

Nel prossimo numero...

P. CALAMANDREI, LA RELATIVITÀ DEL CONCETTO D'AZIONE, IN RIV. DIR. PROC. CIV., 1939, I, IN ID., STUDI SUL PROCESSO CIVILE. VOLUME QUINTO - TEORIA GENERALE E METODO. QUESTIONI DI DOTTRINA E DI GIURISPRUDENZA. LEGISLAZIONE COMPARATA (1938-1943), PADOVA, CEDAM, 1947, PP. 1-26

EDITORIALE

Marco Magri*

SOMMARIO: 1. L'antefatto: Satta, Carnelutti e gli "orientamenti pubblicistici della scienza del processo". – 2. Calamandrei e l'ideologia processualistica totalitaria: ansietà e giustificazione – 3. Tre possibili argomenti.

1. L'ANTEFATTO: SATTA, CARNELUTTI E GLI "ORIENTAMENTI PUBBLICISTICI DELLA SCIENZA DEL PROCESSO".

La rilettura di questo saggio ci riporta a un momento crepuscolare per la storia d'Italia: alle vicende occorse in una manciata di anni, gli ultimi trenta del secolo scorso, particolarmente tormentati anche per la

* Università degli Studi di Ferrara, marco.magri@unife.it



scienza del processo civile¹. «E poi venne la guerra», scrisse Satta nel 1968², ricordando la polemica che lo aveva opposto a Carnelutti e poi al giovane allievo di quest'ultimo, Cristofolini, dopo la prolusione «orientamenti pubblicistici della scienza del processo»³, letta da Satta nel 1937 in occasione della sua successione a Carnelutti nella cattedra di Padova. La prolusione costituiva un attacco frontale alle tesi pubblicistiche di Carnelutti, il quale infatti si oppose – narra lo stesso Satta⁴ – alla pubblicazione del testo sulla *Rivista di diritto processuale* (pubblicazione che avvenne solo grazie all'intervento di Chiovenda). L'essenza della posizione di Satta si richiamava sostanzialmente ai principi individualistici del codice del 1865, «consisteva nella riaffermazione del fine privatistico del processo e nel riagganciamento dell'azione al diritto soggettivo, il che implicava, e questo era importante, la messa al bando dello Stato, o più esattamente del Signor Stato che si veniva profilando»⁵. Come spiega bene quest'ultima frase, quella di Satta non era affatto una difesa a oltranza del codice del 1865⁶, ma una contestazione degli assiomi sui quali si andava consolidando la sistematica post-chiovendiana, a partire dall'idea dello Stato *dominus* del processo, la cui conseguenza è appunto l'ideografia della giustizia come fine dello Stato, e del processo come fenomeno finalistico, la cui negazione è uno dei pilastri del pensiero di Satta⁷. Ciò nel 1937 gli valse l'accusa di Carnelutti di essersi inopinatamente spogliato di tutti gli insegnamenti e di aver fatto «nudismo processuale»⁸ dalla sua cattedra

¹ M. TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, Bologna, Il Mulino, 1980, p. 248.

² S. SATTA, *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Nuoro, Ilisso, 2004 (rist.), p. 33.

³ In *Riv. dir. proc. civ.*, 1937, I, pp. 32 ss.; anche in *Soliloqui e colloqui*, cit., pp. 173 ss.

⁴ S. SATTA, *Soliloqui e colloqui*, cit., p. 32.

⁵ *Ibidem*.

⁶ S. SATTA, *In difesa del codice di procedura civile*, in *Foro it.*, 1947, IV, p. 45 ss., dove il codice di procedura civile “difeso” dall'Autore era quello del 1940, non quello del 1865.

⁷ S. SATTA, *Il mistero del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1949, I, pp. 273 ss; anche in *Soliloqui e colloqui*, cit., pp. 39 ss

⁸ F. CARNELUTTI, *Recensione a S. SATTA, L'esecuzione forzata*, Milano, 1937, in *Riv. dir. proc.*, 1937, I, p. 201.

patavina (Carnelutti la chiamava la «sua» cattedra: ecco ciò che più colpì Satta⁹) e, d'altra parte, la critica di «nostalgia ritardataria» rivoltagli da Cristofolini¹⁰, al quale Satta pure replicò¹¹.

