giudice sopra o al di fuori delle parti, per ammettere un diritto delle parti verso lo Stato-giudice. Non vi è nel processo semplice lotta fra le parti: mai come nel processo è vero che le parti, in quanto tali, sono costrette a non essere solo se stesse, ma esprimono anche il loro rapporto col tutto: collaborano ad un risultato che, per un suo aspetto, è di interesse di tutti: la certezza è un bene (processuale) per le parti e lo Stato giudice.

È per questo che deve escludersi il diritto astratto di agire; ed ammettere un semplice potere, concesso nell'interesse del singolo e della funzione giurisdizionale, entrambi interessati alla certezza giuridica.

Questo potere è un potere processuale, perché nasce ed opera nell'ordinamento del processo ed è un potere che si esaurisce col suo esercizio relativamente a dati soggetti ed oggetto, quando si formi la cosa giudicata sostanziale.

Che questo potere possa essere chiamato azione, anche nella nostra legge, non è da contestare (vedi REDENTI, *Diritto Proc. Civile*, vol. I, 1952, 45 e s.); e che la stessa legge chiami più spesso azione il diritto sostanziale, visto sotto un determinato profilo, non è neppure contestabile.

J. Goldschmidt, che con compiutezza e profondità ha fatto la critica ai concetti tradizionali (rapporto giuridico processuale collocamento per il diritto concreto di agire in un campo intermedio, il Materielles Justizrecht, GOLDSCHMIDT, *Teoria general del processo*, Barcellona, 1936, e *Festschrift für Brunner*, 120 e ss.; ROSENBERG, *op. cit.*, 415): il diritto sostanziale visto come norma per la decisione del giudice.

Non ha conforto né nella tradizione né nella legge, invece, concepire la azione come il diritto processuale di ottenere una sentenza (anche contraria a chi domanda) sulla esistenza o inesistenza del diritto sostanziale. Secondo il Liebman si tratta di un diritto soggettivo, processuale e astratto, in quanto non legato all'esistenza del diritto subiettivo (*loc. cit.*, 447 ss. e BETTI e JAEGER, *ivi*, cit.; *Corso di Diritto Processuale Civile*, Milano, 1952, 31 e s.). L'azione sarebbe un diritto ad un provvedimento su un dato oggetto, ma non di un provvedimento conforme alla domanda, e però indipendente dal diritto sostanziale; se non vi è esercizio di azione, nel senso indicato, non vi è esercizio di giurisdizione.

Questa conclusione è inammissibile perché è certo che la sentenza che rigetta la domanda non per inesistenza del diritto in concreto, ma per mancanza di legittimazione o di interesse o per inammissibilità delle vie giudiziarie dà luogo alla formazione della cosa giudicata (cfr. SEGNI, *Commentario del Codice Civile*, diretto da A. Scialoja e

conseguenze la teoria, considerando l'esercizio dell'azione come esercizio di pubbliche funzioni.

Il vero è che non può concepirsi sotto nessun aspetto un diritto verso lo Stato all'esercizio di una sua funzione. Che lo Stato, che ha la funzione giurisdizionale, abbia interesse a espletarla e perciò istituisca i suoi tribunali, che debba perciò ammettere tutti i soggetti a proporre domanda per poter discernere chi ha ragione, e chi ha torto, che dia ragione, in determinate situazioni, anche a chi non

G. Branca, lib. VI, 342), e non può perciò negarsi il carattere squisitamente giurisdizionale del provvedimento.

Ma, in fondo, tale concetto di azione è una variazione quantitativa e non qualitativa dell'azione in senso astratto, o della *Rechtsschutzanspruch*. Quando si afferma che il diritto di azione è il diritto di ottenere una sentenza favorevole o sfavorevole sul merito, questo non è che un caso particolare del diritto (o meglio potere) di ottenere un provvedimento giurisdizionale (favorevole o sfavorevole). È una specie di un genere, ma genere e specie hanno la stessa natura: il diritto (o potere) ad un provvedimento giurisdizionale (anche contrario) sul merito sussiste se esista un diritto ad un provvedimento giurisdizionale senz'altra specificazione; il che riconosce il Liebman attribuendo però solo al primo natura processuale. Ma non può esservi questa differenza di struttura fra i due diritti o poteri; non possono esser diversi sol perché si ha torto nel merito, o per altra ragione: il potere è sempre di un identico contenuto; porre in essere le condizioni perché venga emanato un provvedimento giurisdizionale. Il potere di agire in giudizio (anche a torto) è concesso a tutti coloro, che credono di avervi interesse, solo perché ciò richiede l'interesse che ha lo Stato a dar ragione a chi l'ha, e nelle controversie civili non si è trovato altro mezzo per dar ragione a chi l'ha (non consentendolo la natura delle controversie e la struttura del processo) se non concedere il potere di ottenere un provvedimento anche a chi ha torto.

Un secolo di polemiche sul diritto di azione hanno dimostrato un lento spostarsi delle concezioni da una estrema concretezza del diritto di azione (diritto distinto dal diritto subiettivo sostanziale, ma pur sempre legato ad una situazione di diritto sostanziale) ad una estrema astrattezza, che porta a negare all'azione natura di diritto subiettivo e attribuirgli quella di potere. Non vi è in questa evoluzione una relazione con l'ordinamento costituzionale e politico dello Stato (vedi però il denso scritto di CALAMANDREI, *Relatività del concetto di azione*, in *Riv. di Diritto Proc. Civile*, 1939, 1, 32 e ss.), giacché in regimi assoluti abbiamo esempi di legislazioni diversissime (si pensi alla Ordinanza di Luigi XIV e al Code di Napoleone I e alla legislazione di Federico il Grande) che possono condurre a diverse concezioni della azione o addirittura ad escluderla nella parte.

