

PREMESSA

«Ora finalmente il discorso fu ripreso. L'esperto di sistemi in fibre ottiche si domandava come si sarebbe mai potuto impedire che i membri di una giuria svolgessero ricerche nella privacy di casa loro, o ingaggiassero un familiare incaricandolo di svolgerle per loro. Problema di soluzione relativamente semplice, a detta del professore di giurisprudenza. I giurati dovevano impegnarsi al controllo reciproco. Pena l'arresto, avrebbero avuto l'obbligo di denunciare chiunque introducesse argomenti non presentati in aula. Una condanna fino a due anni per chi commetteva il reato e sei mesi per omessa denuncia»¹.

Questo è l'epilogo del discorso cui assiste Fiona Maye, giudice della sezione famiglia della *High Court* di Londra protagonista del romanzo *The Children Act* di Ian McEwan, durante il suo soggiorno presso la storica dimora di *Leadman Hall*, utilizzata per i pernottamenti nel corso delle trasferte alla sede distaccata di Newcastle. Arrivata in leggero ritardo all'aperitivo serale offerto ai pochi ospiti della villa, Fiona trova gli altri quattro commensali, un giudice penale, un funzionario statale addetto alla salvaguardia dei litorali e, appunto, l'esperto di sistemi in fibre ottiche e il professore di giurisprudenza, impegnati a discutere su un caso giudiziario che aveva da poco scosso l'opinione pubblica. Un processo per omicidio, infatti, era stato appena riaperto dopo l'annullamento del precedente dibattimento a seguito della scoperta che uno dei giurati aveva passato agli altri giurati alcuni dati appresi consultando Internet dal proprio cellulare².

In realtà, la discussione sulla curiosità informatica del giurato costituisce un episodio marginale nella trama del romanzo; Fiona Maye, nel pieno di una crisi coniugale, si trova a dover fronteggiare un procedimento – che noi definiremmo di volontaria giurisdizione – carico di implicazioni morali e giuridiche; deve decidere, infatti, se autorizzare un trattamento medico obbligatorio su Adam Hen-

¹ MCEWAN, *La ballata di Adam Henry*, Torino, 2014, 142, trad. it. di *The Children Act*, London, 2014.

² Non sembra azzardato ipotizzare che qui McEwan si riferisca a un caso realmente accaduto e, precisamente, alla condanna di un giurato inglese per aver effettuato ricerche su Internet relative al caso su cui doveva decidere; sull'episodio, avvenuto nel 2012 e diffuso anche dalla stampa, si veda BOWCOTT, *Juror Jailed Over Online Research*, in *The Guardian*, 23 gennaio 2012, reperibile sul sito www.theguardian.com/law/2012/jan/23/juror-contempt-court-online-research.

ry, minore gravemente malato di leucemia, nonostante il parere contrario suo e dei suoi genitori per ragioni di natura religiosa.

Tuttavia, la breve discussione raccontata nel romanzo di McEwan sintetizza in modo estremamente efficace il problema che costituisce il tema di fondo della presente ricerca; ossia il possibile influsso delle nuove tecnologie sul processo e, specificamente, sulla fase di accertamento dei fatti (intesa in senso ampio come fase di raccolta del materiale probatorio, di assunzione o di produzione dello stesso in sede processuale e di relativa valutazione).

Tale breve discussione, inoltre, consente di esplicitare le convinzioni che rappresentano i presupposti (gli assiomi, volendo usare la terminologia delle ricerche scientifiche) di questa indagine. Anzitutto, si ritiene che il problema dell'influsso delle nuove tecnologie non possa essere risolto semplicemente ignorandolo o facendo finta di nulla, come di fatto sembrerebbe suggerire la semplicistica (ma forse tratta dalla realtà giudiziaria inglese) soluzione del professore di giurisprudenza del romanzo di McEwan³. Ma soprattutto si è convinti che l'incidenza sul processo delle nuove tecnologie sia inevitabile. Il problema principale, quindi, non è tanto *se* le nuove tecnologie cambieranno l'accertamento giudiziale dei fatti, quanto piuttosto *come* lo cambieranno⁴.

Se vogliamo, un primo esempio degli effetti della curiosità informatica sul processo può essere rinvenuto nel *revirement* della Corte di Cassazione in tema di giudicato esterno. Come riconosciuto ancora recentemente, i giudici di legittimità affermano la rilevabilità officiosa di eventuali precedenti fra le stesse parti, in quanto la cognizione del giudice di legittimità «può avvenire anche mediante quell'attività di ricerca (relazioni, massime ufficiali e consultazione del Ced) che costituisce corredo del collegio giudicante nell'adempimento della funzione nomofilattica»⁵. E ciò in quanto, «la conoscenza dei propri precedenti

³ Cfr. quanto già detto nella nota precedente. In effetti, il problema della *independent research* è particolarmente serio nei *jury trial*, tanto da essere oggetto di particolare attenzione da parte della stessa dottrina: cfr. HOFFMEISTER, *Google, Gadgets, and Guilt: Juror Misconduct in the Digital Age*, in 83 *U. Colo. L. Rev.*, 2012, 409, MYERS MORRISON, *Jury 2.0*, in 62 *Hastings L.J.*, 2011, 1579 e THORNBURG, *The Curious Appellate Judge: Ethical Limits on Independent Research*, in 28 *Rev. Litig.*, 2008, 131.

⁴ Qui non è possibile prendere una specifica posizione nel dibattito fra determinismo tecnologico e determinismo sociologico. In estrema sintesi – e senza dubbio anche con una certa genericità – si può dire che i sostenitori del primo ritengono che la cultura e la società siano direttamente influenzati dall'evoluzione tecnologica dei mezzi di comunicazione, mentre i sostenitori del secondo ritengono che siano i nuovi bisogni della società a determinare i cambiamenti nelle tecnologie della comunicazione. Volendo comunque dare delle etichette o delle definizioni, l'assunto posto alla base della ricerca potrebbe essere definito come determinismo tecnologico moderato; in altri termini tale assunto si fonda sulla convinzione che le innovazioni tecnologiche costituiscano uno dei fattori di mutamento della società, anche se non l'unico; e ciò in quanto tali innovazioni si inseriscono in più generali trasformazioni sociali ed epistemiche già in atto nella società. In questo senso, oltre che per una sintetica analisi del dibattito in materia, LANDI, *Stampa, censura e opinione pubblica in età moderna*, Bologna, 2011, 11 ss.

⁵ Cass. civ., sez. lav., 4 dicembre 2015, n. 24740, in *Rep. Foro it.*, 2015, voce *Cosa giudicata civile*, n. 6.

da parte della corte di cassazione non si ritiene sia riconducibile alla scienza privata del giudicante, in quanto tale conoscenza si ricollega alla funzione istituzionale nomofilattica della cassazione (di cui all'art. 65 ordinamento giudiziario), per facilitare il cui assolvimento opera l'ufficio del massimario e sono predisposti presso la corte archivi elettronici»⁶.

Una precisazione è però doverosa; anzi, si tratta di una delimitazione dei confini della ricerca. L'espressione «nuove tecnologie», infatti, è generica (se non ambigua) e può essere facilmente fraintesa⁷. In questo lavoro si intende concentrare l'attenzione soprattutto sul diffuso e invero ormai dilagante uso di Internet, del *cloud computing*, nonché, in genere, delle nuove tecnologie informatiche per la conservazione e la gestione dei dati. Infatti, l'esponenziale facilità con cui conservare e accedere ai dati consentito da tali tecnologie (con il conseguente «sovraccarico informativo») sta progressivamente generando un «nuovo modo di conoscere»⁸. Ed è proprio al problema dell'influsso di tali nuove modalità conoscitive (o, meglio, di tali strategie epistemologiche) sul processo che si intende dedicare il presente studio.

Naturalmente qui non potranno essere affrontate le questioni più squisitamente epistemologiche connesse alle nuove tecnologie. Del pari si ritiene opportuno escludere dall'analisi il problema del rapporto fra epistemologia ed epistemologia giudiziaria⁹. È a tutti noto il fecondo – ma tuttora irrisolto – dibattito dottrinale sul rapporto fra i procedimenti conoscitivi di giudici, storici e scienziati. Ai fini di questo lavoro, tuttavia, sembra possibile ritenere pacifico che i mutamenti e le conquiste in campo scientifico ed epistemologico finiscano inevitabilmente per influenzare anche l'accertamento giudiziale dei fatti, in una sorta di «armoniosa confluenza in sede processuale degli apporti più fecondi

⁶ Cass. civ., sez. un., 17 dicembre 2007, n. 26482, in *Rep. Foro it.*, 2008, voce *Cosa giudicata civile*, n. 10, In senso critico, PANZAROLA, *Il notorio, la Judicial Notice e i «concetti» di prova*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 610, il quale evidenzia l'impropria equiparazione dei precedenti agli elementi normativi (*escamotage* utilizzato dalla Corte di Cassazione proprio per non incorrere nella violazione del divieto di scienza privata), sottolineando, come nei fatti, la Corte di Cassazione abbia configurato un caso di notorio giudiziale.

⁷ Sulla mancanza di una definizione generale di nuove tecnologie, cfr. SANTOSUOSSO, BOSCARATO, CAROLEO, *Robot e diritto: una prima ricognizione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, II, 494 ss.

⁸ La citazione è tratta dalla prefazione (intitolata appunto «crisi della conoscenza») di WEINBERGER, *La stanza intelligente. La conoscenza come proprietà della rete*, Torino, 2012, XV, trad. it. di *Too Big to Know. Retbinking Knowledge Now That the Facts Aren't the Facts, Experts Are Everywhere, and the Smartest Person in the Room is the Room*, New York, 2011. In tema, con specifico riferimento ai possibili effetti sul diritto, PAUL, BARON, *Information Inflation: Can The Legal System Adapt?*, in 13 *Rich. J.L. & Tech.*, 2007, 2 ss.

⁹ Solo per citare uno dei possibili riferimenti relativi a un problema che ovviamente trascende la dimensione propriamente giuridica, cfr. HAACK, *Epistemology and the Law of Evidence: Problems and Projects*, in ID., *Evidence Matters. Science, Proof, and Truth in the Law*, New York, 2014, 1 ss.

della cultura contemporanea»¹⁰. Come la rivoluzione scientifica ha significativamente modificato le modalità dell'accertamento giudiziale del fatto, così pare destinata a fare anche l'attuale rivoluzione informatica (o «dell'informazione»)¹¹.