Questo antefatto è l'indispensabile premessa storica dell'articolo che qui ripubblichiamo. *La relatività del concetto di azione* interviene nel 1939¹², dopo che alcune cose sono successe, nella vita, prima che nel diritto. Chiovenda è scomparso nel 1937, l'anno della polemica tra Satta e Cristofolini. Anche Cristofolini è morto, improvvisamente e prematuramente, nel 1938. Il regime fascista sta evolvendo in senso autoritario, con la guerra oramai all'orizzonte (bastino a ricordarcelo le leggi razziali del 1938). Il progetto di un nuovo codice di procedura civile, elaborato dal ministro di grazia e giustizia Solmi nel 1936, è stato giudicato insufficiente dal regime e sta per essere rivisto dal nuovo guardasigilli Grandi, che lo presenterà proprio nel 1939, lo stesso anno della pubblicazione del saggio qui in esame¹³. *La relatività del concetto di azione* collima con la stesura della relazione Grandi, cui contribuì in modo decisivo Calamandrei (in un comitato ristretto con Redenti, Carnelutti e Conforti). Ma fermiamoci qui e lasciamo questo aspetto sullo sfondo (almeno per ora, giacché la coincidenza potrebbe non rivelarsi del tutto casuale).

Venendo al testo che costituisce oggetto della nostra presentazione, la polemica tra Satta e Cristofolini è, dunque, il punto di partenza. Il

⁹ S. SATTA, *Orientamenti pubblicistici*, cit., leggi in *Soliloqui e colloqui*, cit., p. 198.

¹⁰ G. CRISTOFOLINI, *A proposito di indirizzi nella scienza del processo*, in Riv. dir. proc. civ., 1937, I, pp. 105 ss. Sulla vicenda, A. CARRATTA, *Funzione sociale e processo civile fra XX e XXI secolo*, in F. MACARIO e M.N. MILETTI (a cura di), *La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI secolo*, Roma Tre Press, 2017, pp. 87 ss., p. 126.

¹¹ S. SATTA, *Orientamenti e disorientamenti nella scienza del processo*, in *Foro it.*, 1937, IV, p. 276 ss., contro il quale si schierò di nuovo G. CRISTOFOLINI, *Contro i disorientamenti della scienza del processo*, in Riv. dir. proc. civ., 1937, I, pp. 282 ss.

¹² In Riv. dir. proc. civ., 1939, I, pp. 22 ss. Le citazioni dell'opera, che seguiranno nel presente contributo, sono tratte dalla ripubblicazione del saggio in P. CALAMANDREI, *Studi sul processo civile*, vol. V, Padova, Cedam, 1947, pp. 1 ss.

¹³ F. CIPRIANI, *Piero Calamandrei e la procedura civile*, Napoli, ESI, 2009, pp. 141 ss.

dissidio si presenta come una contrapposizione ideologicamente radicale e dunque feconda di spunti di riflessione, come tutti i dibattiti sull'azione, che non possono non toccare in profondità i rapporti tra sostanza e processo (si pensi alla celebre polemica tra Muther e Windscheid attorno all'*actio* romana¹⁴). Alla penna di Calamandrei non occorre molto, infatti, per arrivare al cuore del problema. «Ridotta al suo nucleo essenziale» – scrive – «la questione può riassumersi in questo dilemma: Si deve vedere nel processo civile un servizio che lo Stato rende al cittadino, fornendogli il mezzo per attuare il suo diritto soggettivo, ovvero un servizio che il cittadino rende allo Stato, fornendogli l'occasione per attuare il diritto oggettivo?»¹⁵. Ma nel nucleo del problema c'è anche l'elemento che toglie solidità a una così demarcata polarizzazione. È anzi chiaro che il «dilemma» è enfatizzato proprio affinché sia palese che, in termini tecnico-giuridici, esso non esiste. Nessuna delle due risposte è sbagliata, conclude Calamandrei, poiché la contrapposizione tra fine oggettivo e fine soggettivo del processo ha la sua fonte ultima nelle «relazioni tra interesse individuale e interesse pubblico, tra cittadino e Stato, tra libertà e autorità». La polemica sull'azione ha quindi «uno sfondo essenzialmente politico [...] anche se non sempre i giuristi se ne accorgono», perché la dogmatica giuridica non esiste senza alcune «premesse tendenziali» che vivacizzano il senso del diritto positivo e dei suoi «istituti giuridici»¹⁶. Non si spiegherebbe altrimenti come Chiovenda sia riuscito a costruire un sistema orientato a principi pubblicistici sotto il vigore del codice di procedura civile del 1865, i cui principi erano marcatamente privatistici. La conclusione è allora che entrambe le soluzioni, messe l'una dinanzi all'altra da Calamandrei, possono «trovare la loro giustificazione e la loro corrispondenza in uno dei mutevoli aspetti della realtà storica»¹⁷.