Ma l'estendersi del campo d'azione dello stato contemporaneo, della funzione giurisdizionale alla tutela di interessi semplici, non individuali ma generali, le nuove strutture del processo moderno che portano ad una maggiore estensione dei poteri dello Stato-giudice anche nel processo civile, mi portano ad accogliere il concetto astratto di azione configurata non come di rito subiettivo, ma come potere concesso ai singoli per un interesse proprio e generale.

chiede il provvedimento (al convenuto contumace), sono posizioni del diritto positivo che non possono conciliarsi tutte con nessuna delle teorie del diritto di azione sin qui elaborate, che vedono sempre la situazione da un punto di vista unico, che non cercano di contemperare e riunire i punti sotto quel che di comune vi è fra essi!

Un valente studioso² ha recentemente riconosciuto la necessità di una considerazione meno unilaterale del problema; non devo qui dire se la soluzione proposta abbia una sua giustificazione, ma è importante ricordare la necessità, sentita, dalla quale parte questo tentativo, di mettere a fuoco il problema considerando i tre punti di vista.

La polemica sul diritto d'azione si sta trascinandolo, senza vie d'uscita, stancamente ripetendo vicendevolmente le vecchie ed insuperate obiezioni, tanto che un nostro insigne giurista, P. Calamandrei, ha giustificato questo stato col principio della relatività del concetto di diritto d'azione.

Io preferisco cercar di trarre dalla polemica l'unico frutto consentito, che è quello che la costruzione del diritto d'agire in giudizio fra le parti o verso lo Stato urta in difficoltà insuperabili, perché nel processo più che al contrasto di interessi si deve pensare ad armonizzare interessi più che contrastanti, convergenti da diverse parti.

E la funzione giurisdizionale, che può svolgersi anche senza richiesta di parte³; è dunque tale che essendo esplicita nell'interesse generale, lo è in pari tempo in quello delle parti in contesa, che agiscono quindi per un interesse che non è solo loro, ma della collettività, fatto non certo eccezionale nella nostra società contemporanea nella quale i riflessi delle nostre azioni si estendono oltre la nostra stessa volontà e l'azione si obbiettivizza, per così dire, negli scopi complessi della norma generale che l'ha regolata.

² LIEBMAN, *L'azione nella teoria del processo civile*, in *Studi in onore di Francesco Carnelutti*, vol. II.

³ Nel nostro ordinamento si verificano tanto casi di provvedimenti emessi senza, e anche contro, la domanda di parte: tale nel processo civile l'accertamento costituito dal rigetto in merito della domanda nel caso di contumacia del convenuto; nel processo penale l'assoluzione dell'imputato confesso e contro le conclusioni del P.M. (caso di scuola, ma consentito dalla nostra legge); quanto casi di procedimenti civili o penali iniziati senza domanda di parte (dichiarazione del fallimento d'ufficio; art. 458 C.P.P.). Possiamo quindi avere dei casi di giurisdizione senza azione, come dice il Chiovenda; la domanda di parte non è essenziale per l'esercizio del potere giurisdizionale, ma è un meccanismo perché esso non funzioni a vuoto.

Quale è questo fine unitario del processo? Le posizioni regolate dal diritto sostanziale sono posizioni di conflitto, che il diritto risolve imponendo un comando. Ma questo comando come si presenta al giudice? Formalmente noi vediamo il diritto sostanziale presentato anche come un comando al giudice di giudicare, conforme ad esso; ma è un comando che, per il potere giurisdizionale, non ha sanzione⁴. Esauriti i controlli che il processo nel suo ambito stesso pone all'attività degli organi giurisdizionali, qualunque pretesa violazione del diritto sostanziale non ha sanzioni nei confronti del giudice; per esso il diritto sostanziale è non comando da eseguire, ma semplice regola del giudizio.

Il compito essenziale del processo non può perciò concepirsi come attuazione di comando, sostanziale, ma deve trovarsi in, una attività propria specifica del processo stesso, e questa è l'attività diretta a ottenere la certezza (processuale).

Tutto l'ordinamento giuridico tende alla certezza: e l'esigenza è comune a tutti i soci: anche il giudizio procura questa certezza, fine e dell'ordinamento giuridico e delle singole parti di esso.

Le esigenze della *salus*, della *securitas*, che il diritto procura, che servono perché esso raggiunga il suo scopo, di garanzia delle azioni umane⁵, sono ritenute come essenziali nell'ordinamento giuridico in tutti i tempi.

Ciò non vuol dire una esigenza meccanica di forma, di legalità estrinseca; il diritto si forma attraverso una serie di valutazioni che, con sacrificio di interessi particolari, tendono ad assicurare all'azione il raggiungimento dei suoi fini. Occorre che «l'iniziativa morale dell'azione sia garantita nel suo svolgimento»; occorre «che il soggetto possa prevedere come la azione sarà qualificata e si inserirà nella vita sociale».

⁴ Cfr. GOLDSCHMIDT, *Teoria general del processo*, Barcellona, 1936, 41 ss. Mi riferisco alle sanzioni applicate da organi fuori dell'ordinamento giurisdizionale, non nell'interno dell'ordinamento (mezzi di impugnativa, azioni di nullità).

⁵ Questo principio è da accettare, qualunque sia la concezione che si abbia del diritto obbiettivo. Esso, col costituire la trama, il tessuto connettivo sul quale si svolge la vita associata, opera non diversamente dalle leggi fisiche; chi opera può prevedere l'effetto della sua azione, e anche contare che esso si realizzerà coattivamente (da questo fenomeno si è desunta l'esistenza di un concreto diritto di azione). Su questi punti vedi LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, ristampa, Roma, 1950, 75 ss. e ivi, cit.; S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, 76 ss.; CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, vol. I, 14 ss.; *Teoria generale del diritto*, 23 ss.

Perciò l'esigenza della certezza, che è anche esigenza di giustizia, permette agli uomini di contare, nella stessa misura per tutti, sulla portata delle loro azioni, ed è una esigenza completa.

