

POSTFAZIONE

CARMINE PUNZI

IL BROCARDO *JURA NOVIT CURIA* (*)

SOMMARIO: 1. Le varie posizioni assunte dalla dottrina. — 2. Critica: l'impostazione data al problema risente dell'influenza del metodo interpretativo tradizionale. Impossibilità di raggiungere su questa strada una soluzione univoca. — 3. *Segue*: Critica: il problema della posizione del giudice di fronte alla norma non si esaurisce nello schema conoscenza-interpretazione-applicazione. L'attività di rilevazione e di determinazione della norma. — 4. L'esigenza di autonomia del giudice nell'attività di rilevazione della norma. — 5. Precisazioni: a) la libertà del giudice nella rilevazione della norma non significa arbitraria fissazione del criterio di giudizio. — 6. *Segue*: b) l'indifferenza dei modi in cui viene raggiunta la conoscenza della norma rispetto all'essenza della giurisdizione, non rispetto ai singoli ordinamenti positivi. Adeguatezza delle regole di conoscenza al grado di organizzazione degli strumenti di conoscenza. Conclusione.

1. Il problema del valore e della portata del brocardo medievale *jura novit curia*, che viene utilizzato per definire la posizione del giudice di fronte alla norma di diritto, ha formato oggetto di numerose ricerche nella dottrina, caratterizzate dall'acutezza e dalla penetrazione dell'indagine, come da un singolare contrasto di risultati.

In dottrina si è infatti sostenuto che il principio *jura novit curia*, che sarebbe collegato con l'antitesi fatto-diritto ed essenziale all'esercizio della giurisdizione (1), significherebbe che le norme giu-

(*) Vengono qui riprodotte, con alcune modifiche, le pagine introduttive del volume pubblicato in edizione provvisoria nel 1965 con il titolo « *Jura novit curia* ».

(1) Hanno affermato che il principio *jura novit curia* è tradizionalmente collegato « si vuole con nesso di filiazione » con l'antitesi fatto-diritto, « cardine inamovibile nella strutturazione del processo storico occidentale »: BROGGINI G., *Die*

ridiche sono note al giudice (2) o che il giudice deve sapere tutte le norme giuridiche, siano esse scritte o non, nazionali o straniere, attuali o antiche (3).

Poi, di fronte alla difficoltà di applicare una regola siffatta a tutte le norme giuridiche e in particolare alle norme straniere, antiche e consuetudinarie (4), si è da alcuni autori detto che il principio *jura novit curia* non starebbe ad indicare l'obbligo del giudice di conoscere il diritto, ma piuttosto l'obbligo e il potere del

Maxime « iura novit curia » und das ausländische Recht, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 155 (1955), p. 469; DONES C., *Struttura e funzione della consulenza civile*, Milano, 1961, p. 89. Sul problema cfr. anche LIEBMAN E.T., *Sui poteri del giudice nella questione di diritto ed in quella di fatto*, ne *La Corte di Cassazione*, 1925, cc. 171 ss.

(2) V. LIEBMAN E.T., *Lezioni di diritto processuale civile*, II, Milano, 1951, p. 44. Di presunzione assoluta di conoscenza delle norme canoniche (richiamate) da parte del giudice italiano parla FEDELE P., *Diritto canonico*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 902.

(3) Secondo WENGER L., *Istituzioni di procedura civile romana*, trad. it. di Orestano, Milano, 1938, p. 299, il proverbio di diritto comune *jura novit curia* vuol significare, in generale, che le parti hanno bisogno di provare soltanto fatti, mentre il giudice « deve sapere da sé le norme di diritto, che sono da applicare ». Anche per BIONDI P., *La perizia giuridica*, Firenze, 1935, p. 15, questo principio significa che il giudice « deve (non può non) conoscere » le regole giuridiche. Più incerto è BALOSSINI E., *Consuetudini, usi, pratiche, regole del costume*, Milano, 1958, p. 542, il quale assume che il giudice ha « l'obbligo di conoscere o di procurarsi la conoscenza » di tutte le norme di diritto.

(4) Norme queste che — si è detto — il giudice « può ignorare e di solito ignora » (LIEBMAN E.T., *Manuale di diritto processuale civile*, II, I, Milano, 1959, p. 79) e delle quali, quindi, « non si può pretendere, né presumere la conoscenza » (Ib., *Lezioni* II, cit., p. 45); nello stesso senso DÖLLE H., *Bemerkungen zu § 293 ZPO*, in *Festschrift für Arthur Nikisch*, Tübingen, 1958, p. 188. Già SEGNI A., *Procedimento civile*, in *N.D.I.*, X, Torino, 1939, p. 576, aveva osservato che non si può pretendere che il giudice conosca le norme consuetudinarie, straniere, etc.; REDENTI E., *Diritto processuale civile*², II, Milano, 1953, p. 29, dal canto suo, ha notato che le consuetudini (antiche o recenti), i testi di diritto antico, diritto straniero o di diritto canonico, di ordinamenti speciali o locali (ad es. regolamenti comunali o provinciali o statuti aventi vigore di legge speciale) il giudice può anche conoscerli, ma non v'è tenuto, nel senso che non si può supporre e non si suppone che anche a tutte queste fonti siano estesi i suoi studi. Sul problema v. anche MICHELI G.A., « *Jura novit curia* », in *Riv. dir. proc.*, 1961, pp. 577 ss.; FRANCHI G., « *Iura novit curia* » e obbligo di decidere, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, pp. 1283 ss.

giudice di
altri anco
due facce
ricercare
ricercare
quando s
antico, il
come affe
Impo
sul modo
una part
principio
nella con

(5) C
p. 63; e, n
X, Torino,
Torino, 19
privato ita
Torino, 19
1964, pp. 6
Milano, 19

(6) I
Cassazione
fermazione
1963, p. 1
avventurati
Posizione s
straniere,
afferma ch
è da riten
scritte, pu

(7) I
KRIES A.,
secondo co
generale n
des Richte
si trova co
E.T., *Sui*
172.

(8)
II, 1, Napo
p. 726, il c

giudice di procurarsi la conoscenza della norma da applicare (5). Ed altri ancora, dopo aver affermato che il principio *jura novit curia* ha due facce, in quanto significa da un lato *dovere* del giudice di ricercare ed applicare d'ufficio la norma e, dall'altro, *potere* di ricercare e applicare d'ufficio la stessa norma, ha precisato che, quando si tratta di norme di diritto consuetudinario, straniero ed antico, il principio rimane in vigore soltanto in uno dei suoi aspetti come affermazione del *potere* del giudice (6).

Impostato così il problema dello *jura novit curia* come indagine sul modo in cui si deve raggiungere la conoscenza della norma (7), una parte della dottrina ha finito con il risolverlo riconoscendo nel principio l'espressione dell'autonomia del giudice rispetto alle parti nella conoscenza e nell'accertamento delle norme giuridiche (8).

(5) Così MORELLI G., *Diritto processuale civile internazionale*, Padova, 1956, p. 63; e, nello stesso senso, ANDRIOLI V., *Prova in genere (diritto civile)*, in *N.D.I.*, X, Torino, 1939, p. 824; ID., *Prova (diritto processuale civile)*, in *Nss. D.I.*, XIV, Torino, 1967, pp. 283 ss.; nonché UDINA M., *Elementi di diritto internazionale privato italiano*, Roma, 1933, p. 54; MONACO R., *L'efficacia della legge nello spazio*, Torino, 1952, p. 86; TOMMASI DI VIGNANO A., *Lex fori e diritto straniero*, Padova, 1964, pp. 66 ss.; VERDE G., *Prova (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, p. 623.

