

Elè Belè

Dialoghi su democrazia, diritto e processo

Collana diretta da: Roberto Martino e Antonio Barone

Comitato Scientifico

Endrius Eliseo Cocciolo, Nicola Colaianni,
Enrico Follieri, Fabio Francario,
Fabrizio Fracchia, François Lafarge,
Francesco Manganaro, Andrea Panzarola,
Aristide Police, Francesco Ricci,
Maria Alessandra Sandulli,
Fabio Santangeli, Giorgio Spangher,
Roberta Tiscini, Francesco Vergine.

Segreteria di redazione

Mirko Abbamonte – Raffaella Dagostino

I paradigmi del giuspositivismo normativista e stalista sono vistosamente lacerati. Diffusa è la consapevolezza della funzione «creativa» della giurisprudenza. In ogni campo del diritto assistiamo alla affermazione di un approccio «principialista». Il passaggio da una interpretazione per fattispecie ad una interpretazione per principi assicura anche a coloro che applicano il diritto processuale civile rimarchevoli spazi di discrezionalità. Vanno per giunta diffondendosi nuovi principi processuali improntati all'utilitarismo più autentico, non di rado in contrasto con i principi processuali fondamentali tramandati da una tradizione secolare. I nuovi principi processuali «utilitaristici» paiono talora perfino difficili da conciliare con le garanzie costituzionali. Al contempo, la capacità ordinatrice delle regole del processo fatalmente si indebolisce sotto il possente peso di una tavola di principi valoristici in progressiva espansione, lievito di una trasformazione profonda della tutela giurisdizionale civile dei diritti nelle sue svariate articolazioni.

Andrea Panzarola è Professore ordinario di diritto processuale civile nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università "Tor Vergata" di Roma. Autore di numerose pubblicazioni nelle materie del diritto processuale civile, del diritto dell'arbitrato, del diritto processuale amministrativo, ecc., fra le quali i seguenti lavori monografici: *La Cassazione civile giudice del merito*, 2 volumi, Torino, Giappichelli, 2005; *La ricusazione del giudice civile. Il problema della impugnabilità della decisione*, Bari, Cacucci, 2008; nonché, quale coautore, *I provvedimenti di urgenza (art. 700 c.p.c.)*, Bologna, Zanichelli, 2016 (insieme a R. Giordano) e, ancora quale coautore, *Competenza per territorio, valore e materia*, Bologna, Zanichelli, 2015 (insieme a F. Auletta). Ha curato svariate opere: *Procedimento e processo. Metodi di ponderazione di interessi e risoluzione di conflitti*, Milano, Giuffrè, 2022 (con R. Martino e M. Abbamonte); *Il diritto nell'era digitale. Persona, mercato, amministrazione e giustizia*, Milano, Giuffrè, 2022 (con R. Giordano, A. Police, S. Preziosi e M. Proto); *Fatto e diritto nella storia moderna dell'ultimo grado del processo civile europeo*, Roma, Sapienza Università Editrice, 2021 (con C. Consolo e A. Fabbì); *Il diritto di fronte all'emergenza. Un percorso interdisciplinare*, Napoli, ESI, 2020 (con S. Randazzo, R. Martino, V. Donativi e L. Laureti); *Scatole nere e infortunistica stradale. Il valore probatorio dei dispositivi elettronici previsti dal codice delle assicurazioni private*, Milano, Giuffrè, 2019 (con S. Preziosi e R. Giordano); *Scritti in onore di Nicola Picardi*, Pisa, Pacini Editore, 3 volumi, 2016 (con A. Briguglio, R. Martino e B. Sassani); *Codice di procedura civile (Le Fonti del diritto)*, Milano, Giuffrè, 2015 (con N. Picardi e B. Sassani); *Commentario alle riforme del processo civile. Dalla semplificazione dei riti al decreto sviluppo*, Torino, Giappichelli, 2013 (con R. Martino).

I volumi pubblicati in questa Collana sono stati oggetto di procedura di doppio referaggio cieco (*double blind peer review*). Gli atti della procedura di revisione sono consultabili presso i Direttori.

