



STFF0022569

# GIUFFRÈ ItaliaOggi

diretta da Aniello Nappi

Un inserto quindicinale di *ItaliaOggi* e *Giuffrè* a carattere legale in quattro parti:

**NOTIZIE**, che contiene una sintetica informazione sia sugli atti normativi di particolare rilevanza, relativi alla legislazione comunitaria e alla legislazione interna, sia sulle pronunce giurisprudenziali più interessanti in materia comunitaria, costituzionale, civile, penale, amministrativa e tributaria. Ogni documento normativo o giurisprudenziale, è ordinato secondo lo schema di classificazione del "Repertorio di Giustizia civile".

**PROSPETTIVE**, in cui vengono presentati i lavori parlamentari, le questioni di legittimità costituzionale pubblicate sulla "Gazzetta Ufficiale", le questioni di legittimità costituzionale di imminente decisione, i contrasti giurisprudenziali che esigono risoluzione.

**OPINIONI E COMMENTI**, con contributi firmati su problemi di particolare interesse.

**DOCUMENTI**, che riproducono provvedimenti legislativi, sentenze, ecc., che meritano una pubblicazione integrale.

Il tutto completato da un "EDITORIALE" in cui si fa il "punto" sulle novità dei quindici giorni precedenti, e da una ricca "RASSEGNA STAMPA" dei contributi in campo giuridico-economico-aziendale, pubblicati sulla stampa non specializzata, curata da esperti giornalisti.

Per informazioni e sottoscrizioni rivolgersi alla  
Casa Editrice Giuffrè, Uff. abbonamenti

tel. 02/38.089.200

fax 02/38.009.582

o agli agenti di zona presenti su tutto il territorio nazionale

1001

GIUFFRÈ EDITORE MILANO - Per acquisti rivolgersi alla Sede - c.c.p. 721209 - od al suoi agenti

Spediz. in abbonamento  
postale - Gruppo IV/70

Settembre 1993  
Anno XLVII - N. 3

## RIVISTA TRIMESTRALE DI DIRITTO E PROCEDURA CIVILE

FONDATA DA ANTONIO CICU - ENRICO REDENTI  
GIÀ DIRETTA DA TITO CARNACINI

COMITATO DI DIREZIONE

GIUSEPPE AULETTA - ENRICO BASSANELLI - FRANCESCO GALGANO  
MICHELE GIORGIANNI - G. FEDERICO MANCINI - LUIGI MENGONI  
FRANCESCO SANTORO-PASSARELLI

COMITATO EDITORIALE

MARINO BIN - FEDERICO CARPI - GIORGIO DE NOVA - GIUSEPPE  
FRANCHI - NATALINO IRTI - UMBERTO ROMAGNOLI - MICHELE TARUFFO

DIRETTORI

FEDERICO CARPI - UMBERTO ROMAGNOLI



MILANO - DOTT. A. GIUFFRÈ EDITORE

VITTORIO DENTI  
Ordinario dell'Università di Pavia

## Il processo di cognizione nella storia delle riforme (\*)

SOMMARIO: 1. L'insegnamento di Giuseppe Chiovenda e la storia delle riforme dal 1913 al 1973. — 2. Riforma del processo civile ed evoluzione economico-sociale del paese. — 3. Riforma del processo, riforma dell'ordinamento giudiziario e riforma dell'avvocatura: una correlazione mancata. — 4. Il principio di adattabilità del procedimento alle esigenze della causa e la rigidità dei modelli processuali. — 5. L'esigenza di sperimentazione delle riforme e di controllo sulla loro attuazione.

1. — Ripercorrere la storia delle riforme del processo civile, per trovare un filo conduttore che ci consenta una valutazione in prospettiva della legge del 1990, può essere abbastanza agevole, se ci si avvale di un approccio eminentemente dottrinale, come quello che si richiama all'insegnamento di Giuseppe Chiovenda. Il punto di partenza teorico è il discorso chiovendiano del 1909 su « Lo stato attuale del processo civile in Italia e il progetto Orlando di riforme processuali »; il punto di partenza legislativo è la legge del 1912 sulla istituzione del giudice unico nei tribunali, connessa col decreto del 1913, che dettava le norme processuali necessarie per la sua attuazione. Ricordo, soltanto per fissare il nucleo concettuale di riferimento nella dottrina posteriore, che, nel pensiero di Chiovenda, le caratteristiche del processo orale erano date: *a)* dal carattere meramente preparatorio delle scritture rispetto al dibattimento orale; *b)* dall'immediatezza del rapporto « tra i giudici e le persone le cui dichiarazioni essi sono chiamati ad apprezzare »; *c)* dalla identità fisica del giudice dall'inizio alla fine della causa; *d)* dal principio della