La certezza dell'ordinamento obiettivo si trasfonde nei regolamenti delle singole azioni: non vi sono lacune nell'ordinamento giuridico che lascino scoperti settori dell'esperienza giuridica. La norma per la sua generalità deve subire un lavoro di applicazione, ma questo ha relazione solo coll'evidenza della norma, non colla sua esistenza per il principio stesso della non lacunosità del diritto.

I sistemi dei paesi nei quali vige il principio del precedente giurisdizionale obbligatorio, dimostrano che vi è l'esigenza della concretezza, ma sono effettivamente meno efficaci per soddisfarla dei sistemi latini e germanici delle codificazioni e delle leggi o norme astratte. Ma la certezza, guida e faro dell'attività dei soggetti, può mancare, facendo mancare il raggiungimento del fine dell'ordinamento.

La certezza manca per l'insorgere del dubbio: il dubbio può sorgere anche da fatti obiettivi. Esso perciò ha una maggiore estensione della lite o controversia. Questa sorge da una contestazione, da un fatto dei soggetti del diritto, ma il dubbio può derivare da situazioni obiettive o da parte di terzi; la perdita di un documento, la morte di una persona, la modificazione, per opera della natura, dei luoghi, sono ad esempio fatti indipendenti dalla volontà di contestare; che fanno mancare nel soggetto e nell'ordinamento la certezza, che rendono necessario il provvedimento atto a ristabilirla.

Il processo è il risultato dell'«anelito del diritto al certo»: eliminare il dubbio significa per il soggetto non solo realizzare la cosa sua «de qua agitur», ma anche realizzare la certezza, che è l'aspirazione, il fine del diritto, come il fine dei singoli.

In questa realizzazione della certezza convengono quindi gli interessi dell'ordinamento e dei singoli implicati in questa ricerca del certo.

L'unità degli scopi dei singoli attori del dramma processuale ci porta alla conclusione che le parti, e quindi l'istituzione, il processo, ricercano, danno la certezza. Il processo è veramente *actus trium personarum*: cioè un'attività comune alle tre persone (giudice attore convenuto) del dramma processuale. Questo fine, che unisce i singoli all'ordinamento giuridico, è presente nelle varie forme di processo; è il dato fondamentale comune di esse.

Ma una domanda si pone subito. Certezza o giustizia? O certezza e giustizia? L'antitesi è forse sorta dalla debolezza umana, che pretende di poter ottenere quello che non può, che crede sempre sè nel giusto e gli altri nell'errore. Dal campo speculativo essa è discesa alla facile e superficiale satira della giustizia dipendente dallo stomaco dei giudici, dai dadi alla sorte dei quali si potrebbe rimettere la decisione delle liti, con vantaggio rispetto al giudizio dei giudici!

L'ordinamento processuale si è posto, ed ha risolto, il problema della certezza: certezza in cerchia anche limitata, ma indiscutibile certezza. Ma una possibile distorsione del giudizio, per cui certezza e verità, certezza e giustizia non collimino non è stata esclusa in questo ordinamento ed è stata considerata valida nell'ordinamento processuale nelle limitate ipotesi in cui si ammette che il giudicato possa esser attaccato con i mezzi straordinari di impugnativa, consentiti da ogni ordinamento processuale. In questi limiti l'ordinamento processuale ammette una esistenza (giuridica) della possibile ingiustizia e ne trae le conseguenti determinazioni per eliminarla; fuori di questi casi, l'ordinamento processuale la considera, per ragioni non solo pratiche ma anche di principio, indifferente.

Il problema non è quindi dell'ordinamento processuale: questo ha nelle sue norme adottato il sistema, che ha ritenuto più adatto, per rendere dinanzi al giudice la realtà extra-processuale.

Tutto il processo, nelle varie epoche, è pervaso da questo anelito alla ricerca della verità e quindi alla realizzazione della giustizia. I sistemi di diritto positivo nelle loro minuziose prescrizioni sull'istruttoria rispecchiano la necessità di garantire la sostanziale giustizia nella ricerca della verità extraprocessuale. Anche quelle forme che a noi sembrano più lontane da questi concetti e vestite di mero simbolismo, come quelle delle prove dell'antico processo germanico, ad una più attenta considerazione della vita sociale e giuridica si riscontrano come idonee a ritrovare il difficile filo della verità nei tempi in cui esse funzionarono sostanzialmente, nella prova più comune ed importante, con esse il giudizio era trasferito dal giudice al gruppo sociale, al quale apparteneva uno dei contendenti, e che era meglio in grado di valutare gli spesso imponderabili elementi di ogni caso giudiziario⁶.

⁶ Lo scopo comune alle istruttorie dei processi dell'epoca moderna non può sfuggire ad un esame appena approfondito. Se anche pare trovarsi pur oggi un contrasto tra

E le forme, le complicate forme processuali, sono il presidio della sostanziale giustizia: assicurano una parità di trattamento fra le parti, affidata alla forma obbiettiva della legge, non al mutevole impressionabile giudizio dell'uomo; creano tra la materia, spesso passionale, del processo e il giudice uno strato isolante il giudizio dalle accese contese umane. Dove si è voluto, dal potere statale, violare la giustizia si è ricorso più che a giudici speciali a giudizi con forme speciali, o senza formalità⁷.

la prova civile e quella penale (arguibile dall'art. 21 C.P.P.), questo contrasto si limita alla struttura non alla funzione delle prove.

Le regole dell'esperienza che guidano il giudice nel valutare la prova sono, più che limiti, guida nella sua libertà di convinzione anche se non sono diventate norma di legge: queste, se hanno forma legale, rappresentano una maggiore ansia nella ricerca della realtà.