È su queste basi che si tenterà, quindi, di valutare l'impatto delle nuove tecnologie sui principi tradizionalmente ritenuti alla base dell'accertamento giudiziale del fatto. Il punto di partenza sarà inevitabilmente il principio di disponibilità della prova, da oltre un secolo oggetto di un acceso dibattito dottrinale, non solo italiano. Il primo capitolo, infatti, sarà dedicato all'illustrazione delle tappe fondamentali di tale dibattito: ossia l'enucleazione del principio di disponibilità delle prove (e il suo coevo affrancamento dal principio della domanda), gli interrogativi sul suo fondamento e le discussioni sulla sua concreta configurazione normativa e sulla conseguente maggiore o minore ampiezza dei poteri di iniziativa istruttoria da parte del giudice.

Tuttavia, l'aspetto cui si cercherà di dedicare maggiore attenzione è il progressivo affievolimento del presupposto alla base di tale principio; presupposto costituito da quella che è stata efficacemente definita come «separatezza» del processo dal mondo reale. Infatti, come è stato icasticamente evidenziato, «il processo, come si sa, si colloca e si svolge – come un rito magico o religioso, o un dramma, ma soprattutto come un gioco, essendone carattere essenziale l'incertezza dell'esito – in una dimensione spaziale e temporale separata da quella della “vita reale”, ed è sottoposto a regole di comportamento e a gerarchie di valori diverse»¹². Il tutto è chiaramente sintetizzato nel brocardo medievale *quod non est in actis, non est in mundo*. «Il processo, dunque, costituisce un mondo: vi troviamo quanto figura “agli atti”; il resto “non est in mundo”, anche se fosse avvenuto sotto gli occhi del giudice, nello spazio profano»¹³.

Il problema dell'acquisizione al processo degli elementi di convincimento presuppone inevitabilmente tale separatezza. È proprio la distinzione dal mondo reale che pone il problema di chi debba introdurre nel giudizio le prove. È proprio tale iato fisico, per converso, che la rivoluzione informatica sembra mettere in discussione. La progressiva digitalizzazione di quasi ogni aspetto della realtà sta progressivamente portando alla creazione di una realtà informatica pa-

¹⁰ Cfr. UBERTIS, *Profili di epistemologia giudiziaria*, Milano, 2015, 12 (anche per gli opportuni riferimenti bibliografici), il quale non manca di sottolineare le specificità dell'approccio conoscitivo in sede giudiziaria. Sul tema, comunque, si rimanda anche a quanto si dirà nei capitoli due e quattro.

¹¹ La definizione è di FLORIDI, *La rivoluzione dell'informazione*, Torino, 2012, trad. it. di *Information. A Very Short Introduction*, Oxford, 2010.

¹² CAVALLONE, *Il divieto di utilizzazione della scienza privata del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 862.

¹³ CORDERO, *Riti e sapienza del diritto*, Bari, 1985, 312.

rallela, una sorta di *alter-ego* in cui le medesime entità reali sono presenti sotto forma di informazione.

Non si tratta di una realtà diversa e alternativa (come quella prospettata in romanzi o film di fantascienza); al contrario si tratta di una sfera parallela e complementare alla realtà fisica, in cui ogni oggetto reale trova la propria corrispondenza. Per rendersene conto è sufficiente una semplice considerazione. Ormai nessuno si chiede più se qualcosa o qualcuno è su Internet; semmai ci si stupisce se qualcosa o qualcuno *non* è su Internet. In prospettiva, questa progressiva e diffusa informatizzazione della realtà potrebbe quasi ribaltare l'antico brocardo: *quod est in mundo, etiam est in actis*.

Senza arrivare a scenari così estremi, tale fenomeno può incidere comunque in modo significativo sull'accertamento giudiziale dei fatti. Si pensi a tutte le informazioni che già ora sono inserite in banche dati pubbliche; sarebbero sufficienti semplici accorgimenti informatici affinché i dati contenuti in esse siano acquisite automaticamente al fascicolo, a sua volta telematico, del processo. Ad esempio, si può immaginare che nelle cause in materia di separazione e divorzio vengano acquisite in modo automatico dagli uffici tributari (per il tramite del codice fiscale delle parti) le dichiarazioni dei redditi dei coniugi. Oppure ancora si potrebbe pensare all'acquisizione automatica dei bilanci e degli atti di una società pubblicati nel registro delle imprese in una specifica controversia societaria. In simili casi, parrebbe difficile parlare di poteri istruttori; di fatto mancherebbe proprio *tout court* l'iniziativa istruttoria, essendo le prove automaticamente acquisite al processo.

Ma gli effetti delle nuove tecnologie sembrano incidere sull'accertamento giudiziale del fatto anche in altri modi. Come già accennato, la facilità e la semplicità con cui è possibile archiviare e consultare i dati sta indirettamente provocando un radicale mutamento nelle forme e nelle tecniche della conoscenza umana.

Sino alla recente rivoluzione informatica la conservazione delle informazioni era faticosa e costosa (si pensi solo alle difficoltà per scrivere e stampare un libro); e da ciò ovviamente nasceva l'esigenza di scegliere e selezionare cosa conservare. Tale esigenza veniva risolta mediante il ricorso a quello che potremmo definire principio di autorità; ossia la scelta veniva delegata alle persone ritenute più competenti nei singoli settori. Si pensi, ad esempio, alle enciclopedie tradizionali o alle riviste scientifiche, in cui la rilevanza e l'attendibilità dei contributi pubblicati sono garantite dalla selezione preventiva di un comitato scientifico o redazionale.

Analogamente avveniva anche per la consultazione delle conoscenze che si era deciso di conservare. Tali conoscenze venivano specificamente catalogate secondo criteri razionali predeterminati; si pensi, banalmente, al catalogo di una biblioteca, strutturato secondo criteri di suddivisione (per materia, per autore, per anno ...) stabiliti prima della catalogazione dei singoli libri.

La attuali tecniche informatiche di conservazione delle informazioni stanno radicalmente modificando tale approccio. È del tutto intuitiva la differenza fra

una ricerca nello schedario di una biblioteca e una ricerca “per parole chiave” in un motore di ricerca su Internet. Tale nuovo approccio pone un delicato problema. Prima la scelta di cosa conservare in sé implicitamente “rilevava” e catalogava come ... rilevante quanto conservato. Ora invece vi sono moltissimi dati, ma poche informazioni sicuramente attendibili. Il problema attuale, quindi, è quello di filtrare, all'interno della mole di dati disponibili, quelli realmente utili; in definitiva le vere e proprie informazioni. Come acutamente si è rilevato, «saving is the default option. The problem becomes what to erase»¹⁴.

Simili mutamenti possono incidere anche sul processo. Si pensi, ad esempio, alla nozione di fatto notorio. Tale nozione è da sempre imperniata sul concetto di cultura media; un concetto che a sua volta presuppone l'esistenza di un principio di autorità attraverso cui selezionare le informazioni degne di essere conservate; secondo la definizione tradizionale fornita da Calamandrei i fatti notori sono il «resultato di una esperienza e di una critica collettiva» e quindi sono utilizzabili proprio «perché il controllo e la critica sono già stati compiuti fuori del processo»¹⁵.

Oggi da un lato la facilità di conservazione e di consultazione dei dati pare estendere all'infinito il concetto di cultura media (si pensi al controllo diffuso su cui si fonda *Wikipedia*), dall'altro però proprio la mole sempre più crescente dei dati appare difficilmente compatibile con un'attività di controllo e di critica in grado di garantire l'univocità delle informazioni appartenenti alla cultura media (si pensi, ad esempio, alla diffusione delle teorie complottiste legate agli attentati dell'11 settembre 2001). A tali problemi sarà specificamente dedicato il secondo capitolo.

Ma non solo. Il problema del sovraccarico informativo rischia di ripercuotersi sull'intero meccanismo processuale, soprattutto qualora, almeno in prospettiva futura, anche in ambito processuale venga mutuato il meccanismo di filtro “in uscita”, ossia “come selezione”, tipico delle nuove tecnologie.

Proprio in quest'ottica, si prenderà in esame il caso dell'*e-discovery* nel processo federale statunitense; fenomeno che costituisce un vero e proprio “caso scuola”. Pur con un po' di approssimazione, si può ritenere che il meccanismo del *discovery* funzioni in modo analogo agli attuali strumenti informatici; si acquisiscono in automatico tutti i documenti e i dati potenzialmente utili per la controversia e da essi si ricavano (si filtrano verrebbe da dire) le informazioni direttamente rilevanti per la decisione. Non casualmente tale meccanismo è entrato in grave difficoltà in conseguenza del sovraccarico informativo generato dalle nuove tecnologie informatiche di conservazione dei dati. A tale problema si dedicherà il terzo capitolo.

Le nuove tecnologie informatiche incidono anche sotto un ulteriore aspetto.

¹⁴ FLORIDI, *The 4th revolution. How the Infosphere is Reshaping Human Reality*, Oxford, 2014, 21.

¹⁵ CALAMANDREI, *Per la definizione del fatto notorio*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1925, I, 294 e 295.

A prescindere dal modello processuale utilizzato (isonomico o asimmetrico che sia), «l'acquisizione della conoscenza nel giudizio – sia nella “questione di diritto” sia nella “questione di fatto” – presuppone la categoria dell'*ordine*, cioè di uno dei termini più complessi del lessico filosofico della tradizione occidentale»; e ciò in quanto «l'ordine permette di selezionare – tra le numerose informazioni – quelle che sono rilevanti, e che pertanto costituiscono prova»¹⁶.

E non casualmente il principio di rilevanza, cruciale nell'accertamento giudiziale del fatto, si basa sulla modalità tradizionali di conoscenza, consentendo l'ammissione solo delle prove preventivamente ritenute rilevanti per la decisione. Infatti, l'attività di assunzione e di valutazione delle prove è un'attività che richiede tempo e soldi; e per questo deve essere ottimizzata in modo tale da sfruttare al meglio le risorse disponibili. Come autorevolmente si è affermato, «bisogna evitare l'acquisizione al giudizio di prove che, quand'anche venissero ammesse e venissero assunte con esito positivo, non fornirebbero comunque alcun elemento di conoscenza utile per la decisione sui fatti»¹⁷.

Si tratta di una strategia epistemologica tradizionale: prima si seleziona e si cataloga, poi si acquisisce e si conserva. Come detto, la strategia epistemologica imposta dalle nuove tecnologie è esattamente opposta: prima si acquisiscono i dati, poi li si filtra a seconda di quello che si cerca. Benché apparentemente disordinata, tale strategia propone un ordine differente¹⁸.

Ciò pone un ulteriore interrogativo; selezionare ingenti quantità di dati impone inevitabilmente il ricorso a strumenti di ricerca informatici, mediante l'applicazione di algoritmi predeterminati. In questo caso è il principio del contraddittorio a rischiare di essere messo in crisi, visto che la selezione dei dati è effettuata automaticamente e senza alcun controllo ad opera delle parti. È vero che l'algoritmo posto a base della selezione può essere discusso dalle parti; è altrettanto vero, però, che le parti medesime non possono verificare e controllare direttamente lo stesso procedimento di selezione stesso¹⁹.