ISBN 979-12-5965-164-8



9 791259 651648

€ 35,00



11



A. Panzarola PRINCIPI E REGOLE IN EPOCA DI UTILITARISMO PROCESSUALE

Elè Belè

Dialoghi su democrazia, diritto e processo

Collana diretta da Roberto Martino e Antonio Barone

ANDREA PANZAROLA

PRINCIPI E REGOLE IN EPOCA DI UTILITARISMO PROCESSUALE



La Collana

«Quando da bambini, a Calcutta, eravamo intenti nei nostri giochi, non di rado giungeva un bambino più piccolo, che insisteva per unirsi a noi. Fortunatamente avevamo escogitato un modo per risolvere situazioni come queste: lasciavamo che il nuovo arrivato partecipasse al gioco; prima, però, bisbigliavamo nelle orecchie degli altri giocatori le parole di “elè belè”. Un *elè belè* è un giocatore che crede di prender parte al gioco, ma che in realtà partecipa soltanto in apparenza. Tutti, tranne lui, sanno che non verrà preso sul serio. Un goal segnato da un *elè belè* non è un vero goal [...]» (K. BASU, *L'India e le illusioni della democrazia globale*, Roma-Bari, Laterza, 2008, p. 5). Piace anche a noi utilizzare questa suggestione dell'*elè belè* quale metafora dell'odierna crisi della democrazia, tanto a livello mondiale quanto a livello nazionale. Da qui nasce l'idea di creare un nuovo strumento di “dialogo” su tematiche che coinvolgono trasversalmente il diritto sostanziale ed il diritto processuale, andando talora oltre le tradizionali partizioni tra le varie branche giuridiche. Ciò con l'obiettivo tanto ambizioso quanto doveroso di contribuire a stimolare, attraverso la riflessione giuridica, un rinnovato dibattito sulla nostra democrazia. Il rischio è che la condizione del cittadino possa regredire a quella di un *elè belè*, convinto di partecipare al grande “gioco” della democrazia dal quale, invero, potrebbe restare escluso. Anche per questo abbiamo voluto caratterizzare la copertina dei volumi di questa nuova Collana con l'immagine del dipinto “Giocatori di palla ovale”, 1908, di Henri Rousseau.

Roberto Martino
Antonio Barone

Elè Belè

Dialoghi su democrazia, diritto e processo

Collana diretta da: Roberto Martino e Antonio Barone

Comitato Scientifico

Endrius Eliseo Cocciolo, Nicola Colaianni, Enrico Follieri,
Fabio Francario, Fabrizio Fracchia, François Lafarge,
Francesco Manganaro, Andrea Panzarola, Aristide Police,
Francesco Ricci, Maria Alessandra Sandulli, Fabio Santangeli,
Giorgio Spangher, Roberta Tiscini, Francesco Vergine.

Segreteria di redazione

Mirko Abbamonte – Raffaella Dagostino

I volumi pubblicati in questa Collana sono stati oggetto di procedura di doppio referaggio cieco (*double blind peer review*).

Gli atti della procedura di revisione sono consultabili presso i Direttori.

Elè Belè

Dialoghi su democrazia, diritto e processo
Collana diretta da: Roberto Martino e Antonio Barone

ANDREA PANZAROLA

**PRINCIPI E REGOLE IN
EPOCA DI UTILITARISMO
PROCESSUALE**

CACUCCI  EDITORE
BARI

*L'Archivio della Casa Editrice Cacucci, con decreto prot. n. 953 del 30.3.2022 della Soprintendenza Archivistica e Bibliografica della Puglia-MiC, è stato dichiarato **di interesse storico particolarmente importante** ai sensi degli articoli 10 c. 3, 13, 14 del d. lgs. 42/2004.*

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© 2022 Cacucci Editore – Bari
Via Nicolai, 39 – 70122 Bari – Tel. 080/5214220
<http://www.cacuccieditore.it> e-mail: info@cacucci.it

Ai sensi della legge sui diritti d'Autore e del codice civile è vietata la riproduzione di questo libro o di parte di esso con qualsiasi mezzo, elettronico, meccanico, per mezzo di fotocopie, microfilms, registrazioni o altro, senza il consenso dell'autore e dell'editore.