Altro è il caso di talune prove di antichi processi: qui la prova è libera ed offerta a quelli che a prima vista sembrano essere strumento di prova. Nel processo germanico primitivo i coniatori (consacramentales) sono gli effettivi giudici della parte che li invoca, tanto che da essi sorgerà più tardi l'istituto della giuria: SCHWERIN, *Germanische Rechtsgeschichte*, 2^a ed., 1943, 48, 216, 218; BRUNNER, *Deutsche Rechtsgeschichte*, 2^a ed., vol. I, curato da Schwerin, 689 e ss.

Né la evoluzione è strana. Anche il testimonia, in sostanza compie un giudizio su quanto ha percepito coi sensi, ed espone questo giudizio (ha visto l'accusato o la cosa o non è stata illusione?) così come fa il giudice nell'apprezzare le cosiddette prove dirette (cfr. CARNELUTTI, *Lezioni sul Processo Penale*, I, 209-211).

La prova per giuramento ha un effettivo valore probatorio, per le sanzioni religiose, morali e penali che lo accompagnano e questo valore era riconosciuto anche in tempi recenti da Silvio Spaventa.

Essa non aveva certo minor valore delle controprove che si sarebbero potute offrire; da ciò il suo valore di prova legale (norma di esperienza eretta a norma di legge). Anche nella esperienza pratica sarebbe importante poter accertare i casi in cui, pur nella vita moderna, un giuramento purgatorio è offerto con piena prova, per stornare un dubbio, liberarsi da un'accusa; nei miei ricordi trovo la costumanza che in Sardegna ammetteva il giuramento di purgazione da un'accusa o da un sospetto, ad evitare liti, vendette etc., giuramento al quale si arrivava per l'intervento degli uomini saggi della comunità.

Nei tempi attuali nei quali tanta fede si presta alle macchine e ai sieri della verità, non è più lecito considerare ironicamente le ordalie dei processi primitivi, che del resto non erano le prove più usate.

⁷ Solo chi non ha la pratica del giudicare (e non come giudice solo, ma in tutti i casi nei quali si è costretti a un giudizio) può negare il valore, ai fini della giustizia intrinseca, delle forme del processo. Esse servono da diaframma tra il giudice e la materia del giudizio; impediscono alle passioni di deviare, sia pure inavvertitamente, l'ago calamitato della giustizia. Il giudice che più fallisce è quello che troppo fida di sè, e non conta sui servizi che la legge gli offre. Il MANZONI, *Storia della Colonna infame*, ed. Bompiani, Milano, 1942, 34, 37, 89, 104, 116, 148-49, rileva che solo violando le norme procedurali poterono essere condannati i supposti diffusori della peste.

Ma esperiti i mezzi considerati dalla legge, ciò che non è stato percepito dal giudice è fuori dell'ordinamento: non est in mundo, così come per l'osservatore uomo non sono nel mondo certe lunghezze d'onda o certi elementi della materia, che sono percepibili solo da appositi strumenti. Ma poiché il giudice è un uomo, e non una macchina, né può farsi sostituire da macchine nella sua funzione, l'ordinamento processuale deve considerare i fatti, non percepiti dall'uomo-giudice, come fuori dell'ordinamento, e quindi il problema del processo è di quello che consta, di quello che risulta nel processo, non di quanto ne è fuori.

Processuale è certo il problema del cattivo giudizio su quanto risulta, ed a questo vuol dare soluzione il sistema delle impugnative. Ma l'organizzazione in più gradi di giurisdizione risponde alla necessità della certezza. Se il giudice fosse unico come è il legislatore, la certezza sarebbe meglio assicurata per ragioni evidenti, che se i giudici sono più: è a questo scopo che taluni ordinamenti hanno adottato il sistema dei precedenti obbligatori⁸. Restringendosi il numero

Nel processo che portò alla condanna dei patrioti, giustiziati a Belfiore, la stretta osservanza della legge processuale, in un processo per sua natura politico, salvò la vita ad alcuni imputati.

E la condanna di Socrate fu dovuta ad un aperto dispregio delle norme processuali: GLOTZ, *La città greca*, Torino, 1948, 298-299; MEIER, SCHOMANN, LIPSIVS, *Der Attische Prozess*, 1887, 218.

I giudici speciali richiamano, inevitabilmente, forme di procedimento. Queste, più che quelli, sono strumenti di deviazioni della giustizia. Ad esempio, il tribunale rivoluzionario, istituito il 13 marzo 1793 dalla Convenzione, andava troppo lentamente nelle sue procedure e cautamente nell'accertamento della colpevolezza: si volle una legge, che sbarazzasse il tribunale di «quelle forme che offuscano una chiara convinzione», e così si arrivò alla condanna dei Girondini: cfr. A. MATHIEZ, *La rivoluzione francese*, Torino, 1950, vol. III, 129-131.

⁸ Le idee, che nell'Europa continentale ispirarono la codificazione circa un secolo e mezzo fa, furono quelle di dare un diritto eguale e stabile, ispirandosi (quale più e quale meno dei codici allora promulgati) a principii astratti ed assoluti: cfr. FILOMUSI GUELFI, *La codificazione civile e le idee moderne che ad essa si riferiscono*, Roma, 1887, 7 ss.

L'astrattezza della norma di un codice può sembrare in certo senso in contrasto con la certezza (cfr., LOPEZ DE OÑATE, *op. cit.*, 94 ss.): da ciò il carattere più casistico di certe codificazioni (come il Codice civile prussiano del 1794, in confronto al Codice francese ed austriaco) nonché della legislazione anglosassone anche moderna.

Il massimo sforzo verso la certezza può parere quello dei precedenti obbligatori; ma ciò è vero solo in teoria, giacché è impossibile prevedere tutti i casi controversi, specie colla complicazione della società moderna: cfr. BIGLAVI, *Il diritto giudiziario - Studi urbinati*, VII, 1933; LOPEZ DE OÑATE, *op. cit.*, 111.

dei giudici man mano che la piramide giurisdizionale si eleva, e per l'influenza di fatto che la pronuncia del giudice superiore ha sull'inferiore, si diminuisce l'incertezza sui probabili risultati del processo, si sussidia la certezza della norma con la certezza della sua applicazione (nel senso già detto) nel processo.