(\*) Il presente scritto, che apparirà anche negli *Studi in onore di Elio Fazzalari*, rappresenta la relazione svolta al XIX convegno nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, tenutosi a Salerno-Praiano, nei giorni 25-26 settembre 1992.

concentrazione processuale. Solo in un successivo svolgimento del suo pensiero, Chiovena precisò lo stretto rapporto fra il processo scritto e la valutazione delle prove in base a regole legali prestabilite e, richiamando le note pagine del Bentham sulla « Procédure naturelle », affermò che il moderno principio del libero convincimento del giudice può trovare la sua attuazione soltanto in un processo orale.

Non interessa qui riproporre il confronto tra le idee di Chiovena e le riforme progettate, attuate, seppellite, modificate, che si sono succedute in settant'anni, dal 1912-1913 al 1973, anno in cui sembrò che Chiovena prendesse la sua rivincita, con la nuova disciplina del processo del lavoro. Né intendo ripercorrere l'esame che del concettualismo chiovendiano ha fatto Giovanni Tarello, cercando di individuarne la sottesa ideologia, centrata su un astratto autoritarismo processuale, in contrasto con la « tradizione napoleonico-liberale ». Tarello sottolineava giustamente che la prospettiva apparentemente tecnica del modello orale o dibattimentale del processo andava di pari passo con la sovrapposizione di categorie dogmatiche che ne appesantivano inutilmente lo svolgimento, finendo col seminare di trabocchetti l'esercizio dei poteri del giudice e delle parti. Uno degli esempi più appariscenti di questa vicenda culturale è dato — ritengo — dalla costruzione della categoria del litisconsorzio necessario, tra le cui maglie continuano a dibattersi, in un succedersi di prospettive diverse, giudici ed interpreti: un istituto che meriterebbe non una ennesima ricostruzione dogmatica, ma una rilettura in chiave di storia delle sovrastrutture concettuali, rispetto alle concrete esigenze di tutela.

Rovesciando la prospettiva consueta, vorrei tentare una ricostruzione della storia delle riforme del processo di cognizione individuando, per esemplificazioni, ciò che da Chiovena in poi è mancato nella visione culturale dei riformatori, e ciò allo scopo di valutare se siamo ancora allo stesso punto, ovvero se le esperienze negative del passato qualche cosa ci hanno insegnato.

2. — Comincerò da un rilievo che potrebbe sembrare addirittura ovvio. La storia delle riforme si snoda dal 1913 al 1940 senza che, al di là di retoriche declamazioni di principio, sia dato cogliere, nella prospettiva dei riformatori, l'impatto sulla giustizia civile delle profonde e radicali trasformazioni che erano in atto nella società italiana. Il 1913, ad esempio, è un anno di gravissima crisi economica,

accentuata dalle ripercussioni della guerra di Libia; una crisi che ha molti punti di contatto con quella attuale, soprattutto per il forte aumento del debito pubblico e per l'emergere della funzione determinante del direttore della Banca d'Italia Stringher, assecondato da Luigi Einaudi. Ed è anche l'anno dell'alleanza di Giolitti coi cattolici, passata alla storia col termine di patto Gentiloni, e destinata ad arginare l'avanzata delle forze socialiste; inoltre, è l'anno della più forte ondata emigratoria, che alleggerisce la pressione dei disoccupati e dei sottoccupati. Nel quadro economico, emerge in primo piano la produzione agricola, allora in forte espansione, mentre l'industria accentua la sua debolezza, dovuta alla limitazione del mercato, in particolare di quello interno, troppo povero per offrirle sbocchi sufficienti.