(6) La tesi è stata sostenuta da CALAMANDREI P., *Diritto consuetudinario in Cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1938, II, pp. 120 ss.; ed ha un precedente nell'affermazione di MENESTRINA F., *La pregiudiziale nel processo civile*, rist., Milano, 1963, p. 148, secondo cui il giudice ha il *diritto* — non l'obbligo — di non avventurarsi nel campo del diritto straniero, etc., che con la guida di esperti. Posizione sostanzialmente identica assume CAPOTORTI F., *In tema di prova di norme straniere*, in *Giur. comp. dir. int. priv.*, 1953, pp. 9 ss. dell'estratto, il quale afferma che il potere del giudice di procurarsi la conoscenza delle norme applicabili è da ritenersi rafforzato da un *dovere* solo rispetto a quelle categorie di norme scritte, pubblicate nello Stato, che si presumono note alla generalità.

(7) Espressione di quest'orientamento si ha anche nell'affermazione di VON KRIES A., *Lehrbuch des deutschen Strafprozessrechts*, Freiburg, 1892, p. 341, secondo cui il ditteio *jura novit curia* è solo un caso particolare della regola generale *notoria non eget probatione*. In proposito v. STEIN F., *Das private Wissen des Richters*, Leipzig, 1893, p. 4, testo e nota 10, il quale commenta che VON KRIES si trova così in pieno accordo con gli anglosassoni; e le critiche sollevate da LIEBMAN E.T., *Sui poteri del giudice nella questione di diritto ed in quella di fatto*, cit., c. 172.

(8) In questo senso v. CHIOVENDA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*², II, 1, Napoli, 1936, p. 307; ID., *Principii di diritto processuale civile*⁴, Napoli, 1928, p. 726, il quale riferisce il ditteio *jura novit curia* al principio per cui l'attività del

D'altra parte si è affermato, invece, che il principio *jura novit curia* non è coesenziale alla logica del giudizio e si è sostenuto che non vi sarebbe alcuna differenza, sotto il profilo probatorio, tra fatto normativo e fatto particolare, in quanto l'uno e l'altro, venendo ad integrare il fatto costitutivo del diritto, dovrebbero essere provati dalla parte, ed il giudice sarebbe vincolato dalle risultanze di queste prove (9).

giudice nell'accertamento e nella determinazione delle norme da applicare non ha limiti. L'A. aggiunge (*opp. locc. citt.*, nonché *Identificazione delle azioni. Sulla regola « ne eat judex ultra petita partium »*, ne *La legge*, 1903, ripubblicato in *Id.*, *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, I, Milano, 1993, p. 167) che il giudice può supplire alle parti, applicando la norma che regola la singola fattispecie, purché l'oggetto della domanda non venga così modificato. BETTI E., *Diritto processuale civile italiano*², Roma, 1936, p. 311, dal canto suo, afferma che l'apprezzamento del giudice nel giudizio di diritto è libero, anche di fronte ad un accordo comune delle parti, e che questa libertà discende dalla natura stessa della funzione giurisdizionale e dal fatto che i giudizi in parola rientrano nell'ambito della scienza ufficiale del giudice. Anche SEGNI A., *Procedimento civile*, cit., p. 576, ha considerato lo *jura novit curia* come riconoscimento della libertà del giudice nell'applicazione del diritto e sulle stesse posizioni è COSTA S., *Manuale di diritto processuale civile*², Torino, 1959, p. 224. CARNELUTTI F., *Diritto e processo*, Napoli, 1958, pp. 40 ss. ha spiegato lo *jura novit curia* con l'affermazione che il giudice può fare da sé e ha precisato che nel giudizio di diritto si ha una scelta pienamente libera: il giudice è vincolato in quanto non può scegliere la norma fuori dal campo legislativo, ma entro questo campo si muove con perfetta libertà, anche rispetto alla iniziativa della parte; BROGGINI G., *Conoscenza e interpretazione del diritto straniero*, in *Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht*, 1954, IV, p. 158, ha riferito lo *jura novit curia* al dovere del giudice di esaminare il *petitum* sotto ogni aspetto giuridico possibile, non limitandosi a quello o a quelli profilati dalle parti, e vi ha riconosciuto quindi il potere di « interpretare autonomamente, non legato alle interpretazioni offerte dalle parti, la norma nella quale occorrerà assumere la fattispecie ».

L'autonomia del giudice rispetto alle parti nella conoscenza delle norme è tradizionalmente affermata anche dalla dottrina tedesca, in quanto trova una base testuale nel § 293 ZPO; in proposito v. per tutti DÖLLE H., *Bemerkungen zu § 293 ZPO*, in *Festschrift für Arthur Nikisch*, cit., p. 188; LENT F., *Zivilprozessrecht*⁹, München, 1959, p. 141 e trad. it. a cura di Ricci E.F., *Diritto processuale civile tedesco*, Napoli, 1962, p. 199; e, più di recente, ROSENBERG L., SCHWAB K.H., GOTTWALD P., *Zivilprozessrecht*¹⁸, München, 2018, p. 816.

(9) La tesi è stata prospettata da SATTA S., *Jura novit curia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, p. 380; e ribadita dall'A. in *Commentario al codice di procedura civile*, I, Milano, 1959, pp. 440 ss.; nello stesso senso si è espresso VENTURINI G., *Il principio jura novit curia e le leggi straniere*, in *Annali di diritto internazionale*, IX, Milano, 1951, pp. 19 ss. La tesi che il fatto normativo deve essere dimostrato alla pari del fatto semplice ha trovato un riconoscimento già in LESSONA C., *Trattato delle*

Sì che, in definitiva, gran parte del dibattito dottrinario si è sviluppato intorno al dilemma se spetti o meno al giudice — come contenuto di un potere-dovere o di un semplice potere — la conoscenza e l'applicazione di tutte le norme giuridiche, ovvero se per le norme diverse da quelle nazionali scritte la relativa applicazione sia condizionata dalle prove offerte dalle parti (10).

Ma non ci sembra che, posto il problema in questi termini, si possa conseguire una soluzione soddisfacente. A questa conclusione è giunta la stessa dottrina, quando ha dovuto constatare che proprio

*prove in materia civile*³, I, Firenze, 1922, p. 262, il quale ha affermato appunto che la parte deve dimostrare così la esistenza dei fatti, come quella delle leggi, pur se ha aggiunto che, mentre la prova dei fatti deve darsi dalla parte, perché il giudice né li conosce, né ha ufficio di ricercarli, invece la prova delle leggi è data con la loro semplice allegazione, « poiché la legge è certa ed il giudice ha appunto l'ufficio di vedere se e come si attagli al fatto provato ».

(10) Non è mancato tuttavia nella dottrina chi ha osservato che è semplicistico il criterio di quegli A. che fanno a meno di considerare l'attività di *ricerca* della regola da applicare — problema che fu già presente a CALAMANDREI P., *Diritto consuetudinario*, cit., p. 120. — e che ritengono sia preliminare l'indagine sull'esistenza della norma: v. VOCINO C., *Sulla c.d. « attuazione della legge » nel processo di cognizione*, in *Studi in onore di Enrico Redenti*, II, Milano, 1951, p. 670, il quale afferma che la c.d. scienza ufficiale del giudice significa indipendenza dalle parti nella posizione della norma. Seguendo questa prospettiva, PALERMO A., *Il processo di formazione della sentenza civile*, Milano, 1956, pp. 62 nota 10, 150, 190, riporta il principio *jura novit curia* al potere del giudice di ricercare la norma di legge da applicare come libertà di definire l'azione proposta e di ricercare la norma da adottare al caso concreto. Anche CAPOTORTI F., *In tema di prova di norme straniere*, cit., p. 9 dell'estratto, pone in evidenza l'esigenza di ricerca della norma applicabile. Riferisce il principio dello *jura novit curia* all'attività di individuazione della norma, facendo così un ulteriore passo per la soluzione del problema, ANDRIOLI V., *Commento al codice di procedura civile*³, I, Napoli, 1957, pp. 332-333. L'insegnamento dell'A. è accolto da DEL GROSSO P., *L'impossibilità per il giudice italiano di conoscere la legge straniera come conseguenza della inosservanza della legge italiana*, nota a Cass. 29 gennaio 1964, n. 237, in *Foro it.*, 1964, I, cc. 999 ss., il quale osserva giustamente che il principio *jura novit curia* non si fonda su un'aleatoria presunzione di conoscenza della legge da parte del giudice, ma esprime appunto l'esigenza che, nel gioco dei rapporti tra le parti e il giudice, debba essere compito del giudice, a prescindere da iniziative, sollecitazioni o attività di parte, individuare la norma giuridica in base a cui la controversia deve essere decisa. Interessanti rilievi si leggono anche negli scritti di MICHELI G.A., *Brevi considerazioni sulla prova della legge straniera*, in *Giur. it.*, 1965, I, 1, cc. 269 ss.; ID., « *Jura novit curia* », cit., pp. 575 ss.

i risultati di questo dibattito dimostrano l'impossibilità di attribuire una precisa portata al principio *iura novit curia* (11).