Un'ultima considerazione, la quale, più che altro, costituisce un avvertimento. Con questo studio non si intende cercare soluzioni certe e definitive, del tutto impensabili in considerazione della continua e costante evoluzione delle tecnologie informatiche. Invece, si intende più realisticamente offrire spunti di ri-

¹⁶ GIULIANI, *L'ordo iudicarius medioevale (Riflessioni su un modello puro di ordine isonomico)*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, 599.

¹⁷ TARUFFO, *Fatti e prove*, in ID. (a cura di), *La prova nel processo civile*, Milano, 2012.

¹⁸ WEINBERGER, *Elogio del disordine. Le regole del nuovo mondo digitale*, Milano, 2010, trad. it. di *Everything Is Miscellaneous: The Power of the New Digital Disorder*, New York, 2007.

¹⁹ In generale, sul problema dell'utilizzazione degli algoritmi e sull'emersione degli algoritmi, ossia tecnici specificamente preparati nell'analisi nella gestione di algoritmi, si leggano MAYER-SCHÖNBERGER, CUKIER, *Big Data. Una rivoluzione che trasformerà il nostro modo di vivere – e già minaccia la nostra libertà*, Milano, 2013, 243 ss., trad. it. di *Big Data. A Revolution That Will Transform How We Live, Work, and Think*, London, 2013.

flessioni e porre interrogativi. E, d'altronde, forse è proprio questo il compito principale nel presente ipertecnologico. Come icasticamente fu già segnalato da Pablo Picasso, «los ordenadores son inútiles. Solo pueden darnos respuestas». All'uomo infatti spettano le domande.

CAPITOLO 1

ASCESA, RICONFIGURAZIONE E DECLINO DEI POTERI ISTRUTTORI

SOMMARIO: 1.1. La sintesi della modernità: l'equilibrio «liberal» di Carnacini. – 1.2. Confronti in tema di fondamento del principio dispositivo. – 1.3. Vicende del principio dispositivo ed elaborazioni del «diritto alla prova». – 1.4. Riforme processuali della seconda metà del Novecento e poteri istruttori del giudice. – 1.5. Autoritarismo, liberalismo e poteri istruttori nella «quotidianità» della fine del Novecento. – 1.6. Riletture e ripensamenti intorno al principio di disponibilità delle prove nella dottrina recente.

1.1. *La sintesi della modernità: l'equilibrio «liberal» di Carnacini*

Si può certamente affermare che l'ambivalenza fra tecnica e ideologie (intese genericamente come fattori «non tecnici») rappresenta il minimo comun denominatore dell'evoluzione del problema che qui affronteremo, ossia quello della ripartizione delle iniziative probatorie nel processo. Tale constatazione rappresenta, per così dire, il punto di partenza dell'analisi di tale evoluzione e allo stesso tempo la chiave di lettura del relativo dibattito. In effetti, oggi sembra possibile dare per acquisita la piena consapevolezza della dimensione teoretica e filosofica del diritto processuale; anzi, «la scienza processuale pare la più filosofica tra le discipline giuridiche»¹. Anche su questa base si può concordare con la categorica affermazione con cui è stata inaugurata – e anche fondata – la Rivista di diritto processuale civile: «la concezione angusta e meccanica della procedura civile è definitivamente superata dal diritto processuale civile»².

Tale considerazione, tuttavia, non è parsa sempre così ovvia. Essa comunque non appare completa. La disciplina del processo, infatti, è anche «procedura»,

¹ GIULIANI, *Problemi metodologici nello studio del diritto processuale comparato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, 653.

² CHIOVENDA, CARNELUTTI, *Ai lettori*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1924, I, 3.

ossia «proverbialmente la più tecnica e arida delle discipline giuridiche»³. Anzi, il processo civile è «il diritto tecnico, nella sua manifestazione più marcata, cioè un diritto dominato da fattori e convenienze cangianti e privo di valori eterni»⁴.

Non si tratta di una mera contrapposizione di definizioni o di punti di vista. E neppure si tratta, come ironicamente si è affermato a metà del secolo scorso, di una questione di «sesso» o, secondo la terminologia più politicamente corretta dei nostri giorni, di una questione di «genere»⁵.

Al contrario, ciò denota l'intrinseca ambivalenza di ogni disciplina processuale; ossia la costante e ineliminabile commistione fra teoria e tecnica alla base di ogni regolamentazione processuale. Si è giustamente rilevato che «il processo non è pura tecnica e la sua conoscenza non si esaurisce nella cultura tecnica. La tecnica serve a fabbricare lo strumento processuale, mentre l'ideologia determina gli scopi che il processo dovrebbe conseguire»⁶.

Più in generale, sembra possibile considerare acquisita l'intrinseca connessione del processo (e della sua disciplina) con il contesto sociale, economico e culturale di riferimento, ideologico appunto⁷. In qualche misura, la connessione è biunivoca, visto che la disciplina del processo influenza a sua volta la cultura e la società⁸; e ciò anche in considerazione del fatto che i processualisti (e, in genere, gli studiosi di diritto) sono «ricchi di conoscenze particolari e desiderosi di sistemarle e intenderne le relazioni e i limiti»⁹.

³ CAVALLONE, *La borsa di Miss Flite. Storie e immagini del processo*, Milano, 2016, 11 (in questo caso il riferimento è alla pagina dell'ebook).

⁴ Definizione rinvenibile in STEIN-JUNCKER, *Principi di diritto processuale civile e di diritto fallimentare, Introduzione (Premessa alla prima edizione)*, XVI, Monaco, 1921, citata da BÖHM, *Processo civile e ideologia nello stato nazionalsocialista*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 623.

⁵ SATTÀ, *Dalla procedura civile al diritto processuale civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, 29 e ID., *La dottrina del diritto processuale civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, 704. In argomento, cfr. anche PATTI, *Diritto civile e diritto processuale civile: frammenti di un percorso*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 1 ss.

⁶ TARUFFO, *Cultura e processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 71.

⁷ TARUFFO, *Cultura e processo*, cit., 71. Molti hanno scritto sul rapporto del processo con il contesto storico e culturale di riferimento. Certamente essenziale è il riferimento a CAPPELLETTI, *Ideologie nel diritto processuale*, in *Processo e ideologie*, Bologna, 1969, 3, spec. 5 ss. e ID., *Iniziative probatorie del giudice e basi pregiudiziali della struttura del processo*, sempre in *Processo e ideologie*, cit., 165. In argomento, con specifico riferimento agli influssi sulle riforme processuali, si rimanda a ANSANELLI, *Contributo allo studio della trattazione nella storia del processo civile. 1815-1942*, Torino, 2017, 19 e CARPI, *Le riforme del processo civile in Italia verso il XXI secolo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 106. Si vedano anche le risalenti riflessioni di L. ROSSI, voce *Procedimento civile (forme del)*, in *Dig. it.*, vol. XIX-2, Torino 1908-1913, 347 ss.

⁸ CHASE, *Law, Culture, and Ritual*, New York, 2005 (da cui sono tratte le citazioni), pubblicato anche in Italia con il titolo, *Gestire i conflitti. Diritto, cultura, rituali*, Bari, 2009, 125.

⁹ La citazione è di CROCE, *Recensione a Calamandrei, "Il giudice e lo storico" e "La relatività del concetto di azione"*, in *La Critica. Rivista di Letteratura, Storia e Filosofia*, 1939, 38.

Si tratta, come detto, di una constatazione ormai ovvia, ma che allo stesso tempo risulta forse anche troppo generica. I fattori culturali o ideologici che influenzano la disciplina processuale sono alquanto eterogenei fra loro. Ad esempio Cappelletti parla di «ideologie» nel senso di «ragioni e condizionamenti sociali e culturali che in un determinato contesto storico stanno e operano nella norma e nell'istituto, nella legge e nell'ordinamento, come pure nell'interpretazione e in genere nell'attività dei giudici e dei giuristi»¹⁰. Tale definizione, tuttavia, più che specificare in positivo il concetto di ideologia, sembra rappresentare una formula riassuntiva, tale da includere in un unico concetto, per così dire in negativo, tutti i fattori extra giuridici – o sarebbe meglio dire «non tecnici» – che influiscono sulla disciplina del processo.

Ma non solo. Appare indubbiamente condivisibile l'affermazione secondo cui il mascherare scelte ideologiche dietro opzioni tecniche «non sembra tanto una prerogativa dei giuristi di ieri rispetto a quelli di oggi, quanto un fenomeno ricorrente, originato dal sempre rinnovato tentativo di prospettare come “obiettivamente migliori” o “più razionali”, così accreditandone la forza persuasiva, soluzioni in realtà fondate su trasparenti giudizi di valore». Ed è altrettanto vero che spesso argomentazioni di matrice ideologica sono ricorrenti nella storia del processo e della sua elaborazione dottrinale¹¹.

Tuttavia, a seconda dei periodi, variano il modo e soprattutto l'intensità con cui le ideologie – meglio, come detto, i fattori non tecnici – incidono sulla disciplina processuale. Si può certamente concordare, ad esempio, sul fatto che oggi (ma lo stesso non può dirsi con riferimento ad altri periodi storici o ad altri contesti) il termine ideologia possa essere inteso in un'accezione avulsa da componenti ideologico-politiche, probabilmente non più attuali nella società contemporanea¹². Del resto, parafrasando un'icastica definizione del valore attuale dei miti e dei riti, in generale oggi le ideologie sembrano essere «a bassa intensità»¹³.

Come già detto all'inizio, l'ambivalenza fra tecnica e ideologie costituisce il punto di partenza e la chiave di lettura del dibattito del problema delle iniziative istruttorie nel processo. Del resto, se il diritto processuale è la più filosofica delle discipline giuridiche, allora senza dubbio il diritto probatorio rappresenta il

¹⁰ CAPPELLETTI, *Premessa*, in *Processo e ideologie*, Bologna, 1969, IX.

¹¹ CAVALLONE, *Premessa storico-critica*, in *Il giudice e la prova*, 1991, 48 (ove anche la citazione nel testo), il quale individua tre “topoi” classici frequentemente utilizzati nell'ambito di tale dibattito.

¹² L.P. COMOGGIO, *Ideologie consolidate e riforme contingenti del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 521.

¹³ La definizione, riferita ai miti, in conseguenza della ridondante iterazione delle formule (e non più delle storie in senso proprio) dovuta alle nuove tecnologie di comunicazione (e alla televisione in particolare), si deve a ORTOLEVA, *Il secolo dei media. Riti, abitudini, mitologie*, Milano, 2008, 81 ss.

più filosofico dei problemi processuali¹⁴. Non a caso, già «i dottori medioevali ebbero ferma la convinzione che i temi fondamentali del processualista sono filosofici in senso lato: verità, errore, giudizio»¹⁵. Anzi, si potrebbe quasi sostenere che il problema stesso del processo si sostanzia in quello delle prove. Per citare una nota e icastica affermazione di Bentham, «la procedura non è, nella sua essenzialità, che l'arte di amministrare le prove»¹⁶.

