

■ **RIVISTA TRIMESTRALE DI DIRITTO E PROCEDURA CIVILE** ■

Anno LXVI Fasc. 4 - 2012

Ilaria Pagni

**LINEE E PERCORSI DELLA TUTELA
DEI DIRITTI DALL'UNIFICAZIONE
AD OGGI**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

ILARIA PAGNI
Ordinario dell'Università di Firenze

Linee e percorsi della tutela dei diritti dall'unificazione ad oggi (*)

SOMMARIO: 1. Dalla procedura civile al diritto processuale. — 2. Tre generazioni di processualisti e la pubblicazione del nuovo codice di rito. — 3. La « conciliazione » dei diritti nel rapporto tra diritto sostanziale e processo. — 4. Atipicità delle forme di tutela e principio di effettività. — 5. Un sistema di tutele su più livelli: il ruolo dell'autonomia negoziale nella soluzione della crisi. — 6. La ricerca senza fine del « rito ideale ».

1. — Quando, con la unificazione del 1861, vede la luce, quattro anni dopo, il codice processuale dell'Italia unificata, il modello cui quel codice si ispira è quello del codice francese napoleonico del 1807, filtrato dalla rielaborazione dei codici del Regno di Sardegna.

Com'è noto, il progetto, preparato da una commissione nominata da Napoleone e divenuto poi il codice francese, aveva preso le mosse dall'ordinanza di Luigi XIV del 1667, che, insieme alle altre, anteriori e posteriori, aveva codificato la parte più significativa del processo francese moderno, regolandone però il solo lato esteriore e formale, e giustificando così il carattere prevalentemente pratico della letteratura processuale del tempo, avviando anche la dottrina

(*) Questo scritto riprende, con aggiornamenti, il testo della relazione svolta il 28 novembre 2011 nell'ambito della giornata di studio su *La « conciliazione » dei diritti dopo l'Unità d'Italia, dalla separazione dei codici alle nuove fonti del diritto*, organizzata a Milano per il 25° anniversario della fondazione di Isdaci, e perciò, senza alcuna pretesa nell'affrontare, in poche pagine, il tema della tutela dei diritti, si collega idealmente al contributo di MONTALENTI, *Il diritto commerciale dalla separazione dei codici alla globalizzazione*, in questa rivista, 2012, p. 379 ss.

italiana a praticare una disciplina fatta essenzialmente dell'analisi esegetica delle forme, dei termini e degli atti del processo.

Lo studio della « procedura », insomma, più che non del « diritto processuale », quale sarà poi quello propugnato dalla scuola di Chiovenda, alla fine del secolo XIX e agli inizi del secolo scorso.

L'emanazione, in contemporanea, del codice di rito e del codice civile (analogamente a quanto accadrà nel 1940), accompagnata dal diverso modo di guardare al diritto processuale, che si deve all'insegnamento chiovendiano, porterà, « insieme », alla rivendicazione dell'autonomia dello studio del diritto processuale (non più appendice del diritto privato, ma fenomeno centrale del diritto pubblico, nel quale campeggia l'azione come diritto potestativo tendente all'attuazione della legge e il giudice è la figura cardine del rapporto processuale) e a un'analisi più attenta dei rapporti tra diritto sostanziale e processo, fino all'affermazione del principio — che tanta parte avrà nello sviluppo del pensiero successivo — per cui il processo deve dare al titolare di una situazione soggettiva « tutto quello e proprio quello » che il diritto sostanziale riconosce.

Il passaggio — già segnato, sia pure in una diversa prospettiva, dal *Commentario* di Ludovico Mortara — dal metodo esegetico, affidato spesso ad avvocati esperti, al metodo storico-dogmatico di Chiovenda e dei suoi allievi, consente la costruzione di un sistema che non resta confinato alla dimensione angusta degli studi teorici, ma penetra anche nel terreno della giurisprudenza. In ossequio al principio per cui « il puro teorico nella procedura è un non senso, ma il puro pratico è un guaio » (1), la teoria diviene strumento per migliorare la pratica, mentre l'esperienza è vista come il fondamento indispensabile per ogni costruzione teorica.

La « conciliazione » dei diritti, sostanziale e processuale, che tanta importanza ha nell'opera di Chiovenda e nella valorizzazione della strumentalità tra processo e diritto sostanziale (2), trova così la

(1) V. CHIOVENDA, *Saggi di diritto processuale civile*, I, Milano, 1993, p. 228.

(2) Un punto fermo, questo, anche per coloro che pure, per altro verso, sottolineano i limiti dell'opera di Chiovenda: così TARUFFO, *Sistema e funzione del processo civile nel pensiero di Giuseppe Chiovenda*, in questa rivista, 1986, p. 1133 ss. Sulle radici storico-ideali della vicinanza tra diritto sostanziale e processo nell'opera dei maestri, v. le riflessioni di CONSOLO, *Diritto civile e diritto processuale*, in *Atti del convegno « Il diritto civile e gli 'altri' »*, organizzato dall'Associazione civilisti italiani (Roma, 2-3 dicembre 2011).

sua più forte affermazione nello stesso momento in cui il diritto processuale si emancipa dalla teoria privatistica che vedeva nell'azione soltanto una funzione del diritto soggettivo individuale, e diventa quel diritto potestativo esercitando il quale il singolo coopera nel proprio interesse privato all'attuazione della legge, che è a sua volta espressione dell'interesse pubblico. Si ha così una spinta, che si ritroverà nel codice del 1940 (il più liberale dei codici « fascisti », anzi « mussoliniani », che vedranno la luce nel secolo XX), verso quella « relazione mediatrice di reciprocità complementare tra l'idea individuale e l'idea sociale, tra il diritto soggettivo e l'esigenza collettiva della giustizia », nella quale Calamandrei, anni più tardi, scorgerà la base della collocazione del processo civile nell'ordinamento delle garanzie costituzionali ⁽³⁾.