La realtà economica e sociale del paese si riflette nella ripartizione dei procedimenti di cognizione tra i vari organi giudiziari: l'80% circa delle cause è trattato dai conciliatori; il 15% circa dai pretori e solo il 5% dai tribunali. Dunque, il modello « colto » di processo, quello sul quale si appuntano gli sforzi dei riformatori e le elaborazioni teoriche degli studiosi, riguarda in realtà una minima parte delle controversie, mentre del giudizio più importante, quello avanti il conciliatore, nessuno si occupa. È necessaria, peraltro, una rettifica: l'eccezione è costituita da Mortara, il quale già alla fine dell'800 aveva proposto di elevare la competenza per valore dei conciliatori e di diminuirne il numero, rendendoli mandamentali, anziché comunali (profetica anticipazione dell'attuale riforma). Mortara, del resto, fa eccezione per essersi occupato, e non marginalmente, della giustizia probivirale, soprattutto nelle risposte del 1904 al noto questionario dell'ufficio del lavoro sulla riforma della legge del 1893; questionario inviato anche ai professori di procedura civile, per indurli (cito testualmente) « ad occuparsi di problemi pratici, a trasportarsi dal campo sereno della teoria agli accidentati sentieri dell'applicazione pratica ». Mortara, contrario al sistema dello scabinato e favorevole ad una magistratura del lavoro interamente laica, espressa dalle categorie interessate alle controversie, considera quella dei probiviri una giurisdizione di equità, operante in unico grado di merito, con competenza estesa alle controversie collettive, ed è inoltre favorevole alla efficacia *ultra partes* del giudicato, pur conservando la regola della legittimazione individuale ad agire.

Per connessione di problemi, aggiungo che il pensiero riformatore opera in un quadro concettuale cui è del tutto estranea la realtà

delle giurisdizioni speciali, delle quali si giustifica in via eccezionale la competenza, ma il cui procedimento viene considerato solo negli aspetti di deviazione dal processo ordinario; deviazioni che, come afferma Chiovenda a proposito dei probiviri, riferendosi alla oralità del giudizio ed ai poteri officiosi del giudice, sono giustificate dalla « necessità di dettare norme particolari per giudizi che interessano persone umili e normalmente incolte ».

All'origine di questo orientamento dottrinale sta — ritengo — quella concezione burocratica della funzione giurisdizionale che pone al centro delle riflessioni la razionalizzazione dell'esercizio dei poteri del giudice e che è tendenzialmente portata a delineare un modello unitario di procedimento, astratto dal diritto sostanziale, e per ciò stesso scarsamente sensibile alle esigenze concrete della tutela. Debbo, su questo punto, necessariamente rinviare a quanto ho scritto in altre occasioni, in particolare manifestando il mio dissenso dalla ricostruzione, fatta da Tarello, della genesi del pensiero chiovendiano. C'è uno scritto di Chiovenda che esprime bene questo atteggiamento culturale: la prolusione del 1901 su *Le forme nella difesa giudiziale del diritto*, nella quale si sottolinea l'esigenza della forma per evitare l'arbitrio del giudice e si addita alla scienza il compito dello « studio razionale delle forme », sottolineando « lo stretto rapporto fra la libertà individuale e il rigore delle forme processuali ».

Dal 1913, anno dal quale ho preso le mosse, si snoda una vicenda che è troppo nota per essere qui ripercorsa: dal progetto Chiovenda del 1919 al progetto Mortara del 1923, dal progetto Carnelutti e da quello della Sottocommissione C del 1926, ai progetti Solmi del 1937 e 1939, infine al codice del 1940. La società italiana si trasforma profondamente, soprattutto per gli sconvolgimenti apportati al tessuto economico e sociale del paese dal primo conflitto mondiale, e lo Stato liberale lascia il posto alla dittatura, ma l'atteggiamento di fondo dei riformatori non muta e al centro dell'attenzione resta ancora il modello del giudizio avanti il tribunale; un modello pur sempre minoritario, anche se in misura meno rilevante, dal punto di vista delle statistiche giudiziarie, poiché non raggiunge il 20% del totale dei procedimenti di cognizione, di fronte al 45% degli uffici di conciliazione e al 35% delle preture. Ed è appena il caso di aggiungere che queste tendenze dottrinali furono agevolate dalla politica giudiziaria di quegli anni, tesa a riassorbire nella giustizia ordinaria e togata ogni forma di tutela dei diritti. Scompare la giurisdizione pro-