Allo stesso tempo, però, il diritto delle prove si configura come essenzialmente tecnico e, proprio per questo, specifico e autonomo rispetto ad altri settori del sapere e della conoscenza. Come si è autorevolmente osservato per gli ordinamenti di *common law* – ma si tratta di considerazioni estensibili a qualsiasi modello processuale – «il metodo previsto dalla legge per la conduzione dell'accertamento dei fatti si allontana in larga misura dal metodo di investigazione utilizzato nella comune pratica sociale»¹⁷. E ciò sia perché sono poste specifiche limitazioni al materiale probatorio utilizzabile sia perché le forme del procedimento influenzano l'accertamento stesso¹⁸.

La scelta del tema, però, va delimitata e giustificata. Il problema delle iniziative istruttorie nel processo civile è del resto da sempre ricorrente nel dibattito accademico, anche se forse meno «di moda» rispetto a qualche anno fa¹⁹.

Certamente non lo è più per il legislatore. In realtà, fino alla fine del secolo scorso il legislatore era particolarmente attento a questo tema e manifestava senza incertezze (soprattutto negli anni Settanta e Ottanta) anche la propria preferenza verso un allargamento e un rafforzamento dei poteri istruttori del giudice²⁰. A tale atteggiamento «militante» fa da contraltare oggi una sostanziale in-

¹⁴ TARUFFO, *Cultura e processo*, cit., 80, secondo cui «il tema delle prove è forse quello che presenta più profonde e più numerose implicazioni culturali».

¹⁵ GIULIANI, *Problemi metodologici nello studio del diritto processuale comparato*, cit., 652.

¹⁶ Citata da COPPOLA, voce *Prova (materia civile)*, in *Dig. it.*, vol. XIX, II, Torino, 1913, 873.

¹⁷ DAMAŠKA, *Il diritto delle prove alla deriva*, Bologna, 2003, 23, trad. it. di *Evidence Law Adrift*, New York, 1997. Anzi, soprattutto con riferimento agli ordinamenti di *common law*, l'estensione, il numero e il carattere generale delle c.d. regole di esclusione «hanno contribuito a provocare spesso l'identificazione con il sistema probatorio nel suo complesso» (DONDI, *L'evoluzione della Hearsay Rule nel processo civil angloamericano*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, 101).

¹⁸ CAVALLONE, *Forme del procedimento e funzione della prova (ottant'anni dopo Chiovenda)*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 417 ss.

¹⁹ CAVALLONE, *In difesa della veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 12, il quale rileva appunto che «il tema dei poteri istruttori del giudice, e della opportunità di un loro incremento, è stato fino a qualche decennio fa di gran moda tra i processualisti e gli studiosi di diritto comparato».

²⁰ Allora si era giustamente rilevato che «il legislatore processuale dei nostri giorni non nutre alcuna simpatia per quella regola della “disponibilità delle prove” che ancora vive tra le disposizioni generali del codice di procedura civile» (CAVALLONE, *Premessa storico-critica*, cit., 3).

differenza al tema, mai seriamente preso in esame nelle pur innumerevoli riforme succedutesi negli ultimi quindici anni²¹.

Ma non è, ovviamente, solo una questione di preferenze o di mode. In effetti, i problemi del diritto probatorio sono molti e tutti con significative implicazioni culturali e ideologiche. È quasi banale ricordare il problema della definizione della prova e della sua funzione, oscillante fra persuasione e dimostrazione²². Oppure il problema (già brevemente accennato) della specialità della prova processuale rispetto ad altri settori scientifici, tradizionalmente estrinsecatosi nella dibattuta equiparazione del giudice allo storico²³. Non meno importante è il problema della disciplina legale dei mezzi di prova, della loro tipicità e dell'ammissibilità di regole di esclusione²⁴.

Analogamente deve dirsi per il problema dell'estensione dell'accertamento

²¹ In effetti, l'ultima riforma connotata da un'accentuazione dei poteri istruttori del giudice civile risale alla abolizione delle preture e alla creazione del Giudice unico di primo grado (cfr. art. 68, d.lgs. 19 febbraio 1998, n. 51, Istituzione del giudice unico di primo grado). In tale occasione, infatti, è stato introdotto l'art. 281-ter c.p.c., la quale, pur non attribuendo nuovi poteri istruttori (l'articolo in questione sostanzialmente riprende quanto previsto dal precedente art. 317 c.p.c. per i procedimenti davanti al pretore), ne ha quantomeno esteso la portata applicativa; come ormai ampiamente noto, infatti, salvo i (pochi e residuali) casi di riserva di collegialità di cui all'art. 50-bis c.p.c., tutte le controversie civili che non siano di competenza del giudice di pace vengono decise dal tribunale in composizione monocratica. Su tale riforma si tornerà più avanti nel testo; con particolare riferimento proprio ai poteri istruttori del giudice, si rimanda comunque a TARZIA, *L'istituzione del giudice unico di primo grado e il processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, 633 (secondo il quale, invece, la norma avrebbe «una potenziale e ben maggiore carica eversiva degli oneri, di articolazione dei fatti e indicazione specifica dei testi, imposti a chi deduce la prova testimoniale dall'art. 244 c.p.c.»), GRASSO, *L'istituzione del giudice unico di primo grado. Prime osservazioni sulle disposizioni relative al processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, 650, CARRATTA, *Poteri istruttori del tribunale in composizione monocratica*, in *Giur. it.*, 2000, 660 AULETTA, *Le "specialità" del processo civile davanti al giudice monocratico*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 150 (secondo il quale, appunto, la norma ha funzione meramente integrativa).

²² Senza pretese di completezza, si rinvia, anche per ulteriori riferimenti, a CAPPELLETTI, *Ideologie nel diritto processuale*, in *Processo e ideologie*, Bologna, 1969, 8, CARRATTA, *Funzione dimostrativa della prova (verità del fatto nel processo e sistema probatorio)*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 73, L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, III ed., Torino, 2010, 7, TARUFFO, *Funzione della prova: la funzione dimostrativa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, 553 ss.

²³ I principali contributi sul tema nella dottrina processualciviltistica italiana si devono a CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, Padova, 1937, CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1939, I, 105, TARUFFO, *Il giudice e lo storico: considerazioni metodologiche*, in *Riv. dir. proc.*, 1967, 438, CHIARLONI, *Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, 819, G.F. RICCI, *Nuovi rilievi sul problema della "specificità" della prova giuridica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 1129.

²⁴ GIULIANI, *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Milano, 1971, 159 ss., spec. 189 ss., CAVALLONE, *Forme del procedimento e funzione della prova*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 417 ss., DAMAŠKA, *Free Proof and its Detractors*, in 43 *Am. J. Comp. L.*, 1995, 343 e FERRER BELTRÁN, *La valoración racional de la prueba*, Milano, 2012 (da cui sono tratte le citazioni), trad. it. di *La valoración racional de la prueba*, Madrid, 2007, 21 ss.

giudiziale dei fatti (ossia dei limiti entro cui può o deve spingersi la ricerca del giudice); problema a sua volta strettamente connesso a quello dei criteri di valutazione delle prove (ossia dei criteri in base ai quali il giudice può ritenere un fatto provato)²⁵.

Ultimo, non certo per importanza, ma solamente per il fatto di non aver «assunto autonomo rilievo» fra i temi classici del diritto probatorio nella dottrina italiana, è il problema dell'effettività dei provvedimenti istruttori del giudice²⁶.

Perché, quindi, affrontare il tema delle iniziative istruttorie? Sono essenzialmente tre le ragioni che hanno indotto questa scelta. La prima è rappresentata dalla constatazione che tale problema è centrale in qualsiasi processo, essendosi posto «da quanto esiste il processo»; o quantomeno da quando le prove «razionali» hanno preso il sopravvenuto su quelle «irrazionali»²⁷.

La seconda consiste nel fatto che tale tema, pur essendo ovviamente collegato agli altri problemi di diritto probatorio sopra menzionati, non ne è stretta-

²⁵ Qualsiasi processo decisionale, del resto, richiede una *stopping rule*, ossia, una regola di blocco del procedimento medesimo, un criterio ovviamente variabile, e possibilmente influenzato da molti fattori, fra i quali soprattutto il tempo e il carico di lavoro. Secondo un approccio radicato nella cultura giuridica, e sostenuto da autorevole dottrina, il processo decisionale dovrebbe procedere sino a che il giudice non disponga di tutti gli elementi utili per la decisione. Cfr., in questo senso, TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari, 2009, 140 (secondo il quale «la razionalità di un convincimento deve fondarsi – appunto – su tutti i dati conoscitivi esistenti», e sull'analogo principio di *comprehensiveness* o di *completeness*, in base al quale «le prove che fondano un'affermazione debbono essere complete»). Sul *total evidence principle*, si vedano GOLDMAN, *Knowledge in a Social World*, Oxford, 1999, 204, GOOD, *On the principle of total evidence*, in *British J. for the Philosophy of Science*, 1967; sul principio di *comprehensiveness* (o di *completeness*), si legga HAACK, *Epistemology Legalized: Or Truth, Justice, and the American Way*, in 49 *Am. J. Jur.*, 2004, 56. In una prospettiva differenziata, a seconda dell'approccio prescelto alla strategia decisionale, cfr. VERMEULE, *Three Strategies of Interpretation*, in 42 *San Diego L. Rev.*, 2005, 610. In argomento, sia consentito il rinvio anche a P. COMOGLIO, *Il giudice specializzato in materia di impresa. Problemi e prospettive*, Torino, 2014, 65 ss.

²⁶ DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, Padova, 1985, 3, il quale parla giustamente di «marginalizzazione» del tema e di «confusione con altri problemi del processo civile». Sempre secondo le parole dell'Autore, «l'impressione è anzi che, nonostante il suo rilievo, esso si caratterizzi specialmente per la sua mancata autonomia rispetto ad alcune di tali problematiche». E si tratta di un'impressione certamente estensibile anche al dibattito attuale, considerando che gli ultimi studi in tema di effettività processuale si concentrano esclusivamente sull'efficacia del provvedimento conclusivo del processo o, in generale, sul processo nel suo insieme, senza alcuna particolare attenzione ai provvedimenti istruttori. Si veda, al riguardo, PROTO PISANI, *Il principio di effettività nel processo civile italiano*, in *Giusto proc. civ.*, 2014, 825, il quale si concentra sull'effettività dell'azione e dell'esecuzione della sentenza, senza affrontare, secondo una tradizione consolidata, il problema dell'effettività dei provvedimenti istruttori. Il tema è accennato, ma non compiutamente approfondito, in alcuni studi dedicati al c.d. diritto alla prova; cfr. L.P. COMOGLIO, *Direzione del processo e responsabilità del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1977, 32, TARUFFO, *Il diritto alla prova nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 90.