INDICE

Prefazione	1
------------	---

CAPITOLO PRIMO

REGOLE E PRINCIPI NEL DIRITTO PROCESSUALE CIVILE

1. La procedura civile e le regole	3
2. I principi processuali, le nuove codificazioni e il c.d. <i>soft-law</i>	5
3. I principi internazionali, europei e costituzionali sul processo civile	7
4. La <i>Maximenmethode</i> e la nascita della moderna scienza del diritto processuale civile	9
5. I principi e le riforme del processo	11
6. I principi nell' <i>ordo iudiciarius</i> medioevale	13
7. I principi fra costruttivismo razionalistico e logica dialettica	16
8. Il recupero della funzione assiologica dei principi processuali	18
9. La collisione fra i principi e i <i>substantialia processus</i>	21

CAPITOLO SECONDO

PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ E PROCESSO CIVILE: LA «NUOVA» PROCEDURA CIVILE UTILITARISTICA

1. L'influsso di Jeremy Bentham nella cultura giuridica contemporanea	25
2. Il piano del processo	28
3. La concezione della prova	32

4. Regole e principi nell' <i>adjective law</i>	38
5. La « <i>proportionate justice</i> » in Inghilterra e Galles	42
6. La versione italiana della procedura civile utilitaristica	47
7. Il c.d. principio di proporzionalità	52

CAPITOLO TERZO

L'ABUSO DEL PROCESSO E LA MORALIZZAZIONE IN VIA GIUDIZIARIA DEI PROCEDIMENTI CIVILI

1. Il <i>topos</i> della moralizzazione dei processi civili e la <i>forma iudicii</i>	59
2. La posizione della giurisprudenza e il rispetto dei diritti processuali individuali	63
3. Il “giusto processo” fra diritto processuale e disciplina sostanziale	67
4. L'aspirazione verso una tutela giudiziaria “meritevole” affievolisce le garanzie del singolo nel giudizio	71
5. Utilitarismo e gestione giudiziale	81
6. Contro il concetto di “abuso del processo”	85
7. La cedevolezza delle regole processuali e il confronto comparatistico	90
8. Il giudizio di costituzionalità, la <i>fictio litis</i> e la promozione della tutela dei diritti	95
9. I paradigmi processuali tra tradizione e attualità	97
10. Morale e processo: linee evolutive	105
11. L'abuso come categoria generale? Le differenze tra abuso del diritto sostanziale e abuso del processo	113
12. Osservazioni conclusive	115

CAPITOLO QUARTO
SUL C.D. PRINCIPIO DI SINTETICITÀ NEL
GIUDIZIO CIVILE

1. Ordinamenti processuali a confronto fra principi organizzativi e regole di procedura	119
2. Sulla attuale inesistenza nel codice di rito di un principio generale di sinteticità degli atti giudiziari di parte	121
3. La varietà delle situazioni e la diversità dei giudizi	125
4. Il giudizio di cassazione e i Protocolli	127
5. Difesa scritta e orale	129
6. Il Protocollo del 2015 e le prassi giurisprudenziali	131
7. Osservazioni conclusive	139

CAPITOLO QUINTO
PROCESSO, PROCEDIMENTO E *IUDICIUM*

SEZIONE PRIMA

*UNA LEZIONE ATTUALE DI GARANTISMO
PROCESSUALE: LE CONFERENZE MESSICANE DI
PIERO CALAMANDREI*

1. Le lezioni messicane come ripensamento	143
2. L'«essenzialismo» delle lezioni messicane	145
3. Origine e scopo del diritto processuale civile	147
4. La genesi delle regole processuali	149
5. La regola processuale come «forza frenante» di ogni arbitrio	151
6. La «tecnica del ben ragionare in giudizio» e il rifiuto della logica formale	156
7. La demistificazione della c.d. nomofilachia	161
8. Il principio dispositivo «preso sul serio»	164

9. Gli insegnamenti delle lezioni e l'attualità	167
10. Libertà e giustizia nel processo	170

SEZIONE SECONDA

CONSIDERAZIONI A MARGINE DI UNA CELEBRE DOTTRINA

1. La teoria	175
2. Fermenti di novità	177
3. Processo e <i>iudicium</i>	182

CAPITOLO SESTO

CARNELUTTI E I PRINCIPI TRA METODO DOGMATICO E TEORIA GENERALE DEL DIRITTO

1. La concezione carneluttiana	187
2. Il contesto generale	189
3. La prospettiva storica	190
4. Principi e scienza giuridica	192
5. Regole e principi	196
6. I principi e la impostazione dogmatico-sistemica	199

CAPITOLO SETTIMO

IUDEX SECUNDUM ALLEGATA ET PROBATA (PARTIUM) IUDICARE DEBET: A PROPOSITO DI UN ANTICO BROCARDO E DI UNA RECENTE INTERPRETAZIONE