bivirale e l'assimilazione della giustizia del lavoro al modello ordinario, dopo le riforme del 1928 e del 1934, si completa con l'inserimento nel codice della normativa sulle controversie di lavoro, divergente da quella ordinaria quasi esclusivamente per l'attribuzione al giudice di poteri istruttori officiosi e per la legittimazione all'intervento in causa attribuita alle associazioni sindacali. Certamente, questa operazione politica fu condotta dall'insegna dell'affermazione dell'unità della giurisdizione, ma il terreno sul quale operava era ampiamente preparato dalla costruzione rigorosamente unitaria del processo da parte della dottrina.

3. — L'altro aspetto della storia delle riforme sul quale intendo richiamare la vostra attenzione è quello che concerne la interrelazione tra riforma del processo e riforma dell'ordinamento giudiziario e forense. Carnelutti, ricordando la sua posizione rispetto all'elaborazione del codice del 1940, ebbe a dire: « a una inattesa e gentile richiesta di consiglio venutami dal Ministro Guardasigilli, risposi che far precedere il nuovo codice al nuovo ordinamento giudiziario era mettere il carro avanti ai buoi ». Ma Carnelutti avrebbe potuto recitare in proposito il *mea culpa*, se si considera che la *Rivista di diritto processuale* dal 1924 al 1943 non contiene alcuno scritto dedicato all'ordinamento giudiziario, se si eccettuano i cenni alle marginali novità legislative nella rassegna curata da Antonio Segni. Un po' meglio vanno le cose quanto all'avvocatura, per merito soprattutto di Piero Calamandrei.

Si ripudiava, così, il grande insegnamento di Lodovico Mortara, del quale ricordo soltanto tre aspetti: la tendenziale svalutazione dell'appello, del quale veniva proposta l'abolizione, ove il giudice di primo grado fosse collegiale; l'affermazione che l'oralità esigeva l'unicità del giudice per tutta la durata del processo; la necessità di una rigorosa formazione e selezione dei magistrati. Eppure, Chiovenda si era imbattuto, studiando la dottrina germanica, nelle opere che agli inizi del secolo avevano indagato i problemi dell'ordinamento giudiziario: mi riferisco, in particolare, alle ricerche sulla giustizia inglese, mosse proprio dall'intendimento di riformare il sistema giudiziario tedesco, da Adickes a Peters, da Mendelssohn Bartholdy a Gerland, d'altronde citati nelle note bibliografiche dei *Principi*. Ricordo che l'idea che il modello di giustizia inglese fosse caratterizzato dalla preminenza dell'ordinamento giudiziario sulle regole processuali era stata al centro di un'opera conosciuta da Chiovenda e che meritereb-

be di essere riletta, la *Introduzione allo studio della giustizia in Inghilterra* (1911) di Vittorio Emilio Tiranti, sfortunato protagonista dei concorsi a cattedra documentati da Franco Cipriani, che propende per ritenerlo allievo di Mortara.

Nella storia delle riforme, del resto, i problemi di ordinamento giudiziario si fermano alla scelta tra unicità o collegialità del giudice nei tribunali. Lo stesso Chiovenda, nel paragrafo XII della relazione sul Progetto di riforma della Commissione per il dopoguerra, che è l'unico dedicato all'ordinamento giudiziario, si occupa esclusivamente del problema delle collegialità, sotto il profilo dei suoi rapporti con la introduzione della oralità nei giudizi civili. Il progetto, come è noto, propone di lasciare arbitre le parti circa la convenienza di adire nei tribunali il collegio o il giudice singolo. Negli stessi termini il problema si presenta nei dibattiti intorno ai Progetti Solmi che, dopo avere, nella prima fase, generalizzata la istituzione del giudice unico come « quello che meglio assicura la costante partecipazione del magistrato allo svolgimento della controversia e la rapida decisione della lite », ripiegano, nella seconda fase, sul compromesso di lasciare al prudente apprezzamento del presidente l'affidamento della causa al giudice singolo o al collegio.