2. — Negli anni successivi, a cavallo dei due secoli, si assiste a quel fermento di studi, e all'emergere di quelle figure di studiosi, che hanno consentito alla dottrina italiana di passare all'avanguardia del pensiero europeo.

Quando, nel 1940, si arriva alla pubblicazione del nuovo codice, che riforma radicalmente il processo civile, vi si arriva grazie alla collaborazione di tre generazioni di processualisti, e così ai frutti de « la lunga esperienza giudiziaria del Mortara, [del]la fondamentale revisione storico-dogmatica compiuta dal Chiovenda, [del]la genialità ricostruttrice del Carnelutti » ⁽⁴⁾.

Il progetto predisposto nel 1937 dal guardasigilli Solmi, che si proponeva di essere « fascista al cento per cento », per i larghissimi poteri discrezionali dati al giudice e per la prevalenza data al principio officioso a detrimento di quello dispositivo, non aveva avuto fortuna: quando su di esso era stato chiesto il parere delle facoltà di giurisprudenza, da più parti erano pervenute critiche severe, che avevano indotto il nuovo ministro della giustizia, Dino Grandi, a cambiare direzione, e a ricercare una rinnovata collaborazione con « tutte le forze vive della dottrina italiana » (come si legge nella relazione al codice), attraverso la creazione di un comitato ristretto, composto, oltre che dall'avvocato generale di Cassa-

⁽³⁾ V. CALAMANDREI, *Studi sul processo civile*, VI, Padova, 1937, p. 290.

⁽⁴⁾ V. CALAMANDREI, *Studi sul processo civile*, IV, Padova, 1939, p. 101.

zione Leopoldo Conforti ⁽⁵⁾, da Redenti, Carnelutti e Calamandrei, che portarono il nuovo codice a vedere la luce ⁽⁶⁾.

È del 1923 la delega al Governo della facoltà di riformare il codice civile, e di pubblicare nuovi codici di procedura civile, di commercio e per la marina mercantile.

Fino ad allora, il codice processuale era stato solamente ritoccato per supplire alle più urgenti necessità del momento: così, con la l. 31 marzo 1901, n. 107, si era teso a fare del c.d. procedimento sommario (destinato alle cause più semplici, e perciò più celere e caratterizzato da una maggiore flessibilità e da qualche maggior potere del giudice rispetto al c.d. rito formale, a trattazione prevalentemente scritta, impiegato invece per le cause più complesse e importanti tra quelle di competenza dei tribunali civili e di quelli di commercio, finché vi erano stati) il rito normale anche davanti al tribunale; e con la l. 15 settembre 1922, n. 1287 si era aumentata la competenza dei pretori e dei conciliatori, ma non si era affrontato il problema della riforma dalle fondamenta del processo nella sua totalità.

L'idea di una profonda revisione delle regole processuali è affermata ripetutamente in quegli anni, ma è solo con l'avvento del regime fascista che il nuovo Governo assume il compito della riforma generale di tutti i codici.

Il ministro della giustizia nomina una commissione di giuristi, suddivisa in quattro sottocommissioni, una per ciascun codice, e la sottocommissione destinata alla riscrittura delle regole del processo civile deve affrontare innanzitutto la scelta tra le opposte visioni che nel frattempo si erano tradotte nei due progetti di Chiovenda e di Mortara, ispirati, l'uno, ai caratteri di oralità e concentrazione che rompevano ogni legame con la tradizione francese, e l'altro alla necessità di conservare al processo civile l'impronta fondamentale del precedente edificio, pur apportandovi i miglioramenti necessari.

⁽⁵⁾ Come ricorda CARNACINI, *Le norme sui procedimenti di giurisdizione volontaria. Come nacquero e come riformarle*, in questa rivista, 1961, p. 594, « Redenti, Calamandrei e Carnelutti erano di solito interpellati separatamente dal Conforti, secondo il sistema caro a quello degli Orazi che da solo vinse i Curiazi ». Sul contributo di Redenti, e dello stesso Carnacini, nella stesura del codice, v. le pagine di CARPI, *Spunti per il sessantesimo compleanno del codice di rito*, ivi, 2003, p. 1009 ss.

⁽⁶⁾ Sull'*iter* che portò all'approvazione del codice e sull'operato dei suoi autori, cfr. CIPRIANI, *Scritti in onore dei patres*, Milano, 2006, *passim*, e, in particolare, lo scritto *Alla scoperta di Enrico Redenti (e alle radici del codice di procedura civile)*, in questa rivista, 2006, p. 75 ss., ed ora in ID., *Scritti in onore dei patres*, cit., p. 325 ss.