1. Il contributo di Joan Picó i Junoy	203
2. Le implicazioni delle tesi del professore spagnolo	206

3. Il brocardo esprime il principio dispositivo: la teoria di Nörr esposta nel volume del 1967	207
4. La relazione fra il brocardo e il principio dispositivo negli studi specialistici successivi	210
5. Le varie formulazioni del brocardo: un testo di Agostino Berò	214
6. Le tematiche toccate dal brocardo e il paradigma genealogico di esso	216
7. Il valore concettuale del divieto di <i>supplere de facto</i> e il rapporto con il brocardo nella teoria monistica di Richard Schmidt	218
8. Alle origini della critica della teoria monistica: il contributo di Friedrich Stein	221
9. Supplenza giudiziale <i>de facto</i> , divieto di utilizzo del sapere privato e principio dispositivo	223
10. La progressiva sottovalutazione del divieto di giudicare “ <i>secundum conscientiam</i> ”	225
11. “ <i>Quod non est in actis non est in mundo</i> ”: la moderna scuola del diritto naturale e i processualisti tedeschi del <i>gemeines Recht</i>	230
12. Rilievi conclusivi	231

CAPITOLO OTTAVO

IL PRINCIPIO DISPOSITIVO PRESO SUL SERIO

SEZIONE PRIMA

PRINCIPIO DISPOSITIVO E OGGETTO DEL PROCESSO

1. Introduzione	235
2. L’oggetto del processo	236
3. Domanda di risoluzione per inadempimento e rilievo officioso della nullità del contratto	240
4. Le conseguenze del rilievo officioso	243

5. Le “sentenze gemelle” della Cassazione	246
6. Il problema del giudicato c.d. implicito	250
7. La tesi della preclusione extraprocessuale	254
8. La portata dell’art. 1453, commi 2° e 3°, c.c.	257
9. Sulla cumulabilità delle domande giudiziali redibitoria ed estimatoria	263

SEZIONE SECONDA

CONTRO IL COSIDDETTO GIUDICATO IMPLICITO

1. Decisione implicita e giudicato implicito. Le ipotesi	267
2. Il giudicato implicito su questione di rito	268
3. Il giudicato implicito su questione di rito nella ipotesi «merito-rito»: l’impiego selettivo nel caso della questione di giurisdizione	272
4. La eteronimia dei fini	274
5. Le garanzie delle parti, la responsabilità del giudice e la dequotazione delle regole processuali	276
6. Il giudicato senza motivazione nella ipotesi «merito-merito»: il principio dispositivo e il paradosso di «Bleak House»	279

SEZIONE TERZA

CONSIDERAZIONI CRITICHE A PROPOSITO DELLA DISAPPLICAZIONE DELL’ART. 384, 3° COMMA, C.P.C.

1. La posizione della giurisprudenza e la cornice normativa	283
2. Il rilievo officioso in Cassazione	285
3. La critica	288
4. Conclusioni	289

CAPITOLO NONO

L'INSEGNAMENTO DEL DIRITTO PROCESSUALE
CIVILE TRA CONTINUITÀ E INNOVAZIONE

1. Premessa	291
2. Il ruolo dei processualciviliisti e la tecnica di insegnamento basata sul «caso»	294
3. La «quaestio» nell'insegnamento universitario medievale	300
4. I «casi» quale riprova dei concetti astratti. Il modello tedesco e la ricezione italiana	305
5. I «casi», l'esperienza storica e la sistematica	307
6. L'insegnamento del diritto processuale civile e i problemi della attualità	310
7. Il pensare concreto tramite casi contro l'ingombrante proceduralizzazione del processo	312
8. Principi e regole: la concretezza pensata dell'insegnamento casistico	313

PREFAZIONE

Non c'è dubbio che assistiamo oggi, in ogni campo del diritto, alla affermazione di una giurisprudenza “principalista”. Il passaggio da una interpretazione per fattispecie ad una interpretazione per principi assicura anche a coloro che applicano il diritto processuale civile rimarchevoli spazi di discrezionalità, che non di rado conducono – per dirla con Bernd Rüthers – a vere e proprie “normazioni di diritto giudiziario”. Vanno per giunta diffondendosi nuovi principi generalmente ispirati ad una visione utilitaristica del processo civile. Si assiste pure al ripensamento di taluni fondamentali principi – tramandati da una tradizione secolare – in contemplazione di “valori funzionali” del processo di recente elaborazione.