2. Il primo rilievo che va mosso all'impostazione data al problema dalla maggioranza della dottrina è che essa risente, sia pure indirettamente, dell'influenza del metodo interpretativo tradizionale. Si riconosce infatti in essa la concezione per cui la legge sarebbe di per sé idonea a risolvere la singola questione (12), sì che al giudice si porrebbe solo la necessità di raggiungere la « conoscenza della norma » e, quindi, di applicarla.

Con ciò non si vuol dire — perché sarebbe ingiusto ed erroneo — che la dottrina processualistica sia ferma agli schemi ereditati dal pensiero illuminista, che, nell'illusione dell'onnipotenza della legge, capace di informare la realtà senza l'intermediazione di alcun interprete, riduceva l'opera del giudice a quella di una *Subsumptionsmaschine* (13).

Infatti al giudice si riconosce ormai comunemente un certo potere di specificazione nell'ambito della singola disposizione legislativa, il cui contenuto eventualmente ambiguo, incompleto, generico o comunque astratto, richiede appunto l'intervento del giudice (14).

Ma è altrettanto vero che l'opera del giudice viene ristretta nell'ambito della singola disposizione, del singolo articolo di legge,

(11) Così VENTURINI G., *La prova del diritto straniero*, in *Dir. int.*, 1962, p. 315; e ancora oggi CHIZZINI A., *La tutela giurisdizionale dei diritti. Art. 2907*, vol. de *Il Codice civile commentato*, fondato da Schlesinger P. e continuato da Busnelli F.D., Milano, 2018, 105, il quale rileva « il difficile ruolo da assegnarsi al principio *iura novit curia* ».

(12) È CHIOVENDA G., *Principi di diritto processuale civile*⁴, cit., pp. 69 ss.; Id., *Istituzioni di diritto processuale civile*², I, Napoli, 1935, pp. 34 ss., 152, che, prendendo le mosse dall'idea che la volontà della legge che garantisce un bene ad una delle parti preesiste al giudizio e alla proposizione della domanda, in quanto si concreta meccanicamente all'avversarsi della vicenda particolare e al di fuori del giudizio del magistrato, afferma che il giudice « non fa che accertare la norma astratta come norma già diventata concreta prima del processo ».

(13) Per una posizione critica rispetto alla possibilità di ridurre l'attività del giudice ad un'applicazione meccanica delle norme di diritto, v. in particolare ANDRIOLI V., *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1979, p. 250.

(14) Osserva appunto Kelsen H., *General Theory of Law and State*, trad. it. a cura di Cotta S. e Treves G., Milano, 1954, p. 149, che, per minuta che si sforzi di essere la norma generale, « la norma individuale creata dalla sentenza aggiungerà sempre qualcosa di nuovo ».

talché,
scienza
risolto
dispos
O
accolt
soluzio
la con
Si
curia,
pretai
zione
essere
M
cale,
oggett
parti
D
questi
tesi, a
che n
ziare
dell'a
prove

3
probl
esaur
plicaz
trova
in co
È
una f

talché, una volta conseguìtane la conoscenza, o in virtù della c.d. scienza ufficiale, o per effetto delle prove offerte dalle parti, sarebbe risolto ogni altro problema e si tratterebbe solo di interpretare quella disposizione e di applicarla al caso di specie.

Ora il dato più interessante è che, ragionando secondo lo schema accolto dalla dottrina prevalente, non è possibile conseguire una soluzione univoca del problema del modo in cui deve essere acquisita la conoscenza della norma.

Si può infatti giungere ad affermare il principio dello *jura novit curia*, come esigenza connessa alla funzione giurisdizionale, interpretandolo nel senso che questa conoscenza della singola disposizione normativa è obbligatoria per il giudice, o, comunque, deve essere conseguita d'ufficio.

Ma si può anche finire col negare quel principio in modo radicale, affermando che la singola disposizione di legge deve formare oggetto di prova, il cui onere incombe sulle parti, come incombe sulle parti l'onere di provare il fatto semplice.

Dobbiamo anzi dire che, una volta impostato il problema in questi termini, potrebbe appalesarsi fondata proprio questa seconda tesi, affermata autorevolmente in dottrina (15), secondo cui, posto che non vi è alcuna esigenza logica e giuridica che porti a differenziare il fatto semplice dal fatto normativo, la conoscenza dell'uno e dell'altro dovrebbe essere raggiunta attraverso il meccanismo delle prove.

3. A quanto sin qui osservato si deve subito aggiungere che il problema della posizione del giudice di fronte alla norma non si esaurisce nello schema conoscenza della norma-interpretazione-applicazione. La norma da applicare al caso concreto, infatti, non si trova bella e pronta, sì che sia solo necessario conoscerla per essere in condizione di interpretarla e applicarla.

È quindi agevole rilevare come tale impostazione sia viziata da una fin troppo evidente confusione tra fonte della norma e norma. E

(15) È la tesi di SATTA S. già ricordata *supra*, nota 9.

non v'è bisogno di spendere molte parole per chiarire che la norma non si esaurisce nella statuizione del singolo testo di legge (16).

Qui soccorre non solo l'osservazione che nella formazione della legge si realizza una astrazione, una scarnificazione della realtà (17) e il rilievo che il testo di legge, in quanto creazione del legislatore realizzatasi in un tempo trascorso (che è quindi coerente con la realtà sociale di quel tempo) è un passato (18), ma anche — e soprattutto

(16) Osserva ASCARELLI T., *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, e ora in *Id.*, *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959, p. 145, che la norma non è « racchiusa » nel testo sì da poter essere ivi scoperta e che il rapporto tra la legge e la sua interpretazione non è quello che corre tra la realtà e il suo specchio. In analoga prospettiva v. REDENTI E., *Profili pratici del diritto processuale civile*, Milano, 1957, p. 8, il quale ha posto in evidenza come sia un'aberrazione perniciosa all'intelligenza dei fenomeni giuridici immaginarsi che la norma sia cristallizzata nelle parole impresse sulle tavole (oggi cartacee) della legge. Anche SANDULLI A.M., *Fonti del diritto*, in *Nss. D.I.*, VII, Torino, 1961, p. 526, osserva che la norma « effettuale » (vivente) quasi mai è individuabile soltanto attraverso la lettura della disposizione (statuizione dell'atto normativo) — o del complesso di disposizioni — in cui è inserita o da cui per via di deduzione o induzione è ricavabile; e GIANNINI M.S., *L'illegittimità degli atti normativi e delle norme*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1954, p. 50, nel chiarire la distinzione tra atto normativo e norma, osserva che per « nessun'altra manifestazione di volontà si assiste a questo sdoppiamento. Le statuizioni di un negozio, di un provvedimento amministrativo, di una sentenza, sono il negozio, il provvedimento, la sentenza ». Invece « la norma non è la legge o il regolamento, il decreto legge o l'ordinanza normativa ». Queste — ricorda l'A. — sono le fonti della norma, non la norma, « la quale dalla sua fonte trae la ragione d'essere, non invece l'esistere ». Per la distinzione tra atto normativo e norma v. anche le interessanti osservazioni di CRISAFULLI V., *Atto normativo*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1958, p. 260.