In questo « conflitto » tra prospettive contrapposte si afferma la personalità di Carnelutti, cui viene affidato il compito di elaborare delle soluzioni che la sottocommissione sarebbe stata poi chiamata a esaminare: in realtà Carnelutti non ricerca un sistema intermedio che concili le due tendenze emerse nel dibattito, ma pone alla base della riforma la propria concezione scientifica, sicché il codice sarà davvero espressione delle riflessioni della scienza processuale dell'epoca (accanto al progetto Carnelutti, vi sarà anche quello di Enrico Redenti, redatto nel 1934 per incarico del guardasigilli De Francisci) e di una discussione che porterà a risolvere il problema dell'oralità in una linea mediana tra i principi chiovendiani e la tradizione del processo scritto e formalistico. Ma, soprattutto, che consentirà di dire al ministro Grandi, nella relazione premessa al nuovo codice, che « se, nella preparazione del nuovo processo civile sono state chiamate a collaborare tutte le forze della dottrina italiana, il codice che è uscito da questa collaborazione non è un codice dottrinario », perché gli studiosi che vi hanno lavorato non hanno operato come puri scienziati, ma come uomini d'azione che hanno portato nella vita pratica i consigli suggeriti dalla loro esperienza di studiosi. Non quei « sinistri corvi delle codificazioni », quali appaiono i giuristi secondo una nota immagine di Kirchmann, ma come persone piuttosto in grado di fare della « teoria utile », per usare un'altrettanto nota espressione di Vittorio Scialoja (7).

3. — Nei lavori che accompagnano l'opera di codificazione emerge un dato che di nuovo ci riporta al tema della « conciliazione » dei diritti: il singolare conflitto di competenze che sorse per alcune materie (tra le quali le prove, l'espropriazione forzata, ma non solo) tra la sottocommissione incaricata di preparare la riforma del codice processuale, e le sottocommissioni incaricate di preparare le riforme dei codici sostanziali, commerciale e civile. La netta distinzione tra l'azione e il diritto sostanziale tracciata dalla scienza processuale dell'epoca avrebbe portato a rivendicare anche quelle materie al codice di rito, ma analoga competenza venne affermata da coloro che lavoravano ai codici sostanziali, e così il regolamento di alcune parti centrali del diritto processuale si trova contenuto nella

(7) V. CALAMANDREI, *Studi sul processo civile*, V, Padova, 1947, pp. 68, 74.

legislazione civile e commerciale, che costituisce un imprescindibile punto di riferimento anche per tutti gli studiosi del processo.

Del resto, in quegli stessi anni, la *Rivista di diritto processuale civile*, fondata da Chiovenda e da Carnelutti nel 1924, reclamava, nel percorso verso la sistemazione scientifica del diritto processuale civile, la necessità di acquisire al diritto processuale zone rimaste fino a quel momento « sotto il dominio di altri rami del diritto [...] dalla azione alla prova, dalla cosa giudicata al fallimento », sul presupposto che « solo il punto di vista processuale può collocare questi istituti in piena luce e chiarire fenomeni giuridici, che fuori da codesto punto di vista sono destinati a rimanere un enigma ».

Un'affermazione che è espressione di quel panprocessualismo che caratterizza l'opera di Carnelutti ⁽⁸⁾, ma che, una volta depurata dalla sua assolutezza, non può che essere condivisa, se intesa nel più semplice significato che il processo proietta sempre sulla materia sostanziale un cono di luce, che l'interprete deve ricercare, perché soltanto la dimensione della lite consente di cogliere appieno l'ampiezza, e per converso i limiti, del riconoscimento di una situazione soggettiva al suo titolare.

E se negli anni successivi all'emanazione del codice, con l'entrata in vigore della Carta costituzionale, la scienza processuale si preoccuperà particolarmente di mettere in evidenza i nessi che uniscono il diritto processuale al diritto costituzionale, affermando che « tutte le libertà sono vane, se non possono essere rivendicate e difese in giudizio e se l'ordinamento del giudizio non è fondato sul rispetto della persona umana » ⁽⁹⁾, non meno rilievo avrà, sempre grazie alla Carta costituzionale (e all'introduzione di quella che è una propria novità, rispetto allo Statuto albertino, ovvero il riconoscimento, racchiuso nell'art. 24 cost., della possibilità a tutti assegnata di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi), la ricerca del raccordo tra il diritto sostanziale e il processo, e la riflessione sulla reciproca relazione di dipendenza che corre tra contenuto delle situazioni sostanziali di vantaggio e tecniche di tutela processuale, per la considerazione — ovvia — che ogni

⁽⁸⁾ Cfr. DENTI-TARUFFO, *La rivista di diritto processuale civile*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 16, 1987, p. 632.

⁽⁹⁾ V. CALAMANDREI, *Processo e giustizia*, (discorso inaugurale del Congresso internazionale di diritto processuale civile, tenutosi a Firenze nel 1950, ora pubblicato) in *Opere giuridiche*, I, Napoli, 1965, p. 577.

evoluzione e trasformazione nel sistema delle tutele inevitabilmente si riverbera ed incide sulla struttura stessa del diritto alla cui realizzazione il processo tende.