Ricordata questa vicenda, va anche aggiunto che di monocraticità o di collegialità si discute come entità astratte, senza porsi il problema della concreta idoneità dei magistrati all'una piuttosto che altra funzione. È vero che i fautori della collegialità sottolineavano (e lo fanno tuttora) la positività della partecipazione ai collegi come scuola per i giovani magistrati; ma è anche vero che i sostenitori della unicità muovevano dalla premessa che le due funzioni fossero perfettamente fungibili e che nessun particolare requisito fosse richiesto per il giudice che agiva come *dominus* esclusivo della causa.

All'origine di questo disinteresse vi è indubbiamente una insufficienza culturale. Da un lato, infatti, la costruzione dei sistemi, cui si erano accinti i processualisti nell'epoca che vado considerando, era un'operazione dogmatica, la quale lasciava necessariamente fuori dal suo ambito tutto ciò che non riguardasse l'autonomia concettuale del diritto processuale. Dall'altro lato, la analisi dell'ordinamento giudiziario, quando pure veniva proposta, mancava totalmente della prospettiva storica necessaria per la comprensione del ruolo della magistratura; un difetto dal quale non erano esenti neppure le *Istituzioni di ordinamento giudiziario* di Lodovico Mortara, che considerava estranei al rigore del « metodo scientifico » i problemi

di riforma dell'ordinamento vigente. È appena il caso, d'altronde, che io ricordi qui la vicenda dell'insegnamento universitario dell'ordinamento giudiziario, scomparso dalla didattica con l'affermarsi del « diritto processuale civile », dopo la riforma Gentile, come unica materia di studio. Una tradizione culturale questa, che pesa ancora negativamente sulla formazione degli studenti di Giurisprudenza, malgrado il risveglio della manualistica, dovuto principalmente ad un costituzionalista come Alessandro Pizzorusso. Il termine di riferimento che ho presente, nel lamentare questa situazione, sono le *Institutions judiciaires* del nostro insigne amico e collega Roger Perrot, un testo destinato agli studenti del primo anno di Giurisprudenza e nel quale l'esposizione sistematica dell'ordinamento è preceduta da un « aperçu historique » breve, ma efficace, che muove dalla grande loi napoleonica del 1810.

Un discorso in gran parte analogo vale per gli studi sull'avvocatura. Chiovenda, nella relazione che ho già ricordato, si limita ad accennare al problema della unificazione delle professioni forensi, ma lo fa per spiegare perché nel Progetto si parlava soltanto dell'avvocato come rappresentante e procuratore delle parti. Eppure dall'avvocatura, in misura non minore che dalla magistratura, dipendeva la sorte delle riforme processuali. Calamandrei, l'unico — come ho già ricordato — che aveva approfondito, negli anni successivi al primo conflitto mondiale, i problemi dell'avvocatura, lo aveva detto chiaramente nello scritto del 1934 *Le controversie del lavoro e l'oralità*: « la maggiore responsabilità della sorda resistenza che in questo primo esperimento di cinque anni la pratica ha opposto alla restaurazione dell'oralità nel processo del lavoro ricade sugli avvocati », i quali « hanno disimparato la tecnica del dibattimento che corrisponde alle esigenze del processo orale ». Se ancora una volta consultiamo la *Rivista di diritto processuale* negli anni tra le due guerre, a parte le rassegne di libri sull'avvocatura, dovute sempre a Piero Calamandrei, le brevi note concernenti l'ordinamento vigente non hanno alcun collegamento con l'elaborazione delle riforme. Un silenzio che permane anche dopo la entrata in vigore del nuovo codice, poiché tutto ciò che si legge è la nota di costume del 1941 *Gli avvocati e il duello*, ancora una volta dovuta al maestro fiorentino.