Tutto l'ordinamento del processo tende quindi a giustificare il risultato conseguito; il meccanismo giudiziario tende ad escludere i cascami, cioè il sottoprodotto della ingiustizia; tende a rendere prevedibili i risultati del processo, dando così un contributo alla certezza del diritto sostanziale. Ma, finito il processo, la immutabilità della decisione dimostra soprattutto che il fine giuridico del processo è la certezza e che nell'ordinamento processuale il conflitto non trova la sua sede, perché per esso certezza è anche giustizia⁹.

Il processo raggiunge così la certezza, che è anche la verità giuridica. Vi è certo un costo della certezza, ma questo costo si può ammettere solo da un punto di vista speculativo. Né questa considerazione supera col ricorso al concetto metafisico o istituzionale del processo, come già tentò Wach, perché dovendo trovare un indice specifico del processo, esso deve adattarsi a tutti i casi: una legge del processo deve trovare il minimo comune denominatore di tutte le ipotesi e deve perciò partire da un'osservazione «empirica» che tenga conto della realtà

Né si viene ricercando qui solo un dato unitario del processo e, come vedremo, delle sue varie forme, ma anche un dato differenziale dalle altre attività statali.

Non può non considerarsi pertanto che la giustizia è norma di tutta l'attività statale e che questa attività si va estendendo sempre più nello Stato d'oggi: la giustizia amministrativa è sorta per controllare se l'Amministrazione abbia agito secondo ius, secondo giustizia, come è compito dello Stato; il legislatore ha sempre problemi di composizione, di giustizia, fra interessi contrastanti. Specifica caratteristica della giurisdizione è invece che il suo compito è attuato con

⁹ La cosa giudicata consiste, essenzialmente, nel vincolo dell'ordinamento giurisdizionale al giudicato; ma ciò non significa che la cosa giudicata non abbia anche un valore sociale e morale: cfr. SEGNI, sull'art. 2909 cod. civ., in *Commento al Codice civile*, diretto da A. Scialoja e G. Branca, libro VI, 297 e ivi cit.

Il «pro veritate habetur» non significa già che la cosa giudicata stia in luogo della verità, ma che sta «quale verità».

carattere di *definitività*: di fronte alla abrogazione delle leggi ed alla revocabilità degli atti amministrativi, la sentenza passata in giudicato fa *stato*: sta come non più modificabile, come *certezza definitiva*. È questo il dato specifico della cosa giudicata, ed è questo il dato specifico del processo, che dal suo atto finale, la sentenza, vede impressa la caratteristica a tutto il suo ordinamento ed alla funzione statale, che in esso ordinamento opera, e che in esso ritrova unità.

Vi sono è vero dei surrogati di certezza ottenuti con atti privati, amministrativi o, sia pure, legislativi; ma mancano di una o di tutte e due le caratteristiche della certezza giudiziale. L'accertamento amministrativo non è definitivo, ma sempre revocabile; così quello legislativo. Questo poi e l'accertamento contrattuale hanno le vesti formali dell'accertamento, ma non il contenuto, giacché il valore di questi atti prescinde completamente dal riferimento logico alla situazione da accettare.

È vero che questa legge del processo non a tutti appare come una necessità dell'ordinamento processuale: le eccezioni, negli ordinamenti positivi, sono però così limitate¹⁰ che possiamo benissimo parlare della certezza, come di una legge naturale del processo, oggi che si è scoperto che anche leggi del mondo fisico sono niente più che leggi statistiche. Si aprirebbe nell'ordinamento statale una grande lacuna, se esso non presentasse, accanto al sistema che assicura la certezza alla norma, anche quella per riparare alla incertezza nel suo concreto realizzarsi: e in questo senso il risultato del processo può ritenersi *lex specialis*. E la lacuna sarebbe non del processo, quanto di tutto l'ordinamento, e ciò fu avvertito da tempo: troviamo in Cicerone già l'affermazione che la stabilità dello Stato *maxime rebus iudicatis continentur*.

È però da osservare che corrispondentemente alla polemica sul diritto d'azione si è svolta quella sugli scopi del processo.

Due tendenze principali si contrappongono in relazione alla concezione dei rapporti fra diritto sostanziale e processo che si ri-

¹⁰ Le eccezioni a questo principio sono rare: vedi citazioni nel mio scritto citato in nota precedente, 296-97.

L'eccezione più notevole è quella del processo canonico: essa corrisponderebbe alla natura del diritto canonico, nel quale, secondo qualche scrittore, la esigenza della certezza è subordinata ad altre esigenze; su questo assai controverso punto v. LOPEZ DE OÑATE, *op. cit.*, 120-21.

flettono sulla concezione degli scopi del processo: la concezione dichiarativistica del processo e quella della partecipazione alla formazione del comando giuridico sostanziale.

Ma su questo punto non è necessario che un cenno, potendo prescindere per la formazione del quadro generale degli scopi del processo, che permettono l'identificazione del suo campo e il riportare ad unità le varie forme di esso.

Dove si ritenga che il giudice compia nel processo non solo attività intellettuale ma anche volitiva nel campo del diritto sostanziale, e il comando del giudice si ritenga parallelo a quello che per opera della legge si è già concretato nell'azione, o un comando che ripeta il comando della legge, lo scopo del processo resta sempre e solamente quello di eliminare l'incertezza: è in discussione il mezzo non il fine. Certezza non è termine che equivalga ad accertamento.

Diversamente sarebbe se si concepisse il processo come sistematicamente destinato a produrre il diritto obbiettivo, o il diritto subbiettivo venuto a mancare per la contestazione.