¹⁴ B. WINDSCHEID e T. MUTHER, *Polemica intorno all'«actio»*, Firenze, Sansoni, 1954.

¹⁵ P. CALAMANDREI, *La relatività del concetto d'azione*, in *Studi sul processo civile*, cit., p. 2.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ *Ivi*, p. 26.

2. CALAMANDREI E L'IDEOLOGIA PROCESSUALISTICA TOTALITARIA: ANSIETÀ E GIUSTIFICAZIONE

Fin qui (con molte, inevitabili lacune), l'involucro dell'opera. Ma cosa, esattamente, viene storicizzato o meglio relativizzato nello scritto che stiamo esaminando? Non la teoria chiovendiana dell'autonomia dell'azione dal diritto sostanziale, che ne esce, al contrario, assolutizzata. A risultare relativizzato è solo l'orientamento privatistico di Satta (che replicherà infatti a Calamandrei con un saggio dal titolo *Ultime tendenze della teoria dell'azione*)¹⁸.

Certo il saggio di Calamandrei restituisce qualche punto alla prolusione di Satta, nella contesa con la scuola carneluttiana. In una «realtà storica» che, però, va in tutt'altra direzione.

Centrale, infatti, nella riflessione di Calamandrei, è la «crisi dell'ordinamento giuridico contemporaneo, e di quel concetto di diritto soggettivo, che finora ne costituiva il pilastro centrale»¹⁹.

Nel processo civile italiano, come in quello di tutti i popoli moderni, l'unico principio indiscutibile è questo: che la giurisdizione presuppone l'azione, la «giustizia» non si confonde con la «polizia», «il potere di proporre le liti e quello di risolverle» non si concentrano in un unico organo²⁰. Ciò non significa, tuttavia, che l'azione sia solo un aspetto o un momento del diritto soggettivo sostanziale.

Questa idea privatistica dell'azione non ha perduto le sue possibilità di giustificazione, ma l'unico campo in cui essa si può propriamente riscontrare nel diritto vigente è oramai quello dell'attuazione giurisdizionale dei rapporti obbligatori, se non addirittura quello dell'azione di condanna («l'unico tipo di azione che si presta ancora a giustificare questi ritorni a vecchie teorie», in cui lo Stato «si contenta di

¹⁸ In *Riv. Int. fil. dir.*, 1940, pp. 1 ss.; anche in *Soliloqui e colloqui*, cit., pp. 208 ss.

¹⁹ *La relatività*, cit., p. 24.

²⁰ *Ibidem*.

assumere il ruolo di terzo» e «mette i suoi giudici e i suoi carabinieri al servizio di chi ha ragione»²¹).

Fuori da tale ambito, Calamandrei vede invece una chiara dissociazione tra il diritto soggettivo sostanziale e quella diversa situazione giuridica che nasce allorquando il primo versa in una situazione di incertezza, dando origine all'interesse al provvedimento giurisdizionale favorevole. Averlo messo in luce è stato il grande merito di Chiovenda, anche per le opportune correzioni di rotta suggerite rispetto ad alcune dottrine germaniche, come quella del Wach, che sostenevano – ancora debitorici dell'«asservimento» dell'interesse pubblico all'interesse individuale – la tesi dell'azione quale «pretesa» verso lo Stato (*Rechtsschutzanspruch*), quindi dell'esistenza di un «diritto soggettivo pubblico alla prestazione giurisdizionale», nell'ambito di un autonomo rapporto giuridico in cui lo Stato risulterebbe obbligato ad impartire l'attività processuale in favore del cittadino²².