²⁷ CAVALLONE, *Premessa storico-critica*, cit., 9; FABIANI, *I poteri istruttori del giudice civile. I. Contributo al chiarimento del dibattito*, cit., 108.

mente dipendente. Senza dubbio potrebbe sembrare anomalo, ad esempio, parlare di funzione dimostrativa delle prove e contemporaneamente imporre limiti legali al giudice nella valutazione delle stesse; così come potrebbe sembrare anomalo attribuire al giudice poteri istruttori ufficiosi e contemporaneamente escludere l'ammissibilità di prove atipiche. Tuttavia, si tratterebbe di mera incoerenza, non di incompatibilità logica o giuridica²⁸. In realtà, come si cercherà di segnalare meglio in seguito, tutti questi problemi dipendono dalla soluzione di un unico problema comune, ossia la concreta individuazione dello scopo dell'accertamento del fatto all'interno del processo.

La terza, e forse più importante, ragione consiste nella convinzione che le nuove tecnologie possano incidere in modo estremamente significativo, nel momento presente o comunque in un futuro ormai molto prossimo, sul tema appunto delle iniziative istruttorie²⁹. E ciò soprattutto in considerazione del fatto che tali tecnologie stanno erodendo la «separatezza» dal mondo reale che per secoli ha connotato, e connota ancora, il processo e, più in particolare, l'accertamento giudiziale dei fatti³⁰.

Spiegare le ragioni della ricerca, paiono necessarie alcune ulteriori precisazioni, o meglio delimitazioni, del tema. Parlare di iniziative probatorie, infatti, sembra troppo generico. Tale definizione, presa in sé, include (o può includere) anche il tema delle modalità processuali con cui le prove vengono richieste e assunte nel processo. Qui, invece, ci si intende concentrare esclusivamente sul problema di chi (parti o giudice) debba o possa avere l'iniziativa di produrre o dedurre prove nel processo. Detto in altri termini, si cercherà di ricostruire le più recenti evoluzioni sul fondamento del c.d. principio di disponibilità della prova (volendo mutuare la rubrica dell'art. 115 c.p.c.). Ma qui già si entra nel merito dell'analisi, visto che gli aspetti terminologici e la corretta interpretazione del significato e dell'estensione di quest'ultima norma costituiscono argomenti centrali del dibattito dottrinale³¹.

²⁸ Cfr. CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, cit., 761.

²⁹ Come si è già specificato nell'introduzione, alla base di questa ricerca vi è la convinzione (definibile, volendo dare delle etichette, come determinismo tecnologico moderato) secondo la quale le innovazioni tecnologiche costituiscono uno dei fattori di mutamento della società, ma non l'unico; e ciò in quanto tali innovazioni si inseriscono in più generali trasformazioni sociali ed epistemiche già in atto. Cfr. LANDI, *Stampa, censura e opinione pubblica in età moderna*, Bologna, 2011, 11 ss.

³⁰ CAVALLONE, *Il divieto di utilizzazione della scienza privata del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 862.

³¹ Come si vedrà meglio nel prosieguo dell'analisi, infatti, la terminologia è molto varia. Per citare solo alcune espressioni utilizzate dalla dottrina, si è parlato di principio dispositivo, di principio dispositivo in senso improprio, di principio di disponibilità delle prove, adoperate in coerenza a ben precise premesse sistematiche e dogmatiche. Il riferimento al principio di disponibilità della prova, di cui nel testo, quindi, proprio in quanto mutuato dall'art. 115 c.p.c., vuole essere semplicemente un riferimento neutro al problema, lasciando al prosieguo dell'analisi gli ulteriori appro-

Sempre a livello terminologico è necessario un ulteriore chiarimento, frutto questa volta non di una scelta neutrale, ma di una necessaria presa di posizione. Spesso, parlando delle iniziative probatorie, specialmente con riferimento a quelle del giudice, si tende a utilizzare riassuntivamente l'espressione «poteri istruttori». Si tratta, tuttavia, di un'espressione ambivalente, un po' ambigua e comunque caratterizzata da una «notevole indeterminatezza»³².

Spesso, infatti, tale espressione viene intesa come riferita anche ai poteri che spettano al giudice nella direzione del processo. Non è questo, però, l'aspetto principale su cui si vuole concentrare l'attenzione. Qui, infatti, si intende limitare l'analisi esclusivamente ai poteri che il giudice ha (potrebbe o dovrebbe avere) di disporre d'ufficio di mezzi di prova. Per semplicità, anche se con un po' di approssimazione, la nozione di poteri istruttori utilizzata in questo lavoro non include i poteri che costituiscono lo strumentario apprestato al giudice per svolgere quella che viene comunemente definita «direzione formale» del processo. Anche in questo caso, però, si tratta comunque di un'approssimazione: la nozione di poteri istruttori presa qui come riferimento, infatti, è senza dubbio più ristretta rispetto alla nozione di «direzione materiale» del processo, inclusiva anche dei poteri di chiarificazione delle allegazioni delle parti e dei poteri coercitivi di cui il giudice può servirsi per rendere effettivi i propri provvedimenti.

Infine, è doverosa una precisazione – anzi, una giustificazione – sulla scelta dell'estensione cronologica dell'analisi. Si è detto che, per così dire, il problema delle iniziative probatorie è nato con il processo. Il tema, quindi, non è certo nuovo; conseguentemente, anche il dibattito dottrinale relativo è risalente e molto esteso. Pur senza voler risalire troppo in là nel tempo è quantomeno a partire dalla fine del Settecento che si può parlare di una vera e propria «storia dogmatica» di tale problema³³.

Certo, l'evoluzione di questa storia dogmatica, soprattutto per quanto riguarda le origini nella dottrina tedesca delle c.d. *Maximen* e la sua diffusione in Italia, è stata già ampiamente e autorevolmente analizzata³⁴. Appare pertanto

fondamenti. Sulle ambiguità della terminologia utilizzata cfr., ad esempio, CAVALLONE, *Premessa storico-critica*, cit., 40 e FABIANI, *I poteri istruttori del giudice civile. I. Contributo al chiarimento del dibattito*, cit., 233 ss. Del resto, come autorevolmente sottolineato, l'espressione principio di disponibilità delle prove è quella che «meno di ogni altra sembra prestare il fianco ad equivoci» (MANDRIOLI, CARRATTA, *Diritto processuale civile*, vol. I, *Nozioni introduttive e disposizioni generali*, XXV ed., Milano, 2016, 122, nota 60). In argomento, cfr. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, vol. II, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, Torino, 2017, 299 ss.

³² CAVALLONE, *In difesa della veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 13.

³³ CAVALLONE, *Premessa storico-critica*, cit., 5.

³⁴ Il riferimento è, ovviamente, agli approfonditi studi di CAVALLONE, *Premessa storico-critica*, cit., 3 ss.

del tutto superflua e inutile ogni ulteriore riflessione al riguardo; e ciò anche in considerazione del fatto che la stessa dottrina tedesca considera il problema delle *Maximen* ormai sostanzialmente superato³⁵.

Sembra, invece, preferibile concentrare l'attenzione sul dibattito in materia che, a partire dagli anni Cinquanta del secolo scorso, si è sviluppato nella dottrina processualistica italiana; dibattito di cui, oltre tutto, è facile individuare il punto di partenza. Pur nella diversità di opinioni, infatti, la dottrina individua l'origine di tale dibattito – forse sarebbe meglio dire il suo punto di svolta – nella pubblicazione del famosissimo saggio di Carnacini su «Tutela giurisdizionale e tecnica del processo» e nella relativa idea secondo cui la configurazione della fase istruttoria del processo risponde esclusivamente a ragioni di «tecnica processuale»³⁶.

Non a caso, l'articolo – più correttamente «l'ampio studio di teoria generale»³⁷ – di Carnacini viene quasi sempre descritto come «classico» che ha «ridestato l'interesse degli studiosi sul tema»³⁸, «scritto, denso di cultura e di pensiero»³⁹, «limpida trattazione di teoria generale»⁴⁰ o, in termini ancora più elogiativi, «finissima indagine, storico-comparativo-dogmatica»⁴¹ e «memorabile saggio»⁴². Anche le critiche, assai rare per la verità, non hanno mai dimostrato indifferenza. Alcune anche pesanti (e, lo si vedrà, ingiustificate); il riferimento è alle «analogie impressionanti» fra le tesi di Carnacini e la concezione del processo socialista di Kellner prospettate da una isolata dottrina⁴³. Altre più puntuali e non prive di ironia, come quelle di Andrioli, che attribuisce un mero «valore allegorico» ad alcune affermazioni di Carnacini sul «signor Processo»⁴⁴. Molti lo hanno elogiato, pochi lo hanno criticato, tutti, in ogni caso, non hanno potuto esimersi dal confrontarsi con il suo pensiero.

In definitiva, comunque la si consideri, «luogo comune» (secondo i rari criti-

³⁵ CAPONI, *Note in tema di poteri probatori delle parti e del giudice nel processo civile tedesco dopo la riforma del 2001*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 532.

³⁶ CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in *Studi in onore di Enrico Redenti*, Milano, 1955, II, 696.

³⁷ CARPI, *Tito Carnacini processualista e rettore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 373.

³⁸ E.F. RICCI, *Il principio dispositivo come problema di diritto vigente*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, 380.

³⁹ NICOLETTI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo: permanenza e attualità di una dottrina*, in *Studi in onore di Tito Carnacini*, II, *Studi di diritto processuale*, Milano, 1984, 491.

⁴⁰ CARPI, *Tito Carnacini*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1983, 1224.

⁴¹ VELLANI, *Tito Carnacini processualista*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, 641.

⁴² VERDE, *Le ideologie del processo in un recente saggio*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 676.

⁴³ MONTELEONE, *Intorno al concetto di verità «materiale» o «oggettiva» nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 8.

⁴⁴ In particolare, Andrioli, non senza ironia appunto, definisce come «descrizioni antropomorfe» con al centro «il signor Processo a guisa di beneficiario» la famosa affermazione di Carnacini secondo cui non è solo il processo che serve alla parte, ma è anche la parte che serve al processo (ANDRIOLI, voce *Prova*, in *Noviss. dig. it.*, 1967, 279, nota 1).

ci)⁴⁵ oppure «geniale intuizione» (secondo i più convinti sostenitori)⁴⁶, la tesi sostenuta da Carnacini ha senza dubbio condizionato, e per così dire in modo irreversibile, il successivo dibattito dottrinale. Può essere condivisa oppure no; tuttavia, è innegabile il fatto che solo una tesi profondamente innovativa potesse essere in grado di suscitare reazioni così vaste e profonde per quasi settanta anni.