Le linee essenziali del problema, peraltro, erano state tracciate proprio da Calamandrei nella prolusione senese del 1920 *L'avvocatura e la riforma del processo civile*, dalla quale, tra l'altro, emerge una posizione critica sul progetto di riforma dell'ordinamento foren-

se, elaborato dalla Commissione ministeriale nominata dal guardasigilli Mortara. Ciò che mi preme qui rilevare è la recisa affermazione di Calamandrei della necessità di premettere alla riforma del processo civile la riforma delle leggi sull'avvocatura. Mortara, d'altronde, aveva espresso la stessa opinione in un discorso alle curie italiane nel 1919. Ma di questo chiaro orientamento culturale (non dimentichiamo che Calamandrei rivolgeva la prolusione ai suoi studenti senesi, iniziando l'insegnamento del diritto processuale), non c'è più traccia nella vicenda successiva delle riforme. Codice di procedura, ordinamento giudiziario, ordinamento forense vanno ciascuno per la propria strada, salvo qualche declamazione retorica nelle relazioni dei guardasigilli. Del resto, gli studenti delle Facoltà di giurisprudenza non solo nulla hanno più appreso dell'ordinamento giudiziario (fatta eccezione per quelli fiorentini, cui era diretto il corso di Calamandrei del 1952-1953, del quale restano gli appunti raccolti da Mauro Cappelletti), ma nulla hanno mai appreso dell'avvocatura, che pure rappresentava e rappresenta il loro principale traguardo professionale.

4. — Vengo ora al terzo ed ultimo nucleo di riflessioni intorno a ciò che è mancato nella cultura delle riforme. Il problema è esposto con chiarezza dal guardasigilli Grandi nella sua relazione al codice, laddove parla del « principio di adattabilità del procedimento alle esigenze della causa », così chiarendolo: « la rigidità di un procedimento, regolato in modo uniforme per tutte le possibili cause, ha il grande inconveniente di non prestarsi a soddisfare contemporaneamente l'esigenza di accurate ed esaurienti indagini, che è specialmente sentita in certe cause più complicate e difficili, e la esigenza di pronta risoluzione, che prevale nelle cause più semplici e urgenti ». Secondo il guardasigilli, il codice si sarebbe perciò ispirato « al principio della *adattabilità* (o, come anche autorevolmente fu detto, della *elasticità*) del procedimento ». Il riferimento all'autorevolezza, come sappiamo, riguarda le idee di Carnelutti, che già nel 1928, nello scritto *Lineamenti della riforma del processo civile di cognizione*, premesso che « non si può immaginare che tutti i processi abbiano la stessa dimensione e la stessa struttura », indica come « il più intenso dei suoi sforzi » la costruzione di un processo « a struttura elastica », individuandone gli « snodi » nell'accordo delle parti e nell'ordine del giudice. Il richiamo al principio di elasticità diviene da allora un motivo costante nelle prese di posizione di Carnelutti di fronte

alle riforme, come contraltare, o alternativa, del principio di oralità, nelle sue diverse specificazioni.

Se, tuttavia, si tenta di approfondire il significato della *elasticità*, i risultati sono deludenti e non si rinviene nulla che assomigli, per fare un esempio, alla opzione tra *circuit court* e *circuit long* del vigente codice di rito francese. Grandi enumera come applicazioni del principio di elasticità i poteri del giudice istruttore nello svolgimento della fase istruttoria e la facoltà delle parti di provocare una decisione di equità o di adire la cassazione *per saltum*. Nulla, dunque, che incida effettivamente sulla rigidità del modello generale di procedimento; modello valevole, d'altronde, anche per i giudizi davanti agli organi monocratici di primo grado (pretore e conciliatore) con varianti non essenziali. Sembrava così definitivamente abbandonata quella differenziazione, nell'ambito del procedimento ordinario di cognizione, tra rito formale e rito sommario, che risaliva al codice del 1865 e rispondeva, almeno in origine, all'esigenza di celerità ed economia per determinati tipi di controversie, non necessariamente « minori », dal momento che il rito sommario si applicava alle cause commerciali.