Negato questo estremo inaccettabile, l'originalità del saggio di Calamandrei sta semmai nella constatazione che il punto di equilibrio raggiunto da Chiovenda – per cui l'azione è un diritto potestativo verso l'avversario, del quale l'attore provoca la soggezione «sapendo di poter contare sull'attuazione della legge da parte dello Stato», attività, quest'ultima, che entrerebbe «in funzione in modo automatico»²³ – ha il difetto di rimanere a metà strada tra il Wach e il Klein, di lasciare nell'ombra la sua più logica implicazione, e cioè che l'azione – se non è diritto soggettivo privato, né diritto soggettivo pubblico alla prestazione giurisdizionale – non è un diritto e basta; è un semplice potere: potere pubblico, o, meglio, «esercizio privato di pubblica funzione», che qualifica il cittadino come «ausiliario o addirittura investito» di quest'ultima²⁴. Non vuol dire, Calamandrei, che questo «trionfo dell'autoritarismo nel diritto costituzionale» sia da preferirsi, ma che possa essere enunciato. «In materia giuridica, del resto, è assai difficile

²¹ *Ivi*, p. 10.

²² *Ivi*, pp. 11-13.

²³ *Ivi*, p. 14.

²⁴ *Ivi*, pp. 14-15.

distinguere tra realtà e teoria: e spesso enunciare una teoria vuol dire creare una realtà»²⁵.

Questa è dunque la *relatività del concetto d'azione*: un cammino ineluttabile che Calamandrei vorrebbe intitolare «grandezza e decadenza del diritto soggettivo»²⁶. A più riprese il saggio in esame dà segno di non gradire affatto questa «concezione autoritaria della giustizia civile»²⁷, in cui il diritto di azione è eroso fino a essere ridotto «come un puro spirito staccato dalla materia e fluttuante nell'empireo dell'interesse pubblico»²⁸. In più punti Calamandrei usa quasi provocatoriamente espressioni estremizzate, parla di innalzamento di una «muraglia senza finestre»²⁹ tra diritto sostanziale e diritto processuale, di «assorbimento del diritto privato nel diritto pubblico»³⁰, di un platonico «diritto di aver torto»³¹ (con riferimento al processo come strumento posto egualmente al servizio delle parti). Eppure riconosce in tutto questo un punto di non ritorno, e, soprattutto, un dato desumibile anche dal diritto positivo italiano.

I quattro “pilastri” individuati da Calamandrei sono le sentenze costitutive, le sentenze determinative, la giurisdizione amministrativa e, da ultimo, il coacervo di ipotesi nelle quali la legge ammette la sostituzione processuale o la legittimazione generica per categorie, fino al caso estremo dell'esercizio dell'azione civile da parte del pubblico ministero³². Casi, questi ultimi, che «forse meriterebbero di essere posti meglio in luce, al centro della teoria generale dell'azione, poiché in molti di questi [...] è difficile precisare quale sia il diritto altrui che il sostituto farebbe valere in giudizio per mezzo dell'azione a lui spettante, e tutto appare più semplice quando nel potere di azione conferito a questi legittimati si veda semplicemente l'esercizio di un pubblico potere, preordinato ad assicurare l'attuazione del diritto oggettivo in certe zone

²⁵ *Ivi*, p. 16.

²⁶ *Ivi*, p. 18.

²⁷ *Ivi*, p. 16.

²⁸ *Ivi*, p. 17.

²⁹ *Ivi*, p. 16.

³⁰ *Ivi*, p. 19.

³¹ *Ibidem*.

³² *Ivi*, pp. 18 ss.

dell'ordinamento giuridico, in cui non si può più contare sul funzionamento del diritto soggettivo»³³.

Ma la verità è che, assunta tale angolatura, l'orizzonte delle possibilità che dal diritto soggettivo «non scaturisca senz'altro l'azione» si fa lungo, lunghissimo. Il concetto di azione “relativizzato” diventa, per Calamandrei, un enorme bacino nel quale si offrono all'interprete tutti i possibili esiti: dai principi privatistici ispiratori del codice di procedura italiano postunitario, a quelli dei movimenti tedeschi di riforma del processo civile, nei quali si nega che nello Stato autoritario possa sussistere azione a tutela dei diritti subbiettivi pubblici (giustizia amministrativa); «si arriva addirittura a proporre l'abolizione del processo civile e la sua totale trasformazione in giurisdizione volontaria; la riduzione della funzione giurisdizionale in funzione di polizia; la retrocessione del diritto d'azione a semplice facoltà di denuncia. I poteri di iniziativa del p. m. nel campo civile diventano sempre più estesi e sempre meno eccezionali». Fino a contemplare l'ordinamento processuale russo, dove «il p. m. (...) è legittimato a far valere in giudizio qualsiasi pretesa civile»³⁴. Eccoci dunque allo Stato totalitario (russo), dove i diritti sono tutelati solamente in quanto non si cerchi di realizzarli in contrasto col loro scopo economico-sociale.