Da un lato, dunque, l'indagine sullo scopo del processo, imposta dagli scritti di Carnelutti e Satta (*Torniamo al giudizio e Il mistero del processo*), si indirizzerà nella direzione di un collegamento col diritto sostanziale da intendersi soprattutto come necessità di cogliere la funzione del processo nell'attuazione della giustizia, e particolarmente di una legalità attenta ai valori costituzionali (« sotto gli archi del processo — scrive Calamandrei — scorre la fiumana inesausta della sorte umana: nessuno più del processualista affacciato a quelle spallette può cogliere, se ha orecchio per sentire, le voci che salgono da questa corrente, questo ansito universale di giustizia »). In quest'ottica, il principio del contraddittorio è paragonato al principio dell'opposizione parlamentare, che fa emergere, nella contrapposizione dialettica delle opposte tesi, la verità tutta intera, a patto però che il processo si strutturi come « giusto processo », in cui le parti si trovino tra loro non in condizione di parità meramente giuridica, ma in effettiva parità pratica, che vuol dire tecnica e anche economica ⁽¹⁰⁾.

Dall'altro lato, l'affermazione, contenuta nell'art. 24 cost., del principio per cui chi è titolare di un diritto soggettivo o di un interesse legittimo è, in pari tempo e automaticamente, titolare dell'azione intesa come possibilità di far valere in giudizio quel diritto o quell'interesse legittimo, dà una spinta fortissima alla costruzione di un sistema ispirato al principio di effettività della tutela giurisdizionale: l'art. 24 si presenta cioè come una sorta di norma in bianco, la quale « aderisce a tutte le norme sostanziali » che attribuiscono situazioni soggettive; queste norme, anche se nulla dispongono sulla tutela giurisdizionale, funzionano, per così dire, come fattispecie rispetto al primo comma dell'art. 24, che mettono automaticamente in moto, con conseguenze di incalcolabile portata ⁽¹¹⁾.

⁽¹⁰⁾ Cfr. TROCKER, *Processo e giustizia: attualità del pensiero di Piero Calamandrei*, in P. Calamandrei rettore dell'Università di Firenze. *La democrazia, la cultura, il diritto*, a cura di Merlini, Milano, 2005, p. 51 ss.

⁽¹¹⁾ Cfr. ANDRIOLI, *La tutela giurisdizionale dei diritti nella Costituzione della Repubblica italiana*, in *Scritti giuridici*, I, Milano, 2007, p. 7.

4. — Non è possibile, né utile, seguire in questa sede gli ulteriori percorsi praticati, da questo momento in poi, dalla scienza processuale. Interessa, invece, per cogliere lo sviluppo che hanno avuto, in questi anni, le forme di tutela dei diritti, con quel tanto di approssimazione che un tema così ampio porta inevitabilmente con sé, soffermarsi sul rilievo per cui, sebbene il processo debba modellarsi sul contenuto della situazione sostanziale, questa affermazione sia soltanto tendenziale, e il contenuto delle situazioni di appartenenza venga a propria volta condizionato dalle tecniche di attuazione dei diritti concretamente messe a disposizione dal legislatore processuale.

In quest'ottica, la « conciliazione » dei diritti, sostanziale e processuale, è insieme il punto di forza e di debolezza della tutela giurisdizionale. Se si riconosce il reciproco condizionamento tra il piano sostanziale e quello processuale, non si può non vedere che dove il processo non arriva, o dove il legislatore riconosce soltanto rimedi di un tipo, piuttosto che di un altro (ad esempio consentendo la sola tutela risarcitoria in luogo di quella specifica, come è avvenuto, nel 2003, in certi àmbiti del diritto societario riformato), si assiste ad una conformazione della situazione soggettiva che è conseguenza indiscutibile dell'opzione normativa in favore di una determinata forma di tutela.

La storia del nostro sistema processuale, dall'emanazione del codice di rito e della Carta costituzionale ad oggi, dev'essere letta in questa chiave. Ogni scelta — o l'inerzia — del legislatore processuale ha prodotto delle ricadute sul piano del diritto sostanziale, che hanno impedito il riconoscimento al titolare di un diritto di quelle utilità che l'attribuzione della situazione di vantaggio avrebbe dovuto portare con sé.

Si è reso necessario, perciò, recuperando l'attualità dell'insegnamento di Chiovenda, indagare sulle implicazioni che possono avere sul sistema delle tutele il principio di atipicità dell'azione postulato sulla base dell'art. 24 cost. e i princìpi, ad esso correlati, dell'atipicità delle forme di tutela e dell'effettività della tutela giurisdizionale, da ultimo ribadito anche dalle più recenti acquisizioni del diritto processuale europeo ⁽¹²⁾. La conclusione cui si è ritenuto di poter

⁽¹²⁾ In argomento, v. TROCKER, *La formazione del diritto processuale europeo*, Torino, 2011, *passim*, e particolarmente, sul diritto alla tutela giurisdizionale come

giungere, anche se non da tutti condivisa, è quella per cui il processo deve assicurare la « massima » strumentalità dei propri risultati rispetto al diritto sostanziale, col risultato che l'interesse della parte ad una forma di tutela rende ammissibile la tutela stessa, salva la necessità di previsioni espresse per quanto riguarda la tutela costitutiva, e ferma la necessità di fare i conti con limitazioni che derivino da ragioni di impossibilità materiale di attingere un determinato risultato o dalla preferenza dell'ordinamento per un interesse maggiormente rilevante.