(17) V. in proposito MAGNI C., *Logica giuridica e logica simbolica*, in *Riv. dir. proc.*, 1952, I, pp. 117 ss. Abbiamo infatti già avuto modo di osservare nel nostro *Giudizio di fatto e giudizio di diritto*, Milano, 1963 [riprodotto in copia anastatica nel presente volume], p. 133, che il diritto è generale nel senso che assume dal nostro vivere alcuni dati essenziali e che, in quanto essenziali, sono comuni a tutti gli uomini: scarnifica — come dice MAGNI — le situazioni particolari e le riduce al generale. Della necessità della astrazione generalizzatrice che presiede alla formazione delle leggi parla ANDRIOLI V., *Diritto processuale civile*, I, cit., 251. Sul problema v. anche CALAMANDREI P., *Carattere del nuovo processo civile italiano*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1941, I, p. 67; CAPOGRASSI G., *Giudizio processo scienza verità*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, nonché in *Id.*, *Opere*, V, Milano, 1959, p. 59; ASCARELLI T., *Norma giuridica e realtà sociale*, in *Id.*, *Problemi giuridici*, I, cit., p. 72.

(18) Ed è un passato sotto due profili: innanzi tutto perché è una creazione del legislatore, realizzatasi in un tempo trascorso, e rappresenta quindi cronologicamente un atto passato. E inoltre e soprattutto perché è coerente con una realtà

— la notazione che la norma di diritto non può essere rilevata dall'interprete limitandosi a conoscere e a interpretare il singolo testo di legge.

Si è giustamente osservato a questo proposito che considerare, come di solito si fa, la norma giuridica come una singola norma giuridica, in sé e per sé, isolatamente presa, è come considerare una parola astrattamente e cioè distaccata dal linguaggio in cui essa ha la sua vita (19).

La norma, quindi, per poter essere interpretata e applicata, deve essere innanzi tutto individuata *tota lege perspecta* (20), deve essere cioè rilevata secondo il canone della totalità ermeneutica (21) e, quindi, determinata in relazione alla singola vicenda di vita.

Quest'attività di rilevazione e di individuazione della norma è certo evidente quando oggetto della rilevazione è il diritto spontaneo, perché qui il giudice deve costruire la regola giuridica per suo conto, rilevandola da una realtà più fluida di quella che si è potuta cristallizzare nelle regole giuridiche fissate dall'autorità (22).

Ma la stessa attività è comunque necessaria anche per il diritto posto formalmente ed è resa necessaria dall'esistenza di una pluralità di fonti di diritto, più o meno organizzate gerarchicamente, e dalla stessa necessità di astrazione generalizzatrice che presiede alla

sociale che è ormai passata, conseguenza necessaria della naturale adeguatezza storica della norma. Sul problema v. anche ASCARELLI T., *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, in Id., *Problemi giuridici*, I, cit., p. 146; SANDULLI A.M., *Fonti del diritto*, cit., p. 526.

(19) V. LOPEZ DE OÑATE F., *Compendio di filosofia del diritto*, Milano, 1955, p. 169.

(20) È sempre valido il canone interpretativo indicato da CELSO, D. I., 3, 190: « *incivile est nisi tota lege perspecta una aliqua particula eius proposita iudicare vel respondere* ».

(21) V. BETTI E., *Le categorie civilistiche dell'interpretazione*, estratto da *Riv. it. scienze giur.*, 1948, pp. 46 ss., dove l'A. mostra come con il canone della totalità e coerenza della considerazione ermeneutica « si fa presente la correlazione che intercede fra le parti costitutive del discorso, come di ogni manifestazione del pensiero, e il loro comune riferimento al tutto di cui fanno parte: correlazione e riferimento, che rendono possibile la reciproca illuminazione di significato fra il tutto e gli elementi costitutivi ».

(22) V. in proposito BARILE P., *Interpretazione del giudice ed interpretazione di parte del diritto internazionale non scritto*, in *Scritti in onore di Tomaso Perassi*, I, Milano, 1957, p. 140.

formazione delle leggi, oltre che dal fatto che anche il più semplice dei testi normativi rappresenta una ricostruzione tipologica della realtà (23).

E giova a questo punto svolgere qualche considerazione più particolareggiata in ordine alle ipotesi in cui quest'attività di rilevazione della norma da utilizzare come criterio per la decisione si appalesa non solo necessaria ma anche notevolmente complessa.

a) L'ipotesi più frequente è certo quella in cui una determinata situazione viene regolata non da un'unica disposizione, ma da una serie più o meno numerosa di disposizioni, ciascuna delle quali valuta un elemento o un fattore di questa situazione (24). In tale ipotesi, infatti, l'interprete o il giudice, per rilevare la norma che regola quella situazione dovrà ricercare, selezionare, interpretare e coordinare tutte le varie disposizioni regolanti i singoli elementi che concorrono a determinare quella certa situazione.

b) Altre ipotesi interessanti si possono avere quando si realizza un intersecarsi di rapporti di più soggetti. Basti in proposito riflettere sul fatto che su uno stesso bene possono coesistere rapporti di più soggetti posti fra loro in posizione di dipendenza o di subordi-

(23) V. ASCARELLI T., *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, in Id., *Problemi giuridici*, I, cit., p. 144. Osservava appunto REDENTI E., *Diritto processuale civile*², I, cit., p. 8, che le contingenze della nostra vita sociale sono così infinitamente varie e complicate che non è neanche pensabile di prevederle puntualmente, onde formare « una regola legale già pronta (già sfornata) per tutti i casi ». I testi di legge, quindi, non possono essere concepiti e formulati in via di previsione — ad avviso dell'A. — « se non scomponendo, per così dire, a questo effetto, il tessuto continuo del divenire in aspetti o momenti elementari, astrattamente riducibili a categorie più o meno generali, aspetti o momenti che si potranno poi ravvisare avverati nella realtà pratica, in diverse combinazioni ».

(24) V. in proposito CANSACCHI G., *Scelta e adattamento delle norme straniere richiamate*, Torino, 1939, p. 8, il quale trae il seguente esempio dal campo del possesso: una disposizione sussumendo date circostanze di fatto, accerta nel possesso *de quo* l'elemento della continuità, un'altra disposizione l'elemento della pubblicità, una terza quella della non equivocità, etc. La sussistenza di tutti questi elementi — osserva Cansacchi — darà luogo al possesso legittimo, il quale congiunto ad ulteriori circostanze positive (p. es. decorso pluriennale del possesso) e in assenza di altre circostanze negative (p. es. atti di sospensione o di interruzione) darà vita, sul fondamento di altre disposizioni che considerano unitariamente tutti questi elementi, al diritto di proprietà in capo al possessore.

nazio
natur
frutto
sia vi
fatte
ogget
I
inter
sfum
credi
quan
zioni
refer
zione
pres
teca)
semj
o pe
elem
giud
sogg
La e
spieg
che
ques
tra
sogg
giud
dova
allo
cred
Com
pp.
di t

nazione, come la locazione e la sublocazione (25) o, per la loro natura, compatibili, ma autonomi, come la nuda proprietà e l'usufrutto. Può inoltre accadere che rispetto all'oggetto della controversia vi sia un terzo che vanti un diritto incompatibile con le pretese fatte valere dalle parti: è il caso del terzo proprietario del bene oggetto di un'azione di rivendica instaurata tra altri soggetti.

Esistono ancora altre situazioni di terzi che possono avere interessi relativi allo stesso bene, e tra queste una situazione molto sfumata è certamente quella caratterizzata dalle aspettative dei terzi creditori, aspettative che hanno per oggetto quel certo bene in quanto esso costituisce la garanzia per l'adempimento delle obbligazioni del titolare debitore, alla pari di tutti gli altri beni di lui (ci riferiamo alla garanzia generica, che accompagna qualsiasi obbligazione — art. 2740 c.c. — e che diviene garanzia qualificata in presenza di una causa di prelazione, privilegio, pegno o ipoteca) (26).