È proprio da qui, pertanto, che si ritiene di poter partire. Non si tratta, però, di una questione di mero rispetto verso lo studioso che più ha inciso sul dibattito italiano in tema di poteri istruttori. Alla base di questa scelta vi è anche la sommessima convinzione che sul saggio di Carnacini si è detto tanto, ma, forse, non ancora tutto.

Come noto, Carnacini pubblica il proprio saggio negli *Studi in onore di Enrico Redenti*, editi nel 1951. Tuttavia, l'importanza dello stesso non viene subito percepita compiutamente dalla dottrina. I primi influssi sul dibattito dottrinale si riscontrano solo qualche anno dopo, precisamente alla fine degli anni Cinquanta, anche grazie al grande rilievo che alle tesi di Carnacini viene dato da un altro illustre processualista, Mauro Cappelletti⁴⁷. Non è facile spiegare le ragioni di questo ritardo; tuttavia, non pare del tutto azzardato ipotizzare che tale ritardo sia dipeso anche dalla collocazione editoriale. Come ironicamente (ma non a torto) rilevato, «si sa che pubblicare uno scritto soltanto in una *Festschrift* è il metodo più sicuro per evitare che qualcuno lo legga»⁴⁸.

In realtà, Carnacini aveva già pubblicato una prima versione del saggio nel 1941, sotto forma di corta monografia, pubblicata «in pochissimi esemplari» per meri fini universitari; «un saggio, abbastanza breve, dal titolo *Volontà finale e tecnica della parte nel processo civile*»⁴⁹. È lo stesso Carnacini a riconoscerlo,

⁴⁵ MONTERO AROCA, *Il processo civile «sociale» come strumento di giustizia autoritaria*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, 568.

⁴⁶ CARPI, *Conclusioni*, in AA.VV., *La disponibilità della tutela giurisdizionale (cinquant'anni dopo)*, Milano, 2011, 154.

⁴⁷ CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità. Parte prima*, Milano, 1962, 305 ss. (questa parte della monografia era già stata pubblicata autonomamente col titolo di *Principio dispositivo e interrogatorio della parte*, in *Annali dell'Università di Macerata*, 1959, 233 ss.). Sull'importanza di questa monografia nel dibattito dottrinale italiano cfr., recentemente, CONSOLO, *Ascendenze tra gli stili e i sistemi di diritto processuale civile nel XX secolo e ragioni della loro tutt'ora difficile «osmosi»*, in *Riv. it. scienze giur.*, 2015, 152.

⁴⁸ La citazione è di CAVALLONE, *Introduzione*, in ID., *Scritti ritrovati*, Ospedaletto, 2016, XI, il quale, autoironicamente, si riferisce al proprio saggio «*Un frivolo amor proprio*». *Precognizione e imparzialità del giudice civile*, edito, per così dire in esclusiva, negli *Studi in onore di Giuseppe Tarzia*.

⁴⁹ Così si esprime lo stesso Carnacini, a proposito della prima versione, nella «avvertenza» apposta in calce alla prima pagina dell'edizione del 1951; CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, cit., 696. In proposito, cfr. VELLANI, *Tito Carnacini processualista*, cit., 641; FABIANI, *I poteri istruttori del giudice civile. I. Contributo al chiarimento del dibattito*, cit., 131, nota 36. Presumibilmente tale pubblicazione è servita per il concorso da ordinario, vinto proprio nel 1941 (cfr., a proposito della carriera accademica di Carnacini, CARPI, *Tito Carnacini processualista e rettore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 373).

proprio nella avvertenza posta quale nota iniziale del saggio del 1951, al fine di giustificare apparenti anacronismi, ossia la citazione di articoli favorevoli alla sua tesi pubblicati prima del 1951⁵⁰.

Se l'importanza della seconda versione è stata colta con ritardo, la versione del 1941 è stata sostanzialmente trascurata⁵¹. Nell'unico caso in cui ciò è avvenuto, alla corretta intuizione iniziale circa l'importanza della prima versione nell'interpretazione delle idee di Carnacini non pare essere seguita un'analisi effettiva di tale versione. In tale occasione, infatti, dalla sola collocazione cronologica del saggio, forse senza una consultazione diretta del testo, sono state tratte (in modo sostanzialmente apodittico) alcune conclusioni sull'impostazione ideologica alla base del pensiero di Carnacini⁵².

Tale scarsa attenzione della dottrina, comunque, è giustificabile; e le ragioni sono ancora una volta di natura editoriale. Se le pubblicazioni collettanee in onore o in memoria di qualche studioso sono difficilmente reperibili, ancora di più lo sono (allora come oggi) le pubblicazioni edite a meri fini concorsuali. La piccola monografia del 1941, quindi, rappresenta, a tutti gli effetti, una «eccezionale rarità bibliografica»⁵³.

Al di là di una libreria antiquaria online (nel cui catalogo l'opera era formalmente inserita, ma poi concretamente non disponibile per l'acquisto), la versione del 1941 è custodita unicamente nella biblioteca dell'Università di Bologna. E così non poteva non essere, vista la finalità concorsuale della pubblicazione; proprio a questo riguardo non sembra casuale che sul frontespizio sia stato apposto, con grande risalto, il timbro della data, 13 novembre 1941, di (probabile) acquisizione alla biblioteca. Allora come oggi, le scadenze concorsuali non ammettono istanze di rimessione in termini⁵⁴.

Carnacini stesso definisce questa prima versione «del tutto provvisoria ed as-

⁵⁰ Sempre nell'avvertenza, infatti, Carnacini cita alcuni scritti di Pugliese e di Micheli (che citerà anche nel corso dell'articolo), adesivi alle tesi espresse nello scritto del 1941, CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, cit., 696.

⁵¹ È facile notare come la quasi totalità della dottrina successiva citi solo la versione del 1951. Nei pochi casi in cui è riportata anche la versione del 1941, ciò avviene in modo del tutto acritico, a titolo sostanzialmente di mera informazione bibliografica; cfr. FABIANI, *I poteri istruttori del giudice civile. I. Contributo al chiarimento del dibattito*, cit., 131, nota 36.

⁵² MONTELEONE, *Intorno al concetto di verità «materiale» o «oggettiva» nel processo civile*, cit., 6.

⁵³ Così viene definita, non senza ironia (ma l'ironia era rivolta all'interpretazione datane da Monteleone), da TARUFFO, *Per la chiarezza di idee su alcuni aspetti del processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 725. Del resto, come si è già detto in precedenza, è lo stesso Carnacini ad aver ammesso di averla pubblicata in pochissimi esemplari. Nella bibliografia di Carnacini, pubblicata in suo omaggio, tale versione viene appunto indicata come provvisoria e fuori commercio: cfr. GIOVANNUCCI ORLANDI (a cura di), *Bibliografia delle opere di Tito Carnacini*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, 647.

⁵⁴ Come detto, il testo del 1941 era reperibile unicamente nella biblioteca dell'Università di Bologna. Tuttavia, la consultazione è stata possibile solo grazie all'aiuto della professoressa Lea Querzola e della dottoressa Lucilla Galanti, che qui, quindi, approfitto per ringraziare nuovamente.

sai incompleta». E ciò è certamente vero, anche solo confrontandola sommariamente con quella successiva; la versione del 1951, oltre ad essere molto più argomentata e strutturata, è corredata da un più approfondito apparato di note; e da questo punto di vista il secondo saggio appare «completamente rifatto»⁵⁵. Il confronto fra le due versioni, tuttavia, non può essere liquidato in questo dato puramente quantitativo. Come si cercherà di segnalare, le due versioni manifestano interessanti differenze, ma anche significative linee di continuità.

Senza dubbio lo scarto temporale fra le due versioni è estremamente rilevante, non solo perché dieci anni sono tanti, ma soprattutto perché in quei dieci anni, senza paura di esagerazioni, è cambiato il mondo. In effetti, nella versione del 1951 si trova chiaramente traccia sia dei mutamenti politici e sociali, sia delle evoluzioni giuridiche e dottrinali avvenuti successivamente al 1941.

In primo luogo, ed è quasi banale ricordarlo, è completamente cambiato il contesto politico e istituzionale. Se nel 1941 il fascismo era ancora saldamente al controllo dello Stato (pur incominciando a emergere le prime serie difficoltà derivanti dall'alleanza con la Germania nazista), nel 1951 la Repubblica e i mutamenti istituzionali derivanti dalla svolta repubblicana erano in via di consolidamento. Si tratta di momenti storici drammatici, sicuramente non facili e fra loro diametralmente opposti. In effetti, si può ritenere che l'unico tratto comune ad entrambi (seppur con modalità significativamente differenti) sia rappresentato dalla difficoltà di poter esprimere valutazioni completamente obiettive⁵⁶.

Simile constatazione, del resto, ha trovato il consenso anche di due autorevoli processualisti che, come vedremo meglio in seguito, hanno espresso opinioni radicalmente differenti circa gli influssi ideologici di quel contesto storico sulle riforme processuali. Secondo Cipriani, «se nel 1940 non si poteva parlare (né tanto meno criticare una legge o addirittura un codice), nel 1944-1950, ad onta della restaurazione della democrazia e della libertà, troppe cose impedivano di parlare (e fors'anche di pensare) con la stessa libertà di oggi»⁵⁷. Analogamente, Taruffo sottolinea che, nell'immediato dopo guerra, «l'attacco al codice» non si fondava su basi tecniche o corporative, ma «sulla linea di giustificazioni "più nobili", quali appunto la dichiarata avversione verso il "codice fascista", e la sottolineatura polemica dei suoi difetti»⁵⁸.

D'altro canto, già allora, pur nelle difficoltà di espressione, era chiara la com-

⁵⁵ Così si esprime CARPI, *Tito Carnacini*, in BIROCCHI, CORTESE, MATTONE, MILETTI (diretto da), *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, Bologna, 2013, 454.

⁵⁶ Come osservato proprio a proposito dell'evoluzione del pensiero, anche politico, di Carnacini, «gli americani ci avevano liberato dal fascismo ed era la loro forza ad evitarci il destino dei tedeschi orientali o degli ungheresi. Apprezzare una politica e i suoi valori, tuttavia, non significa capire una cultura» (MANCINI, *Il liberale Tito Carnacini*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, 628).

⁵⁷ CIPRIANI, *Autoritarismo e garantismo nel processo civile (a proposito dell'art. 187, 3° comma, c.p.c.)*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, 25.

⁵⁸ TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, Bologna, 1980, 291.

plexità e la gravità della situazione o, per usare un'espressione di Calamandrei, del «periodo d'accelerati trapassi che il mondo vive»⁵⁹. E anche nell'immediato dopo guerra, «fra strepiti d'armi ed ansiose aspettative», di fatto non era «tempo di parlar di procedura»⁶⁰.