In estrema sintesi, ciò ha comportato che, pur in presenza di un sistema di azioni tipiche quale quello che spesso si riscontra nella legislazione sostanziale (che cade di frequente nella tentazione di prevedere, accanto alla situazione soggettiva, anche il rimedio ad essa correlato), si è ritenuto sufficiente, e al tempo stesso necessario, che la norma riconosca la rilevanza dell'interesse sostanziale, perché soccorra il rimedio processuale, costruito sull'esigenza che il processo consenta al titolare di un diritto di ottenere « tutto quello e proprio quello » che gli derivi dal riconoscimento della situazione soggettiva.

Così, a dispetto di un codice civile che in più di un passaggio si esprime col linguaggio delle azioni (a protezione di diritti la cui tutela affonda le proprie radici nella tradizione romanistica, come nel caso del diritto di proprietà ⁽¹³⁾, e più in generale di diritti, come quello al nome e all'immagine, o al diritto dell'impresa in materia di concorrenza sleale, per i quali si avverte la necessità di prevedere in modo esplicito un assetto di rimedi che contempli anche misure di natura inibitoria), lo studioso del diritto processuale è in grado di scorgere rimedi non previsti, e, per questa via, di volta in volta valorizzare la possibilità dell'azione di adempimento del credito

diritto ad un rimedio effettivo, p. 128 ss. Sul punto, è appena il caso di richiamare le note pronunce Corte giust., 10 aprile 1984, caso n. 14/83, *von Colson e Kamann*, in *Foro it.*, 1985, IV, c. 59; Corte giust., 15 maggio 1986, caso n. 222/84, *Marguerite Johnston contro Chief Constable of The Royal Ulster Constabulary*, in *Raccolta*, 1986, I, p. 1651; Corte giust., 19 giugno 1990, caso n. 213/89, *Factortame*, in *Foro it.*, 1992, IV, c. 498; Corte giust., 21 febbraio 1991, caso n. 143/88, *Zuckerfabrik*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1992, p. 125; Corte giust., 9 novembre 1995, caso n. 465/93, *Atlanta*, in *Giorn. dir. amm.*, 1996, p. 336; Corte giust., 19 novembre 1991, caso n. 6/90 e caso n. 9/90 riuniti, *Francovich*, in *Foro it.*, 1992, IV, c. 145.

⁽¹³⁾ COSÌ PROTO PISANI, *Brevi note in tema di tutela specifica e tutela risarcitoria*, in *Foro it.*, 1983, V, c. 127 ss.

anche in assenza di una disposizione espressa che quell'azione preveda (se si tiene conto che il tenore letterale dell'art. 1218 è tutto incentrato sulla previsione del solo rimedio risarcitorio e che l'art. 1453 c.c. non è norma generale del sistema delle obbligazioni, ma è rivolta a disciplinare la materia del credito nascente dal contratto a prestazioni corrispettive ⁽¹⁴⁾); oppure, ancora, affermare l'ammissibilità generale dell'azione inibitoria senza bisogno di ricavarla dall'estensione analogica di previsioni espresse, o dall'art. 2058 c.c. sul risarcimento in forma specifica; o, di nuovo, fare leva sull'art. 700 c.p.c. per offrire una risposta adeguata ai bisogni di tutela urgente richiesti dalle situazioni soggettive, quando rischino di subire un pregiudizio di tipo irreparabile (e non soltanto quando ad esse si riconosca una valenza sul piano costituzionale, come è avvenuto negli anni '70 del secolo scorso con lo sviluppo della c.d. giurisprudenza pretoria che si è spesa soprattutto nella direzione di proteggere i diritti della personalità ⁽¹⁵⁾).

5. — La centralità del tema dell'effettività della tutela giurisdizionale non deve far dimenticare una serie di altri passaggi che hanno caratterizzato lo sviluppo del sistema delle forme di tutela successivamente all'adozione del codice di procedura e all'entrata in vigore della Carta costituzionale.

Senza alcuna pretesa di organicità, e tralasciando, per necessità, profili che pure sarebbero tutt'altro che trascurabili nell'economia del discorso che si va conducendo (uno per tutti: l'affermarsi di un diritto processuale europeo che ha caratterizzato il primo decennio di questo secolo), preme sottolineare in particolare due linee di tendenza che, a mio avviso, si possono scorgere nella legislazione di questi anni e che in modo forse inconsapevole si intrecciano tra loro.

Mi riferisco, da un lato, alla costruzione di un sistema di tutele articolato su diversi livelli, quale quello che è originato dall'introduzione, in numerosi settori dell'ordinamento, della figura delle

⁽¹⁴⁾ In argomento v., *si vis*, il mio *Tutela specifica e per equivalente. Situazioni soggettive e rimedi nelle dinamiche dell'impresa, del mercato, del rapporto di lavoro e dell'attività amministrativa*, Milano, 2004, p. 15 ss.