La prima teoria, che ha pure il suo titolo di nobiltà in un celebre libro del Bülow ed ha trovato variazioni nuove nella dottrina del diritto libero, è più una insidia al diritto, che al processo; è da respingersi per i motivi stessi per i quali, come ho detto pocanzi, viene concepito il diritto come garanzia; come misura di valore al quale inerisca come essenzialità il principio della certezza; questo esclude che la formulazione ne avvenga caso per caso dal giudice; teoria seducente, ma negativa rispetto ai compiti del diritto, e strumento solito delle dittature.

La stessa contraddizione coi caratteri della legge ha la teoria che il processo abbia a servire a creare il diritto subbiettivo, posto nel nulla dalla contestazione: qui veramente si attribuirebbe al dubbio, o alla contestazione, un effetto sostanziale, che non si può pensare di dargli, perché dubbio e certezza sono fatti della sfera del processo: soprattutto anche con questa tesi la norma mancherebbe alla sua funzione di garanzia dell'azione, nella quale la norma si è concretata.

Questa fatalità del meccanismo, con cui la legge compenetra l'azione in sè e le fornisce le sue caratteristiche e le concede le sue garanzie, non può esser spezzata dalla contestazione di un soggetto, senza che questa non colpisca, oltre l'azione, la legge che la riconosce, e questa contraddizione al meccanismo di agire della norma non è giustificabile né ammissibile.

Vi è un gruppo di formulazioni che, accettando questo ultimo concetto, e supposta l'autonomia del diritto sostanziale dal processo, pongono a scopo di questo l'attuazione della legge, o delle sue sanzioni o della tutela giuridica. Non è difficile vedere come in questi casi lo scopo del processo è concepito unilateralmente. Derivate da un concetto dell'azione elaborato partendo dalla posizione del vincitore esse vedono lo scopo del processo più o meno accentuatamente sotto il profilo della parte vincente, e, sempre prevalente, dello Stato: visione che mi appare unilaterale, e che concepisce il giudice come impegnato in una lotta, contro l'inadempienza anziché essere la guida imparziale per passare dal dubbio alla certezza, in modo che la dichiarazione della legge diventi fonte per la spontanea adesione delle parti.

E, anche più tecnicamente, le diverse formulazioni credono di poter versare nell'unica formula forme di struttura (e di natura) diverse, costringendo, ad esempio, l'accertamento negativo nella formula dell'attuazione della legge o di sanzioni.

Una via alle considerazioni che io ho esposto è stata aperta, con un maggior senso non solo della realtà pratica ma dei fondamenti etici del diritto e del processo, dagli insigni scrittori che han visto nel processo lo strumento per mantenere la pace giuridica, che di esso costituisce lo scopo. La pace giuridica è lo scopo però di tutto l'ordinamento del diritto, o meglio che lo scopo è il risultato dell'ordinamento stesso. Naturalmente tra diritto e processo mi pare vi sia a questo riguardo una differenza: la pace procurata dalla legge segue ad un conflitto di interessi e di volontà, mentre nel processo il conflitto di volontà può o non può esservi; vi è invece quello stato delle nostre percezioni, che chiamiamo dubbio.

Il legislatore elimina il conflitto di volontà con una norma la cui produzione è libera; la discrezionalità del legislatore non può avere limiti come quella dell'esecutore. La eliminazione dell'incertezza del dubbio da parte del giudice avviene su binari prefissati a chi lo risolve.

Lo scopo della pace sociale, nell'organizzazione della giustizia, è messa in evidenza da giuristi di tendenze diverse; anche chi vede lo scopo del processo nella concessione della tutela giuridica lega a questa lo scopo di pace, che la attuazione della tutela importa in sé: sarebbe come dire una pace imposta più che trattata.

Il nostro Carnelutti ha invece più esattamente affermato che la pace, che il processo procura, non può che seguire ad una eliminazione (composizione) della lite, della contestazione.

Alla teoria del Carnelutti, che colloca il fine del processo nella «giusta composizione della controversia» e contiene certo profonde intuizioni, si sono opposte obiezioni dogmatiche che non mi sembrano superabili; l'esistenza di una controversia come conflitto, obiettivo di volontà, non sempre esiste (es. la contumacia, riconoscimento delle azioni); pur essendovi processo e esercizio di giurisdizione ecc.

Ma vi è in questa costruzione la concezione del processo come mezzo per unificare in una sintesi la posizione originariamente antitetica delle parti: può parere che il processo esaspera il conflitto, ma opera, se mai, come fanno certi farmaci che rendono acuto un processo morboso cronico per poterlo guarire. In ogni caso, ristabilire la certezza è un procedimento per eliminare più un dissenso di opinioni che non un conflitto di interessi e volontà.

L'incertezza, il dubbio che la sentenza, il processo rimuove, sono un fatto subbiettivo ma non sono derivati sempre da situazioni subbiettive: possono esistere senza che essi debbano esser attribuiti alla controparte, o sono messi in essere da eventi naturali.

Come l'incertezza sorge da fatti non attribuiti alle parti, così la riparazione dell'incertezza può chiedersi da chiunque, anche per esser titolare di rapporti connessi col diritto incerto, rappresenti uno dei molteplici interessati a ristabilirne la certezza. Non è il modus procedendi che importa, ma il risultato di riparare il male dell'incertezza; si resta nell'ambito del processo perché se ne perseguano gli scopi, anche se l'iniziativa ne è dovuta a un organo pubblico o allo stesso giudice; le possibilità ed oneri delle parti restano anche in questo caso sostanzialmente invariati, tranne che per quello che riguarda l'atto introduttivo del procedimento.