La mancanza di serenità, in quegli «anni di nebbie diffuse, di coordinate instabili, di relativismo ed eclettismo imperanti»⁶¹, si riscontra molto chiaramente nelle due versioni di Carnacini. È sufficiente confrontare il punto in cui egli si sofferma sulla proposta di trasformazione del processo civile in giurisdizione volontaria elaborata negli anni Trenta dal giurista tedesco Baumbach sulla spinta dell'ideologia nazionalsocialista⁶².

In entrambe le versioni Carnacini ovviamente manifesta il proprio dissenso e ne contesta fermamente i contenuti. Tuttavia, nel testo del 1941 quello di Baumbach viene definito come uno «zelante tentativo di rendere il futuro diritto processuale più consono a quelle che vengono indicate come le esigenze dei tempi nuovi»⁶³. Ben altri, invece, sono i toni del testo del 1951, in cui Baumbach non è neppure più menzionato personalmente e viene genericamente evocato come «farnetico scrittore»⁶⁴.

Del resto, Carnacini non era l'unico ad avere queste difficoltà. Lo stesso Calamandrei, che pure aveva subito criticato la proposta di Baumbach, ammetteva comunque trattarsi «non della stramberia di un utopista, ma della meditata conclusione di un competente, alla quale, se si parte da certe premesse, non manca il pregio della consequenzialità»⁶⁵.

Ma non è solo la situazione politica ad essere cambiata. Fra la fine degli anni Trenta e l'inizio degli anni Cinquanta si sono riscontrate radicali trasformazioni anche nel pensiero giuridico italiano; e di ciò si trova traccia negli scritti di Carnacini. Ne è un chiaro esempio la significativa modificazione del titolo fra la prima e la seconda versione. La «volontà finale» diventa «tutela giurisdizionale» e la «tecnica della parte» diventa «tecnica del processo».

⁵⁹ CALAMANDREI, *La relatività del concetto di azione*, cit., 25.

⁶⁰ REDENTI, *L'umanità del nuovo processo civile*, in ID., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, I, Milano, 1962, 759.

⁶¹ CHIZZINI, *Correnti del pensiero moderno e poteri del giudice civile nel pensiero di Piero Calamandrei: tre variazioni sul tema*, in ID., *Pensiero e azione nella storia del processo civile. Studi*, Torino, 2013, 132.

⁶² BAUMBACH, *Zivilprozess und freiwillige Gerichtsbarkeit*, in *Zeits. Der. Ak. F. d. Recht*, 1938, 583. In proposito, si veda, nella dottrina contemporanea, BÖHM, *Processo civile e ideologia nello stato nazionalsocialista*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 623, spec. 631.

⁶³ CARNACINI, *Volontà finale e tecnica della parte nel processo civile*, cit., 61.

⁶⁴ CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, cit., 766.

⁶⁵ CALAMANDREI, *Abolizione del processo civile?*, in *Riv. dir. proc. civ.*, I, 1938, 336. Calamandrei accenna alla proposta di Baumbach anche in *La relatività del concetto di azione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1939, I, 44.

Tale riformulazione sembra rappresentare una significativa conferma di quello che Irti ha definito, molto efficacemente, «declino del linguaggio volontaristico» nella letteratura giuridica italiana, ossia declino «di un linguaggio, che, così nelle pagine di dottrina come nella giurisprudenza pratica, parla di “manifestazione della volontà”, di “accordo di volontà”, di “interpretazione della volontà”»⁶⁶. Non è superfluo ricordare come Irti, pur con il «rischio indissociabile dalle sintesi e dalle impressioni d'insieme», collochi tale mutamento tra il 1935 e il 1943⁶⁷.

Del resto, il linguaggio volontaristico era assai diffuso nella dottrina processualistica, soprattutto a partire dagli anni Trenta. È quasi scontato ricordare la monografia di Alessandro Pekelis, pubblicata nel 1930, intitolata emblematicamente «Il diritto come volontà costante»⁶⁸. Si trattava di una monografia allora molto nota e apprezzata, tanto da essere stata oggetto di una corposa recensione (sotto forma di articolo) da parte di Carnelutti⁶⁹. E si può dire che proprio in tale opera possano cogliersi le anticipazioni del prossimo mutamento filosofico-culturale, prima ancora che giuridico⁷⁰.

I segni di questo cambiamento si ritrovano non solo nel confronto fra i titoli delle due versioni ma anche nell'analisi delle parti aggiunte o modificate nella seconda versione. Ad esempio, il «conseguimento dei propri scopi-extraprocessuali»⁷¹ diventa «tutela giurisdizionale e attraverso questa il conseguimento dei propri scopi ultra-processuali»⁷²; il «tentativo di tutelare un interesse materiale che la parte fa attraverso il processo»⁷³ diviene «tentativo di tutelare un interesse materiale che la parte realizza attraverso il processo civile, facendo dipendere dall'esito di quest'ultimo il regime giuridico dell'interesse stesso»⁷⁴. In una aggiunta inserita solo nella seconda versione, poi, Carnacini (suffragato anche dal-

⁶⁶ IRTI, *Itinerari del negozio giuridico*, in *Quaderni fiorentini*, 1978, 396.

⁶⁷ IRTI, *Itinerari del negozio giuridico*, cit., 396. In argomento, in prospettiva di analisi storica dell'evoluzione della dottrina italiana, CIANFEROTTI, 1914. *Le università italiane e la Germania*, Bologna, 2016, 173 ss. e CONSOLO, *Ascendenze tra gli stili e i sistemi di diritto processuale civile nel XX secolo e ragioni della loro tutt'ora difficile «osmosi»*, cit., 128.

⁶⁸ Si tratta della «prima e celebrata» monografia di Pekelis, frutto della rielaborazione della sua tesi di laurea discussa nel 1928 nell'Università di Firenze; sulla vita e sulle sfortunate vicissitudini di Alessandro Pekelis, cfr. VULLO, *Alessandro Pekelis*, in *Giusto proc. civ.*, 2015, 289 ss., spec. 293 (ove la precedente citazione), DONDI, *Una pagina di Pekelis rivisitata*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1982, 131 ss. e DENTI, *Un ricordo: Alessandro Pekelis*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, 963 ss.

⁶⁹ CARNELUTTI, *Filosofia e scienza del diritto*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1931, I, 38.

⁷⁰ In questo senso, cfr. DONDI, *Una pagina di Pekelis rivisitata*, cit., 132, il quale sottolinea come Pekelis, «nonostante la derivazione idealistica dei suoi studi di teoria generale del diritto», egli si indirizzasse già chiaramente verso il «superamento del tipico approccio idealistico, crociano o gentiliano, nei riguardi di una teorica generale del diritto».

⁷¹ CARNACINI, *Volontà finale e tecnica della parte nel processo civile*, cit., 9.

⁷² CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, cit., 700.

⁷³ CARNACINI, *Volontà finale e tecnica della parte nel processo civile*, cit., 15.

⁷⁴ CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, cit., 714.

la citazione del pensiero di Capograssi) precisa – non casualmente – che la volontà del singolo acquista valore solo adeguandosi alla volontà della legge⁷⁵.

Non si tratta però, di un mutamento meramente linguistico. Il costante riferimento al linguaggio volontaristico della prima versione appare indicativo anche del significativo influsso (se non diretto, certamente indiretto) delle idee di Benedetto Croce sul pensiero di Carnacini. Si può certamente ritenere ormai acquisito il penetrante influsso della filosofia crociana sulla dottrina giuridica di inizio Novecento. Anzi, si è addirittura parlato di vera e propria «dittatura esercitata da Benedetto Croce su quasi tutti i settori delle scienze dello spirito nella cultura italiana di quegli anni»⁷⁶. E ciò nonostante le critiche che, comunque, parte della dottrina già allora prospettava; Calamandrei, ad esempio, definiva senza mezzi termini le idee di Croce come «verità pericolose», «formulate al solo scopo di intendere e interpretare la realtà», ma in grado di «diventare armi micidiali per insegnare a metter lo scompiglio nel mondo e per giustificare le peggiori furfanterie»⁷⁷.

Non sembra possibile qui ripercorrere e analizzare l'influsso della dottrina crociana sul pensiero giuridico della prima metà del Novecento⁷⁸. Si ritiene di poter concordare sul fatto che il peso di tali teorie filosofiche abbia inciso in modo significativo sul pensiero di Carnacini, soprattutto con riguardo al saggio qui in esame. Specialmente nella versione del 1941, il frequente richiamo alla volontà come base dell'iniziativa processuale sembra influenzato dalla teoria crociana secondo cui le leggi sarebbero «irreali» e ciò che vale sarebbe il solo «concreto atto volitivo»⁷⁹.

⁷⁵ CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, cit., 699, in cui viene anche citato il noto saggio di CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, Roma, 1937, 112, saggio che, per quanto anteriore, non era menzionato nella versione del 1941.

⁷⁶ CHIARLONI, *Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, 821. Si veda anche la nota 4, ove l'Autore rimarca la «tempestiva attenzione con cui il Croce seguiva gli influssi del proprio magistero nei settori diversi da quello filosofico e letterario a cui più direttamente si rivolgeva». Chiarloni ricorda la recensione al libro di Calogero, ma indubbiamente non può essere omessa anche la recensione che Croce dedica alla voce «Azione» di Peckel, in *La Critica. Rivista di Letteratura, Storia e Filosofia*, 1938, 457.

⁷⁷ CALAMANDREI, *Il nuovo processo civile e la scienza giuridica*, in *Riv. dir. proc.*, 1941, 62.

⁷⁸ Qui pare sufficiente rimandare, anche per ulteriori riferimenti, a PERAZZOLI, *Benedetto Croce e il diritto positivo. Sulla «realtà» del diritto*, Bologna, 2011, *passim*, spec. 67 ss., DE GENNARO, *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, Milano 1974, FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Roma, Bari 1999, M. BARBERIS, *La filosofia del diritto nel primo Novecento*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, Roma 2012, 568, NITSCH, *Il giudice e la legge. Consolidamento e crisi di un paradigma nella cultura giuridica italiana nel primo Novecento*, Milano, 2012 e SARTORI, *Studi Crociani*, I, Bologna, 1997, 227.

⁷⁹ In questi termini si esprime sul pensiero crociano CALAMANDREI, *Il nuovo processo civile e la scienza giuridica*, cit., 62. Del resto, come spiega chiaramente lo stesso Croce, «La legge è un atto volitivo che ha per contenuto una serie o classe di azioni» (CROCE, *Filosofia della pratica, economia ed etica*, Bari, 1923, 317).

Questa visione molto radicale viene (solo parzialmente) rivista nel 1951. Nella seconda versione del saggio, infatti, la volontà individuale, ossia la scelta di adire l'autorità giudiziaria, viene concepita non più come entità a sé stante che si autolegittima, ma come elemento inserito in un più ampio sistema di tutela giurisdizionale regolato dalla legge. La modificazione del titolo del saggio, come già si è detto, appare estremamente significativa al riguardo⁸⁰.