⁽¹⁵⁾ Tra le tante, *si v.*, Pret. Roma, 4 giugno 1980, in *Giust. civ.*, 1980, I, p. 1990; Pret. Roma, 22 maggio 1973, *ivi*, 1973, I, p. 1435; Pret. Roma, 9 maggio 1977, in *Foro it.*, 1977, I, c. 2576; Pret. Roma, 12 maggio 1977, in *Giust. civ.*, 1977, I, p. 1625.

autorità amministrative indipendenti, cui sono stati affidati, insieme a compiti regolatori, anche poteri para-giurisdizionali, che hanno reso necessario interrogarsi sul modo in cui si articola, oggi, la protezione di alcune situazioni soggettive (tra tutte, quelle nel frattempo riconosciute al consumatore, dapprima dalla l. 30 luglio 1998, n. 281 e poi dal codice del consumo) ⁽¹⁶⁾.

Dall'altro, ai crescenti spazi che sono stati riconosciuti all'autonomia negoziale, in un rapporto non sempre compiutamente definito col ruolo che deve attribuirsi invece al controllo giurisdizionale: autonomia negoziale che ha conosciuto una particolare valorizzazione sia con l'affermazione crescente del fenomeno della mediazione delle liti (culminata da ultimo nel d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, ma iniziata molti anni prima, in parallelo allo sviluppo della legislazione a tutela del consumatore), sia con l'apertura alle soluzioni negoziate della crisi d'impresa, che ha caratterizzato la riforma del diritto fallimentare ed ha posto all'attenzione degli interpreti l'esigenza di una rinnovata indagine sugli spazi dell'intervento giudiziale e sulla corretta forma di raccordo che si deve scorgere tra le regole del contratto e quelle del processo.

Questi due fenomeni — che si sono ricordati quali esempi, entrambi, di àmbiti nei quali si è scelto di valorizzare il ruolo dell'autonomia privata — sono meno lontani, l'uno dall'altro, di quanto non possa sembrare ad una prima considerazione: per entrambi, infatti, pur nel riconoscimento del principio che certi affari, in quanto essenzialmente nella sfera della disponibilità dei privati, possono essere affidati, a preferenza, alla soluzione autonoma, anziché a quella eteronoma, è necessario ribadire la necessità che si colgano significato, profondità e limiti del controllo giudiziario, dato che l'autonomia negoziale deve trovare il proprio inevitabile contemperamento, nell'un caso con esigenze superiori dell'ordinamento (il rispetto dell'ordine pubblico e delle norme imperative, nel caso della mediazione), nell'altro con la compresenza di più interessi, anche superindividuali, e con la presenza di soggetti che rimangono estranei all'accordo (il che spiega la difficoltà di rimettere *in toto* alle decisioni della maggioranza l'efficacia dell'intesa raggiunta tra debitore e creditori).

⁽¹⁶⁾ Per una ampia rilettura del sistema cfr., da ultimo, LUIO, *Diritto processuale civile*, V, *La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, Milano, 2011, p. 207 ss.

Quanto all'intreccio delle due linee di tendenza menzionato in apertura, il riferimento è al fatto che oggi è inevitabile pensare alle forme di tutela dei diritti in una prospettiva diversa da quella tradizionale che vede la tutela solo in chiave giurisdizionale: non certo perché si debbano considerare forme di tutela quelle che fanno leva sull'autonomia negoziale, il che non è; ma perché il sistema delle forme di risoluzione della crisi (crisi di cooperazione, se si guarda alla mediazione delle controversie civili e commerciali, o crisi dell'impresa, se si guarda agli accordi di ristrutturazione o al concordato preventivo) appare oggi come un quadro composito, costruito su più livelli, in cui prima di rivolgersi al giudice si tenta la soluzione negoziale, e in cui il corretto funzionamento di ciascun piano condiziona la concreta possibilità di funzionamento dell'altro.

E nel quale si inserisce anche il ruolo delle autorità amministrative indipendenti, che contribuiscono alla costruzione del c.d. *multi doors system*, sia quando svolgono direttamente una funzione sanzionatoria, sia quando somministrano forme di composizione della lite diverse da quella giudiziale, come avviene nei sistemi di conciliazione e di arbitrato predisposti dalla Consob.

6. — Il discorso che si è svolto fin qui è tutt'altro che completo.

Manca qualsiasi considerazione del ruolo che ha avuto la scelta di questo o quel tipo di processo nel garantire l'attuazione del diritto sostanziale.

Non solo in quella perenne ricerca del rito « migliore » per la generalità delle liti, che ha caratterizzato i ripetuti interventi sul secondo libro del codice processuale, nel tentativo di coniugare con la predeterminazione delle forme e dei termini da parte del legislatore ⁽¹⁷⁾, propria del processo a cognizione piena, l'obiettivo di una maggiore celerità del giudizio, attraverso una fissazione anticipata del *thema decidendum* e del *thema probandum*.