Più evanescente è la situazione di quei soggetti che entrino in semplice contatto con lo stesso bene, ad es. per rapporti di vicinato o per la mera detenzione che il terzo abbia di cose altrui (27).

Ma può anche accadere che si sia verificato un mutamento negli elementi subiettivi di un rapporto, prima della sua deduzione in giudizio, ovvero in corso di causa.

Sì che, in conclusione, questo intersecarsi di rapporti di più soggetti sullo stesso bene impone all'interprete e al giudice la sele-

(25) Per il nesso di pregiudizialità esistente tra questi rapporti v. ALLORIO E., *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1935, pp. 69 ss., il quale, dopo aver spiegato che rapporto giuridico pregiudiziale ad un altro è « il rapporto giuridico che rientra nella fattispecie d'altro rapporto giuridico », afferma appunto che questa pregiudizialità può intercedere oltre che fra rapporti giuridici intercorrenti tra gli stessi soggetti (in senso positivo o in senso negativo) anche tra rapporti soggettivamente diversi. Più di recente, per analoghi rilievi v. RECCHIONI S., *Pregiudizialità processuale e dipendenza sostanziale nella cognizione ordinaria*, Padova, 1999, pp. 64 ss.; ZUCCONI GALLI FONSECA E., *Pregiudizialità e rinvio (contributo allo studio dei limiti soggettivi dell'accertamento)*, Bologna, 2011, pp. 103 ss.

(26) Cfr. in proposito NICOLÒ R., *Responsabilità patrimoniale, concorso dei creditori e cause di prelazione*, in *Della tutela dei diritti. Art. 2740-2899*, vol. del *Commentario del codice civile*, diretto da Scialoja A. e Branca G., Bologna, 1960, pp. 10, 22.

(27) V. per questi esempi il nostro studio su *L'ammissibilità dell'opposizione di terzo nell'esecuzione in forma specifica*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, pp. 990 ss.

zione delle singole disposizioni, per la ricostruzione della norma in base alla quale risolvere la controversia.

c) Vale la pena, infine, di considerare il fenomeno che viene a realizzarsi quando entra in funzione una norma di diritto internazionale privato. A questo proposito la dottrina ha osservato che il meccanismo attuato dalle norme di diritto internazionale privato per inserire in un ordinamento statale una determinata norma straniera percorre quattro stadi: I) si deve innanzi tutto procedere alla qualificazione del fatto o del rapporto, con la inclusione nella categoria di rapporti, che le norme di collegamento della *lex fori* presentano (28); II) si deve, in secondo luogo, passare all'esame del criterio di collegamento, che ha per oggetto l'individuazione della circostanza che deve collegare tutta una categoria di rapporti ad un determinato ordinamento giuridico statale; III) si può quindi procedere alla ricerca della norma materiale che nell'ordinamento richiamato regola il fatto o rapporto da valutare; IV) e non si può fare a meno, infine, di controllare la sussistenza di eventuali ostacoli che l'ordinamento del giudice frapponga all'inserzione di norme straniere (29). Meccanismo, dunque, complesso, sul quale non possiamo soffermarci con la necessaria attenzione in questa sede.

Le considerazioni svolte ci permettono comunque di concludere che il giudice, per poter giudicare secondo diritto, deve operare sulle fonti normative per riconoscere di volta in volta la norma che regola la singola vicenda di vita. Questo riconoscimento impone un'opera di rilevazione che, anche per le fonti formali, comporta la comprensione dell'intero ordinamento (30), giacché la norma che, attraverso il giudizio, può concretarsi nella specie — come abbiamo avuto modo di osservare — va determinata dal giudice attraverso un'opera di selezione e di coordinamento tra i singoli articoli di legge, tra le singole disposizioni che offrono appunto gli elementi che concorrono a integrare quella norma.

(28) Qualificazione che dovrebbe essere effettuata in base ai principi della *lex fori*. V. CANSACCHI G., *Scelta e adattamento delle norme*, cit., p. 30.

(29) V. ancora CANSACCHI G., *op. cit.*, il quale avverte che qui viene in rilievo il criterio dell'ordine pubblico territoriale.

(30) V. in proposito SATTA S., *Commentario*, I, cit., p. 442; MIGLIORI P.S., *Le norme legali straniere e la funzione del giudice*, in *Foro lomb.*, 1935, I, p. 4; VENTURINI G., *La prova del diritto straniero*, cit., p. 316.

4. Ab
concretan
zarsi mec
quale è a
singola vi
fuori dell
base alla

Tesi
mata dal
semplice.

È cer
trovi bel
farlo (31)
storia no
amalgam
essere u
elementi
a quel fa
e colletti

Quir
verificaz
tere che
rilevazio

Pos
inquisito
particol
giudizia
tamente
processo

(31)

PUNZI C.,

(32)

p. 193; I

(33)

ONATE, ri

4. Abbiamo osservato che l'opera del giudice è essenziale per il concretamento dell'ordine giuridico, giacché questo non può realizzarsi meccanicamente. E se si riconosce nel giudice il soggetto al quale è attribuita la funzione di concretare l'ordine giuridico nella singola vicenda di vita, si finisce necessariamente per porre al di fuori della disponibilità delle parti la determinazione della norma in base alla quale si deve giudicare.

Tesi questa che lungi dall'essere contraddetta, è proprio confermata dal completamento dell'indagine con la considerazione del fatto semplice.

È certo assolutamente illusorio ritenere che il fatto semplice si trovi bello e pronto sì che il giudice possa limitarsi a fotografarlo (31). Il vero è che il fatto in sé e per sé, come entità scissa dalla storia non esiste (32), sì che chi giudica deve operare sul confuso amalgama in cui si intrecciano le vicende degli uomini (33) e porre in essere un attento lavoro critico per selezionare e individuare gli elementi del singolo fatto, distinguendoli da tutti gli altri elementi che a quel fatto sono estranei, pur appartenendo alla storia individuale e collettiva.

Quindi, a parte ogni problema di allegazione in giudizio e di verifica di questi elementi attraverso le prove, si deve ammettere che anche rispetto al fatto si pone per il giudice un problema di rilevazione e di determinazione.

Possiamo anzi osservare, da un lato, che, in un processo di tipo inquisitorio, l'attività di rilevazione, avente ad oggetto sia il fatto particolare, sia la norma, potrebbe essere riservata all'autorità giudiziaria. Ipotesi, questa, che nella storia del processo si è concretamente realizzata con varietà di manifestazioni. Ne è esempio il processo penale, nel quale sono organi appartenenti all'ordine giu-

(31) V. in proposito GIULIANI A., *Il concetto di prova*, Milano, 1961, p. 250; PUNZI C., *Giudizio di fatto e giudizio di diritto*, cit., pp. 6 ss.

(32) V. in proposito F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*³, Roma, 1951, p. 193; Id., *Diritto e processo*, cit., p. 95.

(33) V. G. CAPOGRASSI, *Prefazione a La certezza del diritto* di F. LOPEZ DE OÑATE, rist., Roma, 1950, p. 17.

diziario che rilevano il fatto e la norma e ne forniscono gli strumenti per la verifica, e che giudicano (34).

Non abbiamo difficoltà, d'altra parte, a riconoscere che in *astratto* si potrebbe anche concepire un processo in cui sia l'attività di rilevazione del fatto, sia l'attività di rilevazione della norma vengano riservate alle parti. Teniamo però a porre in risalto come in questo modo non si finirebbe con l'attribuire al giudice che la funzione di risolvere la controversia da imparziale arbitratore (35), anzi da vera macchina logica, dovendo egli limitarsi ad applicare al caso concreto la norma che le parti hanno già determinato e quindi messo a sua disposizione.