Che tutto questo a Calamandrei non piaccia è fuori di dubbio. Tornando alla panoramica sul diritto italiano, potremmo persino vedervi, con un pizzico di suggestione, i prolegomeni della sua proposta, presentata alla Costituente, di abolire la giurisdizione del Consiglio di Stato. Giacché se vi è un settore dell'ordinamento in cui si assommano tutti i temi di studio indicati da Calamandrei (sentenze costitutive e determinative, legittimazione straordinaria o sostituzione processuale), questo è il campo della giustizia amministrativa. Direi anzi che il saggio di Calamandrei è un saggio sulla giustizia amministrativa, presentata “chiovendianamente” come giurisdizione di mero diritto oggettivo, dove il ricorso del singolo non è che pura azione, e forse anche qualcosa di meno rispetto a come lo descriveva Chiovenda: uno strumento che

³³ *Ivi*, p. 21.

³⁴ *Ivi*, pp. 24-25.

sfrutta l'interesse individuale a fini pubblici, «uno stimolo per indurre il cittadino a rendere allo Stato il servizio di denunciargli una illegalità commessa dalla pubblica amministrazione»³⁵.

Resta da chiedersi, semmai, perché egli – con un vistoso salto logico – dopo aver citato gli estremi dei movimenti tedeschi per l'abolizione del processo civile e del diritto processuale russo, ne faccia, per l'appunto, una questione di relatività, reputando «non azzardata la conclusione di chi [... *chi?*] ritiene che, quantunque così discordanti tra loro, tutte le teorie sull'azione possono trovare la loro giustificazione e la loro corrispondenza in uno dei mutevoli aspetti della realtà storica». L'interrogativo è perché Calamandrei non riconosca, nella “giustizia” dello Stato totalitario, il tramonto dei principi dello Stato di diritto, preferendo arretrare alla contemplazione di una crisi «che il processualista segue con ansietà nel suo specchio: nel quale si riflette, tradotto in formule di teoria, il vasto travaglio del mondo»³⁶.

3. TRE POSSIBILI ARGOMENTI

Principalmente tre sono, a mio avviso, i profili che si prestano a una valutazione delle tesi esposte da Calamandrei.

Il primo è quello squisitamente metodologico. Vent'anni più tardi, Orestano, nella sua ben nota voce enciclopedica³⁷, riprenderà e valorizzerà la spiegazione storicistica del problema dell'azione, annettendone i meriti al Pekelis e, appunto, a questo scritto di Calamandrei.

Per Orestano tuttavia «la valutazione storica del problema dell'azione deve [...] essere spinta ancora più a fondo, fino a riconoscere, oltre la storicità delle soluzioni, anche la storicità del problema stesso e della scienza che lo pone. [...] In questo senso l'indagine storica deve essere

³⁵ *Ivi*, p. 20.

³⁶ *Ivi*, p. 26.

³⁷ R. ORESTANO, *Azione in generale*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, Giuffrè, 1959, p. 785 ss.

portata anzitutto sulla scienza e sui suoi condizionamenti, come presupposto di ogni altra indagine»³⁸.

F. Jameson³⁹, in un famoso libro sull'analisi dei testi letterari (ma non si vede come le sue considerazioni non possano valere anche per l'analisi dei testi giuridici), ha scritto che «l'operazione dello storicizzare» può seguire due diverse vie. La prima è la «via dell'oggetto», lo studio delle «origini storiche delle cose stesse», della loro «struttura oggettiva», delle loro possibilità espressive correlate a situazioni retrospettivamente determinate. La seconda è la «via del soggetto», di quella «storicità più intangibile dei concetti e delle categorie per mezzo delle quali tentiamo di comprendere tali cose», che pone in primo piano «le categorie o codici interpretativi attraverso cui leggiamo e riceviamo il testo in questione».

Un'ottica simile si percepisce nello *Stato immaginario* di Costa, laddove si distingue l'indagine sulla «costruzione di un discorso che abbia come proprio oggetto lo Stato», ovvero sia su una «teoria dello Stato», da un «meta-discorso che abbia come oggetto [...] la comprensione di un discorso all'interno del quale è stato effettivamente pensato (in un dato contesto storico) lo Stato»⁴⁰.