Ma anche attraverso la scelta di forme processuali peculiari per determinate situazioni sostanziali, com'è avvenuto nel tempo con la riforma del processo del lavoro del 1973, con la predisposizione di tutele sommarie non cautelari a protezione di determinati tipi di

⁽¹⁷⁾ Una predeterminazione sul cui significato si vedano le pagine di FABBRINI, voce *Potere del giudice (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, p. 721 ss.

credito e dei diritti del locatore, o in reazione a pratiche antisindacali o discriminatorie, e in generale con l'adozione di soluzioni di c.d. tutela giurisdizionale differenziata ⁽¹⁸⁾, per particolari materie ritenute maggiormente bisognose di processi rapidi e incisivi, nonché con un impiego sempre più ampio del processo camerale in materia di giurisdizione contenziosa e non soltanto di giurisdizione volontaria. Fino alla sperimentazione di un rito apposito per le controversie commerciali, che avrebbe dovuto accompagnarsi all'istituzione di un giudice specializzato per la materia societaria, alla quale, però, il legislatore ha rinunciato, ripiegando, col d.lgs. 27 giugno 2003, n. 168, sulla sola creazione di sezioni specializzate per la materia della proprietà industriale ⁽¹⁹⁾. Una rinuncia che è stata in parte ripensata con la recente istituzione del tribunale dell'impresa, ad opera del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con la l. 24 marzo 2012, n. 27 ⁽²⁰⁾.

Nonostante questo, il codice processuale — in un'epoca in cui, per il diritto privato, si parla di età della decodificazione — ha mantenuto la propria centralità: e ciò malgrado nelle leggi sostanziali di volta in volta adottate (e in tutti i codici che, nel decennio scorso, hanno visto la luce: comunicazioni elettroniche, tutela dei

⁽¹⁸⁾ Si veda sul punto la nota polemica tra PROTO PISANI, *Note minime sulla c.d. tutela giurisdizionale differenziata*, in *Dir. e giur.*, 1978, p. 534 ss.; ID., *Sulla tutela giurisdizionale differenziata*, relazione presentata al XIII convegno nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, svoltosi a Catania il 28-30 settembre 1979, ora pubblicata in *Riv. dir. proc.*, 1979, p. 536 ss., favorevole alla previsione di riti speciali a protezione di interessi di rilievo costituzionale ritenuti bisognosi di particolare tutela, e VERDE, *Le tecniche processuali come strumento di politica del diritto*, prolusione al corso per i praticanti procuratori organizzato dal Consiglio dell'ordine di S. M. Capua Vetere per l'anno 1977-78, tenuta in quella città il 19 novembre 1977, ora pubblicata in *Dir. e giur.*, 1978, p. 241 ss.; ID., *Unicità e pluralità dei riti nel processo civile*, relazione all'incontro di studio su « Problemi e prospettive del processo civile », organizzato dal Consiglio superiore della magistratura e svoltosi ad Orvieto dal 9 al 12 febbraio 1984, ora pubblicata in *Riv. dir. proc.*, 1984, p. 659 ss., critico rispetto alla tendenza legislativa a prevedere procedimenti differenziati per l'azionabilità di determinate situazioni giuridiche e all'utilizzo di tali procedimenti da parte dei giudici per fornire protezione a interessi considerati non suscettibili di ricevere tutela in sede giurisdizionale in quanto presi in considerazione dal legislatore attraverso norme programmatiche.

⁽¹⁹⁾ Sul tema della specializzazione del giudice v., *si vis*, da ultimo, il mio *Competenze e specializzazioni*, in AA. VV., *Tutela dei diritti e « sistema » ordinamentale — Atti del 6° Convegno Nazionale SisDic*, Napoli, 2012, p. 387 ss..

⁽²⁰⁾ In argomento, MOTTO, *Gli interventi legislativi sulla giustizia civile del 2011 e 2012*, in *www.judicium.it*, p. 26 ss.

dati personali, consumo, assicurazioni, proprietà industriale, amministrazione digitale) si contemplino pressoché sempre anche le regole processuali della materia disciplinata.

Il tentativo di recuperare ulteriormente la centralità del codice si è tradotto, in tempi recentissimi, nella delega al Governo del compito di semplificare e ridurre i riti regolati dalla legislazione speciale, riportando un certo numero di procedimenti ai tre modelli del codice processuale (processo sommario di cognizione, processo del lavoro, processo ordinario), nel mentre si decretava l'abrogazione dello speciale rito societario introdotto nel 2003 per le controversie commerciali.

Nella direzione della semplificazione la strada da percorrere è ancora lunga (la delega aveva tenuto fuori dall'opera di razionalizzazione i procedimenti in materia di fallimento, famiglia e minori, cambiali e assegni, attività sindacale, tutela industriale e consumatori), ma l'intento è chiaro: evitare la proliferazione di modelli processuali diversi, che aumentano il grado di incertezza e la complessità del sistema, e puntare invece su un processo flessibile, in grado di adattarsi alla maggiore o minore complessità della lite senza perdere in punto di garanzie e di possibilità di controllo delle determinazioni del giudice, siano esse relative al rito oppure al merito ⁽²¹⁾. In controtendenza rispetto a questo obiettivo, realizzato col d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150 ⁽²²⁾, stanno alcune scelte