Se, dopo quanto osservato, ritorniamo al problema della determinazione della norma, quale si presenta storicamente nel nostro ordinamento processuale, dobbiamo comunque ribadire che le parti possono essere anche arbitre, nei limiti dati dalla legge alla loro sfera di disponibilità, di scegliere tra un giudizio di diritto e un giudizio di equità (36), ma deve poi essere sempre riservato al giudice il potere di individuare il principio di diritto o il criterio equitativo da porre a base della decisione.

L'opposta soluzione urterebbe — a nostro avviso — contro il disposto dell'art. 113 c.p.c., oltre che contro i principi generali del nostro ordinamento processuale. Non possiamo certo negare che l'art. 113 c.p.c. si limita a dire che il giudice « deve seguire le norme di diritto » e che ciò è sancito in un articolo del codice che contrappone questa prescrizione alla possibilità eccezionale di far ricorso ad

(34) Osserva PUGLIATTI S., *Conoscenza e diritto*, Milano, 1961, p. 110, che la funzione di individuazione della norma spetta inizialmente al pubblico ministero, ma essa non vincola il giudice, che può dare del fatto una definizione giuridica diversa.

(35) In questo senso si esprime LIEBMAN E.T., *Sui poteri del giudice nella questione di diritto e in quella di fatto*, cit., c. 173.

(36) Sui limiti di questo potere di scelta v. DE MARINI C.M., *Il giudizio di equità nel processo civile*, Padova, 1959, pp. 184 ss., 209; MARTINO R., *Equità (giudizio di equità)*, in *Enc. giur.*, XII, Agg., Roma, 2005, pp. 20 ss.; CARRATTA A., sub artt. 113-114, in CARRATTA A., TARUFFO M., *Dei poteri del giudice. Art. 112-120*, vol. del *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di Chiarloni S., Bologna, 2011, pp. 295 ss., 321 ss.

un altro cri
quando si p
posto dall'a
zione che il
giudicare se
parte dell'a
rispetto all
se questa è
fatto che il
diritto che
possibili cri
equità, ma
zione giuri
l'interesse
l'edificazio
volontà de
Se qui
l'art. 113
legislativa
essere risp
sostituibile
Né va
zione dell

(37) V
2000, pp. 1
(38) V
cit., p. 182.
(39) V
ai quali v.
diritto, cit.
(40)
Neue Grun
Volksmoral
1935, p. 26
(41)
deve porre
del regime
questo sen
soviétique.

un altro criterio di giudizio, che in particolare è l'equità (37). Ma, quando si pone il problema del valore e del significato del principio posto dall'art. 113 c.p.c. non si può limitare la risposta all'affermazione che il giudice non può, se non nei casi espressamente previsti, giudicare secondo equità. Si deve infatti considerare che la seconda parte dell'art. 113 c.p.c. prevede solo una delle possibili eccezioni rispetto alla previsione contenuta nella prima parte dell'articolo. E se questa è l'unica eccezione considerata dalla legge, ciò è dovuto al fatto che il giudizio di equità è l'unico giudizio sostitutivo di quello di diritto che è ammesso nel nostro ordinamento (38). Ma, in realtà, i possibili criteri di giudizio non si esauriscono nella dicotomia diritto-equità, ma, a quanto dimostrano l'indagine storica e la comparazione giuridica, possono essere anche la *voluntas principis* (39), l'interesse della comunità « storica e razziale » (40), l'interesse all'edificazione di un determinato sistema politico (41) o la stessa volontà delle parti.

Se quindi si tiene conto di questi dati nell'interpretazione dell'art. 113 c.p.c., si deve necessariamente concludere che la volontà legislativa si è espressa nel senso che il giudizio secondo diritto deve essere rispettato dal giudice come unico criterio di giudizio ammesso, sostituibile, solo eccezionalmente, dal giudizio di equità.

Né vale obiettare, per fondare un vincolo del giudice all'allegazione della parte, che un giudizio secondo diritto potrebbe essere

(37) V. in proposito SATTA S., PUNZI C., *Diritto processuale civile*¹³, Padova, 2000, pp. 179 ss.

(38) V. in particolare DE MARINI C.M., *Il giudizio di equità nel processo civile*, cit., p. 182.

(39) Ciò può accadere negli ordinamenti a fonte e validità soggettiva, rispetto ai quali v. le interessanti considerazioni di LOPEZ DE OÑATE F., *La certezza del diritto*, cit., pp. 157 ss.

(40) Ci riferiamo all'esperienza del nazionalsocialismo. V. infatti LENZ G., *Neue Grundlagen der Rechtsfindung*, Hamburg, 1940, p. 138; SAUER W., *Recht und Volksmoral im Führerstaat*, in *Archiv. für Rechts und Sozialphilosophie*, 1934-1935, p. 262.

(41) Si veda, ad esempio, l'esperienza giuridica sovietica, dove il giudice non deve porre a criterio del suo giudizio la norma di legge, ma i principi e le esigenze del regime socialista: deve giudicare « secondo il suo sentimento socialista ». V. in questo senso DAVID R., *Le droit soviétique*, I, *Les données fondamentales du droit soviétique*, Paris, 1954, p. 160.

anche svolto in base alla norma allegata dalla parte. È infatti intuitivo che, se il giudice dovesse limitarsi a giudicare secondo il criterio predeterminato dalle parti attraverso l'allegazione, potrebbe anche esser condotto a giudicare disapplicando le norme di diritto, ogni qualvolta il criterio offerto dalle parti non coincidesse con queste norme.

Possiamo, dunque, affermare che l'autonomia del giudice nella rilevazione della norma è essenziale per connotare la funzione giurisdizionale, ed è coordinata all'esigenza di fedeltà del giudice alla norma, giacché il giudice non può soddisfare quest'esigenza, se è privato del potere di individuare qual è la norma alla quale si deve essere fedeli (42).

Questa libertà e autonomia del giudice nell'opera di rilevazione e di determinazione della norma viene certo limitata quando si impone il c.d. onere della prova del fatto normativo a carico della parte. Sulla opportunità e utilità di una simile imposizione non possiamo soffermarci in questa sede; dobbiamo però osservare che, in ogni caso, non è sufficiente e, comunque, non è risolutivo acquisire agli atti la prova dell'esistenza della singola fonte normativa, pure se questa attività — prescindendo dal modo in cui viene a realizzarsi — è sempre necessaria. Diciamo che non è sufficiente per gli argomenti già svolti e che si sintetizzano nell'osservazione che per la individuazione della norma da applicare al singolo caso è necessario non tanto conoscere una singola disposizione, quanto e piuttosto indagare e penetrare l'intero sistema normativo (43).

Ma dobbiamo anche dire che questa imposizione non comporta comunque un'assoluta negazione dell'autonomia del giudice nella rilevazione della norma, giacché, quando si impone l'onere della prova del fatto normativo a carico della parte, questa libertà del giudice nella rilevazione e nella determinazione della norma è certo

(42) Osserva appunto CARNELUTTI F., *Diritto e processo*, cit., p. 141, che il giudice è vincolato in quanto non può scegliere la norma fuori del campo legislativo; ma entro questo campo si muove con perfetta libertà anche rispetto all'iniziativa delle parti.

(43) In questo senso, v. VOCINO C., *Sulla c.d. « attuazione della legge »*, cit., p. 670, il quale osserva appunto che questa ricerca si fa per esclusione. In proposito v. anche SATTA S., *Commentario*, I, cit., p. 442.

ristretti
ma non
Si
hanno
stenza
norme
svolge
giudice
tere ch
5.
conclu
dell'in
Ri
zio del
testo n
zione c
E
descrit
norma
parte
limitaz
ordina
l'influ
giudic
politic
della
T
probl
essen
giudic
norma
viene
mativ
D
modo
giuris

ristretta nell'ambito delle fonti di cui è offerta la prova in giudizio, ma non è esclusa.