La fondamentale unità dello scopo rende fundamentalmente simili le strutture essenziali del processo. Lo scopo è la certezza, ed è scopo comune alle parti, e al giudice; suppone, quindi, per il suo raggiungimento, la collaborazione delle parti. Essa però è, più o meno, volontaria e decisiva per la condotta del processo, e può esser più o meno subordinata al potere di giurisdizione del giudice. Ma si tratta di gradazioni: nessun processo conosciuto, anche attraverso pro-

fonde ricerche di diritto comparato, per le quali è così benemerito il Galgano, avendo mai scelto un sistema in cui tutto sia affidato alle parti (tranne l'atto finale) o tutto al giudice. Il processo civile è nato sotto forma di processo penale; esso ha assunto anche forma inquisitoria, come il processo fridericiano, mentre il processo penale ha sposato talvolta le forme del civile, e noi assistiamo anche ad esperimenti di unificazione legislativa molto interessanti.

Ma si tratta di variazioni quantitative, conformi alle esigenze sociali ed etiche di popoli e periodi diversi, intorno al principio fondamentale della collaborazione comune per uno scopo comune.

La restaurazione della certezza in ogni caso è necessario che sia pronta: è il tormento dei giuristi e dei legislatori il compromesso tra le due esigenze: bontà del risultato e rapidità del procedimento. Il letterato, lo storico, che giudicano i bisogni dell'uomo con maggior sensibilità del tecnico che tende a trascurare le esigenze della persona umana, in ogni tempo hanno accentuato la critica e la satira su queste manchevolezze, che riguardano un problema, così importante negli affari umani, come quello del ristabilimento della certezza. Se questa restaurazione tarda, essa può diventare inefficace praticamente per il caso singolo e indurre in tentazioni più seducenti e più pericolose sulla strada dei rimedi del male: la lunghezza dei procedimenti è un danno sociale non solo individuale.

Fissatone lo, scopo, conviene determinare il campo in cui opera il processo: il che vuol dire sostanzialmente determinare l'ambito della giurisdizione.

Giacché assegnando al processo un campo definito specifico anche rispetto alle altre funzioni dell'organizzazione dello Stato, ho sempre riferito il mio pensiero al processo individuato per la sua essenza, non per la sua forma, non perché è un procedere, ma per la meta verso la quale procede. Se nella terminologia la parola si trova accompagnata a qualificazioni diverse, si è perché del processo non resta che la forma, indirizzata a fini diversi; perché si è di fronte a procedura, ma non al processo.

L'ambito nel quale funziona questo, che è il più delicato e il più elevato dei poteri dello Stato, che allo Stato è stato sempre ed è contestato da altri ordinamenti giuridici, è quello nel quale può operare la cosa giudicata in senso sostanziale; si estende a tutte le branche del processo, nelle quali è possibile ottenere la certezza, nella forma più

completa nella società umana. La certezza che si chiede al giudice non è perciò quella astratta relativa ad un fatto storico o ad una legge, ma ai comandi concretatisi nell'azione; in casi eccezionali, determinati dalla legge si estende a fatti aventi una rilevanza giuridica, da accertare per sé stessi, indipendentemente dai comandi giuridici concreti che possono sorgere.

Se pure si volessero, ammettere giurisdizioni di diritto obbiettivo, come la giurisdizione amministrativa, il processo non avrebbe meno il compito di dare la certezza sul comando concreto, realizzato in un atto della amministrazione.

Tutto il processo penale di cognizione si inquadra nella figura del ristabilimento della certezza.

Il diritto penale è la sfera giuridica nella quale la certezza è, se può dirsi, più essenziale: *nullum crimen sine lege*; *nulla poena sine lege*.

Ma è certo che il diritto e il processo si trova in una posizione diversa rispetto ai rapporti civili e a quelli penali – per una giuridica reversibilità dei fatti nel primo, e una irreversibilità nel secondo –: il centro del processo civile sono le azioni, del processo penale, il reo con la conseguenza del reato.

Ma né questi elementi, né la maggior possibile gravità dell'ingiustizia, tolgono al processo penale il suo scopo di dare certezza. Non è che la cosa giudicata penale si mimetizzi su quella civile, ma è il fatale andare del processo, per cui l'imputato assolto non deve subire l'incubo di continue indagini, e il condannato stesso ha interesse a non prolungare indefinitamente un procedimento, che potrebbe anche per lui diventare meno favorevole nei risultati, che richiedono che la strada percorsa sino in fondo non sia ripercorsa; che la certezza si stabilisca anche qui, immutabile e pietosa, in seguito al formarsi del giudicato.

Invece, sempre che la ricerca della certezza si limiti nell'oggetto, a possibilità ed oneri, o, se si vuole, a diritti e obblighi, che pur presentando autonomia, si riferiscono, come strumento e fine, ad un processo ed esauriscono gli effetti in quel procedimento, non può aversi conseguimento di certezza, perché essa non si pone come definitiva anche fuori del procedimento in cui si consegue.

Le misure cautelari, ad esempio non danno origine ad accertamenti, che abbiano carattere di autonomia e definitività nel senso an-

zidetto, mentre esse costituiscono un ramo di altri processi. Invece la certezza è fine autonomo di molti dei procedimenti speciali, nei quali l'accertamento è ottenuto con forma particolare, ma col risultato, una volta che il procedimento sia concluso, di un procedimento normale.

Le posizioni si presentano diversamente nell'esecuzione. Qui si tratta non di attività astratte, di intelletto o di volontà, ma di attività pratiche per adeguare una situazione di fatto ad una (ritenuta) di diritto. L'ufficiale giudiziario toglie il possesso al debitore e vi immette il creditore; pignora e vende per pagare il creditore. E la struttura del procedimento è tutta diretta a questa soddisfazione anche in quanto ad essa ha normalmente preceduto la formazione del titolo esecutivo, frutto di un'attività cognitiva diretta a togliere l'incertezza sulla legalità. Come tali i risultati dell'esecuzione non sono definitivi, se anche coperti da preclusione; l'esecuzione come tale non è nel processo. Ma se l'incertezza ritorna su questioni non coperte dal titolo esecutivo, ritorniamo nel campo del processo.