In effetti il meta-discorso di Calamandrei verte sul concetto di Stato, più che sul concetto di azione, e non diversamente da quello del Pekelis⁴¹ – in cui Calamandrei vedeva la semplice dimostrazione del parallelismo storico e cronologico tra le due polemiche (quella sul problema dell'azione e quella sul concetto di Stato nella storia politica del XIX° secolo) – denota un “inconscio politico” che lo pone in correlazione a una determinata epoca, quello dello Stato autoritario, da cui Calamandrei deriva tutte le sue premesse.

Non meraviglia quindi che, in un più vasto orizzonte meta-discorsivo, già Orestano pervenisse a conclusioni opposte a quelle di Calamandrei,

³⁸ ID., op. cit. p. 787.

³⁹ *The political unconscious*, Cornell University Press, 1981, trad. it. *L'inconscio politico*, Milano, Garzanti, 1990.

⁴⁰ P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, Milano, Giuffrè, 1986, pp. 2-3.

⁴¹ A. PEKELIS, *Azione*, in *Nuovo dig. it.*, II, Torino, Utet, 1938, pp. 91 ss.

denunciando la «grande illusione»⁴² pandettistica del positivismo novecentesco e arrivando ad attaccare (non troppo diversamente da Satta), la convinzione di poter sottoporre il concetto di azione a un (qualsivoglia) procedimento definitorio.

Il secondo versante è quello più strettamente legato alla figura dell'autore. Chi è il Calamandrei della relatività del concetto d'azione? L'autorevole scienziato del diritto processuale civile? L'uomo politico? Lo scrittore? Il costruttore invisibile del mito di Chiovenda⁴³? O altre (e forse nessuna) di queste figure?

Non vorrei qui entrare in un campo in cui, devo ammetterlo, non sarei del tutto a mio agio. Mi limito pertanto ad alcune osservazioni esteriori e del tutto prive di aspirazioni conclusionali.

In un discorso commemorativo tenuto nel 1967, a dieci anni dalla scomparsa di Calamandrei, Satta confessò di non essere mai riuscito a inquadrare «quel suo famoso scritto sulla *relatività dell'azione* al quale diede occasione l'attacco che io allora mossi, con giovanile temerarietà, a Carnelutti e alla dottrina dominante»⁴⁴. Satta, quello scritto, lo aveva inquadrato benissimo – anche e proprio al di là dei profili tecnico giuridici (sui quali, del resto, aveva risposto immediatamente a Calamandrei) – e lo aveva inquadrato nella «grande crisi» provocata dalla «ideologia totalitaria, autoqualificantesi pubblicistica», con la sua ambizione alla «amministrativizzazione del processo, come a dire la sua soppressione». Un'ideologia, quella totalitaria, che Satta sapeva bene allignare anche nella scienza giuridica, come gli dimostravano le «osservazioni di un insospettabile come Calamandrei sulla relatività del concetto di azione»⁴⁵ (il corsivo è aggiunto).

Con questo Satta non voleva certo dire che Calamandrei fosse, generalmente, sospettabile (ché anzi proprio in quel discorso gli riconobbe di essersi schierato contro il «barbarico diritto astratto di

⁴² R. ORESTANO, *Azione*, cit., p. 791.

⁴³ F. CIPRIANI, *Piero Calamandrei e la procedura civile*, cit., pp. 17 ss.

⁴⁴ S. SATTA, *Interpretazione di Calamandrei*, Discorso commemorativo letto in aula magna dell'Università di Firenze il 30 aprile 1967, in *Soliloqui e colloqui*, cit., pp. 401 ss., p. 407.

⁴⁵ S. SATTA, *Dalla procedura civile al diritto processuale civile*, in *Soliloqui e colloqui*, cit., pp. 115 ss., p. 125.

agire»). Intendeva solo dire che in quel saggio non riuscì a sottrarsi ai condizionamenti dello Stato fascista.