Il tema è oggi assai noto, soprattutto per le approfondite analisi dedicate da Andrea Proto Pisani ai problemi della c.d. tutela giurisdizionale differenziata, comprensiva anche della previsione di più riti a cognizione piena, correlati alle esigenze di tutela di determinate situazioni sostanziali. Nella cultura processuale tra le due guerre, invece, la differenziazione della tutela finiva col coincidere col problema delle giurisdizioni speciali e quindi col confluire nell'affermazione di principio della giurisdizione unica, posta dal guardasigilli Grandi tra i cardini del nuovo processo e avente come corollario la generalizzazione del rito ordinario. Ancora una volta, quindi, l'atteggiamento negativo verso la « specialità » delle giurisdizioni (atteggiamento condiviso, come è noto, da Chiovenda) si traduceva nella prospettazione di un modello processuale rigido, cui facevano da supporto i pilastri del sistema concettuale, dall'azione alla cosa giudicata. In questo quadro sistematico, l'« adattamento dello schema al fatto », di cui parlava Carnelutti, non aveva spazio per operare, malgrado le astratte enunciazioni di principio. La migliore conferma di questa situazione si ha nella vicenda storica delle controversie di lavoro: quando le esigenze della tutela si fecero così pressanti da mettere con le spalle al muro il legislatore, si dovette creare un rito alternativo al di fuori del processo ordinario, incapace di adattarsi alla evoluzione in atto dei rapporti sostanziali.

5. — Consentitemi di condensare in alcune proposizioni i rilievi che sono andato esponendo sulla vicenda culturale delle riforme del processo di cognizione.

In primo luogo, la riforma del processo non può essere, come pensavano i nostri maestri della prima metà del secolo, un'opera di scienza, anche se la scienza offre alle riforme i risultati della propria elaborazione concettuale sul diritto previgente. La riforma è un'opera di politica del diritto, intesa nel senso proprio del termine, ossia come strumento al servizio della società, nell'ambito della quale occorre individuare le esigenze di tutela in un dato momento storico. Anche nella ricerca comparata sui modelli stranieri occorre abbandonare la illusione della neutralità politica della circolazione dei modelli. Riprendo qui i motivi di una mia non recente polemica con la scuola comparatistica di Rodolfo Sacco, da lui ricordata ora nella originale intervista autobiografica dal titolo *Che cos'è il diritto comparato*. Quello che ci offrono le riforme straniere è soprattutto un metodo di lavoro, che va dall'approfondimento dei dati socio-economici del bisogno di tutela all'opportuno sperimentalismo delle innovazioni. Ricordo, ad esempio che sia le riforme francesi che quelle della Germania ex federale, relative al giudizio di primo grado, furono sperimentate in taluni distretti giudiziari, prima della formulazione definitiva, che tenne conto dei suggerimenti emersi dalla loro pratica applicazione.

In secondo luogo, la necessità di innestare le riforme processuali su quelle dell'ordinamento giudiziario e forense deve cessare di essere una stanca affermazione di principio, sempre vanamente ripetuta. Lo studio dei due ordinamenti deve acquisire dignità pari a quella del processo, se non si vuole lasciarlo alle resistenze corporative dei magistrati e degli avvocati, arroccati su una sostanziale difesa dell'esistente. Quanto sta accadendo alla riforma del processo penale è la prova di come gli strumenti processuali, anche se formalmente ineccepibili e rispettosi delle garanzie individuali, possono fallire le attese della società, che vede il processo allontanarsi sempre più dai suoi reali bisogni.

Sul piano comparatistico, grazie ai contributi di Giuseppe Di Federico e della sua scuola, abbiamo ora a disposizione materiali che vanno arricchendosi continuamente, soprattutto nella prospettiva europea, che è senza dubbio la più importante per il nostro ordinamento. Abbandoniamo, dunque, la miopia intellettuale che porta ad accumulare volumi su volumi destinati allo studio di istituti singoli,

indubbiamente importanti, ma comunque periferici rispetto alle esigenze primarie della giustizia civile. Diamo spazio alla realtà nuova che si affaccia alle aule della giustizia (penso agli interessi diffusi o sopraindividuali, con i connessi problemi della legittimazione per categoria e della estensione *ultra partes* del giudicato); una realtà che deve trovare attenzione nelle riforme processuali, ma ancor prima nell'atteggiamento culturale di una nuova figura di giudice e di una nuova figura di avvocato.

Non basta dire che il modello orale-dibattimentale di processo, a maggior ragione se imperniato sul giudice monocratico, non può funzionare se non è applicato da magistrati ed avvocati all'altezza dei loro compiti ed educati al rispetto di quelle regole di deontologia forense che formano il substrato indispensabile delle regole processuali, per un corretto funzionamento del *trial*. È necessario che lo studio dei due ordinamenti sia materia quotidiana del dialogo sul quale deve basarsi la formazione del giurista.