L'esecuzione della sentenza del giudice amministrativo e penale ricade normalmente in questa attività che è amministrativa, anche se controllata eventualmente dal giudice. Ed amministrativa è la funzione dell'ufficiale giudiziario e del giudice nell'esecuzione civile, in quanto siano dirette alla soddisfazione del portatore del titolo esecutivo. La vecchia formula che la giurisdizione consiste solo nella cognizione non era priva di verità.

Ma nell'esecuzione civile per debiti di danaro, per la sua stessa struttura in quanto miri a soddisfare una molteplicità di creditori, il processo ritorna ad avere gran parte: oltre alle opposizioni del debitore all'esecuzione, che possono verificarsi in ogni processo ed alle opposizioni dei terzi estranei, sono qui coinvolti, per principio, nell'iter esecutivo, molteplici soggetti oltre al creditore ed al debitore e le incertezze della loro posizione possono esser molteplici per il loro concorrere sul frutto comune della mera esecuzione. Questa parte del procedimento è processo nel senso sopra definito, o, come suol dirsi usualmente, processo di cognizione.

È per quelle accennate caratteristiche che il fallimento rientra nel processo. La incertezza qui è più vasta, che di solito; riguarda non un'azione singola nella quale la legge ha affermato la sua realtà, ma un complesso di azioni che si atteggiano secondo alcune realtà

fondamentali. Il dubbio avvolge qui veramente tutta una vita, in quanto incentrata in una impresa; trascende il singolo e i singoli direttamente investiti nella vicenda e le cui posizioni vicendevolmente legate come le facce di un solido, devono essere cumulativamente esaminate perché la certezza posta in dubbio per tutti si ristabilisca ordinatamente, per tutti i partecipi e la società.

La parte puramente amministrativa dell'esercizio e della liquidazione dell'impresa, non può distrarre dalla vicenda processuale del ristabilimento di una certezza che potrà chiamare collettiva.

Una nuova forma di processo deriva oggi dalla Costituzione, ed è quella che possiamo chiamare processo costituzionale, un nuovo nella storia dei popoli della nostra epoca. Sorge esso dalla regolamentazione giuridica, almeno per qualche parte, di una attività ritenuta meta giuridica quella del legislatore. Anche questo giudizio di sindacato di legittimità costituzionale rientra nel diritto processuale, in quanto si presenta come frammento di un più ampio processo per risolvere una concreta incertezza su un concreto comando di legge¹¹.

Come il diritto è una lotta contro l'arbitrio, così lo è il processo. La incertezza, il dubbio rappresentano l'arbitrarietà al posto del certo. Il processo è così in pari tempo tutela della libertà dei singoli.

Lo scopo finale, che consegue il processo, l'unificazione in questo scopo delle volontà ed attività del giudice e delle parti, pongono in una posizione di equilibrio giudici e parti: quello non esplica la sua funzione per far vincere l'attore o condannare il reo, per elimi-

¹¹ Della natura giurisdizionale della pronuncia della Corte costituzionale, investita della questione di costituzionalità di una legge a sensi dell'art. 134 della Costituzione, non mi pare si possa dubitare: per un più ampio esame della questione vedi il mio scritto, in *Jus*, 1954, 32 ss. e ivi citati; aggiungi A. SANTORO, *Manuale di diritto processuale penale*, Torino, 1954, 118-121, favorevole all'opinione della natura giurisdizionale della pronuncia della Corte, cfr. in questo stesso volume gli scritti di L. ADAMOVICH, G. DELITALA, G. MORELLI, M.S. GIANNINI, G. GUARINO, F. PIERANDREI.

Modificando la mia precedente opinione, riconosco anche che la decisione della Corte costituzionale costituisce cosa giudicata in senso sostanziale (così, estinto il processo, nel corso del quale intervenne la decisione della Corte costituzionale, potrà in una nuova causa tra le stesse parti valere il giudicato sulla incostituzionalità): né manca il contenuto per il formarsi della cosa giudicata in senso sostanziale. La validità della norma sostanziale è negata in funzione dell'esclusione che ne discende dall'esistenza della pretesa di diritto soggettivo fondata su quella norma (analogamente nelle questioni di cosiddetta incompetenza dell'autorità giudiziaria ordinaria in confronto dell'amministrativa).

nare il male rappresentato dall'inadempienza o dal reato, ma per eliminare il danno (e quindi il male) sociale derivante dall'incertezza, che è l'unica cosa certa al momento nel quale il processo ha inizio. La certezza è il presidio dell'ordinamento giuridico, che senza di essa non saprebbe funzionare; la certezza è perciò il presidio della libertà dei singoli.

Lo Stato contemporaneo, con l'espandere la sua attività in zone prima riservate all'autonomia dei singoli, se ha limitata sfera di libertà, altre ne ha allargato ed ha allargato conseguentemente la sfera del processo. In questo dobbiamo trovare una garanzia di libertà; ma in quanto spesso l'allargamento è ottenuto a costo della costituzione di nuovi tipi di giudici, dobbiamo vedere se questi nuovi tipi non sorgano per sostituire ad una legge certa incerti programmi affidati a giudici di particolare costituzione, fenomeno che si è verificato nell'altro dopo guerra e, meno intensamente, in questo. In tal caso agli scopi del processo verrebbero sostituiti altri falsi scopi; e contro questa tendenza dobbiamo reagire.

Il diritto, lo Stato, il mondo hanno tutti questo anelito alla certezza: la guardia a questo bene della comunità è il processo. E la certezza è la pace: essa è affidata nelle mani dei giudici capaci di vedere nel processo non l'aspra contesa che divide, ma la difesa da comuni mali di questa umanità povera e sofferente.