Si deve comunque notare che negli ordinamenti che nella storia hanno visto la imposizione sulla parte dell'onere di provare l'esistenza delle fonti normative — imposizione che ha riguardato sempre norme diverse da quelle proprie della comunità in cui il giudice svolge la propria funzione — non solo non si è negata la libertà del giudice nella determinazione della norma, ma si è giunti ad ammettere che il giudice *ex officio potest supplere*.

5. Le osservazioni svolte ci permettono di raggiungere una prima conclusione, che non rappresenta altro che un'ipotesi per lo sviluppo dell'indagine.

Riteniamo, dunque, di poter affermare che essenziale all'esercizio della giurisdizione non è un particolare modo di acquisizione del testo normativo, ma l'autonomia e la libertà del giudice nella rilevazione e nella determinazione della norma.

Epperò, se si riconosce alla regola *jura novit curia* il significato descritto, per cui il giudice deve essere libero nella rilevazione della norma, si può ammettere che un siffatto principio ha informato gran parte degli ordinamenti giuridici. E se si è tentato di apportare delle limitazioni a questo principio ciò è avvenuto essenzialmente negli ordinamenti che hanno subito in modo più diretto ed immediato l'influsso dell'illuminismo francese, nei quali, per la sfiducia verso il giudice — originata da motivi e da preoccupazioni essenzialmente politiche — si afferma il principio del concretamento automatico della norma.

Tutto ciò significa che non si può certo negare l'esistenza di un problema di acquisizione della fonte normativa, ma che, mentre è essenziale, per l'essenza stessa della funzione giurisdizionale, che il giudice sia libero nell'opera di rilevazione e di determinazione della norma, resta ancora impregiudicata la questione del *modo* in cui viene acquisita da parte del giudice la conoscenza della fonte normativa.

Dobbiamo tuttavia aggiungere che l'affermazione secondo cui il *modo* di conoscenza è indifferente rispetto alla essenza della funzione giurisdizionale va intesa con un duplice ordine di precisazioni.

Il primo risponde all'esigenza di chiarire che la libertà del giudice nella rilevazione della norma non significa arbitraria fissazione da parte sua del criterio di giudizio, né tantomeno potere solipsistico del magistrato idoneo ad escludere il potere delle parti di influire sulla formazione di tale criterio.

A quest'ultimo proposito si deve infatti osservare che la creazione della regola decisoria da parte del giudice non può in alcun modo sottrarsi al confronto con i litiganti: in altre parole, la rilevazione e l'interpretazione del diritto devono essere compiute dal giudice nel rispetto del principio del contraddittorio, ossia offrendo alle parti la possibilità di interloquire sul punto di diritto (44).

Quanto al suo contenuto, invece, si deve ricordare che il giudice è senza dubbio vincolato, nei processi ad impulso di parte, dalla domanda, nel senso che l'organo decisorio — pur non essendo tenuto a giudicare secondo il criterio giuridico predeterminato dalle parti — può pronunciarsi soltanto sul diritto dedotto in giudizio dai litiganti (45).

(44) Per questo rilievo v. in particolare GRASSO E., *La pronuncia d'ufficio*, I, *La pronuncia di merito*, Milano, 1967, p. 121, che riconduce al principio di collaborazione fra parti e giudice il dovere di quest'ultimo di proporre alle parti medesime, prima della decisione, « la norma o le norme alle quali ritenga di poter riferire il caso concreto »; TROCKER N., *Processo civile e Costituzione. Problemi di diritto tedesco e italiano*, Milano, 1974, pp. 642 ss., per il quale la « necessità di ascoltare le argomentazioni dei contendenti anche rispetto alla ricerca e individuazione delle norme sembra [...] discendere da un'esigenza del processo conoscitivo prima ancora che da un preciso precetto costituzionale »; nello stesso senso CHIZZINI A., *La tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., pp. 218 s., secondo il quale la regola per cui tutte le questioni devono passare per il vaglio del contraddittorio, oggi riconosciuta anche dall'art. 101, comma 2°, c.p.c., « non contrasta in alcun modo con la riconosciuta regola *iura novit curia*, anzi ne costituisce il fondamento epistemologico »; nonché GRADI M., *Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della « terza via »*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 838, il quale precisa che l'esigenza di sentire le parti si pone anche « nel caso in cui il giudice, sulla base del principio *iura novit curia*, decida di applicare alla fattispecie una norma giuridica diversa da quella invocata dalle parti e sulla quale si è incentrato il dibattito processuale ».

(45) Si pone dunque a questo proposito il problema del limite posto dalla domanda della parte all'attività del giudice: su questo complesso tema v. in particolare VERDE G., *Domanda (principio della) (diritto processuale civile)*, in *Enc. giur.*, XII, Roma, 1989, pp. 5 ss.; BARLETTA A., *Extra e ultra petizione. Studio sui limiti del dovere decisorio del giudice civile*, Milano, 2012, pp. 40 ss.; CHIZZINI A.,

Si deve inoltre osservare che il giudice deve rispettare la norma quale essa storicamente viene a determinarsi. È certo che in un ordinamento di leggi scritte il giudice non può ignorare la preesistenza della legge, come fonte di diritto (46) e come dato ineliminabile del giudizio (47). Ma il giudice deve rispettare la norma, cioè deve porre a criterio del proprio giudizio la norma di legge e non può sostituirla con una qualsiasi regola diversa (48), non solo per la mera circostanza estrinseca che c'è una legge, che questa legge è posta dal legislatore e imposta con l'autorità dello Stato all'osservanza dei cittadini, ma per la ragione più profonda che, se è vero che il giudice giudica a distanza di tempo dal momento in cui la legge è stata promulgata e se è vero che la vicenda per cui è stato richiesto il suo intervento si è verificata anch'essa a distanza di tempo dalla posizione della norma, è altrettanto vero che non esistono atti scissi dal passato. Si è già avuto modo di considerare che il fatto in sé, isolato dal resto della storia, non esiste (49). Di questa storia, del dato che il giudice è chiamato a indagare e giudicare, partecipano non solo la singola vicenda, ma anche la norma di legge.

Noi viviamo certo nel diritto, partecipiamo all'ordinarsi della realtà (50). Ma il diritto non comincia con noi: quest'ordine noi che lo realizziamo spontaneamente, ovvero il giudice che lo realizza nel giudizio e finanche il legislatore, non lo creiamo dal nulla. Prima del giudizio del magistrato, prima dell'azione c'è appunto la norma (51), che è la legge dell'ordine cui noi partecipiamo. È per questo che il giudice deve nel suo giudizio rispettare la norma.

La tutela giurisdizionale dei diritti, cit., p. 417; per ulteriori considerazioni in proposito rinvio inoltre a PUNZI C., *Jura novit curia*, cit., pp. 76 ss.; Id., *Il processo civile. Sistema e problematiche*², Torino, 2010, I, pp. 404 s.

(46) V. in proposito VOCINO, *Sulla c.d. « attuazione della legge »*, cit., p. 612.

(47) V. SATTA S., PUNZI C., *Diritto processuale civile*¹³, cit., pp. 174 ss.

(48) In tal senso già SATTA S., *Diritto processuale civile*⁵, Padova, 1948, pp. 101 s; ANDRIOLI V., *Diritto processuale civile*, I, cit., 249. Sul problema cfr. anche KANTOROWICZ H., *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1906, e trad. it. a cura di Maietti R., *La lotta per la scienza del diritto*, Milano, 1908, p. 139.

(49) V. *supra*, paragrafo 4, nota 33 e testo corrispondente.

(50) V. il nostro *Giudizio di fatto e giudizio di diritto*, cit., pp. 20 ss.

(51) V. in proposito VOCINO C., *Sulla « c.d. attuazione della legge »*, cit., p. 612.

Si deve, infine, tener presente che la libertà del giudice nella rilevazione e nella determinazione della norma non può essere confusa con la libertà nella scelta dei fatti individuatori in base ai quali tale norma può essere riconosciuta. Questi fatti individuatori non sono identici in relazione ad ogni norma, e per la loro scelta si oscilla tra un'assoluta libertà ed un vincolo imposto da rigide regole.