Tuttavia, gli influssi del pensiero crociano non paiono fermarsi qui. In particolare, la relatività del concetto di diritto e la peculiare nozione di tecnica elaborati da Benedetto Croce sembrano aver inciso significativamente su alcuni delle idee centrali del saggio di Carnacini, idee riprese e ribadite anche nella versione del 1951. Ma su questo ci riserviamo di tornare fra breve.

Rimanendo sempre all'analisi comparativa delle due versioni, quella più recente e più nota manifesta in modo evidente anche la particolare attenzione riservata da Carnacini all'evoluzione del dibattito dottrinale italiano di allora. È quasi superfluo ricordare che nel 1949 e nel 1950 vengono pubblicati saggi poi divenuti famosissimi e oggi tranquillamente definibili come classici che segnano per così dire il ritorno della dottrina a temi generali e di ampio respiro⁸¹. Carnacini ovviamente coglie subito gli spunti di questi nuovi filoni dottrinali, considerandoli direttamente o anche solo implicitamente nella stesura finale del proprio saggio⁸².

Ad esempio, nella versione del 1951 sembra possibile cogliere il recepimento e la peculiare elaborazione dell'evoluzione del dibattito relativo al concetto di azione; come noto, il problema dell'azione era allora molto discusso nella dottrina processualistica, tanto che la sua stessa formulazione viene giustamente considerata come il «vero atto di nascita della scuola processualistica italiana»⁸³.

Ovviamente, oggi il tema non suscita più l'interesse di allora. Già a partire dagli anni Sessanta del resto la dottrina più accorta poteva tranquillamente so-

⁸⁰ In proposito, mi pare significativa la differenza fra due affermazioni contenute nelle prime pagine di entrambe le versioni. Nel 1941, Carnacini definisce la parte come «colui il quale si serve del processo, ne diviene uno dei soggetti, cioè diviene uno degli elementi costitutivi del proprio mezzo, concorrendo per il primo a dargli vita legittima» (CARNACINI, *Volontà finale e tecnica della parte nel processo civile*, cit., 2), mentre nel 1951 la definisce «colui il quale si serve del processo, ne diviene uno dei soggetti, diviene una "parte" del proprio mezzo, concorrendo per il primo a dargli vita legittima» (CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, cit., 698). Nel primo caso, la parte è vista come elemento costitutivo del mezzo, mentre nel secondo è essa stessa che diviene "parte" del mezzo medesimo.

⁸¹ Ricordiamo, in particolare, CARNELUTTI, *Torniamo al giudizio*, in *Riv. dir. proc.*, 1949, I, 165, CAPOGRASSI, *Giudizio processo scienza verità*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, 1 e CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, 23.

⁸² Ad esempio, il saggio di Capograssi è direttamente citato in CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, cit., 714.

⁸³ FAZZALARI, *Enrico Redenti nella cultura giuridica italiana*, in *Riv. dir. proc.*, 1963, 368.

stenero che tale problema «è venuto man mano perdendo d'interesse»⁸⁴ e definire come «sterili» e semplici «episodi di una disputa dottrinale» le diatribe sulla natura del diritto di azione⁸⁵. A maggior ragione oggi si ritiene autorevolmente che «di questo ampio dibattito [...] rimane poco o niente»⁸⁶.

Allora certamente non era così. Invero, il dibattito sull'azione «ha occupato in modo tutto particolare processualcivili e civilisti nel corso della seconda metà dell'ottocento e della prima metà del secolo scorso»⁸⁷. Negli anni Trenta e negli anni Quaranta il dibattito era più vivo che mai. Ad esempio, nel 1937, ossia solo quattro anni prima della prima versione del saggio di Carnacini, Pekelis pubblica sul Nuovo Digesto Italiano la voce Azione⁸⁸, definita allora come «il contributo più originale e più penetrante che sia stato scritto sull'argomento dopo la classica prolusione di Chiovenda»⁸⁹. Ovviamente non possono essere dimenticati gli importanti contributi di Carnelutti⁹⁰, Betti⁹¹, Satta⁹², Cristofolini (proprio in diretta risposta a Satta)⁹³ e Calamandrei⁹⁴, tutti pubblicati negli anni Trenta.

Non è qui ovviamente possibile riassumere il complesso dibattito di quegli

⁸⁴ FAZZALARI, *Enrico Redenti nella cultura giuridica italiana*, cit., 368.

⁸⁵ DENTI, *Dottrine del processo e riforme giudiziarie tra illuminismo e codificazioni*, in *Riv. dir. proc.*, 1981, 225.

⁸⁶ PROTO PISANI, *Il principio di effettività nel processo civile italiano*, in *Giusto proc. civ.*, 2014, 827.

⁸⁷ DENTI, *Dottrine del processo e riforme giudiziarie tra illuminismo e codificazioni*, cit., 225.

⁸⁸ PEKELIS, voce *Azione*, in *Nuovo dig. it.*, vol. II., Torino, 1937, 91, poi ristampata l'anno successivo in *Noviss. dig. it.*, vol. II, Torino 1938, 29, con postilla di Liebman. Sull'importanza di tale voce, «frutto di una cultura chiaramente ispirata allo storicismo crociano», nel contesto di allora, cfr. DENTI, *Un ricordo: Alessandro Pekelis*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, 962 e DONDI, *Una pagina di Pekelis rivisitata*, cit., 134. Più recentemente, cfr. VULLO, *Alessandro Pekelis*, cit., 306.

⁸⁹ CALAMANDREI, *La relatività del concetto di azione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1939, I, 24. In senso critico, però, cfr. CARNELUTTI, *Recensione e Alessandro Pekelis, Azione (Estr. dal "Nuovo digesto italiano")*, Torino, 1937, in *Riv. dir. proc. civ.*, I, 1937, 200. Sull'importanza di questa voce e anche sulla mancata percezione, da parte della dottrina di allora, della portata davvero innovativa delle scelte metodologiche e culturali di Pekelis (in una sorta di «ridefinizione dell'attività propria del giurista» in termini di vera e «propria attività di tipo ideologico», con il conseguente «accostamento alle trasformazioni politiche e ideologiche relative all'assetto statale», cfr. DONDI, *Una pagina di Pekelis rivisitata*, cit., 136.

⁹⁰ CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, I, *Funzione e composizione del processo*, Padova, 1936, 345 ss. e, soprattutto, 888 ss.

⁹¹ BETTI, *Ragione e azione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1932, I, 205.

⁹² SATTA, *Gli orientamenti pubblicistici della scienza del processo*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1937, I, 32, nonché (in risposta al saggio di Cristofolini, di cui alla nota successiva), ID., *Orientamenti e disorientamenti della scienza del processo*, in *Foro it.*, 1937, IV, 376.

⁹³ CRISTOFOLINI, *A proposito di indirizzi nella scienza del processo*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1937, I, p. 105, nonché (a sua volta in risposta alla risposta di Satta, di cui alla nota precedente), ID., *Contro i disorientamenti della scienza del processo*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1937, I, 282.

⁹⁴ CALAMANDREI, *La relatività del concetto di azione*, cit., 24.

anni⁹⁵. In ogni caso, nel saggio di Carnacini sembra possibile individuare una specifica e per certi versi peculiare concezione di azione (anche se rimasta sostanzialmente implicita). Per quanto egli non si occupi *ex professo* del tema, la concezione fortemente strumentale del processo, la collocazione della domanda di parte, *rectius* della volontà finale della parte, al di fuori dei principi processuali e la netta separazione fra domanda e tecnica del processo parrebbero presupporre una concezione sostanzialmente pubblicistica e astratta dell'azione, molto simile a quella di matrice carneluttiana⁹⁶.

Alla netta separazione fra volontà e tecnica, ossia fra diritto soggettivo e processo evidenziati da Carnacini potrebbero certamente adattarsi le parole di Calamandrei con cui quest'ultimo descrive appunto la concezione astratta dell'azione: «in questo modo tutti i ponti tra l'azione e il diritto soggettivo sono rotti: a forza di insistere sulla indipendenza del diritto processuale dal diritto sostanziale, si è giunti a tirar su, tra di essi, una muraglia senza finestre»⁹⁷.

Certamente la posizione di Carnacini nel 1941 si differenziava nettamente da quella di Calamandrei e, a maggior ragione, da quella di Chiovenda, a cui lo stesso Calamandrei sostanzialmente si rifà. In realtà, come già detto, non pare che Carnacini avesse intenzione di prendere una specifica posizione sul tema dell'azione. Del resto, il suo interesse principale, come si dirà meglio in seguito, era essenzialmente rivolto alla configurazione «tecnica» della fase istruttoria.

Soprattutto nella versione del 1941, però, Carnacini sembra comunque delineare, o più propriamente abbozzare, una propria concezione di azione. In proposito è interessante segnalare quanto lo stesso Carnacini afferma nella nota 1 di pagina 49 (affermazione poi non più riprodotta nella versione del 1951). Quasi a mo' di *obiter dictum*, dopo aver illustrato la posizione di Calamandrei in tema di azione (richiamando sinteticamente proprio i contenuti del saggio del 1937), egli afferma: «personalmente poi sarei indotto ad andare oltre, in quanto mi sembra che proprio questi esempi in cui si afferma che si avrebbe azione (intesa nel sen-

⁹⁵ In proposito, cfr. ORESTANO, voce *Azione in generale*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 786 ss., nonché FAZZALARI, *La dottrina processualistica italiana: dall'azione al "processo"*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, 911, nonché ID., «Processo» e *giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, 11 ss. Sugli sviluppi ulteriori di quel risalente dibattito che – grazie all'apporto della scienza tedesca sul tema dell'azione in senso astratto – ha poi condotto all'elaborazione dell'azione come diritto pubblico subiettivo, cfr. altresì l'indagine storico-evolutiva di L.P. COMOGGIO, *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, Padova, 1970, Parte I, 39 ss. In generale, sull'importanza del dibattito in tema di azione nel complessivo sviluppo della dottrina processualciviltistica italiana, cfr. CONSOLO, *Ascendenze tra gli stili e i sistemi di diritto processuale civile nel XX secolo e ragioni della loro tutt'ora difficile «osmosi»*, cit., 143.

⁹⁶ Secondo Carnelutti, infatti, l'azione era un diritto soggettivo processuale nei confronti del giudice, diritto avente ad oggetto «l'interesse alla giusta composizione della lite, non l'interesse in lite. Questa è la ragione elementare della diversità tra il diritto subiettivo materiale e la azione», azione che, quindi, si configura come «diritto pubblico soggettivo, poiché l'interesse con essa tutelato è un interesse essenzialmente pubblico» (CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, cit., 890 e 891).

⁹⁷ CALAMANDREI, *La relatività del concetto di azione*, cit., 37.