Ora occorrerebbero più elementi per indagare se su quest'opera di Calamandrei abbia inciso la coincidenza, che potrebbe non essere del tutto casuale, come si diceva in apertura, con il suo incarico di collaboratore del guardasigilli Grandi per la stesura del codice di procedura civile del 1940. Più probabile è che il misto di critica pungente e rassegnata accettazione dell'autoritarismo, che passo dopo passo emerge da quest'opera, la possa collocare tra le prove di quel rapporto d'indole culturale tra codificazione e regime che, nella chiave di lettura (da intendere senza equivoci) dell'indagine storiografica, è stato efficacemente sintetizzato nella formula del «fascismo invisibile»⁴⁶.

Adesione spirituale o no, il rapporto tra Stato e diritto, nella *Relatività del concetto d'azione*, avvicina Calamandrei (per intendersi) più al pensiero di Schmitt che a quello di Kelsen (prendendo anche spunto da ciò che scrisse Croce su questo saggio: «Calamandrei tiene e a dichiarare di essere un semplice specialista e non un filosofo; ma, poiché egli ragiona bene, andando al fondo delle cose, ragiona da filosofo»⁴⁷).

Il terzo versante è più strettamente tecnico-giuridico. Si può oggi ritenere acquisito che le norme dalle quali è ricavabile l'intento legislativo di separare l'azione dal diritto sostanziale non implicino più necessariamente la volontà di uniformare il processo all'interesse pubblico, di renderlo cioè un processo autoritario⁴⁸; e persino azzardare che l'odierna "oggettività" del processo sia sinonimo di imparzialità, predicato di un giudizio in cui la disciplina autonoma dell'azione non è altro che "tecnica di tutela" di diritti individuali⁴⁹.

⁴⁶ P. CAPPELLINI, *Il fascismo invisibile. Una ipotesi di esperimento storiografico sui rapporti tra codificazione civile e regime*, in *Quad. fior.*, pp. 175 ss.; su Calamandrei v, in specie nota 69; si veda anche G. MONTELEONE, *Enrico Finzi e la riforma (perenne) del codice di procedura civile*, *ivi*, 1997, p. 363 ss.

⁴⁷ B. CROCE, *Recensione*, in *La critica; rivista di letteratura, storia e filosofia*, 1939, p. 446.

⁴⁸ A. CARRATTA, *Funzione sociale e processo civile*, *cit.*, p. 137.

⁴⁹ V. ANGIOLINI, *Riserva di giurisdizione e libertà costituzionali*, Padova, Cedam, 1992, p. 179.

Ma poiché nulla è mai definitivo, *La relatività del concetto d'azione* continua ad indicarci, come un ammonimento, che esistono alcuni «temi di studio», scelti da Calamandrei come dimostrazione del consolidarsi della giustizia autoritaria, scientificamente “sensibili”.

L'impressione, ad esempio, è che ciò che scrive Calamandrei – contrariamente a quanto molti oggi pensano – sia per certi versi ancora attualissimo riguardo alla giustizia amministrativa.

Benché si dia ovunque per scontato che al sistema italiano corrisponda una tutela giurisdizionale di natura soggettiva, fanno molto discutere alcuni orientamenti del Consiglio di Stato in cui lo scarto tra esercizio dell'azione ed esercizio della giurisdizione assume proporzioni di una certa consistenza.

Si pensi ad esempio ad alcuni indirizzi sull'assorbimento dei motivi, ad altri sul rapporto tra giudicato e nuovo esercizio del potere discrezionale; e rispetto alle sentenze determinative, al problema della decorrenza degli effetti demolitori della pronuncia di annullamento (la cd. modulazione degli effetti temporali della sentenza).

Ma a preoccupare sono soprattutto le pronunce in tema di legittimazione ad agire. Quando si legge che nel giudizio amministrativo di annullamento la capacità di essere parte non spetta a chiunque lamenti la lesione di un proprio interesse, ma ai soli titolari di interessi qualificati perché “presi in considerazione” dalla norma che si assume violata, ovvero sia da quest'ultima “protetti” in base alla teoria della norma di protezione (*Schutznormtheorie*), mentre qualsiasi altro è squalificato a *quivis de populo*, viene da chiedersi se ciò non significhi appunto quello che Calamandrei voleva dimostrare: che l'azione, nel giudizio amministrativo, è da vedersi «semplicemente come l'esercizio di un pubblico potere, preordinato ad assicurare l'attuazione del diritto oggettivo in certe zone dell'ordinamento giuridico, in cui non si può più contare sul funzionamento del diritto soggettivo»⁵⁰.

⁵⁰ *La relatività*, cit., p. 21.