⁽²¹⁾ Sul tema cfr., per la previsione della legge delega, BALENA, *Sub art. 54 legge 18 giugno 2009 n. 69*, in BALENA-CAPONI-CHIZZINI-MENCHINI, *La riforma della giustizia civile*, Torino 2009, p. 237 ss.; COSTANTINO, *Sub art. 54 legge 18 giugno 2009 n. 69*, in *Codice di procedura civile commentato (La riforma del 2009)*, diretto da Consolo, Milano, 2009, p. 445 ss.; SASSANI, *Sub art. 54 legge 18 giugno 2009 n. 69*, in *Commentario alla riforma del codice di procedura civile (legge 18 giugno 2009, n. 69)*, a cura di Saletti e Sassani, Torino, 2009, p. 308 ss.; PAGNI, *Sub art. 54 l. 18.6.09 n. 69*, in *La riforma del c.p.c.*, a cura di Cipriani-Menchini-M. De Cristofaro, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2010, p. 1189 ss.; PORRECA, *La riduzione e semplificazione dei riti*, in *Il processo civile competitivo*, a cura di Didone, Torino, 2010, p. 1005 ss.; RICCI, *La riforma del processo civile. Legge 18 giugno 2009, n. 69*, Torino 2009, p. 120 ss.

⁽²²⁾ Per i primi commenti sul d.lgs. 1° settembre 2011, 150, v., *ex multis*, *Codice di procedura civile commentato. La «semplificazione» dei riti e le altre riforme processuali 2010-2011*, diretto da Consolo, Milano, 2012, *passim*; *La semplificazione dei riti civili*, diretto da Sassani-Tiscini, Roma 2011, *passim*; *Riordino e semplificazione dei procedimenti civili*, a cura di Santangeli, Milano, 2012; BOVE, *Applicazione del rito lavoro nel d.lgs. n. 150 del 2011*, in *www.judicium.it*, CHIZZINI, *Concinnatio, Note introduttive al d. lg. n. 150/2011 sulla c.d. semplificazione dei riti*, in *Giusto proc. civ.*,

successive: particolarmente, quella di introdurre un rito *ad hoc* per la tutela avverso i licenziamenti illegittimi, contenuta nella l. 28 giugno 2012, n. 92, la cui specialità — è stato osservato — « si pone in non soverchia armonia con lo spirito del d.lgs. n. 150/2011 »⁽²³⁾.

E, del resto, l'opzione per riti diversi dai tre modelli prescelti dal legislatore delegante, è riproposta nella normativa in tema di sovraindebitamento del debitore non fallibile, introdotta con la l. 27 gennaio 2012, n. 3, che contempla a più riprese il richiamo agli artt. 737 ss. c.p.c., « in quanto compatibili ».

L'obiettivo avuto di mira dal legislatore, pur se, come appena detto, non sempre perfettamente realizzato, può comunque dirsi quello di un processo che, una volta diventato più efficiente, possa contribuire anche al miglior funzionamento di strumenti quali la mediazione e l'arbitrato, restituiti ad un ruolo che non sia puramente deflattivo, o di alternativa necessaria ad una giurisdizione statutale di per sé non competitiva.

Strumenti che un tempo aprivano il codice processuale (era così nel codice del 1865), in considerazione del rilievo che l'interesse sociale alla definizione dei litigi può dirsi soddisfatto « anche quando le parti pongano da sole fine alla controversia, o quando da sole provvedano ai mezzi che stimano opportuni per darle termine » (così la relazione Pisanelli), e che successivamente sono stati relegati a meccanismo secondario, sul diverso presupposto che non fosse possibile un sacrificio della sovranità, detentrica della giurisdizione, alla libertà degli individui. Un presupposto che oggi può essere riconsiderato, alla luce di un sistema più moderno di tutela dei diritti, quale quello che, anche grazie agli sforzi della dottrina processuale, col tempo si è venuto delineando.

2011, p. 969 ss.; CONSOLO, *Prime osservazioni introduttive sul d. lgs. n. 150/11 di riordino (e relativa « semplificazione ») dei riti settoriali*, in *Corr. giur.*, 2011, p. 1485 ss.; LUISO, *Diritto processuale civile*, IV, *I processi speciali*, Milano, 2011, p. 104 ss.; PAGNI, *Disposizioni comuni alle controversie disciplinate dal rito del lavoro: il modello di rito e i poteri istruttori del giudice*, in *Foro it.*, 2012, V, c. 130 ss.; PORRECA, *Il decreto legislativo sulla semplificazione dei riti: qualche osservazione iniziale*, in *www.judicium.it*; PROTO PISANI, *Note introduttive*, in *Foro it.*, 2012, V, c. 75.

(23) Così CONSOLO-RIZZARDO, *Vere o presunte novità, sostanziali e processuali, sui licenziamenti individuali*, in *Corr. giur.*, 2012, p. 729 ss., dove si esclude che sia « d'ostacolo alla collocazione del nuovo rito nel d.lgs. citato il fatto che la legge di delega escludesse interventi sullo statuto dei lavoratori, sia perché la clausola sembra rivolta a salvaguardare l'art. 28 dello Statuto sia perché nulla impedisce al legislatore di intervenire, una volta esercitata la delega, sul decreto che ne è il risultato ».