Con il volume che oggi pubblico – e che raccoglie riflessioni maturate nel corso degli anni – non pretendo in alcun modo di fornire un quadro esaustivo di questo fenomeno di epocale rilievo. Mi basta porre in luce le conseguenze più significative collegate alla introduzione di certi “principi utilitaristici” sul piano della tutela giurisdizionale dei diritti. Nutro la persuasione che dall'esame di questi “nuovi” principi, così come dal confronto con quegli approcci interpretativi volti a una riarticolazione funzionalistica dei principi processuali tradizionali, possano derivare indicazioni fruttuose per capire quali siano gli interessi autenticamente in gioco e insieme per delucidare gli effetti che si riverseranno su identità ed esperienza del processo. Solo così si potrà reagire, con consapevolezza e senso della misura non disgiunti da coscienza storica, alla decostruzione – in chiave ad un tempo “principalista” e utilitaristica – delle basilari garanzie soggettive (i *substantialia processus*) del giudizio civile di parti a tipo dispositivo.

Il libro si fonda su questi materiali di origine.

Il capitolo primo ripropone, con alcune integrazioni, *Alla ricerca dei substantialia processus*, in «Rivista di diritto processuale», 2015.

Il secondo capitolo si basa su *Jeremy Bentham e la «proportionate justice»*, in «Rivista di diritto processuale», 2016.

Il terzo capitolo ripresenta, con lievi adattamenti, *Presupposti e conseguenze della creazione giurisprudenziale del c.d. abuso del processo*, in «Diritto processuale amministrativo», 2016.

Il quarto capitolo ha la sua origine nel contributo *Sul (presunto) principio di sinteticità nella redazione degli atti processuali civili*, in «Il Giusto processo civile», 2018.

Le due sezioni che compongono il quinto capitolo sono rispettivamente tratte da *Una lezione attuale di garantismo processuale: le conferenze messicane di Piero Calamandrei*, in «Rivista di diritto processuale», 2019 e da *Processo, procedimento e iudicium (brevissime osservazioni a margine di una celebre dottrina)*, in «Il Processo», 2021.

Il sesto capitolo richiama *I principi nella riflessione di Francesco Carnelutti*, in «Il Giusto processo civile», 2015.

Il settimo capitolo deriva dal lavoro *A proposito di un antico brocardo e di una recente interpretazione*, in «Rivista di diritto processuale», 2019.

Le tre sezioni che formano l'ottavo capitolo riproducono rispettivamente una parte del saggio su *Il principio dispositivo preso sul serio (a proposito di un recente volume)*, in «Giustizia civile», 2017, e i contributi *Contro il cosiddetto giudicato implicito*, in «Judicium», 2019, e *Contro la tesi che nega la applicabilità dell'art. 384, 3° comma, c.p.c. (e così la attivazione del contraddittorio con le parti) nel caso di rilievo officioso delle questioni pregiudiziali di rito prodromico alla cassazione senza rinvio ex art. 382, 3° comma, c.p.c.*, in «Rassegna dell'esecuzione forzata», 2020.

Il nono capitolo è basato su *L'insegnamento del diritto processuale civile tra continuità e innovazione*, in «Il Giusto processo civile», 2020, e in «Tutela giurisdizionale e giusto processo. Scritti in memoria di Franco Cipriani», Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020.

Elè Belè

Dialoghi su democrazia, diritto e processo

Collana diretta da: Roberto Martino e Antonio Barone

1. **Roberto Martino**, Il giudice e l'equità, 2017.
2. **Antonio Barone** (a cura di), Cittadini, imprese e pubbliche funzioni, 2018.
3. **Enrico Follieri** (a cura di), La giurisprudenza della Corte Costituzionale sul processo amministrativo, 2018.
4. **Fabiola Cimbali**, Il tempo della pianificazione territoriale, 2019.
5. **Rosario Scalia** (a cura di), La cultura del controllo indipendente nell'ordinamento italiano. Atti del Convegno tenutosi a Matera l'11 marzo 2019, 2020.
6. **Roberto Martino**, Appunti sulla responsabilità civile del giudice per dolo o colpa grave, 2020.
7. **Raffaella Dagostino**, Le Corti nel diritto del rischio, 2020.
8. **Martina Sinisi**, I diritti di accesso e la discrezionalità amministrativa, 2020.
9. **Angelo Giuseppe Orofino**, La trasparenza oltre la crisi. Accesso, informatizzazione e controllo civico, 2020.
10. **Caterina Ventimiglia**, Cultura e Amministrazione nella transizione digitale, 2021.
11. **Andrea Panzarola**, Principi e regole in epoca di utilitarismo processuale, 2022.