E così, se si considera il diritto a formazione spontanea, si deve riconoscere che il soggetto che ne opera la rilevazione non è legato da una logica precostituita che ponga degli impedimenti estrinseci alla costruzione delle regole « ma trova al suo operare limiti fissati esclusivamente dal fine da raggiungere che è quello di rappresentare, nella sua coscienza, l'attuale sentimento giuridico sociale » (52).

Già la situazione muta per il diritto spontaneo inquadrato nel diritto formale. Infatti, proprio in conseguenza dell'inquadramento compiuto dal legislatore, si ha una definizione positiva — ad opera dell'organizzazione statale — delle categorie dei fatti individuatori dai quali l'interprete deve rilevare l'esistenza di una coscienza giuridica e quindi la determinazione della regola di origine spontanea (53).

Per il diritto « formale » posto dal legislatore non si può più parlare di libertà nei fatti individuatori della norma, giacché la fonte della norma è già data e positivamente fissata e il giudice non può prescindere. Tuttavia ciò non significa — e abbiamo già avuto modo di considerarlo — che la funzione del giudice si esaurisca nella ricognizione delle parole della legge.

(52) V. in proposito BARILE P., *Diritto della coscienza e diritto della volontà*, in *Riv. dir. int.*, 1956, e ora in ID., *Diritto internazionale e diritto interno*, 1960, p. 462, il quale osserva che, data nella specie la mancanza di una qualsiasi volontà preesistente che distingua, delimiti e precluda, « ogni fatto di qualsiasi ambiente e di qualsiasi tempo può servire alla rilevazione dell'attuale sentimento giuridico sociale in un caso determinato, senza che il principio d'esclusività, basato sull'esistenza di una interruzione operata da una volontà esteriore efficiente (quale quella statale) o meno efficiente (quale l'altra che si puntualizza in un accordo interstatale), possa essere direttamente opposto a tale ampiezza d'indagine ».

(53) V. in proposito BARILE P., *La rilevazione e l'integrazione del diritto internazionale non scritto e la libertà di apprezzamento del giudice*, in *Comunicazioni e studi dell'Istituto di diritto internazionale e straniero dell'Università di Milano*, V, 1953, pp. 169 ss., e ID., *Diritto della coscienza e diritto della volontà*, cit., p. 483.

Infatti il giudice non solo deve rendersi conto del fatto che la disposizione normativa è coerente con una realtà sociale che è passata (54), ma, per giudicare, deve fare diventare l'atto legislativo presente al cospetto della singola vicenda di vita che le parti gli hanno sottoposto e della realtà sociale in cui questa si è svolta e che egli deve valutare.

6. Veniamo ora al secondo ordine di precisazioni.

Abbiamo detto che essenziale all'esercizio della giurisdizione non è un particolare modo di acquisizione del testo normativo, ma la libertà del giudice nella rilevazione e nella determinazione della norma, e che se si riconosce alla regola *jura novit curia* il significato descritto (secondo cui il giudice deve essere libero nella rilevazione della norma) si può ammettere che un siffatto principio ha informato gran parte degli ordinamenti giuridici (55). La stessa essenzialità non può, invece, essere riscontrata, ove si voglia vedere nello *jura novit curia* l'affermazione del modo in cui deve essere acquisita la conoscenza delle fonti normative o addirittura dell'esistenza di un obbligo di conoscenza del precetto normativo da parte del giudice.

Infatti, se la regola della libertà del giudice nella rilevazione e nella determinazione della norma è presente in quasi tutti gli ordinamenti giuridici, non altrettanto può dirsi per le regole concernenti i modi di acquisizione della fonte normativa (56).

Per quest'ultimo aspetto la situazione varia nei singoli ordinamenti positivi e muta in relazione alle varie epoche, e, quindi, in modo coerente con l'evoluzione degli strumenti di conoscenza, non-

(54) In questo senso v. ASCARELLI T., *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, cit., pp. 140, 146.

(55) Appare assai significativa a questo riguardo la recente riflessione di CAVALLINI C., *Jura novit curia* (Civil law e common law), in *Riv. dir. proc.*, 2017, pp. 754 ss., il quale mette in discussione la tradizionale idea secondo cui, nel sistema processuale inglese, non troverebbe applicazione il principio *jura novit curia*: in proposito, v. anche le considerazioni critiche di JOLOWICZ J.A., *Da mihi factum dabo tibi jus: a problem of demarcation in English and French Law*, in *Id.*, *On Civil Procedure*, Cambridge, 2000, pp. 185 ss.

(56) Osserva appunto VENTURINI G., *La prova del diritto straniero*, cit., p. 314, che l'indubbia preminenza del giudice rispetto alle parti nella ricerca delle norme giuridiche non implica anche un suo dovere di conoscere direttamente tutte le norme.

ché in rapporto ai principi informativi dei singoli ordinamenti e in relazione alla natura delle singole fonti di conoscenza (57).

Possiamo perciò dire che è *indifferente* rispetto all'essenza della funzione giurisdizionale che il giudice acquisti la conoscenza delle fonti normative attraverso le prove offerte dalle parti o per scienza propria, giacché — come si è detto — ciò che è essenziale è che il giudice sia libero nella *rilevazione* e nella *determinazione* della norma da applicare. Ma, di fronte all'affermazione che per il giudice vi è libertà di mezzi e di modi per arricchire il patrimonio delle proprie cognizioni (58) e che è indifferente il modo in cui le norme gli arrivano a conoscenza (59), è necessario precisare che i singoli ordinamenti hanno regolato e regolano in modo diverso l'acquisizione al processo delle fonti normative. E questa regolamentazione positiva è stata effettuata, sia tenendo conto delle difficoltà pratiche di procurarsi la conoscenza della norma insorte nei vari momenti storici, e quindi in modo adeguato al grado di organizzazione degli strumenti di conoscenza, sia tenendo conto delle caratteristiche strutturali del singolo ordinamento positivo.

In conclusione l'essenza della funzione giurisdizionale, che viene espressa nel brocardo *jura novit curia*, si deve individuare non in questo o in quel modo di apprendere la norma, o addirittura nella sussistenza di un obbligo di conoscenza della fonte normativa da

(57) In particolare, con riferimento alla conoscenza del diritto straniero, il problema è stato espressamente affrontato nel nostro ordinamento con l'entrata in vigore della legge di diritto internazionale privato (n. 218 del 1995), la quale ha stabilito (art. 14) che « l'accertamento della legge straniera è compiuto d'ufficio dal giudice », fermo restando che la medesima disposizione contempla anche l'ipotesi in cui tale ricerca, pur con l'ausilio degli uffici ministeriali preposti, non dia un esito positivo: in proposito v. CARBONE S.M., IVALDI P., *Diritto straniero e ordinamento italiano*, in *Contr. e impresa*, 2000, pp. 985 ss.; ZAMBONI M., *Sugli strumenti di conoscenza della legge straniera da parte del giudice italiano*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, pp. 26 ss.; CARRATTA A., *Pronuncia secondo diritto — Pronuncia secondo equità a richiesta di parte*, cit., pp. 288 ss.

(58) V. VOCINO C., *Sulla c.d. « attuazione della legge »*, cit., p. 670; MORELLI, *Diritto processuale civile internazionale*, cit., p. 58.

(59) V. BROGGINI G., *Conoscenza e interpretazione del diritto straniero*, cit., p. 158.

parte del giudice, ma nel riconoscimento del potere del giudice di rilevare e di determinare autonomamente la norma di diritto (60).

(60) Per un'espressa adesione a questa conclusione, già formulata in PUNZI C., *Jura novit curia*, cit., pp. 19 ss., v. PIZZORUSSO A., *Jura novit curia (ordinamento italiano)*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, 1990, p. 1.