Infine, la *elasticità* del procedimento non deve restare quella astratta enunciazione che abbiamo visto accompagnare, non senza punte retoriche, la riforma del 1940. Se vogliamo un esempio di regola contraria al principio di adattabilità del procedimento alle esigenze della causa, guardiamo alla riserva di collegialità, com'è prevista dall'art. 88 della legge di riforma. È difficile comprendere perché l'attribuzione della causa all'organo collegiale sia stata estesa, contro la proposta del comitato ristretto del Senato, dalle società di capitali a tutte le società, e quindi anche a quelle di persone; e perché lo stesso sia accaduto per tutti i giudizi di scioglimento delle comunioni, qualunque ne sia l'oggetto, dalla casetta di campagna al grande patrimonio ereditario. Il criterio di riparto più razionale avrebbe dovuto essere quello della maggiore o minore complessità della causa; criterio — lo riconosco — difficilmente applicabile senza l'esercizio di poteri discrezionali di valutazione da parte del giudice, come prevedeva il secondo Progetto Solmi. Ma qui si apre un altro genere di problemi, cui vorrei soltanto accennare, per non dare adito a nuovi dibattiti sul terreno di quel « formalismo delle garanzie » di cui ha scritto acutamente Sergio Chiarloni. Sono stato tra i primi ad occuparmi dei diritti garantiti dall'art. 24 cost., e quindi non credo che vorrete considerarmi un garantista pentito se affermo che nei dibattiti intorno alla riforma si è andati troppo oltre nel prospettare ad ogni passo questioni di illegittimità costituzionale: penso, ad esempio, al sottile bilanciamento dei poteri dell'attore e del

convenuto nella fase preparatoria del giudizio. Contrariamente all'avviso di alcuni amici processualpenalisti, penso che la Corte costituzionale abbia agito saggiamente nel limitare il campo del principio dell'oralità e dell'immediatezza dibattimentale, affermando che « fine primario ed ineludibile del processo penale non può che rimanere quello della ricerca della verità » (sentenza 3 giugno 1992 n. 255). Un'uguale saggezza deve ispirare la ricerca dell'equilibrio tra garanzie individuali e finalità sociali del processo.

FRANCESCO P. LUISO  
Ordinario dell'Università di Pisa

## Il giudice delegato: problemi attuali e prospettive di riforma (\*)

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Il giudice delegato secondo il previgente codice di commercio. — 3. Il giudice delegato come « organo preposto al fallimento ». — 4. Il giudice delegato in rapporto al tribunale fallimentare ed al curatore. — 5. L'autorizzazione al curatore a stare in giudizio. — 6. La natura dell'attività affidata al giudice delegato. — 7. I c.d. decreti di acquisizione. — 8. Il controllo sull'attività del giudice delegato. — 9. Il reclamo al tribunale fallimentare: i c.d. decreti decisori. — 10. *Segue*: i c.d. decreti non decisori. — 11. Il giudice delegato come componente del collegio. — 12. Prospettive di riforma. — 13. *Segue*: analisi delle stesse. — 14. *Segue*: valutazioni critiche.

1. — Una indagine, che voglia occuparsi del giudice delegato come organo del fallimento, è opportuno che si orienti prevalentemente in due direzioni: da un lato, la posizione — e quindi le funzioni — che l'ordinamento assegna al giudice delegato, con riferimento alla posizione ed alle funzioni del tribunale fallimentare e del curatore; dall'altro, il regime giuridico degli atti compiuti dal giudice delegato, con riferimento in special modo al controllo al quale sono sottoponibili.

I due argomenti si sovrappongono solo in parte: infatti, l'eventuale, diversa ripartizione operata, dal legislatore, dei poteri spettanti a questi tre organi può senz'altro influire sul regime giuridico dei vari atti del processo fallimentare e sulle modalità tecniche con le quali si attua il controllo di tali atti. Tuttavia, rimane sempre un dato costante: quale che sia il soggetto che compie l'atto, i rimedi giuridici

(\*) Testo della relazione predisposta per il convegno Sisco svoltosi a Lucca il 27 marzo 1993, ed avente ad oggetto gli organi dei processi concorsuali. Il presente lavoro è dedicato agli *Scritti in onore di Mario Vellani*.